ACÓRDÃO - AC00 - 1643/2021

PROCESSO TC/MS	**:** TC/1411/2021
PROTOCOLO	**:** 2090249
TIPO DE PROCESSO	**:** DENÚNCIA
ÓRGÃO	**:** MUNICÍPIO DE NOVA ANDRADINA
JURISDICIONADO	**:** JOSE GILBERTO GARCIA
INTERESSADOS	GIULIANA MASCULI POKRYWIECKI, E WELINTON BACHEGA BRITO
DENUNCIANTE	**:** FUTURA COMÉRCIO DE MATERIAIS EDUCACIONAIS LTDA.
RELATOR	**:** CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – AQUISIÇÃO DE KITS ESCOLARES – SUPOSTAS RESTRIÇÕES À COMPETITIVIDADE DO CERTAME – AVALIAÇÃO DAS AMOSTRAS – PRAZO PARA ENTREGA DAS AMOSTRAS – RAZÕES INSUBSISTENTES – IMPROCEDÊNCIA – ARQUIVAMENTO.

1. A avaliação dos produtos e a realização de testes são admitidas, desde que efetuadas em momento adequado e somente em relação ao licitante classificado em primeiro lugar.

2. O prazo para a apresentação de determinadas amostras ou realização de testes não deve ser exíguo nem gerar transtornos que impliquem ou ocasionem restrição à competividade, matéria que deve ser verificada caso a caso, dependendo da maior ou menor complexidade do objeto da licitação.

3. A fixação no caso examinado no mesmo dia de realização do Pregão presencial para apresentação dos componentes de cada “kit escolar”, mas, somente depois de declarado o licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, merece ser considerado razoável e lícito, diante da inexistência de complexidade em tais componentes, que desse modo não dependiam de exame apurado ou demorado para as suas avaliações positivas ou negativas.

4. Verificada a inexistência de restrição à competitividade do certame, sendo insubsistentes as razões e os fundamentos apresentados, julga-se pela improcedência da denúncia, determinando-se o arquivamento dos autos.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 1ª Sessão Reservada Presencial do Tribunal Pleno, realizada em 6 de outubro de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, lido pela Conselheira-Substituta Patrícia Sarmento dos Santos, nos termos do art. 83, III, “b, do Regimento Interno do TCE-MS, em declarar a **improcedência** da denúncia apresentada pela empresa Futura Comércio de Materiais Educacionais Ltda.,

situada em Curitiba-PR, dando como fundamento decisório as regras do art. 37, XXI, parte final, da Constituição Federal, e do art. 75 da Lei/fed. n. 8.666, de 21 de junho de 1993; do art. 4º, XI, da Lei/fed. n. 10.520, de 17 de julho de 2002, bem como os entendimentos doutrinário e jurisprudencial citados e transcritos nos enunciados da precedente DECISÃO LIMINAR DLM-G.FEK-18/2021 (peça 16, fls. 143-150) ou em parte nas razões deste voto**;** sendo determinado: **a)** o arquivamento do Processo, com fundamento nas regras dos arts. 4º, **I**, **f**, **1**, e 17, VI, **a**, observado o disposto nos arts. 129, **I**, **a**, **b** e **c**, e 130, todos do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 2018); **b)** a comunicação do resultado do julgamento da denúncia à empresa Futura Comércio de Materiais Educacionais Ltda., denunciante e já identificada, e ao Prefeito Municipal de Nova Andradina, Sr. José Gilberto Garcia**; c)** que as comunicações referidas na precedente alínea **b** sejam feitas por correspondência eletrônica, em conformidade com as regras dos arts. 49, I, III e IV, e 50, II, observado o disposto no art. 55, todos da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, e dos arts. 94, § 1º, e 99 do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 2018)**, – com a suspensão do sigilo processual (peça 39).**

Campo Grande, 6 de outubro de 2021.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

A matéria em exame compreende a *"REPRESENTAÇÃO"*, apresentada pela empresa Futura Comércio de Materiais Educacionais Ltda., CNPJ-68.858.539/0001-10, situada em Curitiba-PR, em desfavor da Administração municipal de Nova Andradina, na qual foram expostos argumentos e apontados teóricos vícios nos enunciados do subitem 5.1 do item 5 do Anexo I do Edital do Pregão (presencial) n. 05/2021, que teve como objeto a aquisição de *kits escolares*.

O núcleo da equivocada *"REPRESENTAÇÃO"* – admitida apropriadamente como denúncia neste Tribunal – foi o apontamento de que:

> "(...);
>
> *A exigência de apresentação de amostras em pregão presencial é admitida apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar.*
>
> (...)
>
> *"Também há de considerar que o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO já se manifestou acerca da necessidade de fixar PRAZO RAZOÁVEL PARA ENTREGA DAS AMOSTRAS, pois entendimento contrário além de desestimular o universo competitivo do certame ocasiona também afronta ao princípio da isonomia, pois beneficiará determinado licitante que já detém o produto em estoque(...)"*.

E na ocasião, a empresa denunciante formulou ao final os seguintes pedidos:

> *"a) Liminarmente a suspensão do processo licitatório até ulterior análise, e;*
>
> *b) No mérito, requer-se a procedência da impugnação para fixar prazo razoável para entrega da amostra. E, não sendo este o entendimento requer-se alternativamente a nulidade do certame diante da restrição ao caráter competitivo do certame.".*

Diante dos termos da denúncia, proferi a DECISÃO LIMINAR DLM-G.FEK-18/2021 (peça 16, fls. 143-150), e, em juízo de cognição sumária, decidi no sentido de denegar a concessão da medida cautelar peticionada pela empresa denunciante.

Intimadas as autoridades municipais competentes (peças 18, fl. 152, 19, fl. 153, e 20, fl.154) e o representante da empresa denunciante (peça 21, fl. 155), formularam respostas a Secretária Municipal de Educação (...) Giuliana Masculi Pokrywiecki (peça 27, fls. 161-164), o Sr. José Gilberto Garcia, Prefeito Municipal (peça 29, fl. 166), e o Pregoeiro, Sr. Welinton Bachega Brito (peça 35, fls. 173-176), apresentaram, dentre outros argumentos, as seguintes informações e considerações (peça 27, fls. 162-163) que resumidamente interessam**:**

> ***"***(...)
>
> *Uma orientação dada pela Súmula n º 19 do TCE-SP, usada como exemplo, estabelece que a data de apresentação das amostras, deverá ser em conjunto com a data da entrega da proposta:*
>
> ***Súmula n º 19 - Em procedimento licitatório, o prazo para apresentação das amostras deve coincidir com a data da entrega das propostas.***
>
> (...)
>
> *Logo, não há que se falar em irregularidade do Edital de Licitação, pois, conforme tais orientações, fora apresentada essa amostra somente da Empresa que logrou-se vencedora, e com o prazo no dia da sessão licitatória, conforme ata de recebimento de abertura de documentações, realizada no dia do pregão presencial, seguindo os dispositivos legais relacionados à delimitação do objeto e os padrões mínimos de desempenho e qualidade previstos no edital e no termo de referência, e com seu análise transparente, com acompanhamento pelos demais licitantes, que teve direito a interpor recurso nesse ponto.*
>
> *A solicitação de amostra apenas ao licitante que se apresenta provisoriamente em primeiro lugar, não onera o licitante, porquanto confirmada a propriedade do objeto, tem ele de estar preparado para entregá-lo, nem restringe a competitividade do certame, além de prevenir a ocorrência de inúmeros problemas para a administração."*
>
> (...)**."**

E da referenciada DECISÃO LIMINAR DLM-G.FEK-18/2021 (peça 16, fls. 143-150)**,** não consta dos autos a interposição de agravo nem qualquer outra espécie de manifestação pela denunciante, Futura Comércio de Materiais Educacionais Ltda.

Remetidos os autos ao Ministério Público de Contas, o seu representante exarou o PARECER PAR-2ª PRC-7226/2021 (peça 37, fls. 178-181), manifestando-se no sentido de que seja proferido o seguinte julgamento**:**

> *"1 - Conhecer da Denuncia, por preencher os requisitos de admissibilidade constantes na LC n. 160/12 e no Regimento Interno desta Corte de Contas;*

2 - No mérito, negar-lhe provimento, vez que o edital, nos moldes em que foi elaborado, atende as exigências legais, considerando que a apresentação das amostras na data da apresentação das propostas não gerou nenhum ônus aos licitantes, em face objeto a ser contratado "Kit escolar" com 21 itens, nem violou o entendimento pacificado no TCU, determinando o arquivamento da denuncia;

3 - comunicar o resultado do julgamento aos interessados (...)*."*

É o sucinto relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Em conferindo o processamento da matéria, vejo que o feito está devidamente instruído, motivo pelo qual declaro encerrada a instrução processual para propiciar o julgamento, nos termos dos arts. 4º, III, ***b***, 128, § 3º, e 129, I, ***a*** e ***b***, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 5 de dezembro de 2018)**.**

E começo por dizer que ao proferir anteriormente a DECISÃO LIMINAR DLM-G.FEK-18/2021 (peça 16, fls. 143-150), eu já destacara, pelos fundamentos, razões, doutrina e jurisprudência então citados e transcritos, que não encontrei viabilidade nem necessidade de aplicação da medida peticionada pela denunciante**,**

> **"***porquanto não consegui detectar, pela falta de prova firme, com o vigor necessário, o* fumus boni iuris *ou o* periculum in mora *que desse fundamento sólido para, juridicamente, proferir decisão de natureza cautelar.**"*** (fl. 150)

Isso porque**:**

> ***I) "****(...) a combinação dos dispositivos do Edital e do seu Anexo I, bem como do "esclarecimento" prestado pela Secretária Municipal de Educação, Cultura e Esporte (Giuliana Masculi Pokrywiecki, peça 9, fl. 128), estabeleceram ou esclareceram que* ***a empresa titular da proposta vencedora devia apresentar, "no dia da sessão", a amostra*** *do material licitado, com as especificações descritas no Termo de Referência.* (fl. 145)**.**
>
> ***II) "****A exigência da qualificação técnica do produto ou serviço está estabelecida em gênero na regra do art. 37, XXI 1, da Constituição da República, e no âmbito infraconstitucional a apresentação de amostras e testes está prevista na regra do art. 75 da Lei/fed. n. 8.666, de 1993 2 , como meio de confirmar a definição*

> *completa do objeto de que tratam as disposições do art. 15, § 7º 3 , da referida Lei, bem como do art. 4º, XI, da Lei/fed. n. 10.520, de 2000 (que instituiu o Pregão como modalidade licitatória).* (fl. 146)
>
> ***III***) ***"***(...) *a exigência de amostras deve ser utilizada como elemento de aferição das especificações e da qualidade dos bens ofertados, em face dos termos do Edital e do(s) seu(s) Anexo(s) e não como requisito de habilitação. Mesmo porque a disciplina legislada (Lei/fed. n. 8.666, de 1993) consagrou a natureza documental das exigências no tópico de habilitação e admitiu a aferição prática do padrão de qualidade mínima dos produtos para outro momento.* (fl. 146)
>
> *Por consequência, a avaliação dos produtos e a realização de testes são admitidas, desde que efetuadas em momento adequado e somente em relação ao licitante classificado em primeiro lugar.* [O que ocorreu no caso concreto aqui examinado].
>
> ***IV***) ***"****é no instrumento convocatório que devem ser estabelecidos o prazo para a apresentação da amostra, as características dos bens que deverão seriam comprovadas e os critérios ou métodos que seriam empregados em suas análises, seguidos, evidentemente, da publicidade inerente à regularidade dos atos.* (fl. 146)
>
> ***V***) ***"****o momento (fixado para a apresentação das amostras) não foi restritivo para a competitividade do certame.* (fl. 149)
>
> ***"***(...) *pois o Pregão foi presencial e destinado a licitar 'kit escolar', composto de 21 itens, que reunidos perfazem uma amostra cabível em caixa de tamanho não acentuado e baixo custo, sem maiores problemas, significando que qualquer licitante poderia trazê-la até a cidade de Nova Andradina no dia da realização do certame.****"*** (fl. 149)

E desde logo, vale dizer que não obstante a desnecessidade de acrescentar neste voto novos fundamentos ou razões, ou repetir todos os anteriores, visto que estes já foram e continuam sendo suficientes para, em julgamento finalista, não acolher os pedidos da denunciante**,** entendo razoável reprisar que**:**

— o prazo para a apresentação de determinadas amostras ou realização de testes não deve ser exíguo nem gerar transtornos que impliquem ou ocasionem restrição à competividade, **matéria que deve ser verificada caso a caso**, dependendo da maior ou menor complexidade do objeto da licitação**;**

— em certos casos é necessário inserir no Edital de licitação um prazo razoável para a avaliação de amostras ou realização de testes**.** Mas neste caso, não era necessário ampliar o prazo ou fixá-lo para outra data ou ocasião, pois que era factível avaliar um simples "*kit escolar*" após a realização do Pregão e no mesmo dia**.**

Eis os componentes do referido "*kit escolar*"**:**

- Caderno cartografia capa dura, com 48 fls;

- Borracha branca n°40; macia, especial para apagar escrita a lápis;

- Caixa de Lápis de cor jumbo c/12 cores;

- Caixa de tinta guache lavável;

- Lápis preto escolar nº 2 HB;

- Caixa. Massa de modelar com 12 cores, embalagem com no mínimo 160g;

- Apontador, duplo tipo escolar;

- Tesoura escolar 13cm;

- Caixa de giz de cera 12 cores;

- Caderno brochura universitário com capa dura costurado, com 96fls; formato 200x275mm;

- Caixa de Lápis de cor com 12 unidades;

- Lápis preto nº 2 HB redondo apontado;

- Apontador em material termoplástico com furo cônico e uma lâmina de aço inoxidável fixada por parafuso metálico;

- Cola branca, com no mínimo 100g, lavável;

- Estojo escolar injetado em polipropileno (PP) na cor cristal;

- Régua 30 cm confeccionada em PET (politereftalato de etileno) 100% reciclado pós consumo;

- Caderno Universitário com capa dura, 10 matérias e 200fls;

- Esquadro Escolar de 60 graus, personalizado em 1 cor;

- Transferidor de 180º; personalizado em uma cor;

- Caneta esferográfica ponta média na cor azul;

- Caneta esferográfica ponta média na cor preta.

Segundo as descrições acima, salta aos olhos que os componentes do "*kit escolar*" objeto da licitação**:**

— são constitutivos, na maior parte, de objetos de pequenos tamanhos e formam no todo um volume cabível até mesmo numa caixa "portátil"**,** de papelão, plástico etc.**;**

— não impunham esforço financeiro para a acomodação, o transporte e a apresentação**,** de modo ou forma a criar dificuldade econômica para a participação

de interessados na licitação**;**

—— não dependiam de exame apurado ou demorado para a aprovação ou recusa**;**

——— não ocasionavam obstáculos para que fossem apresentados após a realização do núcleo do Pregão, ainda que no mesmo dia, inclusive porque tal certame seria e foi realizado na modalidade presencial**.**

E comprovam as afirmações acima os enunciados do Anexo **I** (peça 3, fl. 49) ao Edital de licitação **–** Termo de Referência **–,** que assim dispuseram**:**

> ***"ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA***
>
> (...)
>
> ***4. CLASSIFICAÇÃO DOS BENS COMUNS***
>
> ***4.1.*** *Os materiais, objeto da presente contratação,* ***caracterizam-se como de natureza comum****,* ***tendo em vista que são geralmente oferecidos por diversos fornecedores e facilmente comparáveis entre si, de modo a permitir a decisão de compra com base no menor preço, por meio de especificações usuais praticadas no mercado****.*
>
> (Negritos adicionados apenas neste subitem)
>
> ***5. ACEITABILIDADE DA PROPOSTA (CATALOGO/FOLDERS/MANUAIS/ PLANILHAS)***
>
> ***5.1 O licitante vencedor*** *deverá apresentar* ***uma amostra dos(s) produtos cotado(s),*** *para análise das especificações descritas no Termo de Referência.*
>
> (Sublinha original e negritos adicionados)
>
> *I. A análise para avaliação técnica da conformidade e da compatibilidade da documentação com as especificações constantes da Proposta de Preços será efetuada pelo(a) Servidor(a) Indicado pela Secretaria Municipal de Educação, Cultura e Esporte."*

Portanto, é entender que para se fixar, em edital de licitação, o momento de apresentação de amostras ou de realização de testes de bens a licitar**,** devem ser considerados os fatores relativos à complexidade deles, às demonstrações de suas montagens, acionamentos ou usos, à maior ou menor urgência para a utilização ou distribuição etc.**,** conforme cada caso **–** desde que tal momento seja posterior ao da declaração do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e anterior ao da celebração do contrato**.**

Assim, repito que no caso em exame foi fixado o mesmo dia de realização do Pregão presencial para que fossem apresentados os componentes de cada "*kit escolar*"**–** mas, somente depois de declarado o licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar **–,** o que foi razoável e lícito, porque inexistia complexidade em tais componentes, que desse modo não dependiam de exame apurado ou demorado para as suas avaliações positivas ou negativas**.**

Diante desses fatores e circunstâncias, não vi antes e continuo não vendo como prejudicial a qualquer licitante ou interessado, que a avaliação das amostras dos componentes do "*kit escolar*" tenha sido ou seja efetivada após declaração do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar**.**

Em face dessa constatação e das razões precedentes, concluo que os fundamentos e razões da denúncia não têm substância factual nem jurídica para prosperar**.**

Assim, considerando finalmente que a presente denúncia já fora admitida e devidamente processada neste Tribunal e o que do seu conteúdo foi exposto e analisado, inclusive pelos termos da manifestação derradeira do representante do Ministério Público de Contas **–** acima transcrita **–**, ratifico que são insubsistentes as razões e os fundamentos firmados pela empresa denunciante, o que implica o arquivamento do processo**.**

DISPOSITIVO

Voto, pois, nos sentidos de**:**

I - declarar a improcedência da denúncia apresentada pela empresa Futura Comércio de Materiais Educacionais Ltda., CNPJ-68.858.539/0001-10, situada em Curitiba-PR, dando como fundamento decisório as regras do art. 37, XXI, *parte final*, da Constituição Federal, e do art. 75 da Lei/fed. n. 8.666, de 21 de junho de 1993; do art. 4º, XI, da Lei/fed. n. 10.520, de 17 de julho de 2002, bem como os entendimentos doutrinário e jurisprudencial citados e transcritos nos enunciados da precedente DECISÃO LIMINAR DLM-G.FEK-18/2021 (peça 16, fls. 143-150) ou em parte nas razões deste voto**;**

II - determinar**:**

a) o arquivamento do Processo, com fundamento nas regras dos arts. 4º, **I**, ***f***, **1**, e 17, VI, ***a***, observado o disposto nos arts. 129, **I**, ***a***, ***b*** e ***c***, e 130, todos do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 2018)**;**

b) a comunicação do resultado do julgamento da denúncia à empresa Futura Comércio de Materiais Educacionais Ltda., denunciante e já identificada, e ao Prefeito Municipal de Nova Andradina, Sr. José Gilberto Garcia**;**

c) que as comunicações referidas na precedente alínea ***b*** sejam feitas por correspondência eletrônica, em conformidade com as regras dos arts. 49, I, III e IV, e 50, II, observado o disposto no art. 55, todos da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, e dos arts. 94, § 1º, e 99 do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 2018)**.**

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, pela improcedência da denúncia e arquivamento do processo, com a quebra do sigilo.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt, substituído em sessão pela Conselheira-Substituta Patrícia Sarmento dos Santos, nos termos do art. 83, III, “b”, do Regimento Interno do TCE-MS.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Waldir Neves Barbosa, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos e Marcio Campos Monteiro.

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

Campo Grande, 6 de outubro de 2021.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

MSS / VAB/dssm