ACÓRDÃO - AC01 - 139/2023

PROCESSO TC/MS	: TC/3014/2019
PROTOCOLO	: 1965672
TIPO DE PROCESSO	: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E CONTRATO ADMINISTRATIVO
ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE ÁGUA CLARA / FUNDO MUNICIPAL DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO BÁSICA E DE VALORIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO
JURISDICIONADOS	: 1. EDVALDO ALVES DE QUEIROZ 2. SONIA MARA NOGUEIRA
INTERESSADO	: MÁRCIA CRISTINA DA SILVA – ME.
VALOR	: R$ 138.000,00.
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – AQUISIÇÃO DE KITS ESCOLARES COM APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS – CONTRATO ADMINISTRATIVO – FORMALIZAÇÃO – IMPROPRIEDADES – AUSÊNCIA DE PERSONALIZAÇÃO DA ENTREGA DOS KITS – PREDETERMINAÇÃO – INSEGURANÇA JURÍDICA – PRAZO PARA AVALIAÇÃO DAS AMOSTRAS – PRAZO EXÍGUO PARA ENTREGA DAS AMOSTRAS – AUSÊNCIA DE EXPOSIÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA AVALIAÇÃO E JULGAMENTO DAS AMOSTRAS – IRREGULARIDADE – MULTA – INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA DE FASES – IRREGULARIDADE QUE NÃO AFETA AS FASES POSTERIORES –EXECUÇÃO FINANCEIRA – REGULARIDADE.

1. A exigência de personalização da entrega dos kits, que desacompanhada de especificação sobre a personalização, pode contribuir para interpretações divergentes, resultar em propostas inconsistentes e dificultar as comparações desses resultados, pelo que é recomendável que a Administração Pública forneça diretrizes claras e objetivas.

2. A exigência de apresentação de amostras no edital após a aceitabilidade do valor e da ordem de classificação configura cláusula restritiva à competitividade do certame. Conforme o posicionamento jurisprudencial das Cortes de Contas, a apresentação de amostras deve ser exigida após a fase de lances, e, somente do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar.

3. A fixação pelo edital do certame de prazo exíguo para a entrega de produtos caracteriza restrição ao caráter competitivo do certame, em afronta ao disposto no art. 3º, §1º, I, da Lei Federal 8.666/1993, por inviabilizar a participação de licitantes com sedes mais distantes, levando em consideração o sistema operacional, como a separação de produtos, carregamento e deslocamento.

4. A ausência de critérios objetivos, com nível de detalhamento adequado e suficiente para a avaliação e o julgamento técnico de aprovação e de motivação para a reprovação das amostras apresentadas, configura ofensa ao princípio do julgamento objetivo (art. 3º, *caput*, da Lei Federal 8.666/1993) e infringência às regras dos arts. 3º, §1º, I, e 40, VII, da Lei Federal 8.666/1993.

5. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório torna-se corolário da legalidade e impõe à Administração e ao licitante a observância das normas

estabelecidas no edital de forma objetiva. Verificada a contraposição de item do Edital à cláusula do contrato, resta caracterizada a afronta ao art. 41 da Lei nº 8.666/1993.

6. É declarada a irregularidade do procedimento licitatório e da formalização contratual em razão das ilegalidades apontadas, e aplicada a multa ao responsável, julgamento este que não acarreta a irregularidade das fases posteriores.

7. É declarada a regularidade da execução contratual cujos atos e documentos estão em consonância com as disposições legais aplicáveis à matéria.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 12ª Sessão Ordinária Virtual da Primeira Câmara, realizada em 21 a 24 de agosto de 2023, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, **I- em declarar** , com fundamento no art. 59, III, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, d**a irregularidade** do procedimento licitatório, realizado pelo Município de Água Clara, por meio do **Pregão Presencial n. 5/2019**, em face das irregularidades constatadas nos autos, nos itens 1 ao 4; e da **formalização do Contrato Administrativo n. 37/2019,** em desacordo com o art. 54, §1º, da Lei n. 8.666, de 1993; **II – em declarar,** com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de janeiro de 2012, **a regularidade da execução orçamentária e financeira** do Contrato Administrativo n. 37/2019. **III – em aplicar multa** no valor equivalente ao de **60 (sessenta) UFERMS ao Sr. Edvaldo Alves de Queiroz**, Prefeito Municipal de Água Clara à época dos fatos, pelas infrações descritas no termo dispositivo do inciso **I**, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, *caput*, IV e IX, 44, I e 45, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012; **IV- fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias** contados da data da intimação do responsável por correspondência física ou eletrônica, com a prova do recebimento, para que o apenado pague o valor da multa que lhe foi infligida e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC, consoante as regras do arts. 50, II, e 83 da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012, observado o disposto nos arts. 99 e 185, §1º, I e II, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 5 de dezembro de 2018).

Campo Grande, 24 de agosto de 2023

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

A matéria em exame trata do procedimento licitatório, realizado pelo Município de Água Clara, por meio do **Pregão Presencial n. 5/2019**, da formalização do **Contrato Administrativo n. 37/2019**, celebrado entre o Município de Água Clara, por intermédio da Secretaria Municipal de Educação, e a empresa Marcia Cristina da Silva – ME, bem como da **execução orçamentária e financeira da contratação**, tendo como objeto a aquisição de kits escolares com apresentação de amostras, para atendimento dos alunos da Educação Básica das escolas da rede municipal, no valor inicial de R$ 138.000,00.

Ao analisar os documentos dos autos, a Divisão de Fiscalização de Gestão da Educação (DFE) concluiu na Análise ANA 779/2021 (pç. 29, fls. 494-502), pela **regularidade** do Pregão Presencial n. 5/2019, do Contrato Administrativo n. 37/2019 e da execução orçamentária e financeira.

Na sequência, o Procurador do Ministério Público de Contas (MPC) emitiu o Parecer 11125/2022 (pç. 30, fls. 503-504), opinando ***"(...) pela regularidade** do procedimento licitatório, formalização e execução financeira do contrato administrativo n. 037/2019, referente ao Pregão Presencial n° 005/2019, nos termos do art. 59, Inciso I da LC/160/2012 c/c art. 121, Inciso I, II e III, ambos do Regimento Interno aprovado pela Resolução nº 98/2018*".

É o Relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

Inicialmente, verifico que embora oportunizado o contraditório e a ampla defesa aos jurisdicionados, o Sr. Edvaldo Alves de Queiroz (Prefeito Municipal de 1/1/2017 a 31/12/2020 – pç. 32, fl. 507) e Sra. Sônia Maria Nogueira (Secretária Municipal de Educação de 23/3/2018 a 31/12/2020 – pç. 33, fl. 508), ambos não apresentaram manifestação, tampouco documentos para compor a instrução processual.

Compulsando os autos e subsidiado pelas conclusões emitidas pela equipe de auditores da Divisão de Fiscalização de Gestão da Educação (DFE) e pelo parecer do Ministério Público de Contas (MPC), verifico que o **Pregão Presencial n. 5/2019** (pç. 8, fls. 125-146), realizado pelo tipo "menor preço por lote", para aquisição de kits escolares com apresentação de amostras, para atendimento dos alunos da rede municipal de ensino, apresenta em seu Edital algumas cláusulas que merecem análise pormenorizada, haja vista o apontamento de algumas impropriedades, que seguem relacionadas.

1) DA PERSONALIZAÇÃO DA ENTREGA DOS KITS

O **item 12** do Edital - "**Da entrega dos produtos**" - estabeleceu o seguinte:

12.1.1 - A CONTRATADA deverá entregar os **kits personalizados** de acordo com arte e layout a serem fornecidos pela Secretaria Municipal de Educação de Água Clara/MS.

De acordo com a análise da Divisão de Gestão da Educação (DFE) - pç. 29, fl. 496, foi constatado que:

> Ao se exigir a entrega do material sem a predeterminação dos mesmos pode gerar insegurança aos interessados na licitação, uma vez que sem que seja pré-determinados formatos, tamanhos e tipos de acondicionamentos, não há como determinar os custos e a viabilidade do fornecimento dos kits, fato que **pode prejudicar o caráter competitivo do certame** em desacordo com o artigo 3°, § 1°, inciso I da Lei 8.6666/1993 (grifo nosso).

A personalização da entrega de produtos em contratações públicas é a possibilidade de adaptação das características ou especificações do produto de acordo com as necessidades da Administração Pública. Trata-se de fornecer produtos considerando requisitos específicos estabelecidos na licitação.

A personalização pode envolver diversos aspectos como ajustes nas dimensões (formato, tamanho e tipo), características técnicas, cores, embalagens, prazos de entrega e até mesmo a inclusão de recursos adicionais. O objetivo é que as necessidades exclusivas da Administração Pública sejam atendidas, facilitando a determinação dos custos e a viabilidade de fornecimento do material.

Todavia, para que a personalização seja possível, é fundamental que o edital estabeleça claramente quais características deverão ser personalizadas, bem como os critérios de avaliação a serem considerados durante o processo de seleção da empresa fornecedora.

Friso que o edital não trouxe de maneira clara, objetiva e adequada quais seriam as personalizações necessárias na entrega do produto, apenas mencionou que a arte e layout seriam fornecidos pela Secretaria Municipal de Água Clara. Nesse caso, em respeito ao princípio da segurança jurídica, é essencial que haja o correto delinear da aplicação das normas, a fim de evitar qualquer surpresa na contratação pública.

Sobre a temática, destaco o dispositivo da Lei n. 9.784, de 1999 (que regulamenta o processo administrativa no âmbito da Administração Pública Federal), bem como o art. 3º, §1º, I da Lei de Licitações n. 8.666, de 1993:

> Art. 2º da Lei n. 9.784, de 1999 - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência (grifo nosso).

> Art. 3º, §1º, I da Lei n. 8.666, de 1993 - 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 (...) (grifo nosso).

Ademais, no Termo de Referência (pç. 3, fls. 7-36) foi pontuado que os materiais seriam para atender os alunos da Educação Infantil e Ensino Fundamental (Séries Iniciais e Finais), entretanto, verifico que os materiais descritos não apresentam características personalizadas que os diferencie de materiais comuns no âmbito escolar.

Apreendo apenas que, alguns materiais foram solicitados em determinado kit, tendo como referência o nível escolar. Como exemplo, o kit escolar 1 - Educação Infantil, que foi o único que solicitou a agenda escolar, enquanto o kit 2 - Ensino Fundamental (Series Iniciais), solicitou o caderno brochurão e o kit 3 – Ensino Fundamental (Series Finais), solicitou o caderno universitário.

Dessa forma, não vislumbro o exato momento em que se insere o teor do item 12.1.1 do Edital, já que os bens requeridos são formados por materiais comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos no Edital, com especificações usuais de mercado (art. 1º, da Lei (federal) n. 10.520, de 2002).

Para ilustrar, reproduzo a composição dos kits solicitados:

Kit 1 – Educação Infantil (13 itens)	**Kit 2 – Ensino Fundamental - Séries Iniciais (11 itens)**	**Kit 3 – Ensino Fundamental - Séries Finais (14 itens)**
1 Agenda Escolar	4 Cadernos Brochurão 96 fls.	2 Cadernos Universitários 200 fls.
2 Apontadores com depósito	2 Apontador com depósito	2 Apontadores com depósito
2 Borrachas Escolares cor branca n. 40	2 Borrachas Escolares cor branca n. 40	2 Borrachas Escolares cor branca n. 40
2 Cadernos de Desenho 96 fls.	2 Cadernos de Desenho 96 fls.	1 Caderno de Desenho 96 fls.

1 Canetinha Hidrográfica (caixa com 12 cores)	1 Canetinha Hidrográfica (caixa com 12 cores)	4 Canetas esferográficas cor azul
1 Cola branca 90 g	1 Cola branca 90 g	2 Canetas esferográficas cor vermelha
1 Giz de cera (caixa com 12 cores	1 Giz de cera (caixa com 12 cores	2 Canetas esferográfica cor preta
4 Lápis grafite	4 Lápis grafite	2 Colas brancas
2 Massas de modelar (caixa com 6 cores)	1 Régua de 30 cm	4 Lápis grafite
1 Pincel n. 8	1 Tesoura sem ponta	1 Régua
1 Tesoura sem ponta	1 Lápis de cor (caixa com 12 cores)	1 Tesoura sem ponta
1 Tinta guache (caixa com 6 cores)		1 Esquadro 45º
2 Lápis de cor (caixa com 12 cores)		1 Esquadro 60º
		1 Lápis de cor (caixa com 12 cores)

Portanto, entendo que a exigência de personalização dos kits por si só não é suficiente para determinar a irregularidade do procedimento licitatório, no entanto, a exigência desacompanhada de especificação sobre a personalização, pode contribuir para interpretações divergentes, resultar em propostas inconsistentes e dificultar as comparações desses resultados.

É recomendável que a Administração Pública forneça diretrizes claras e objetivas, a fim de garantir uma compreensão comum dos requisitos de personalização dos fornecedores e facilitar a seleção de proposta mais vantajosa. Razão pela qual, entendo pela declaração de regularidade com ressalva do item, para que o jurisdicionado proceda com maior cautela nas futuras contratações.

2) DO PRAZO PARA A APRESENTAÇÃO DAS AMOSTRAS

O item **6.3** do Termo de Referência (pç. 3, fl. 17) assevera que "*fica reservado a esta Secretaria Municipal de Educação* ***em qualquer fase do certame, o direito de solicitar amostras*** *para realizações de testes que comprovem a qualidade do produto ofertado"*.

Em momento posterior, o **edital** dispôs no item **7.13** (fl.132) que **após a aceitabilidade do valor e definida a ordem de classificação**, as amostras dos kits seriam analisadas por uma comissão responsável em aprovar ou reprovar a qualidade dos materiais apresentados.

Todavia, após conferência pormenorizada aos autos, não foi possível identificar a data da entrega ou avaliação das amostras, visto que, não houve apresentação de documento que comprovasse a realização desses procedimentos, obstando o julgamento sobre o cumprimento do item editalício.

O posicionamento jurisprudencial das Cortes de Contas é no sentido de que **as amostras devem ser exigidas após a fase de lances, e, somente do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar,** sob pena de encarecer o custo da participação na licitação e desestimular a presença de outros interessados.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 2ª ed., Dialética, São Paulo, 2003, p. 116) afirma:

> **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**. Ou seja, os licitantes terão conhecimento de que, se saírem vencedores do certame, terão de encaminhar imediatamente a amostra do objeto ofertado (grifo nosso).

É entendimento deste Tribunal de Contas que a exigência de amostra deve ocorrer somente após a declaração do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar. Nesse passo, cito o seguinte Acórdão:

> 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 competitividade, 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 - AC00 - 1643/2021, relator Conselheiro Flávio Kayatt, em 6/10/2022).

Do mesmo modo, o Tribunal de Contas da União (TCU) já se manifestou acerca da exigência de amostras somente do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar:

> (...) Outra questão que tem o viés de restringir a competição diz respeito à exigência de apresentação de amostra por parte de todos os licitantes. **A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que a apresentação de amostra, quando cabível, deve ser exigida apenas do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar** (Acórdão 2640/2019 - Plenário, Relator Bruno Dantas, Processo 022.584/2019-6, em 30/10/2019).

A exigência de apresentação de amostras no edital, após a aceitabilidade do valor e da ordem de classificação, configura cláusula restritiva à competitividade do certame, uma vez que pode onerar os licitantes com custos significativos para a produção e envio de amostras. Além disso, não houve apresentação de documentos que comprovassem a entrega, a qualidade e as características técnicas das amostras.

3) DO PRAZO PARA A ENTREGA DOS PRODUTOS

Analisando detidamente os atos administrativos, verifico que:

a) O Termo de Referência determinou no item 8.1, que a entrega dos produtos não poderia ser superior a 30 (trinta) dias da Autorização de Fornecimento, emitida pelo Departamento de Compras (fl. 120);

b) O Edital determinou no item 12.1, a entrega dos produtos “conforme a emissão de ordem de compras, até o dia 28/2/2019, prazo máximo para a entrega” (fl. 139);

c) As Notas de Autorização de Despesa (NAD) – Requisição, foram emitidas em 28/2/2019, com a data de entrega em 6/3/2019, conforme fls. 463-465 e 482-483.

A partir disso, a DFE concluiu pela irregularidade do item em comento, por se tratar de prazo exíguo para a entrega dos materiais. Em razão disso, apontou da seguinte forma (pç. 29, fl. 497):

> De acordo com o item 12.1 do Edital o material dos kits escolares deveria ter sido entregue no dia 28/02/2019. Tendo em vista que o pregão foi realizado dia 15/02/2019 e que as empresas vencedoras tinham 5 (cinco) dias úteis para assinar o contrato, prorrogáveis uma vez pelo mesmo prazo, os vencedores teriam no máximo 4 (quatro) dias úteis para a entrega do material e, no caso do prazo da prorrogação da assinatura do contrato, teriam que entregar os kits antes mesmo da assinatura do contrato.

Pontuo que não existe previsão legal sobre o prazo de entrega dos materiais adquiridos pela Administração, devendo, dessa forma, constar especificações e condições em edital. Trata-se de um critério discricionário, a ser estabelecido conforme as necessidades do município. Normalmente esse prazo de entrega é estipulado a partir da assinatura do contrato ou da emissão da ordem de compra, em data específica ou de forma flexível.

Examinando a situação, noto que o fornecimento de materiais escolares visou atender o ano letivo de 2019, uma vez que as expectativas de matrículas superaram 15% o ano letivo anterior, conforme dispõe o item 2.1 do Termo de Referência (fl. 109).

A partir dessa justificativa, o edital adotou como referencial para a entrega dos produtos a emissão da ordem de compra e estipulou como prazo final uma data específica (28/2/2019). No entanto, além do prazo, a meu ver, ser exíguo, observo que a data não foi respeitada, já que o produto foi entregue somente em 6/3/2019, conforme a data das Notas de Autorização de Despesa – NAD (fls. 463-465 e 482-483) e das Notas de Liquidação (fls. 451, 452, 470 e 471).

Sobre a determinação de prazo exíguo para a entrega de produtos na contratação pública, entendo que se caracteriza como restrição ao caráter competitivo do certame, em afronta ao disposto no art. 3º, §1º, I da Lei (federal) n. 8.666, de 1993. Pondero ser uma exigência que inviabiliza a participação de licitantes cujas sedes estejam mais distantes, levando em consideração o sistema operacional a ser desempenhado como a separação de produtos, carregamento e deslocamento.

Ademais, não se mostra razoável que a Administração, a quem compete o exercício de suas obrigações pautado no mínimo planejamento, que submeta as empresas a súbitas necessidades, colocando-as em estado de prontidão para atender prazos curtos. Nesse caso em específico, noto que se trata de procedimento reiterado dentro da Administração Pública, que requer organização e planejamento.

Nesse sentido têm entendido os Tribunais de Contas:

> REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/93. **PRAZO DE ENTREGA EXÍGUO**. PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DA AVALIAÇÃO DOS PRODUTOS. RESPONSABILIDADE. PREGOEIRA. SUBSCRITORA DO EDITAL. PARECERISTA. ERRO GROSSEIRO E INESCUSÁVEL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. MULTA E DETERMINAÇÕES. (TCE-PR 72443418, Relator: FABIO DE SOUZA CAMARGO, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 03/07/2019)
>
> EMENTA - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PREGÃO PRESENCIAL AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS ATA DE REGISTRO DE PREÇOS EDITAL NÃO DISPONIBILIZADO NA INTERNET DIVISÃO DO OBJETO EM SETE LOTES SEM IDENTIFICAR LOCAL DE ENTREGA **PRAZO DE ENTREGA EXÍGUO RESTRITIVIDADE NA COMPETIÇÃO** PROPOSTAS DE PREÇOS INCOMPLETAS NÃO OBSERVAÇÃO AS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO AUSÊNCIA DE BALANÇO PATRIMONIAL EXIGIDO NO EDITAL APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS PERANTE A

> FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL FALTA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS PERANTE A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL NÃO DESTINAÇÃO DE LOTES EXCLUSIVOS PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE IRREGULARIDADE MULTA (TCE-MS - ATA DE REGISTRO DE PREÇO / ADMINISTRATIVO: 121832019 MS 2005529, Relator: MARCIO CAMPOS MONTEIRO, Data de Publicação: Diário Oficial do TCE-MS n. 2956, de 29/09/2021).

Outrossim, destaco que não houve justificativa para o atraso no cumprimento do prazo de entrega pactuado, corroborando o entendimento de que se trata de prazo desproporcional para empresa licitante, razão pela qual caracteriza-se irregularidade no procedimento licitatório.

4) DA AUSÊNCIA DE EXPOSIÇÃO DE CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO E JULGAMENTO DAS AMOSTRAS

De acordo com o estabelecido no item **7.13** do edital (fl. 132) "será analisada a amostra dos kits por uma comissão especial, que **terá como quesito aprovar ou reprovar a qualidade dos materiais apresentados**. Sendo essa análise realizada na ordem de classificação*".*

Considerando, no edital em exame, a existência de cláusula de apresentação de amostras dos materiais escolares, integrantes de cada um dos kits (kit 1, kit 2 e kit 3, fls. 132 a 134), a consequência necessária seria o estabelecimento de critérios objetivos, com nível de **detalhamento adequado e suficiente para a avaliação e o julgamento** técnico de aprovação e de motivação para a reprovação das amostras apresentadas, o que não ocorreu no caso presente. Desse modo, configurando ofensa ao princípio do julgamento objetivo, inscrito no art. 3º, *caput*, infringência à regra do art. 3º, §1º, I, e do art. 40, VII, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993.

Conforme o retromencionado art. 3º, I, da Lei (federal) n. 8.666, 1993, é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.

E, no art. 40, VII, da mesma Lei:

> **Art. 40. O edital** conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e **indicará, obrigatoriamente, o seguinte:**
>
> (...)
>
> **VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;**

O Tribunal de Contas da União (TCU) abordou o tema no Acórdão 526/2018 – Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, julgado 14/3/2018, do qual destaco o seguinte trecho:

> 9.3.1 **em caso de exigência de amostra de produto, evidenciar a inserção de cláusula estabelecendo critérios objetivos, detalhadamente especificados, de apresentação e avaliação, bem como de julgamento técnico e de motivação das decisões relativas às amostras apresentadas, a fim de atender aos princípios do julgamento objetivo e da igualdade entre os licitantes** (...).

No tocante ao julgamento das amostras, a ata de julgamento (fls. 378-393) não registrou o procedimento, tampouco encaminhou o laudo de julgamento, o que pode gerar dúvidas acerca da legalidade do procedimento licitatório. Isso porque, a contratação pública deve estar em harmonia com os princípios da publicidade, do julgamento objetivo, da isonomia e da segurança jurídica.

O julgamento das amostras deve ser público, garantido o contraditório e ampla defesa para aqueles que desejem recorrer de sua aceitação pela Administração e para aquele que apresentou a amostra.

O Tribunal de Contas da União (TCU) se manifestou no mesmo sentido conforme Acórdão 1291/2011, da relatoria de Augusto Sherman, em 18/5/2011:

> 6.5.20. O exame de conformidade efetuado pela Administração, entretanto, há de ser feito com total transparência e com a possibilidade de acompanhamento pelo licitante, se ele assim desejar, sendo-lhe facultado acesso irrestrito ao laudo ou parecer que concluir pela desconformidade da amostra ao objeto da licitação, **que deverá apontar de modo completo as falhas identificadas na amostra, a fim de que reste assegurado o direito de interpor recurso e exercitar o contraditório e a ampla defesa**.

Todos os atos e decisões relacionadas à análise e avaliação das amostras devem ser devidamente motivados, e a desclassificação deve estar amparada em laudo ou parecer que indique as deficiências na amostra do produto a ser adquirido, quando esta é exigida.

Portanto, o estabelecimento de critérios para avaliação e julgamento das amostras, deve conter disposições claras e parâmetros objetivos, os quais devem constar obrigatoriamente do edital licitatório

Considerando todo o exposto, demonstrado o descumprimento aos itens do edital, a irregularidade é medida que se impõe.

DO CONTRATO ADMINISTRATIVO N. 37/2019

O Contrato Administrativo n. 37/2019 (pç. 22, fls. 429-437) foi celebrado entre o Município de Água Clara, por intermédio da Secretaria Municipal de Educação, e a empresa Marcia Cristina da Silva – ME, para a aquisição de kits escolares com a apresentação de amostras, para todos os alunos da Segunda Etapa da Educação Infantil (Pré-Escolar), Ensino Fundamental e Educação de Jovens e Adultos das escolas da Rede Municipal de Ensino de Água Clara/MS, com o prazo de vigência de 12 (doze) meses (20/2/2019 a 20/2/2020), contados a partir da data de sua assinatura, podendo ser prorrogado por interesse das partes. O valor fixado para a aquisição de materiais foi de R$ 138.000,0, conforme descrições no contrato.

Todavia, o item 13.5 do Edital (fl. 141) estabeleceu o prazo de até 3 (três) meses para a vigência do contrato, em contraposição à cláusula quinta de 12 (meses) do contrato (fl. 431).

Consoante as regras do art. 54, §1º, da Lei n. 8.666, de 1993, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório torna-se corolário da legalidade e impõe à Administração e ao licitante a observância das normas estabelecidas no edital de forma objetiva.

Nesse sentido, preceitua o Tribunal de Contas da União (TCU):

> Acórdão 1705/2003 Plenário
>
> Observe que o instrumento de contrato vincula-se aos termos da licitação, conforme disposto no art. 54, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, não podendo acrescentar direitos ou obrigações não previstos no instrumento convocatório.
>
> Acórdão 392/2002 Plenário
>
> Observe a obrigatoriedade de vinculação entre o edital e o contrato prevista no art. 41 da Lei nº 8.666/1993.

Por se tratar de uma garantia de ordem técnica, a falta de clareza prejudica a compatibilidade do contrato celebrado com os termos e condições do Edital.

DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA DA CONTRATAÇÃO

Com relação ao resumo da execução orçamentária e financeira da contratação em tela, a unidade de auxílio técnico o apresentou nos seguintes moldes (pç. 29, fls. 499-500):

Resumo Total da Execução

Valor do Contrato (CT)	R$ 138.000,00
Valor Total dos Termos Aditivos (T.A)	R$ 0,00
Valor Total da Contratação (CT + T.A)	R$ 138.000,00
Valor Empenhado (N.E)	R$ 138.000,00
Valor dos Empenhos Anulados (N.A.E)	R$ (- 0,00)
Valor Total/Final Empenhado (N.E-N.A.E)	**R$ 138.000,00**
Valor Liquidado (N.F)	**R$ 138.000,00**
Valor do Pagamento Efetuado (O.P)	**R$ 138.000,00**

Do quadro acima, verifico que a Administração empenhou, liquidou e pagou o valor de R$ 138.000,00. Logo, verifico que existe harmonia entre o valor da contratação e os valores registrados nos documentos da despesa (Nota de Empenho, Nota Fiscal e Ordem de Pagamento = R$ 138.000,00), caracterizando o cumprimento das disposições inscritas na Lei (federal) n. 4.320, de 1964.

Constato que o prazo de publicação do extrato do Contrato Administrativo n. 37/2019 em 15/3/2019 (pç. 23, fl. 439-441) e da remessa dos documentos a este Tribunal em 5/4/2019 (fl. 1), respeitaram o prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis após a data da publicação do extrato do contrato, disposto no Anexo VI, item 4, subitem 4.1, "a.1", da Resolução TC/MS n. 88/2018, bem como a data do último pagamento em 14/9/2019 e a remessa de documentos em 11/7/2019, respeitaram o disposto no Anexo VI, subitem 6.1, "a.2", da Resolução TC/MS n. 88/2018.

O encerramento do Contrato Administrativo n. 37/2019 ocorreu em 2/7/2019, conforme consta do Termo de Encerramento, *"devido ao transcurso de seu prazo de vigência, já que executado em sua totalidade"*, embora nele conste a vigência de 20/2/2019 a 31/12/2019.

Cumpre destacar que nos termos do art. 121, do Regimento Interno desta Corte de Contas, o exame da prestação de contas perante o TC/MS, de uma contratação feita pelo Poder Público, ocorre de forma distinta e autônoma, na medida em que a irregularidade de uma fase anterior não acarreta, necessariamente, a irregularidade da fase seguinte (procedimento licitatório, formalização contratual e execução da contratação).

Nesse sentido, colaciono o Acordão do TCE/MS AC01 –660/2016, TC/3567/2003 –Primeira Câmara, da relatoria do Conselheiro Jerson Domingos, julgado em 15/03/2016:

> EMENTA: CONTRATAÇÃO PÚBLICA –PROCEDIMENTO LICITATÓRIO JULGADO IRREGULAR –INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA DE FASES – IRREGULARIDADE QUE NÃO AFETA AS FASES POSTERIORES – FORMALIZAÇÃO DE TERMO ADITIVO –JUSTIFICATIVA –PARECER JURÍDICO –AUTORIZAÇÃO –EXECUÇÃO FINANCEIRA –NOTA DE EMPENHO –NOTAS FISCAIS –TERMO DE ENCERRAMENTO –TEMPESTIVIDADE DA PUBLICAÇÃO E REMESSA DOCUMENTAL –REGULARIDADE.
>
> O julgamento pela irregularidade do procedimento licitatório não acarreta a irregularidade das fases posteriores em razão da independência e autonomia das fases de prestação de contas.
>
> São regulares a formalização de termo aditivo e execução financeira de contrato que realizadas de acordo com a lei.

Diante da constatação de irregularidades no Pregão Presencial n. 5/2019 e na formalização do Contrato Administrativo n. 37/2019, as mesmas não maculam, apenas por consequência, as fases posteriores da prestação de contas, evidentemente porque esta atendeu a todos os requisitos das disposições legais e regulamentares que lhes são aplicáveis.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **voto** nos seguintes termos:

I- declarar, com fundamento no art. 59, III, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, **a irregularidade** do procedimento licitatório, realizado pelo Município de Água Clara, por meio do **Pregão Presencial n. 5/2019**, em face das irregularidades constatadas conforme descrito nas razões deste Voto, nos itens 1 ao 4; e da **formalização do Contrato Administrativo n. 37/2019,** celebrado entre o Município de Água Clara, por intermédio da Secretaria Municipal de Educação, e a empresa Marcia Cristina da Silva – ME, em desacordo com o art. 54, §1º, da Lei n. 8.666, de 1993;

II – declarar, com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de janeiro de 2012, **a regularidade da execução orçamentária e financeira** do Contrato Administrativo n. 37/2019.

III - aplicar multa no valor equivalente ao de **60 (sessenta) UFERMS ao Sr. Edvaldo Alves de Queiroz**, Prefeito Municipal de Água Clara à época dos fatos, pelas infrações descritas no termo dispositivo do inciso **I**, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, *caput*, IV e IX, 44, I e 45, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012;

IV- fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data da intimação do responsável por correspondência física ou eletrônica, com a prova do recebimento, para que o apenado pague o valor da multa que lhe foi infligida e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC, consoante as regras do arts. 50, II, e 83 da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012, observado o disposto nos arts. 99 e 185, §1º, I e II, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 5 de dezembro de 2018);

V – intimar o interessado acerca do resultado deste julgamento, na forma consignada no art. 55 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, e no art. 99 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 e da formalização contratual, e pela aplicação de multa ao responsável, pela regularidade da execução contratual.

Presidência e relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomaram parte no julgamento o Exmo. Sr. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo e o Exmo. Sr. Conselheiro-Substituto Leandro Lobo Ribeiro Pimentel.

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

Campo Grande, 24 de agosto de 2023.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

KBV/ARP