DECISÃO LIMINAR DLM - G.MCM - 135/2019

PROCESSO TC/MS	: TC/13128/2019
PROTOCOLO	: 2009143
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE AMAMBAI
INTERESSADO	: EDINALDO LUIZ DE MELO BANDEIRA
DECISÃO LIMINAR	: CONTROLE PRÉVIO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
RELATOR	: CONS. MARCIO MONTEIRO

DECISÃO LIMINAR – CONTROLE PRÉVIO DE LEGALIDADE E REGULARIDADE – ATUAÇÃO *EX OFFICIO* DESTA CORTE DE CONTAS

Cuida-se de Controle Prévio de Procedimento Licitatório, realizado pela Divisão de Fiscalização de Educação, sobre o Edital de Licitação – Pregão Presencial n.º 73/2019, celebrado pela Prefeitura Municipal de Amambai, objetivando a aquisição de kits de materiais escolares e confecção de diário para os professores da rede municipal para o ano letivo de 2020.

Em exame prévio do certame público, a competente Equipe Técnica verificou que a licitação em análise apresenta indícios de irregularidades, consistentes nos seguintes fatos: *i) exigência de amostras para todos os licitantes; ii) falta de critérios objetivos para julgamento das amostras; iii) critério de julgamento baseado no menor valor por lote, e não por item; iv) inobservância do regramento próprio imposto às microempresas e empresas de pequeno porte; v) informações contraditórias quanto ao prazo de entrega dos produtos e possibilidade de reajuste contratual; e vi) não exigência de apresentação dos preços unitários dos itens que compõe o kit escolar; vii) inobservância do prazo correto para regularização fiscal e trabalhista; viii) inobservância do prazo legal entre a publicação do aviso de licitação e a abertura do certame; ix) permissão de alteração contratual após o encerramento da licitação; x) ausência de critérios de penalização em caso de atraso na entrega dos produtos.*

Diante a questão fática alegada, requestaram os Auditores pela ***concessão de medida cautelar***, a fim de sustar o andamento do Pregão Presencial n.º 73/2019 e da consequente contratação administrativa.

A Sessão Pública para o recebimento das propostas encontrava-se marcada para esta segunda-feira, 02 de dezembro de 2019.

É O RELATÓRIO. PASSO À FUNDAMENTAÇÃO.

Os argumentos fáticos e legais expendidos na manifestação exarada pelo Órgão de Apoio possuem verossimilhança suficiente para autorizar a emissão de decisão, em caráter liminar, para o fim de suspender a marcha do pregão presencial.

I - DAS IRREGULARIDADES VERIFICADAS DE PLANO. EXIGÊNCIA DE AMOSTRAS INDEVIDA. INOBSERVÂNCIA DO REGRAMENTO IMPOSTO ÀS PEQUENAS EMPRESAS. NÃO EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DOS PREÇOS UNITÁRIOS DOS PRODUTOS LICITADOS. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A CORREÇÃO DE CERTIDÕES. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL ENTRE O AVISO DA LICITAÇÃO E A ABERTURA DO CERTAME.

Depreende-se do Edital que o presente certame apresenta cláusula restritiva à competitividade da licitação.

De acordo com o edital do certame licitatório, item 2.1.2, foi determinado que todas as empresas interessadas apresentassem uma amostra original do produto ofertado, como forma de subsidiar os parâmetros para o julgamento das propostas.

Sem muito me alongar, impende descrever as principais fases percorridas pelo procedimento licitatório na modalidade Pregão: *a) solicitação do requisitante; b) autorização pela autoridade superior; c) aprovação pela assessoria jurídica; d) publicação do edital; e) esclarecimentos e impugnações ao edital; f) credenciamento;* ***g) análise das***

propostas; h) etapa de lances; i) análise das amostras ou testes; *j) declaração do vencedor; l) habilitação; k) fase recursal; m) adjudicação e homologação; n) assinatura do contrato.*

Conforme se denota, uma das características mais marcantes desta modalidade licitatória é a inversão das fases de habilitação e julgamento. Diferente do que ocorre com as modalidades tradicionais, no pregão[1], somente se exige a habilitação do licitante que se sagrar vencedor do certame.

Diante do caminho acima perfilhado, infere-se que a possibilidade de apresentação de amostras ocorre após a etapa de lances do pregão e, por conseguinte, pode ser imposta tão somente àquele provisoriamente classificado em primeiro lugar.

Segundo destacado pela Divisão técnica, a exigência de amostras prévia frustra o caráter competitivo da licitação, porquanto obriga que as empresas interessadas apresentem produtos antes mesmo de conhecerem o resultado do procedimento, o que viola, sobremaneira, o ordenamento legal aplicado, nos termos do inciso I, §1º, do art. 3º, da Lei n.º 8.666/93, cumulado com o art. 4º, da Lei n.º 10.520/02.

Dessa forma, ressalto que é possível, e recomendável, a análise de amostras de produtos, desde que aferida em momento adequado, após a etapa de lances e somente em face do vencedor do pregão.

Não é outro o entendimento do Colendo Tribunal de Contas da União, *verbis*:

> *"A exigência de apresentação de amostras em pregão presencial é admitida apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante*

[1] Artigo 4º, da Lei n.º 10.520.

provisoriamente classificado em primeiro lugar". (Acórdão TCU nº. 3269/2012 – Plenário)

Em sua específica obra acerca do Pregão, as lições do administrativista Marçal Justen Filho[2] são precisas: *"Se for o caso de apresentação de amostras, afigura-se evidente o descabimento de impor-se a exigência em relação a todos os licitantes. A única alternativa será determinar que o licitante cuja oferta sagrar-se vencedora deverá apresentar a amostra antes da assinatura do contrato*.".

Dando prosseguimento aos fatos apurados, impende registrar a inobservância do período mínimo, estabelecido pela legislação, que deve percorrer entre o aviso da licitação e a reunião de abertura das propostas.

Consoante se observa do artigo 4º, inciso V, da Lei n.º 10.520/02: *"o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis.".*

Em sentido oposto, encontra-se o reportado certame público. Segundo consta dos autos, o aviso de licitação foi publicado no Diário Oficial em 20 de novembro de 2019[3], enquanto que a sessão para o julgamento das propostas foi marcada para a data de 02 de dezembro, deste ano corrente.

Pela simples contagem do prazo, verifica-se que a data mínima para a realização da sessão do pregão seria 03/12/2019, revelando, per si, a discrepância entre o licitatório e sua legislação de regência.

Ato contínuo, no concernente ao regramento específico reservado às empresas de pequeno porte e microempresas, novamente exsurgem irregularidades.

[2] Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 2ª ed, São Paulo.
[3] Diário Oficial dos Municípios do Estado de Mato Grosso do Sul n.º 2483.

A Lei Complementar n.º 123/2006 foi criada no afã de regulamentar o tratamento diferenciado reservado às ME. e EPP., nas contratações públicas, como forma de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, bem como para ampliar a eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Nesse sentido, com fundamento no artigo 48, inciso I, da LC, os processos licitatórios, cujo valor, por item na contratação, seja de até R$ 80.000,00, devem ser destinados exclusivamente às pequenas empresas.

Adequando a norma ao caso em concreto, registra-se a inexistência de tratamento diferenciado as citadas pessoas jurídicas, mesmo com a previsão de valor para o lote 2 no montante de R$ 26.821,85, ou seja, perfeitamente compreendido na hipótese descrita pela legislação acima.

Como se não bastasse, o prazo previsto no edital para regularização fiscal e trabalhista, em relação às micro e pequenas empresas, não condiz com o estabelecido no §1º, do artigo 43 da LC n.º 123/2006, que dispõe, *verbis*:

> *Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado* ***o prazo de cinco dias úteis****, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.*

Por sua vez, a cláusula editalícia 3.3.3, concede o prazo de 02 (dois) dias úteis para que as micro e pequenas empresas possam regularizar sua documentação fiscal, colocando-as em situação desfavorável e restringindo sua competitividade, em completo arrepio as normas que regulam o tema.

Por derradeiro, constata-se que o Pregão em análise não estabeleceu a

obrigatoriedade de detalhamento do preço de todos os itens que compõe o kit escolar.

Muito embora as particularidades do caso possam justificar a aquisição por lote dos produtos licitados, é indispensável que a Administração exija dos interessados, no mínimo, o preço destacado dos itens que compõe o objeto.

Agir de maneira contrária é obstar que o próprio Município possa controlar e efetivamente negociar, junto aos interessados, pela proposta mais vantajosa aos cofres públicos, o que afronta, os princípios expressos contidos no artigo 3º*, caput*, da Lei n.º 8.666/93.

Assim, num juízo perfunctório, próprio das análises que envolvem medidas cautelares, entendo que o Procedimento Licitatório padece de irregularidades que restringem à competitividade e comprometem o erário público, ainda que de forma indireta.

Via de consequência, a este Tribunal cumpre o papel de obstar o prosseguimento dos atos relacionados ao certame licitatório e a celebração de contrato, como forma de evitar a perpetração de uma relação jurídico-administrativa marcada *ab initio* pela eiva de ilegalidade, hipótese que não se coaduna com a ordem jurídica vigente, e que tende a dificultar a efetividade do controle externo pelos órgãos competentes.

II – DAS PRÁTICAS QUE NECESSITAM DE ESCLARECIMENTOS DO ÓRGÃO JURISDICIONADO.

Quanto às demais, supostas, irregularidades apresentadas pela Divisão Técnica, entendo que as mesmas não se verificam de plano, exigindo o contraditório da Municipalidade, sobretudo para compreendermos os motivos fáticos e concretos que subsidiaram a Administração.

Portanto, solicita-se do Jurisdicionado as justificativas/documentos especialmente acerca das seguintes questões, sem prejuízo de todas as outras levantadas pela equipe de auditores:

a) Justificativa quanto à adoção do critério de julgamento por lote, ao invés de por itens;
b) Justificativa quanto à existência de informações contraditórias acerca da possibilidade de reajuste contratual e do prazo para a entrega dos kits escolares.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, avaliada a natureza da medida solicitada, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, **CONCEDO LIMINARMENTE A MEDIDA CAUTELAR**, nos termos dos artigos 56, 57, incisos I e III, e 58 da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012 c/c o artigo 152, inciso I, do RITCE/MS e **DETERMINO ao Prefeito Municipal de Amambai, Sr. Edinaldo Luiz de Melo Bandeira, para que promova:**

1 - a **IMEDIATA SUSPENSÃO CAUTELAR do Pregão Presencial n.º 73/2019, ou, caso já praticado o referido ato, que se abstenha de celebrar o respectivo Contrato Administrativo,** até ulterior manifestação desta Corte Fiscal.

Dada a urgência da medida cautelar, intime-se a Autoridade Responsável para comprovar o cumprimento imediato da determinação acima, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, contados da ciência da presente Decisão, sob pena de multa correspondente ao valor de 1.000 (mil) UFERMS, nos termos do art. 57, inciso III, da Lei Complementar n.º 160/2012.

No mesmo prazo, manifeste-se a Autoridade sobre o conteúdo da

matéria ventilada no *decisum*, especialmente quanto às indagações presentes no item II, e tudo o mais que entender pertinente para uma ampla averiguação do feito.

Após, retornem os autos conclusos.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 03 de dezembro de 2019.

Cons. MARCIO MONTEIRO

RELATOR

Mat