DELIBERAÇÃO AC00 - 2341/2018

PROCESSO TC/MS	: TC/1947/2018
PROTOCOLO	: 1888893
TIPO DE PROCESSO	: DENUNCIA
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE AGUA CLARA
DENUNCIANTE	: PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA EPP
RELATOR	: CONS. IRAN COLEHO DAS NEVES

EMENTA: DENÚNCIA – LICITAÇÃO – FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS E ADITIVO COM A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE GERENCIAMENTO E CONTROLE ELETRÔNICO ATRAVÉS DE CARTÃO – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – FALTA DE DIVULGAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – NECESSIDADE DE REQUERIMENTO – CRITÉRIO DE MENOR PREÇO GLOBAL – OMISSÃO DA EXIGÊNCIA DE CAPACIDADE TÉCNICA – PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA – ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – NÃO PENALIZAÇÃO – RECOMENDAÇÃO.

Nos procedimentos licitatórios, é dever do órgão licitante divulgar, em todos os meios disponíveis, cópia do edital, inclusive nos meios eletrônicos, sem a necessidade de requerimentos, conforme previsto na Lei de Acesso à Informação.

O edital de procedimento licitatório que prevê a necessidade de requerimento para obtenção de cópia do instrumento convocatório, sem a disponibilização no sítio do Município, restringe a participação de futuros interessados, e contraria o princípio da publicidade e a Lei do Acesso a Informação.

A utilização de critério “menor lote” é adotado apenas nos casos em que for demonstrada a inviabilidade de se promover a adjudicação por itens, conforme jurisprudência do TCU.

Cabe ao administrador, no caso concreto, incluir apenas as exigências técnicas indispensáveis ao cumprimento das obrigações que possam ser motivadamente necessárias para o atendimento do interesse público.

A constatação de anulação do procedimento licitatório e a ausência de prejuízo efetivo ao erário exime o denunciado de qualquer penalização, sendo cabível recomendação ao ordenador de despesa.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 2ª Sessão Reservada do Tribunal Pleno, de 15 de agosto de 2018, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pela **procedência parcial da Denúncia** formulada pela empresa Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. EPP, em face do Município de Agua Clara, por supostas irregularidades contidas no procedimento licitatório pregão presencial n. 13/2018; porquanto restou comprovado que, inicialmente, o edital do procedimento licitatório restringia a participação de futuros

interessados, ao prever a necessidade de requerimento para obtenção de cópia do instrumento convocatório, sem a disponibilização no sítio do Município, contrariando ao princípio da publicidade e a Lei do Acesso a Informação (Lei nº 12.527/2011); e pela adoção de critério “menor preço” por lote, sem a demonstração da inviabilidade de se promover a adjudicação por itens; deixando, todavia, diante da anulação do procedimento licitatório e da falta de prejuízo concreto, de aplicar penalização ao denunciado; e **recomendar**, ao ordenador de despesas, que disponibilize os editais dos procedimentos licitatórios no sítio do Município, sem a necessidade de requerimento; e, demonstre, quando se tratar de objeto concentrado em lotes, que a contratação por lotes será mais vantajosa, economicamente, do que se fosse promovida e adjudicada por item; bem como **pela suspensão do caráter sigiloso dos autos.**

Campo Grande, 15 de agosto de 2018.

Conselheiro **Iran Coelho das Neves** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos (TC/1947/2018) que versam sobre a DENÚNCIA formulada por PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA EPP, em face do Município de ÁGUA CLARA, por supostas irregularidades contidas no procedimento licitatório, EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº. 13/2018, que será realizado no dia 28/03/2018, naquela cidade.

O Ministério Público Especial de Contas (MPC), através de seu douto representante ministerial, emitiu Parecer: PARECER PAR – 4ª PRC – 9724/2018 opinando pelo conhecimento e arquivamento da Denúncia.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

O objeto do procedimento licitatório está descrito no edital, ora impugnado, vejamos:

> "*Contratação de empresa para **fornecimento de combustíveis** e **aditivo com a prestação de serviços de gerenciamento e controle eletrônico através de cartão** para atender e monitorar a frota de veículos do Município de Água Clara/MS, conforme termo de referência, edital e seus anexos*." (grifei)

O denunciante argumenta que o procedimento licitatório está irregular pelos seguintes motivos:

a) *Falta de divulgação do instrumento convocatório;*

b) *A utilização do critério "menor preço global" para aquisição do objeto;*

c) *Omissão da exigência de capacidade técnica*

A primeira questão (item "a"), apresentada nesta denúncia, refere-se à *falta de divulgação do instrumento convocatório*. Observo que o aviso do edital, no item "Retirada do edital", assim dispõe:

> *"**Retirada do Edital**: **O Edital estará à disposição dos interessados de forma eletrônica devendo ser solicitado sem ônus**, **via e-mail**, **através do endereço eletrônico edital@pmaguaclara.ms.gov.br**, **desde que devidamente preenchido o REQUERIMENTO DO EDITAL**, **assinado e carimbado com CNPJ**, **que poderá ser solicitado através do mesmo endereço eletrônico supracitado.** Poderão participar do certame licitatório, interessados comprovadamente do ramo correlacionado ao objeto desta licitação, regularmente cadastrados neste município ou que satisfaçam as condições exigidas no presente edital e seus*

> *anexos, outras informações poderão ser obtidas pelo telefone (0XX67- 3239 1291), ou no setor de Licitações das 07h00min às 11h00min. Na hipótese de ocorrer feriado ou outros fatos impeditivos, que impeça a realização da sessão pública, fica a mesma adiada para o primeiro dia útil que se seguir, no mesmo local e horário."* (grifei)

A Lei de Acesso a Informação (Lei Federal nº 12.527/2011), determina que os editais dos procedimentos licitatórios serão divulgados, independentemente de requerimentos, em local de fácil acesso, sendo obrigatória a divulgação no sítio oficial na rede mundial de computadores, vejamos:

> *"Art. 8º* ***É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso****, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.*
>
> *§ 1º* ***Na divulgação das informações*** *a que se refere o* ***caput, deverão constar, no mínimo****:*
>
> *(...)*
>
> *IV -* ***informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais*** *e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Para cumprimento do disposto no* ***caput****, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem,* ***sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet)****."* (grifei)

Como se vê alhures, nos procedimentos licitatórios, o órgão licitante deverá divulgar, em todos os meios disponíveis, cópia do edital, inclusive nos meios eletrônicos, sem a necessidade de requerimentos.

No caso em tela, percebo que, após o requerimento, a denunciada recebeu uma cópia do edital, conforme consta dos autos. Todavia, a forma de disponibilização do instrumento convocatório, viola o art. 8º da Lei de Acesso à Informação, e consequentemente, ao princípio da publicidade (art. 3º[1], Lei nº 8.666/1993);

A segunda questão (item "b"), refere-se à *inadequação do critério "menor preço global" para obtenção da melhor proposta para a administração*.

A denunciante considera equivocada a utilização critério "preço dos combustíveis" e não da aplicação de uma taxa de desconto sobre valores médios da tabela fornecida pela Agência Nacional do Petróleo (ANP).

[1] Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, **da publicidade**, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Uma vez que a contratada deverá apresentar um preço único para todos os Municípios, é imprescindível a utilização de critério diferenciado, uma vez que as demandas em cada localidade não serão uniformes.

Ademais, a utilização de critério "menor lote" é adotado apenas nos casos em que for demonstrada a inviabilidade de se promover a adjudicação por itens, conforme jurisprudência do TCU:

> *"**O critério de julgamento de menor preço por lote somente deve ser adotado quando for demonstrada inviabilidade de se promover a adjudicação por item** e **evidenciadas razões que demonstrem ser aquele o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas**. (Acórdão Plenário nº 1680/2015).*
>
> *A adjudicação por grupo ou lote não é, em princípio, irregular**, devendo a Administração**, nesses casos, **justificar de forma fundamentada**, no respectivo processo administrativo, **a vantagem dessa opção**. (Acórdão – Segunda Câmara nº 5134/2014).*
>
> ***A adoção de licitação por lotes exige demonstração da inviabilidade técnica e econômica de a aquisição ser realizada por itens**. A aquisição por lotes restringe o caráter competitivo do certame já que potencialmente dificulta o fornecimento por fabricante especializado em apenas um item, favorecendo, apenas, as empresas do ramo varejista. (Acórdão – Plenário nº 347/2014)."* (grifei).

Da mesma forma, cabe à autoridade competente da Administração Pública a definição dos critérios de aceitação das propostas justificadamente, nos termos da Lei nº 10.520/2002:

> *"Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:*
>
> *I - **a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame**, as exigências de habilitação, **os critérios de aceitação das propostas**, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;"* (grifei)

A terceira questão, (item "c") apresentada nesta denúncia refere-se à *omissão no edital de exigências de capacidade técnica*.

A denunciante alega que a administração deveria prevê-los no edital a fim de que empresas sem qualificação não possam participar do procedimento licitatório.

Entendo que os requisitos de qualificação técnica devem observar à disposição do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal:

> *"Art. 37. (...)*
>
> *XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, **as obras**, **serviços**, **compras** e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exi-***

> ***gências de qualificação técnica*** *e econômica* ***indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações****."* (grifei)

Dessa forma, cabe ao administrador, no caso concreto, incluir apenas as exigências técnicas indispensáveis ao cumprimento das obrigações que possam ser motivadamente necessárias para o atendimento do interesse público. Nesse sentido, é a jurisprudência do TCU:

> *"**As exigências na fase de habilitação devem guardar proporcionalidade com o objeto licitado**, de sorte a proteger a Administração Pública de interessados **inexperientes ou incapazes** para prestar o serviço desejado. Acórdão TCU nº 7329/2014 – Segunda Câmara*
>
> ***Diante de exigências de habilitação desarrazoadas e restritivas ao caráter competitivo do certame deve ser determinada a anulação da licitação**. Acórdão TCU nº 3131/2011 – Plenário*
>
> *As exigências para habilitação devem ser compatíveis com o objeto da licitação, **evitando-se o formalismo desnecessário**. Acórdão TCU nº 2003/2011 – Plenário*
>
> ***Não devem ser incluídas nos instrumentos convocatórios exigências** não previstas em lei ou **irrelevantes para a verificação da qualificação dos licitantes**, sob pena de se infringir o princípio básico da competitividade. Acórdão TCU nº 1745/2009 – Plenário"* (grifei)

Por isso, não assiste razão à denunciante, posto que a inclusão de exigências de capacidade técnica dependerá sempre da comprovação da indispensabilidade para a garantia da execução dos serviços.

Após a intimação do ordenador de despesas para manifestar-se nos autos, a fim de que procedesse ao contraditório e a ampla defesa, o procedimento licitatório foi anulado, em virtude de vícios que o tornaram ilegal.

Assim, em razão da anulação, observo que as medidas necessárias foram tomadas e, desse modo, não havendo prejuízo efetivo ao erário, o denunciado deve ser eximido de qualquer penalização.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acolho, em parte, o Parecer do Ministério Público de Contas (MPC) e **VOTO**, pelo (a):

a) **PROCEDÊNCIA PARCIAL** das irregularidades apontadas na **DENÚNCIA** (art. 39, da Lei Complementar n. 160, de 2012), porquanto restou comprovado que, inicialmente, o edital do procedimento licitatório restringia a participação de futuros interessados, ao prever a necessidade de requerimento para obtenção de cópia do instrumento convocatório, sem a disponibilização no sítio do Município, contrariando ao princípio da publicidade e a Lei do Acesso a Informação (Lei nº 12.527/2011); e pela adoção de critério "menor preço" por lote, sem a demonstração da inviabilidade

de se promover a adjudicação por itens. Todavia, diante da anulação do procedimento licitatório e da falta de prejuízo concreto, deixo de aplicar penalização ao denunciado.

b) **RECOMENDAR**, ao ordenador de despesas, que disponibilize os editais dos procedimentos licitatórios no sítio do Município, sem a necessidade de requerimento; e, demonstre, quando se tratar de objeto concentrado em lotes, que a contratação por lotes será mais vantajosa, economicamente, do que se fosse promovida e adjudicada por item;

c) **COMUNICAÇÃO** do resultado deste julgamento as autoridades administrativas competentes e demais interessados, em conformidade com o art. 50, inciso I e art. 65, da Lei Complementar nº 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pela procedência parcial da denúncia, aplicação de recomendação e suspensão do caráter sigiloso dos autos.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos e Marcio Campos Monteiro.

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

Campo Grande, 15 de agosto de 2018.

Conselheiro **IRAN COELHO DAS NEVES**

Relator

SETAC/RRMN/DSSM