DELIBERAÇÃO AC01 - 117/2019

PROCESSO TC/MS	: TC/15845/2016
PROTOCOLO	: 1720245
TIPO DE PROCESSO	: LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE BATAYPORÃ
JURISDICIONADO	: ALBERTO LUIZ SÃOVESSO
INTERESSADO	: TAURUS DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA
ADVOGADO	: DENISE CRISTINA ADALA BENFATTI LEITE OAB-MS 7311
VALOR	: R$ 149.839,76
RELATOR	: CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – FORNECIMENTO E ABASTECIMENTO DE ÓLEOS LUBRIFICANTES, FLUÍDOS, GRAXAS E FILTROS – EXIGÊNCIA EM EDITAL DE REDE CREDENCIADA – FASE DE HABILITAÇÃO – RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – TERMO ADITIVO E DE APOSTILAMENTO – FORMALIZAÇÃO – ATOS SUBSEQUENTES – CONTAMINAÇÃO – IRREGULARIDADE – MULTA.

Requisitar uma relação de empresas credenciadas na fase de habilitação constitui ônus financeiro e operacional desarrazoado para os licitantes, restringindo a competitividade e contrariando dispositivo legal, que implica a declaração de irregularidade do procedimento licitatório.

A nulidade do procedimento licitatório induz a nulidade da formalização de contrato administrativo e seus atos subsequentes.

A prática de infração enseja aplicação de multa ao responsável.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 3º Sessão Ordinária, da Primeira Câmara, de 26 de março de 2019, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em declarar a **irregularidade** do procedimento licitatório desenvolvido na modalidade de Pregão Presencial n.º 18/2016, pelo Município de Batayporã, em razão da restrição do caráter competitivo dos licitantes, ocasionado pela exigência de relação de empresas credenciadas para o abastecimento em momento inadequado, a **irregularidade** da formalização do Contrato Administrativo n.º 70/2016, bem como de seu 1º Termo de Apostilamento e 2º Termo Aditivo, celebrados entre o Município de Batayporã e a Empresa Taurus Distribuidora de Petróleo Ltda, porquanto embora regulares em suas formalizações, encontram-se amparadas em procedimento licitatório irregular, fato que contamina, em todos os termos, os atos subsequentes, com **aplicação de multa** no valor equivalente a 70 (setenta) UFERMS ao Sr. Alberto Luiz São vesso, concedendo prazo de 60 (sessenta) dias para que o responsável, efetue o recolhimento da multa em favor do FUNTC, e, no mesmo prazo, faça a comprovação nos autos, sob pena de cobrança judicial.

Campo Grande, 26 de março de 2019.

Conselheiro **Waldir Neves Barbosa** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Trata-se do exame do procedimento licitatório desenvolvido na modalidade de **Pregão Presencial n.º 18/2016** - (fls. 68-118), da formalização do Instrumento de **Contrato Administrativo n.º 70/2016** - (fls. 350-357) e seu **1º Termo de Apostilamento e 2º Termo Aditivo** (fls. 359 e 414) celebrado entre as partes já nominadas.

O objeto do pacto recai sobre fornecimento e abastecimento de óleos lubrificantes, fluídos, graxas e filtros, com gerenciamento de sistema informatizado por meio de cartão magnético para atender os veículos e maquinários da frota municipal, conforme solicitado pelas Secretarias Municipais de Batayporã, com o valor de R$ 149.839,76 (cento e quarenta e nove mil oitocentos e trinta e nove reais e setenta e seis centavos), conforme discriminado na Cláusula Primeira e Segunda, respectivamente - (fls. 350).

A vigência do contrato ficou estabelecida para vigorar a partir de sua assinatura até a data de 31/12/2016, nos termos da Cláusula Quinta - (fls. 351).

O *1º Termo de Apostilamento* (fls. 359) teve como objeto corrigir erro material, quanto às dotações orçamentárias informadas no item 7.1 do contrato, ficando alteradas as dotações orçamentárias que estão como referência na Secretaria de Obras, Infraestrutura e Serviços Urbanos e Secretaria Municipal de Agricultura pertencem somente a esta última.

O *2º Termo Aditivo* (fls. 414) objetivou prorrogar o Contrato Administrativo nº 70/2016 por mais 6 (seis) meses, com seu término previsto para 30/06/2017.

A Equipe Técnica procedeu à intimação dos responsáveis pelo órgão (fls. 423-424 e 425-426), para que apresentassem documentos ausentes e, também, justificativas acerca de certas exigências contidas no edital.

Em respostas às intimações, os responsáveis compareceram aos autos juntando parte dos documentos reclamados, e, ainda, as justificativas que julgaram pertinentes – fls. 444-447 e 449-540.

A Unidade de Instrução, após análise dos documentos abrangendo os atos praticados nestas primeira e segunda fases opina pela *irregularidade e ilegalidade* do procedimento licitatório, tendo em vista a restrição do caráter competitivo por meio da exigência de relação de empresas credenciadas para o abastecimento e, ainda, pela *irregularidade e ilegalidade* da formalização contratual e do Termo de Apostilamento e Aditivos, por contaminação lógico-cronológica, consoante Análise ANA–2ªICE–49869/2017 - (fls. 541-550).

O d. Ministério Público de Contas, acompanhando o entendimento exarado pelo Corpo Técnico, opina pela *irregularidade e ilegalidade* de todo o processado, bem como pela aplicação de multa ao gestor, conforme o Parecer PAR-4ªPRC-13085/2018 - (fls. 563-565).

É o que cabe relatar.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Observadas as disposições regimentais no curso da instrução processual, nos termos do art. 112, parágrafo único, II, *"a"* do Regimento Interno, passo ao exame do mérito, que recai sobre a análise do procedimento licitatório, da formalização do Instrumento Contratual e seus aditivos, conforme previsto no art. 13, II, *"a"* cc. 120, I, *"a"* e II e § 4º do regramento supra.

A matéria trazida à apreciação a princípio seria de competência do juízo singular, porém, por apresentar irregularidades e tendo em vista que esta decisão contraria o interesse do jurisdicionado, submeto à Câmara para ser apreciada pelo órgão colegiado, nos moldes do artigo 10, § 2º, I, cc. o artigo 13, I, do Regimento Interno.

O procedimento licitatório – **Pregão Presencial n.º 18/2016** - (fls. 68-118) encontra guarida na Lei Federal n.º 8.666/93 e alterações, Lei Federal n.º 10.520/02, Decreto nº 3.555/00, Decreto Municipal n.º 16/08, e demais legislações aplicáveis.

O processo está instruído com a autorização para licitar, ato de nomeação da comissão de licitação, 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 da licitação e dos atos de adjudicação e homologação do resultado.

Com relação ao instrumento de **Contrato Administrativo n.º 70/2016** - (fls. 350-357) vejo que este foi formalizado de acordo com as determinações do capítulo III da Lei Federal nº 8.666/93, contendo as cláusulas essenciais previstas no artigo 55, estabelecendo com clareza e precisão as condições para a sua execução.

A publicação do extrato deste Contrato foi devidamente realizada, nos moldes do parágrafo único do art. 61 da Lei Geral de Licitações – fls. 362-364.

No curso do contrato foram celebrados os *1º Termo de Apostilamento e o 2º Termo Aditivo* – (fls. 359 e 414) em consonância com a Lei nº 10.520/2002 Lei Federal n.º 8.666/1993, acompanhados de justificativa, autorização, parecer jurídico e comprovante da publicação dos extratos na imprensa oficial.

O *1º Termo de Apostilamento* (fls. 359) teve como objeto corrigir erro material, quanto às dotações orçamentárias informadas no item 7.1 do contrato, ficando alteradas as dotações orçamentárias que estão como referência na Secretaria de Obras, Infraestrutura e Serviços Urbanos e Secretaria Municipal de Agricultura pertencem somente a esta última.

O *2º Termo Aditivo* (fls. 414) objetivou prorrogar o Contrato Administrativo nº 70/2016 por mais 6 (seis) meses, com seu término previsto para 30/06/2017.

A Equipe Técnica procedeu à intimação dos responsáveis pelo órgão (fls. 423-424 e 425-426), para que apresentassem documentos ausentes e, também, justificativas acerca de certas exigências contidas no edital.

Em respostas às intimações, os responsáveis compareceram aos autos juntando parte dos documentos reclamados, e, ainda, as justificativas que julgaram pertinentes – fls. 444-447 e 449-540.

Apreciado o feito pelo Corpo Técnico, este conclui pela *irregularidade* e *ilegalidade* do procedimento licitatório, e dos atos da segunda fase, por contaminação lógico-cronológica, nos seguintes termos - (fls. 548-549), *in verbis:*

> *Diante do exposto, concluímos pela:*
>
> *a) Irregularidade e ilegalidade, do procedimento licitatório Pregão Presencial nº 18/2016 realizado pelo Município de Batayporã (CNPJ nº 03.505.013/001-00), 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 e alínea "a" do inciso IV do art. 121 do Regimento Interno, pela restrição do caráter competitivo no procedimento licitatório contrariando o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, constante no item 2.2.1 desta análise, ocorrida sob a responsabilidade do Senhor Alberto Luiz Sãovesso, ordenador de despesas à época, inscrito no CPF nº 051.029.011-68, cujo período de gestão se deu de 01/01/2013 a 31/12/2016.*
>
> *b) Irregularidade e ilegalidade da formalização do Contrato Administrativo nº 70/2016 celebrado entre o Município de Batayporã (CNPJ nº 03.505.013/0001-00) e a empresa Taurus Distribuidora de Petróleo Ltda (CNPJ nº 01.452.651/0001-85), 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 e alínea "a" do inciso IV do art. 121 do Regimento Interno, em razão do contrato, embora regular, encontra-se amparado em procedimento licitatório irregular, contaminando, em consequência, os atos subsequentes, uma vez que a irregularidade do procedimento induz a da formalização do contrato, nos termos do § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993.*
>
> *c) Irregularidade e ilegalidade da formalização do 2º Termo Aditivo ao Contrato Administrativo nº 70/2016 celebrado entre o Município de Batayporã (CNPJ nº 03.505.013/0001-00) e a empresa Taurus Distribuidora de Petróleo Ltda (CNPJ nº 01.452.651/0001-85), nos termos do inciso I do art. 59, cc. o inciso IX do art. 42,ambos da Lei Complementar nº 160/2012, cc. o inciso III do § 4º do art. 120, cc. a alínea "a" do inciso IV do art. 121 do Regimento Interno, em razão do termo aditivo, embora regular, encontra-se amparado em procedimento licitatório irregular, contaminando, em consequência, os atos subsequentes, nos termos do § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993.*

Instado a se manifestar, o douto Ministério Público de Contas acolhe o posicionamento da Equipe Técnica e pugna pela *irregularidade* e *ilegalidade* dos atos ora em apreciação, consoante o r. Parecer - (fls. 564-565), assim redigido:

> *Ante o exposto, este Ministério Público de Contas opina que o egrégio Tribunal de Contas adote o seguinte julgamento:*
>
> *I – ilegalidade e irregularidade do procedimento licitatório, nos termos do artigo 59, inciso III, da Lei Complementar Estadual nº 160/2012, combinado com o artigo 120, inciso I, e artigo 121, inciso I, ambos do*

Regimento Interno aprovado pela Resolução Normativa nº 76/2013, devido à desarrazoável exigência de empresas/redes credenciadas apresentadas com a finalidade de viabilizar a participação da licitante, infringindo o artigo 3º da Lei Federal 8.666/1993;

II – ilegalidade e irregularidade da formalização do contrato, nos termos do artigo 59, inciso III, da Lei Complementar Estadual nº 160/2012, combinado com o artigo 120, inciso II, e artigo 121, inciso II, ambos do Regimento Interno aprovado pela Resolução Normativa nº 76/2013, devido aos vícios encontrados no procedimento licitatório;

III – ilegalidade e irregularidade do apostilamento (1º termo aditivo) e 2º termo aditivo do contrato, nos termos do artigo 59, III, da Lei Complementar nº 160/2012, combinado com o artigo 120, inciso III, § 4º, do Regimento Interno aprovado pela Resolução Normativa nº 76/2013, devido aos vícios encontrados no procedimento licitatório;

IV – multa ao Jurisdicionado, Senhor Alberto Luiz Sãovesso, CPF nº 051.029.011-68, com fulcro no artigo 44, inciso I, e artigo 45, inciso I, ambos da Lei Complementar nº 160/2012, combinados com o artigo 170, inciso I, da Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013, devido à desarrazoável exigência de empresas/redes credenciadas apresentadas com a finalidade de viabilizar a participação da licitante, infringindo o artigo 3º da Lei Federal 8.666/1993;

V – comunicação do resultado do julgamento aos interessados, nos termos do art. 5°, LV, da Constituição Federal/88.

Em consonância com o d. Ministério Público de Contas, entendo que os atos relativos ao procedimento licitatório desenvolvido na modalidade de *Pregão Presencial n.º 18/2016* não estão em conformidade com a Lei Federal n.º 10.520/02 e com a Lei Geral de Licitações.

A licitação é o procedimento administrativo vinculado por meio do qual a Administração Pública seleciona a melhor proposta entre as oferecidas por vários interessados, com o objetivo de atender o interesse público de forma objetiva e mais vantajosa.

O ponto controvertido na análise desta primeira fase é a restrição contida no Edital em apreço: "*apresentação, pela contratada, de uma relação de empresas credenciadas para abastecimento dos lubrificantes necessários a toda a frota de veículos, dotados de equipamentos, devidamente instalados e em pleno funcionamento, com número mínimo de empresas credenciadas para abastecimento dos lubrificantes".*

Ora, em que pesem as justificativas apresentadas pelo responsável (fls. 450-451), o que se verifica claramente desta exigência é a restrição do caráter competitivo dos licitantes, dificultando a participação de um numero maior de candidatos, constituindo grave afronta ao principio da isonomia.

É importante ressaltar que não é de toda incorreta a citada exigência, porém, como já explanado pelo TCU, existe um momento adequado para impô-la, qual seja, o da contratação, senão vejamos:

> *O momento adequado para a exigência de comprovação de rede de credenciamento não é a fase de habilitação, mas sim a de contratação, concedendo-se ao licitante vencedor prazo razoável para tanto, de forma a garantir uma boa prestação do serviço, sem causar prejuízo à competitividade do certame.*[1]

Dessa forma, requisitar uma relação de empresas credenciadas na fase de habilitação constitui ônus financeiro e operacional desarrazoado para os licitantes, restringindo a competitividade e contrariando o inciso I, do §1º, do artigo 3º, da Lei nº 8.666/93.

No que se refere à formalização do Contrato Administrativo nº 70/2016 e do seu 1º Termo de Apostilamento, e do 2º Termo Aditivo, o defeito preexistente à segunda fase culmina na contaminação lógico-cronológica dos atos subsequentes, fato que, por si só, inviabiliza a declaração de regularidade da formalização dos instrumentos ora em exame.

Isso porque, embora o julgamento das fases seja realizado de forma distinta, conforme prescrito no art. 120, §1º do Regimento Interno desta Corte de Contas, os vícios relativos ao certame que culminaram na declaração de ilegalidade e irregularidade do procedimento licitatório são de natureza legal.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto, acolhendo o posicionamento do Corpo Técnico e o r. Parecer do Ministério Público de Contas, **VOTO:**

1 – pela **irregularidade** e **ilegalidade** do procedimento licitatório desenvolvido na modalidade de **Pregão Presencial n.º 18/2016**, entre o **Município de Batayporã**, CNPJ nº 03.505.013/001-00, por seu Prefeito Municipal à época, Senhor Alberto Luiz Sãovesso, CPF nº 051.029.011-68, como unidade licitante, em razão da restrição do caráter competitivo dos licitantes, ocasionado pela exigência de relação de empresas credenciadas para o abastecimento em momento inadequado, nos termos do art. 59, III, c/c o art. 42, II, da Lei Complementar nº 160/2012 c/c o art. 172, "b", do Regimento Interno aprovado pela Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013;

2 – pela **irregularidade** e **ilegalidade** da formalização do **Contrato Administrativo n.º 70/2016,** bem como de seu **1º Termo de Apostilamento e 2º Termo Aditivo,** celebrados entre o **Município de Batayporã**, CNPJ nº 03.505.013/001-00, por seu Prefeito Municipal à época, Senhor Alberto Luiz Sãovesso, CPF nº 051.029.011-68, como contratante, e de outro lado, a Empresa **Taurus Distribuidora de Petróleo Ltda**, CNPJ nº 01.452.651/0001-85, por seu Representante, como contratada, porquanto embora regulares em suas

[1] TCU. Acórdão nº 212/2014 – Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman. Disponível em: http://www.tcu.gov.br.

formalizações, encontram-se amparadas em procedimento licitatório ilegal e irregular, fato que contamina, em todos os termos, os atos subsequentes, atraindo a incidência do art. 59, III, c/c o art. 42, IX, da Lei Complementar nº 160/2012, c/c o art. 172, *caput*, do Regimento Interno aprovado pela Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013;

3 – pela **aplicação de multa** no valor equivalente a 70 (setenta) UFERMS sob a responsabilidade do Senhor Alberto Luiz Sãovesso, CPF nº 051.029.011-68, por infração à norma legal representada pela restrição do caráter competitivo dos licitantes, ocasionado pela exigência de relação de empresas credenciadas para o abastecimento em momento inadequado, atraindo a incidência do art. 44, I c/c o art. 45, I, ambos da Lei Complementar nº 160/2012 c/c o art. 172, I, *"b",* e VI, § 1º, I e II do Regimento Interno aprovado pela Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013;

4 – pela **concessão do prazo de 60 (sessenta) dias** para que o responsável nominado no item "3" supra, efetue o recolhimento da multa em favor do Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas - FUNTC, e, no mesmo prazo, faça a comprovação nos autos, sob pena de cobrança judicial;

5 – pelo **retorno** dos autos à 2ª Inspetoria de Controle Externo para que promova o acompanhamento da execução financeira, nos termos regimentais;

6 – pela **comunicação** deste julgamento aos interessados nos termos do art. 50, I e II, da Lei Complementar nº 160/2012 c/c os arts. 96, I e 99, do Regimento Interno aprovado pela Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em declarar a irregularidade do procedimento licitatório e da formalização de contrato administrativo, termo aditivo e de apostilamento, com aplicação de multa.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Relator o Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

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, 26 de março de 2019.

Conselheiro **WALDIR NEVES BARBOSA**

Relator

SETAC-KBV/ARP/DSSM