ACÓRDÃO - AC00 - 1546/2023

PROCESSO TC/MS	: TC/9066/2020
PROTOCOLO	: 2051329
PROCESSO EM APENSO	: TC/3960/2020 - DENÚNCIA
TIPO DE PROCESSO	: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO/ATA DE REGISTRO DE PREÇOS
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE APARECIDA DO TABOADO
JURISDICIONADO	: JOSE ROBSON SAMARA RODRIGUES DE ALMEIDA
DENUNCIANTE	: FERNANDO SYMCHA DE ARAÚJO MARÇAL VIEIRA- OAB/SC 56.822
ADVOGADO	JARDEL REMONATTO - OAB/MS 12.812
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – FORNECIMENTO DE PNEUS, CÂMARAS, PROTETORES E BICOS – EXIGÊNCIA DE ENTREGA IMEDIATA DO OBJETO SEM ESPECIFICAÇÃO DO SIGNIFICADO DA REFERIDA EXPRESSÃO – EXIGÊNCIA DE REALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS NA SEDE DO MUNICÍPIO – IMPEDIMENTO OU ONEROSIDADE DA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS LOCALIZADAS EM OUTROS MUNICÍPIOS OU ESTADOS – RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE – VIOLAÇÃO DA LEI N. 8.666/93 – ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – EXIGÊNCIA DE LOCAL APROPRIADO E MÃO-DE-OBRA QUALIFICADA NO PERÍMETRO URBANO – ENTREGA IMEDIATA SEM INDICAÇÃO EXPRESSA DE DATA – IRREGULARIDADE – APLICAÇÃO DE MULTA – DENÚNCIA – CLÁUSULAS RESTRITIVAS À COMPETITIVIDADE – PROCEDÊNCIA.

1. É declarada a irregularidade do procedimento licitatório na modalidade pregão presencial em razão da exigência de entrega imediata do objeto sem especificação do significado da referida expressão, incompatível com a definição trazida pelo art. 40, § 4º, da Lei n. 8.666/93, bem como da exigência de que a prestação dos serviços de instalação dos produtos licitados ocorra na sede do município, impedindo ou tornando onerosa a participação de empresas localizadas em outros municípios ou estados, ferindo a competitividade e a obtenção da melhor proposta, em ofensa à norma do art. 3º, §1º, I da Lei n. 8.666/93, o que atrai a aplicação de multa ao responsável.

2. É declarada a irregularidade da ata de registro de preços diante da exigência de disponibilização de “local apropriado e mão-de-obra qualificada, no perímetro urbano da cidade e da exigência de “entrega imediata”, sem indicação expressa de data para que ocorra, em afronta aos arts. 40, § 4º, e 55, IV, da Lei n. 8.666/93, o que motiva a imposição de multa ao responsável.

3. A presença de cláusulas restritivas à competitividade do certame, decorrentes das exigências de disponibilização de “local apropriado e mão-de-obra qualificada, no perímetro urbano do município”, e da exigência de “entrega imediata” do objeto, enseja a procedência da denúncia.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 3ª Sessão Virtual Reservada do Tribunal Pleno, realizada de 30 de outubro a 1º de novembro de 2023, ACORDAM

os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, declarar, com fundamento na regra do art. 59, III, da Lei Complementar (Estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, a **irregularidade**: **a.** do procedimento licitatório realizado pelo Município de Aparecida do Taboado por meio do Pregão Presencial nº 13/2020, dado o teor restritivo do subitem 2.2 do edital decorrente da: **1.** exigência de entrega imediata do objeto sem especificação do significado da referida expressão, incompatível com a definição trazida pelo art. 40, § 4º, da Lei n. 8.666/93; **2.** exigência de que a prestação dos serviços de instalação dos produtos licitados ocorra na sede do município, impedindo ou tornando onerosa a participação de empresas localizadas em outros municípios ou estados, ferindo a competitividade e a obtenção da melhor proposta, em ofensa à norma do art. 3º, §1º, I da Lei (federal) n. 8.666/93; **b.** da **Ata de Registro de Preços** n. 20/2020, celebrada entre o Município de Aparecida do Taboado e as seguintes empresas compromitentes: Helizabete Olliveira Medeiros Rodrigues - Eireli e Auto Peças e Mecânica Júnior - Eireli, em razão da exigência de disponibilização de “local apropriado e mão-de-obra qualificada, no perímetro urbano da cidade de Aparecida do Taboado/MS” e da exigência de “entrega imediata”, sem indicação expressa de data para que ocorra, em afronta ao § 4º do art. 40 da Lei n. 8.666/93 e ao art. 55, IV, da Lei n. 8.666/93; pela **procedência** da Denúncia – autuada sob o n. TC/3960/2020 (apenso), em razão da presença de cláusulas restritivas à competitividade do certame, decorrentes das exigências de disponibilização de “local apropriado e mão-de-obra qualificada, no perímetro urbano da cidade de Aparecida do Taboado/MS” e da exigência de “entrega imediata” do objeto; pela **aplicação de multa** no valor correspondente ao de **60 (sessenta) UFERMS,** ao Sr. **José Robson Samara Rodrigues de Almeida** (Prefeito Municipal de Aparecida do Taboado à época dos fatos), em decorrência das irregularidades descritas nos termos dispositivos do inciso I, “a”, 1 e 2, e “b”, o que faço com fundamento nas regras dos arts. 41, 42, I e IX, 44, I, e 45, I, da Lei Complementar (Estadual) n. 160/2012; e **fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias úteis**, contados da data da publicação do Acórdão no Diário Oficial (eletrônico) deste Tribunal (DOTCE/MS), para o apenado pagar o valor da multa infligida e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas-FUNTC, conforme as disposições dos arts. 50, I, e 83, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, e dos arts. 98 e 185, § 1º, I e II, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TC/MS n. 98, de 2018). Determinada a **retirada do sigilo processual** imposto nos autos (peça 69).

Campo Grande, 1º de novembro de 2023.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Trata-se da análise do procedimento licitatório do **Pregão Presencial n. 13/2020** e da formalização da **Ata de Registro de Preços n. 20/2020**, entre o município de Aparecida do Taboado, o Fundo Municipal de Assistência Social, o Fundo Municipal de Saúde, e as empresas compromitentes (1) Auto Peças e Mecânica Júnior - Eireli e (2) Helizabete Oliveira Medeiros Rodrigues – Eireli, tendo como objeto o registro de preços para fornecimento de pneus, câmaras, protetores e bicos, conforme necessidade das Secretarias Municipais de Aparecida do Taboado.

O procedimento licitatório em questão foi objeto de **controle prévio** nos autos do TC/3974/2020, decorrente de Denúncia (TC/3960/2020), que após análise realizada pela equipe da Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (ANA-DFLCP-2657/2020, pç. 7, fls. 73-82), foi apensada aos presentes autos para julgamento conjunto, após esta relatoria ter negado a suspensão do certame, nos termos do Despacho DSP-G.FEK-14754/2020 (pç. 15, fls. 120-138), por entender inexistentes motivos de fato ou de direito justificadores de tal medida que, em face do *periculum in mora reverso*, poderia causar dano de difícil reparação ao ente contratante.

Assim, realizado o certame, efetivado o registro de preços e encaminhada a respectiva documentação a esta Corte de Contas para reanálise e julgamento nestes autos (TC/9066/2020), determinou-se a intimação dos gestores para que se manifestassem acerca de impropriedades assinaladas pela Divisão de Licitações, Contratações e Parcerias – DFLCP (fls. 572-574), apresentando alegações e documentos.

Realizadas as intimações (fls. 27-30) e respondidas por todos os intimados (fls. 595-678, 680, 682-683, 685-698 e 700-705), inclusive pela Sra. Lucilene Tábuas Carrasco (gestora do Fundo Municipal de Assistência Social), que respondeu conjuntamente com o Sr. José Robson Samara Rodrigues de Almeida (Prefeito Municipal à época dos fatos) (fls. 604), sobreveio a reanálise do procedimento licitatório e a análise da formalização da Ata de Registro de Preços por parte da equipe da DFLCP que, diante da documentação encaminhada, **concluiu pela ilegalidade do Pregão Presencial n. 13/2020 e da formalização da Ata de Registro de Preços n. 20/2020, e pela procedência da Denúncia** (TC/3960/2020), em razão da falta de definição da expressão "*entrega imediata*" contida no edital licitatório (ANA-DFLCP-8977/2021, peça 65, fls. 713-721).

Na sequência, os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas, ocasião em que o seu representante emitiu o Parecer PAR-3ªPRC-10987/2022 (pç. 66, fls. 722-727), opinando pela adoção do seguinte julgamento:

> **I - Ilegalidade** e **Irregularidade** do Pregão Presencial nº 13/2020 nos termos do inciso III do art. 59, cc. o inciso IX do art. 42, ambos da Lei Complementar

160/2012, cc. o inciso II do art. 124 do Regimento Interno, por infringência aos artigos 6º, 706,13º,15º e 38º da Lei n. 8.666/1993;

II- Irregularidade da Ata de Registro de Preços n. 20/2020, nos termos do inciso III do art. 59 da Lei Complementar 160/2012, cc. o inciso II do art. 124 do Regimento Interno, por estar amparada em procedimento licitatório irregular nos termos do §2º do art. 49 da Lei 8.666/1993.

III – Aplicação de Multa ao Jurisdicionado senhor José Robson Samara Rodrigues de Almeida, Prefeito Municipal, inscrito no CPF sob o nº (...), nos termos do IX do artigo 42 c/c artigo 44 ambos da Lei Complementar nº 160/2012 - por infringência a Lei n. 8.666/1993;

IV – Recomendar ao administrador público ou a quem venha substitui-lo, maior rigor no cumprimento das normas vigentes, de maneira que não mais acorram falhas dessa natureza, com fulcro no inciso II do §1º artigo 59 da Lei Complementar nº160/2012, sugerindo:

- a designação de representante para acompanhar e fiscalizar a Ata de Registro de Preços conforme sua área de conhecimento e contendo a informando dos contratos que será de sua responsabilidade.

- a adoção da prática da ampla pesquisa de mercado para obter valores de referência que respeitem os princípios administrativos.

- e que sejam encaminhadas as minutas e não mais os Termos Oficiais, para setor jurídico com o fito da elaboração de parecer jurídico.

V – Comunicar o resultado aos interessados, nos termos do Regimento Interno/TC/MS.

É o Relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Analisando o procedimento licitatório do **Pregão Presencial n. 13/2020,** realizado pelo Município de Aparecida do Taboado, tipo “menor preço por item”, observado o exposto no Despacho DSP-G-FEK-14754/2020, proferido nos autos do Controle Prévio TC/3974/2020 (fls. 120-138), as manifestações da Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (ANA-DFLCP-8977/2020, fls. 713-721) e do Ministério Público de Contas (PAR-3ª PRC-10987/2022, fls. 722-727), passo ao exame e julgamento da matéria, conforme passo a expor.

Conforme os apontamentos da equipe da DFLCP e do membro do MPC as impropriedades detectadas no Pregão Presencial n. 13/2020 consistem em: (1) falta de Estudo Técnico Preliminar (ETP) para definição do quantitativo; (2) falta de ampla

pesquisa de preços; (3) falta de envio da minuta do edital e (4) falta de envio dos CRLV´s dos veículos do ente contratante.

A – DO PREGÃO PRESENCIAL N. 13/2020

1. DA FALTA DE ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR (ETP) PARA DEFINIÇÃO DO QUANTITATIVO E JUSTIFICATIVA DE EXIGÊNCIAS

Reportando-me ao que expus no Despacho denegatório da suspensão cautelar do procedimento licitatório – DSP-G.FEK-14754/2020 (pç. 15, fls. 120-138 do TC/3974/2020), vejo a necessidade de rever o entendimento lá exposto quanto à exigibilidade do Estudo Técnico Preliminar, que deve ser elaborado não somente nos casos que tenham por objeto obras ou serviços de engenharia.

A elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares (ETP) constitui a primeira etapa do planejamento de uma contratação (planejamento preliminar) e tem como objetivo assegurar a viabilidade técnica da contratação e embasar o termo de referência ou o projeto básico, que somente é elaborado se a contratação for considerada viável.

A falta de realização de ETP pode levar à contratação que não produz resultados capazes de atender à necessidade da administração, com consequente desperdício de recursos (financeiro, pessoal) públicos; ou levar à impossibilidade de contratar, com consequente não atendimento da necessidade que originou a contratação; ou ainda, **levar à especificações indevidamente restritivas, com consequente diminuição da competição** e aumento indevido do custo da contratação.

Portanto, a elaboração de ETP é dever cogente imposto à Administração Pública. De acordo com os arts. 7º e 6º, IX, da Lei 8.666/1993, as contratações de obras e serviços devem ser precedidas da elaboração de projeto básico, sendo este entendido como:

> conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizara obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, **elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares,** que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos.

Pela definição acima, o ETP é um controle, que busca reduzir riscos, sobretudo o risco da Administração contratar algo que seja inviável tecnicamente.

No âmbito da Lei do Pregão n. 10.520/2002, conquanto não figure nos seus dispositivos expressamente o termo “estudos técnicos preliminares”, deixa clara a necessidade desse instrumento quando dispõe, em seu art. 3º, III, que na fase preparatória

do pregão deverá constar nos autos do procedimento *"os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados".*

No caso em análise, considerando o objeto da licitação, entendo pertinente recomendar ao gestor responsável que se empenhe na elaboração de ETP na fase de planejamento da licitação, a fim de atender as disposições legais e evitar riscos e prejuízos à Administração Municipal.

2. DA FALTA DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS

Sobre o apontamento referente à **falta de ampla pesquisa de preços**, destaco primeiramente o que determina a regra do §1º do art. 15 da Lei n. 8.666/93: *O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.*

O Tribunal de Contas da União (TCU) tem defendido o uso da **"cesta de preços aceitáveis",** que decorre de pesquisa englobando "*fornecedores, pesquisa em catálogos de fornecedores, pesquisa em bases de sistemas de compras, avaliação de contratos recentes ou vigentes, valores adjudicados em licitações de outros órgãos públicos, valores registrados em atas de SRP e analogia com compras/contratações realizadas por corporações privadas*" (Acórdãos 2.170/2007-P e 819/2009-P).

Desse modo, atualmente, a pesquisa de preços deve ocorrer com base na cesta de preços aceitáveis difundida pelo TCU. Todavia, no caso em tela, é demasiado penalizar o gestor, que agiu segundo as disposições regulamentares deste Tribunal vigentes àquela época, que exigia apenas a pesquisa de preços perante, no mínimo, três fornecedores, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica

Assim, entendo apropriada, neste caso, a aplicação dos arts. 22 a 24 do Decreto-Lei (federal) n. 4.657, de 1942-LINDB, incluídas pela Lei n. 13.655, de 2018, que dispõem o seguinte:

> **Art. 22.** Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados
>
> § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, **serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente**. (...).
>
> **Art. 23.** A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

> **Art. 24.** A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as **orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.**
>
> Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público;

Nos autos do **TC/3974/2020** (Controle Prévio), ao atender à intimação emanada deste Tribunal, o Prefeito Municipal apresentou resposta (pç. 13, fls. 88-96), juntando documentos (pç. 14, fls. 97-119) e aduziu, em síntese, *"(...) que foram encaminhados e-mails para inúmeras empresas. Não obstante, estas se quedaram inertes e não encaminharam orçamento ou demonstraram interesse na participação do certame. (...)".* E, disse, ainda:

> "(...) que a prestação do serviço público não pode ficar à mercê das empresas fornecedoras demonstrarem interesse. Desse modo, o certame foi continuado em virtude da necessidade da prestação dos serviços licitados (SIC).", e que "(...) é importante destacar que a pesquisa de preços não se limitou à apresentação de orçamentos por parte dos fornecedores da iniciativa privada, uma vez que a administração também se valeu de pesquisas junto a outras fontes, sendo estas capazes de representar os valores de mercado. (...)".

Nos autos do **TC/3974/2020** - Controle Prévio – (fl. 118), consta o documento firmado pela Diretora de Compras da Administração, Silvia Regina Felisbino, no qual ela declarou que foram solicitados:

> "orçamentos para oito empresas diferentes, das quais obtivemos retorno de apenas três empresas, e no comercio local entregamos em loco (SIC), onde o proprietário não se dispôs (SIC) a fornecer cotação"; e que das 8 empresas contatadas, 5 delas não se interessaram em fornecer preços:
>
> • Caiado Pneus (67) 3521-5551 / gerente.24@caiadopneus.com.br;
>
> • Portal Pneus (17) 3631-6818 / portalpneus1@hotmail.com;
>
> • Almeida Pneus (17) 3622-0730 / jairalmeidabfbrodovia@outlook.com;
>
> • Zizo Pneus Auto Center (67) 3521-2924 / marco@zizopneus.com.br;
>
> • Paulo Pneus Auto Center (67) 3522-2772 / paulo-pneus@hotmail.com;
>
> Na peça 2, fls. 11-30 daqueles autos, se constata que apenas três empresas se interessaram em fornecer preços, que foram:
>
> • Vanderlei Bianchi;

- JLA Materiais de Construção e Utilidades - EIRELI;
- J67 Construções e Transportes – EIRELI.

A meu ver, as justificativas apresentadas são razoáveis, especialmente porque foi utilizado como valor de referência o menor preço obtido na pesquisa (e não a média de preços), conforme comparação dos preços inscritos nos documentos de fls. 55-57 com aqueles inscritos nas fls. 11-30, todos dos autos do TC/3974/2020.

Consoante o que até aqui expus, é sensato concluir que houve a tentativa de realizar pesquisa mais ampla, notoriamente porque:

— as informações, as ofertas de preços são próprias, típicas dos entes econômicos, do mercado, ou seja, das empresas que, em exercendo a atividade exigida para o fornecimento de determinados bens/mercadorias, estejam interessadas em participar de licitação pública;

— mesmo diante dos empecilhos encontrados, a Administração municipal conseguiu, ao final, 3 cotações de empresas para 94,68% dos produtos descritos nos itens do edital, utilizando, como referência, o menor dos preços fornecidos pelos fornecedores consultados;

— foi alcançado o objetivo da obtenção da proposta mais vantajosa, uma vez que no Pregão realizado, ao ser oportunizada aos licitantes a competição entre si, a disputa de preços, foi obtido ao final o preço total inferior ao valor resultante da pesquisa, ou seja, 81% do valor médio de referência e 97% dos menores valores resultantes da pesquisa, tendo sido assim cumpridos os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade.

Conforme se constata do Anexo I do Edital (pç. 3, fls. 48-50), a Administração municipal não expôs os valores unitários de referência dos produtos objeto do Pregão, tendo optado por não dar publicidade à média dos valores orçados a título de pesquisa de mercado, em conformidade com o disposto no inciso XVII do art. 4º da Lei n. 10.520, de 2002.

Assim, concluo não haver irregularidade na realização da pesquisa de preços.

3. DA FALTA DE ENVIO DA MINUTA DE EDITAL

Quanto à **falta de encaminhamento da minuta do edital licitatório**, embora a remessa da referida peça fosse obrigatória nos termos do item 7.1.B.6 do Anexo VI da Resolução TCE/MS n. 88/2018 (vigente à época), sua falta não resultou em prejuízo à análise da prestação de contas, e além disso, conforme anotado pelos auditores da DFLCP (pç. 65, fls. 713/721), tal exigência foi suprimida nos termos da Resolução TC/MS n. 139/2021, item 7.2.1.1.B, visto que deixou de elencá-la como peça de remessa obrigatória a este Tribunal.

4. DA FALTA DE ENVIO DOS CRLV´S DOS VEÍCULOS DA FROTA MUNICIPAL

Quanto à **falta de encaminhamento dos CRLV´s** dos veículos pertencentes ao ente contratante, vejo que foram trazidos aos autos após a intimação dos gestores (fls. 606-678), atendendo à regra do item 7.1.B.18 do Anexo VI da Resolução TC/MS n. 88/2018 (vigente à época) e sanando a impropriedade então apontada.

B - DA DENÚNCIA – AUTOS EM APENSO - TC/3960/2020

O Edital n. 16/2020, referente ao procedimento licitatório do Pregão Presencial n. 13/2020, foi objeto de questionamento perante este Tribunal, conforme Denúncia autuada sob o n. TC/3960/2020, questionando a legalidade da exigência contida no item 2, subitem 2.2, que estabeleceu o seguinte:

> **2. DO OBJETO DA LICITAÇÃO** (fl. 180)
>
> 2.1. O objeto da (...) licitação é a seleção de empresa, objetivando o registro de preços (...) [para] selecionar empresa (...), para o fornecimento de pneus (...), visando fornecimentos futuros, conforme necessidade das Secretarias Municipais (...), de conformidade com o Anexo VI - Termo de Referência [em verdade, Anexo VII, fl. 47].
>
> **2.2 A contratada deverá disponibilizar local apropriado e mão-de-obra qualificada, no perímetro urbano da cidade de Aparecida do Taboado/MS, para efetuar os serviços de substituição dos produtos nos veículos da frota**. (Edital, pç. 10, fls. 180, e Termo de Referência, pç. 4, fl. 95 destes autos)

Antes de tudo, entendo necessário examinar alguns itens do edital licitatório, razão pela qual destaco o **subitem 3.1** (fl. 181) e o **item 3.8** (fl. 182), abaixo transcritos:

> **3.1.** Poderão participar do presente certame licitatório, as empresas individuais e sociais especializadas no ramo pertinente ao objeto, observada a necessária qualificação.
>
> **3.8.1.** Em conformidade com a Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, em seu artigo 48, inciso 1, alterado pela Lei Complementar 147, de 07 de agosto de 2014, **esta licitação terá os itens com valor estimado até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) com participação exclusiva de microempresas - ME e empresas de pequeno porte - EPP e microempreendor individual - MEI.**

A seguir, avaliando a Ata e Deliberações da sessão pública do Pregão Presencial (pç. 15, fls. 333-373), verifico que apenas três empresas se credenciaram e participaram da fase competitiva, ofertando lances - (1) Auto Peças e Mecânica Júnior – Eireli - ME; (2) Helizabete Oliveira Medeiros Rodrigues – Eireli; e (3) Inovatti Materiais de Construção Eireli – ME. Entre estas empresas, **verifico que não houve competição por item,** pois é possível constatar que para cada item não teve disputa efetiva entre

as três empresas participantes do certame, posto que ora uma, ora outra empresa não cotava para um dado item e, em razão disso, era(m) desclassificada(s) para aquele item (fls. 334 a 369). Outrossim, é possível constatar que nenhum dos itens registrados superou o valor limite de R$ 80.000,00.

Ante tal constatação, não há como aplicar ao presente Pregão, as regras de exclusividade de participação de ME, EPP e MEI no âmbito municipal e regional, prescritas nos arts. 47 e 48 da Lei Complementar n. 123/200, pois, neste caso, não houve um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos para cada item, incidindo o disposto no art. 49, II, da referida lei.

> Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: (Vide Lei nº 14.133, de 2021
>
> I- (Revogado)
>
> II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

Diante de tais considerações, ao incluir no edital a exigência de **disponibilização de local e pessoal** para a prestação de serviço de troca/substituição dos produtos, o ente licitante limitou o certame à participação de empresas locais/regionais, com infringência ao disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei (federal) n. 8.666/93, que dispõe o seguinte:

> Art. 3º (...)
>
> § 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.

Não por acaso, o responsável pela apresentação da Denúncia que questionou a exigência editalícia (TC/3960/2020) é residente na cidade de Itajaí, Estado de Santa Catarina, e se viu impossibilitado de fornecer o objeto à Administração municipal de Aparecida do Taboado em razão da inclusão de condições impostas à contratada, consistente em "*disponibilizar local apropriado e mão-de-obra qualificada, no perímetro urbano da cidade de Aparecida do Taboado/MS, para efetuar os serviços de substituição dos produtos nos veículos da frota*".

Cumpre, ainda, destacar que o edital previu a entrega, montagem e instalação dos produtos de **forma imediata a partir do pedido** (item 11.2 do edital, fl. 192). Trata-se de conceito vago, indefinido, podendo ser considerado fator restritivo ao certame.

Desse modo, o subitem 2.2 do edital licitatório, a meu ver, configura **restrição à competitividade do certame,** ao desbordar do objeto buscado pela Administração municipal que é o "fornecimento de pneus, câmaras, protetores e bicos", pois inclui que a contratada deva **disponibilizar local apropriado e mão-de-obra qualificada no perímetro urbano de Aparecida do Taboado**, para efetuar os serviços de substituição/troca dos produtos nos veículos da frota, **de forma imediata**, constituindo ofensa à regra do art. 3º, §1º, I, da Lei n. 8666/93

Na prática, essa exigência obsta a participação no certame de empresas sediadas em outras cidades, distantes do perímetro urbano de Aparecida do Taboado, e também daquelas empresas que se dedicam ao comércio eletrônico. A exigência dificulta, ou até mesmo impede, a obtenção da melhor proposta de preços para fornecimento dos produtos licitados.

Diante de todo o exposto, **a Denúncia** autuada sob o **TC/3960/2020** (apenso aos presentes autos) deve ser julgada **procedente**, para fins de se declarar a irregularidade do Pregão Presencial n. 13/2020.

C- DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS N. 20/2020

A Ata de Registro de Preços (ARP) n. 20/2020 decorre de procedimento licitatório eivado de vícios, e em que pese não haver contaminação da fase antecedente na subsequente, no presente caso, a formalização deve também ser julgada irregular diante da exigência contida no **item 5.2**, que determina que os pneus sejam "disponibilizados e substituídos (...) de forma imediata", configurando cláusula restritiva, diante da vaguidade e indefinição da expressão que, nos termos do art. 40, § 4º, da Lei n. 8.666, de 1993, demanda expressa definição de data e que, no caso dos autos, pode levar à inexequibilidade do objeto e à aplicação de penalidades aos fornecedores.

Não vejo como irregularidade, contudo, a **falta de designação do fiscal do contrato na ARP**, comungando aqui do entendimento manifestado pela DFLCP no sentido de que, em se tratando de SRP, tal designação pode ser feita em momento posterior, quando da solicitação de fornecimento realizada por cada órgão beneficiário da Ata, porquanto é nesse momento que a fiscalização passará a ser efetivamente necessária, conforme disciplina o art. 67 da Lei 8.666/1993, que assim dispõe: "***a execução do contrato*** *deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo de informações pertinentes a essa atribuição*".

Discordo, pois, do entendimento manifestado pelo MPC (pç. 66, fls. 722/727), que defende a designação concomitante à formalização da ata, porquanto a lei não exige a designação em momento anterior à da execução do contrato que, no SRP, é

eventual e futura, autorizando a designação em momento oportuno, posterior à da formalização da Ata de Registro de Preços.

Desse modo, entendo que a designação de um servidor para atuar como fiscal de contratos pode ocorrer no momento da celebração do contrato.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acompanho parcialmente os entendimentos da Divisão de Fiscalização de Licitação, Contratações e Parcerias e do Ministério Público de Contas e **VOTO** nos seguintes termos:

I – declarar, com fundamento na regra do art. 59, III, da Lei Complementar (Estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, **a irregularidade:**

a. do procedimento licitatório realizado pelo Município de Aparecida do Taboado por meio do **Pregão Presencial nº 13/2020,** dado o teor restritivo do subitem 2.2 do edital decorrente da:

1. exigência de entrega imediata do objeto sem especificação do significado da referida expressão, incompatível com a definição trazida pelo art. 40, § 4º, da Lei n. 8.666/93;

2. exigência de que a prestação dos serviços de instalação dos produtos licitados ocorra na sede do município, impedindo ou tornando onerosa a participação de empresas localizadas em outros municípios ou estados, ferindo a competitividade e a obtenção da melhor proposta, em ofensa à norma do art. 3º, §1º, I da Lei (federal) n. 8.666/93;

b. da **Ata de Registro de Preços n. 20/2020**, celebrada entre o Município de Aparecida do Taboado e as seguintes empresas compromitentes: Helizabete Olliveira Medeiros Rodrigues - Eireli e Auto Peças e Mecânica Júnior - Eireli, em razão da exigência de disponibilização de "local apropriado e mão-de-obra qualificada, no perímetro urbano da cidade de Aparecida do Taboado/MS" e da exigência de "entrega imediata", sem indicação expressa de data para que ocorra, em afronta ao § 4º do art. 40 da Lei n. 8.666/93 e ao art. 55, IV, da Lei n. 8.666/93;

II – julgar procedente a Denúncia – autuada sob o n. TC/3960/2020 (apenso), em razão da presença de cláusulas restritivas à competitividade do certame, decorrentes das exigências de disponibilização de "local apropriado e mão-de-obra qualificada, no perímetro urbano da cidade de Aparecida do Taboado/MS" e da exigência de "entrega imediata" do objeto;

III - aplicar multa no valor correspondente ao de **60 (sessenta) UFERMS, ao Sr. José Robson Samara Rodrigues de Almeida** (Prefeito Municipal de Aparecida do Taboado à época dos fatos), em decorrência das irregularidades descritas nos termos dispositivos do inciso **I,** "**a**", 1 e 2, e "**b**", o que faço com fundamento nas regras dos arts. 41, 42, I e IX, 44, I, e 45, I, da Lei Complementar (Estadual) n. 160/2012;

IV – fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias úteis, contados da data da publicação do Acórdão no Diário Oficial (eletrônico) deste Tribunal (DOTCE/MS), para o apenado pagar o valor da multa infligida e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas-FUNTC, conforme as disposições dos arts. 50, I, e 83, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, e dos arts. 98 e 185, § 1º, I e II, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TC/MS n. 98, de 2018).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, firmada nos termos do voto do Relator, pela irregularidade do procedimento licitatório na modalidade pregão presencial e da ata de registro de preços, bem como o julgamento procedente da denúncia em apenso, com aplicação de multa ao responsável.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.

Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Osmar Domingues Jeronymo, Marcio Campos Monteiro e os Exmos. Srs. Conselheiros-Substitutos Patrícia Sarmento dos Santos, Célio Lima de Oliveira e Leandro Lobo Ribeiro Pimentel.

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

Campo Grande, 1º de novembro de 2023.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

MSS