

## AUTOS DO PROCESSO N. 969.113 - 2015

### I - Relatório

Cuidam os autos de **Denúncia** apresentada a este Tribunal de Contas por **Cristiano Fernandes Matos da Silva**, em face do Processo Licitatório n. 129/2015 - Pregão Presencial n. 073/2015 - deflagrado pela **Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba - i. CISMEP**, do tipo menor valor total do lote, visando o “Registro de Preço para futura e eventual terceirização da administração dos serviços de alimentação para a coletividade”, com valor estimado de R\$2.043.348,76 (dois milhões, quarenta e três mil, trezentos e quarenta e oito reais e setenta e seis centavos).

O Denunciante alegou, em síntese, a impossibilidade de adoção do sistema de registro de preços para o serviço objeto do contrato, que se caracteriza pela continuidade; não ter sido exigido o balanço patrimonial como forma de analisar a boa situação da empresa participante; não terem sido exigidos atestados de capacidade técnica, tudo isto inviabilizando a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, e solicitou o cancelamento do pregão, a convocação dos responsáveis para prestarem esclarecimentos e o sigilo dos seus dados pessoais.

Distribuídos à Relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão (fl. 62), este proferiu o despacho no qual esclarece, inicialmente, que as denúncias que tramitam nesta Corte, até a existência de provas de irregularidades, são sigilosas, mas que inexistente sigilo em favor do denunciante, já que a denúncia anônima não é legalmente prevista, indeferindo pois o pedido de sigilo.

Determinou o encaminhamento dos autos à **Secretaria da Primeira Câmara** para intimação do denunciante do teor do despacho e, após, fossem remetidos os autos a esta Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação - CFEL para o exame integral da denúncia e de todo procedimento licitatório. Em seguida, fossem os autos remetidos ao Ministério Público de Contas para parecer.

Procedida a análise, entendeu a Unidade Técnica confirmadas as seguintes irregularidades detectadas no Pregão Presencial para Registro de Preços n. 073/2015 da

Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba - i.CISMEP que justificavam a citação dos responsáveis, **Sr. João Luiz Teixeira, Secretário Executivo**, e a **Sra. Laís Gomes Martins, Pregoeira e subscritora do edital**, para apresentação de defesa e justificativas em face tanto das irregularidades apontadas, bem como por aquelas que eventualmente pudessem ser apontadas pelo *Parquet*:

- a) utilização indevida do sistema de registro de preços para o pretendido ajuste;
- b) exigência insuficiente de comprovação de qualificação econômico-financeira, dado o vulto da contratação.

Os autos foram recebidos pela Procuradora Cristina Andrade Melo, que anexou manifestação preliminar às fls. 76/105, aditando às irregularidades já mencionadas:

- c) ausência de justificativa quanto à adoção do sistema de registro de preços à vista da natureza dos serviços contratados;
- d) a ausência do orçamento estimado em planilhas com os custos unitários de todos os elementos utilizados na formação de preços;
- e) ausência de definição das parcelas de maior relevância e valor significativo para fins de exigência de atestado de capacidade técnica (item 10.1.4.2);
- f) admissibilidade das razões de recurso apenas por meio de protocolo presencial;
- g) atribuição irregular de responsabilidades à contratada quanto ao controle de quantitativos fornecidos (item 10.5.7 e 17.8);
- h) assunção indevida de custos atinentes às atividades da contratada (item 21.14 do Termo de Referência).

Requeru, além da citação dos responsáveis para apresentação de defesa, a intimação da autoridade homologadora do certame para que fosse encaminhada a esta Corte a cópia integral do Processo Licitatório.

Conclusos, o Conselheiro Relator converteu os autos em diligência, determinando a intimação do Secretário Executivo da I.CISMEP, Sr. João Luiz Teixeira, para que encaminhasse, em 5 (cinco) dias, cópia integral do processo licitatório, sob pena de multa. E, após (fl. 106):

Cumprida a diligência, intime-se o representante do Órgão Ministerial do teor deste despacho, nos termos do art. 167-A, § 4º, do Regimento Interno e, após, remetam-se os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL e ao Ministério Público de Contas para emissão de parecer.

Procedida a intimação (fl. 107/108), o responsável nomeou Procuradora (fl. 111) e fez juntar aos autos os documentos de fl. 113/1.402, precedidos do Ofício de encaminhamento n. 028/2016.

Encaminhados os autos para ciência do despacho do Relator à Procuradora Cristina Andrade Melo, que se declara ciente, fl. 1.404v, retornam a esta Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação para exame, conforme novo despacho de fl. 1.405.

Em cumprimento à determinação, passa-se à análise da documentação.

## **II - Da documentação enviada pelo responsável.**

Foram juntados aos autos:

- ofício de encaminhamento, fl. 113;
- memorando de abertura do procedimento, referido à “terceirização da administração dos serviços de alimentação para a coletividade”, para todas as unidades da CISMEP, fl. 115;
- especificações do objeto e estimativa de preços, justificativa da compra assinada pela supervisora da entidade, indicação de dotação orçamentária e requisitos de qualificação técnica, fl. 116/128;
- pesquisa de mercado e mapa de preços, fl. 129/158;
- portaria de designação de pregoeiros, fl. 159;
- cópia do edital do Pregão Presencial para registro de preço n. 073/2015 e seis anexos, fl. 161/209;
- comprovante de publicação do aviso do edital no jornal “Minas Gerais”, de 10/09/2015, em sítio eletrônico e em jornal de circulação regional, fl. 210/212;
- termo de vistoria, constatando o interesse de cinco empresas no certame, fl. 213/261;
- documentação de credenciamento ao certame de três empresas, fl. 263/282;
- propostas comerciais, fl. 283/315;

- documentação de habilitação da empresa Nutriquality, fl. 317/347;
- ata do Pregão n. 73/2015, fl. 348/349;
- publicação do resultado, fl. 354;
- proposta ajustada ao preço final, fl. 356/385;
- razões de não cabimento do recurso da licitante Prudente Refeições Ltda., fl. 387/388;
- parecer da Controladoria do órgão, fl. 392/396;
- ato de homologação do Secretário Executivo do I. CISMEP e publicação, fl. 397/398;
- Ata de Registro de Preços assinada em 09/10/2015 e publicação, fl. 401/423;
- relatório de vistoria às instalações da Nutriquality pela Secretaria Municipal de Saúde de Betim, e vistoria de veículo, fl. 425/427;
- Manual de Boas Práticas da empresa vencedora, fl. 428/475;
- notificação à contratada quanto a descumprimento contratual, resposta da contratada e tréplica, fl. 551/552; 582/585;
- notificação quanto à regularidade fiscal, fl. 1.030;
- solicitações, notas de empenho de valores devidos à vencedora, acompanhada dos controles de fornecimento de refeições, fl. 476/550; 554/581; 586/1.029; 1.031/1.402;
- justificativas no decorrer da execução contratual, fl. 808; 810; 923; 1.300; 1.301;
- Notas Fiscais, fl. 493; 550; 569; 577; 704; 806; 921.

### **III - Da documentação apresentada pelo responsável em face das irregularidades apontadas**

#### **Pela Unidade Técnica:**

#### **3.1 - quanto à utilização indevida do sistema de registro de preços para o pretendido ajuste.**

Observou-se que a Administração adotou, como critério de julgamento, o menor valor total do lote, abrangendo todo o fornecimento de produtos, o serviço que envolve a preparação dos alimentos e o transporte, quando necessário.

Esta Unidade Técnica entendeu pelo não cabimento do registro de preços para o pretendido ajuste, tendo em vista que a vantajosidade do registro de preços diz respeito à aquisição pelo menor preço unitário de cada um dos itens que vierem a compor o objeto licitado: será registrado em ata sempre aquele que for mais vantajoso para a Administração, se e quando ela decidir contratar.

O registro de preços não se conforma ao caso da pretendida contratação, cujo objeto se enquadra na previsão legal do pregão pelo menor preço global; o sistema até seria possível, entretanto o critério de julgamento não poderia ter sido o menor preço do lote, globalmente considerado.

No fundamento apresentado pela Supervisora do órgão, quando da justificativa para a aquisição, esta assevera (fl. 124):

A adoção da modalidade licitatória, ou seja, Pregão Presencial, se faz com base no Art. 1º da Lei 10.520/2005, por se tratar de serviço comum. No que tange a opção pela adoção do sistema de registro de preço, esta se faz com base no art. 15 da Lei 8.666/93, bem como, art. 3º, inciso IV do Decreto 7.892/2013.

Isto porque, há apenas 1 (um) ano a Instituição terceirizou o serviço, amadurecendo de forma diária as regras envolvidas na prestação do serviço, inclusive no que tange o quantitativo a ser estabelecido, já que, a oscilação nas atividades desenvolvidas pela Instituição implica diretamente nos itens a serem adquiridos.

Não é muito lembrar que, na condição de Consórcio Público, a i.CISMEP tem o objetivo de auxiliar seus municípios consorciados, que, ressalta-se, na presente data são 27 (vinte e sete). Tal auxílio poderá inclusive ser a assunção de atividades de gestão de saúde que importa na gestão total de estabelecimentos de saúde de média e alta complexidade. Cabe mencionar ainda que, poderão os municípios consorciados transferir serviços como também, poderão cessar as prestações de serviços a qualquer momento, motivo pelo qual, demonstrada a inviabilidade na indicação de um quantitativo que, sem sombra de dúvidas, oscilará.

## **Análise**

Reiterando o afirmado em análise anterior, a vantajosidade da contratação não pode recair apenas em favor de uma das partes, há que haver equilíbrio na contratação.

Novamente recorre-se à doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, in “Sistema de Registro de Preços e Pregão”, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 33.

O Sistema de Registro de Preços, sem dúvida, garante com mais eficácia a isonomia, porque numa licitação, por exemplo, que tenha por objeto a aquisição de centenas de itens de material de expediente, para atender às necessidades da Administração durante um exercício, pequenos empresários poderão cotar os produtos de sua especialidade, iniciando assim a atividade de negociar com a Administração Pública. É mais isonômico porque amplia a competitividade, parcelando o objeto e, por consequência, otimizando a possibilidade de obtenção de proposta mais vantajosa.

Reproduz-se o fundamento legal apontado pela Administração para a adoção do sistema de registro de preços, o inciso IV do artigo 3º do Decreto n. 7.892/2013:

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

...

IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Tal fundamento contradiz aquilo que constitui base para a adoção do sistema, porque, da forma em que foi adotado, a Administração não assume com o particular nenhum compromisso de definição de quantidades, não havendo que se falar nem em estímulo à competitividade, nem em ganho de economia de escala, nem em vantajosidade, considerando-se, além disto, a possibilidade da ocorrência do jogo de planilha pela futura contratada.

Isto porque poderia ensejar dano ao erário no caso de serem adquiridos em maior quantidade os itens que estão com sobrepreço e em menor quantidade os itens com preços abaixo de mercado, ou apenas serem adquiridos os itens com sobrepreço.

Cabe ressaltar que a adoção do critério de julgamento de menor preço global somente deve ser adotado quando for demonstrada inviabilidade de promover a adjudicação por item, bem como a obtenção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Mesmo nos casos de licitação cujo julgamento busque selecionar a proposta com menor valor global, é imprescindível que os custos unitários sejam compatíveis com a realidade e prática do mercado, ainda que o preço global se apresente compatível com o preço global orçado pela Administração.

Conforme afirmado em análise inicial, há de se ter cautela com a adoção do tipo de julgamento menor preço global e aceitação automática dos preços unitários

oferecidos pelo licitante. É corrente nas situações de compra de insumos ou prestação de serviços a possibilidade de se anular o desconto global auferido pela Administração, caso haja acréscimo de quantitativo de bens/serviços com sobrepreço e redução de quantitativo de bens/serviços com preços abaixo dos preços referenciais.

Isso tornaria patente o desequilíbrio da relação contratual em detrimento da Administração. Essa realidade implicaria a perda da vantagem comparativa da proposta da licitante vencedora.

Após a tomada de conhecimento da concretização da contratação e seus efeitos, verifica-se a ocorrência dos seguintes fatos:

- a Administração fez uma estimativa de despesa de R\$1.784.932,36 (um milhão, setecentos e oitenta e quatro mil, novecentos e trinta e dois reais e trinta e seis centavos) a serem dispendidos, conforme a ata válida por um ano (fl. 403v);

- daquilo que foi realizado no período da assinatura da ata até a última nota fiscal juntada aos autos (Notas Fiscais constantes às fl.493, 550, 569, 577, 704, 806, 921, 1.042, 1.281 e 1.290), computando-se oito meses, portanto, dois terços do período da contratação, obtém-se o valor de R\$336.968,97 (trezentos e trinta e seis mil, novecentos e sessenta e oito reais e noventa e sete centavos) realizados, quando deveria significar, relativamente ao período de dois terços da contratação, R\$1.189.954,90 (um milhão, cento e oitenta e nove mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e noventa centavos);

- tomando-se sempre como referência a concretização de dois terços da contratação, tem-se os seguintes valores, relativamente à previsão e à realização da despesa:

- 40.000 unidades de café da manhã para 17.336 realizados;
- 33.032 unidades de almoço para 14.165 realizados;
- 1.600 unidades de lanche mensal para 982 realizados;
- 1.304 unidades de lanche Tipo 1 para 53 realizados;
- 888 unidades de lanche Tipo 2 para 210 realizados;
- 480 unidades de lanche Tipo 3 para 36 realizados;
- 800 unidades de jantar para 366 realizados;
- 7.200 unidades de jantar para pacientes para 640 realizados;

-12.000 unidades de lanche ceia; 20.000 unidades de kit lanche paciente; 1.600 unidades para reunião interna mensal; 7.200 unidades de café da manhã e colação para pacientes; 7.200 unidades de almoço para pacientes; 7.200 unidades de lanche da tarde para pacientes, nenhum destes itens realizado;

- dos itens praticados, nenhum deles ficou acima dos preços médios estimados;  
- dos itens praticados, retirem-se os valores adotados pela contratada por ocasião da pesquisa de preços elaborada pela Administração, da qual ela participou, comparados aos preços praticados pela mesma empresa, de acordo com as Notas Fiscais apresentadas:

- para o café da manhã, cotou em R\$3,80 e praticou R\$3,17;
- para o almoço cotou em R\$18,30 e praticou R\$17,39;
- para o lanche mensal cotou em R\$2,80 e praticou R\$1,80;
- para o lanche Tipo 1 cotou em R\$7,00 e praticou R\$5,00;
- para o lanche Tipo 2 cotou em R\$8,50 e praticou R\$5,73;
- para o lanche Tipo 3 cotou em R\$13,50 e praticou R\$6,00;
- para o jantar cotou em R\$19,30 e praticou R\$17,00;
- para o jantar para pacientes cotou em R\$19,30 e praticou R\$15,00.

- a empresa vencedora da licitação, Nutriquality Alimentos Ltda., para sua habilitação, apresentou como Certificado de Qualificação Técnica documento emitido pela mesma Administração promotora da licitação, conforme fl. 319/324 dos autos, a indicar ser ela a fornecedora dos serviços até o momento da licitação.

Estes dados, retirados dos autos, permitem uma interpretação no sentido contrário ao afirmado pela Administração em sua justificativa, quando diz que “há um ano a Instituição terceirizou o serviço, amadurecendo de forma diária as regras envolvidas na prestação do serviço, inclusive no que tange o quantitativo a ser estabelecido [...]”.

O que a prática demonstra é que a noção de planejamento está aqui muito distorcida, porque a realidade não se encaixa nas estimativas dos gestores, que não podem se servir do registro de preços para impor condições de contratação irrealizáveis.

No Acórdão 830/2015, proferido nos autos do Processo 015.667/2011-1 Plenário do Tribunal de Contas da União, tendo como relatora a Ministra Ana Arraes, proferiu o seguinte entendimento:

21. Cite-se também o processo TC 025.149/2009-0 (Acórdão 79/2010-Plenário). Em seu Voto, o Ministro Relator manifestou entendimento de que a utilização do *menor preço global* como critério de *julgamento*, ante a inexistência de qualquer previsão de quantitativos, torna esse critério questionável. No acórdão houve determinação para que o órgão disponibilizasse aos licitantes orçamento-base contendo detalhamento dos serviços previstos, com as respectivas composições dos custos unitários estimados, bem como explicitando a previsão dos quantitativos que serão executados no âmbito do ajuste a ser firmado.
22. No entendimento de Marçal Justen Filho (*in* Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, 2005), “Haverá casos em que inexistirão condições técnico-científicas para definir as quantidades. Ainda nessas hipóteses, será proibida a licitação de quantidades indefinidas. Deverá promover-se uma estimativa dentro dos limites que a técnica permita formular”. Segundo o jurista, há que se evitar a discricionariedade na fixação de quantitativos, pois a legislação não admite quantificações indeterminadas e tampouco a fixação do quantitativo à escolha subjetiva da Administração.

Como a licitante vencedora era a prestadora do serviço à época da licitação, pode ser que fosse a única entre os licitantes, realmente inteirada do teor da contratação, encontrando-se em condições de ofertar lances e arriscar-se ao ponto de sagrar-se vencedora, levando em conta o porte do serviço e as reais condições da prestação.

Daí poder-se concluir ter ocorrido um direcionamento do certame.

Quanto a jogo de planilha, não se pode afirmar que foi utilizado pela contratada, já que em geral os preços praticados estão dentro das médias estimadas, apesar de que a pesquisa de preços pudesse ser ampliada além da confecção dos três orçamentos de praxe.

Voltando à lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>2</sup> na explicação do funcionamento do sistema de Registro de Preços:

A implantação do SRP em um órgão, dependendo de suas dimensões, pode afetar o mercado profundamente, na medida em que se exige um compromisso efetivo de ambas as partes, cuja essência em termos de ajuste repousa apenas na garantia do preço e sua possibilidade de exonerar o licitante vencedor se houver desequilíbrio na relação econômico-financeira.

[...] cumpre enfatizar que a divulgação de expectativa de consumo deve refletir efetivamente o que será adquirido, sendo que os dados referentes às quantidades máximas funcionarão apenas na eventualidade de os prognósticos serem superados.

---

<sup>2</sup> Idem, p. 152/153.

Nos contatos mantidos com os possíveis interessados no SRP, deverá ser enfatizado que a Administração pretende comprar o quantitativo indicado como “expectativa de consumo”, embora pela Lei de Licitações nem a isso esteja obrigada.

Por isso, é recomendável que no desenvolvimento do SRP sejam realizados testes não paramétricos de ajustamento e de aderência, com a finalidade de demonstrar com dados estatísticos os intervalos de confiança dessas expectativas. É certo que a Administração passará a encontrar cada vez mais vantajosas propostas quando puder exibir aos licitantes que as suas expectativas de consumo chegam a 90 ou 95% de acerto.

[...]

A conjugação dessas duas possibilidades - pois obviamente não são excludentes entre si - deve ser buscada porque colocará a Administração nos níveis de excelência almejados por toda a sociedade.

Concluindo, a Administração não foi feliz ao realizar esta licitação utilizando-se do sistema de registro de preços, com o critério de julgamento de menor preço global, permanecendo a irregularidade apontada em primeira análise. Fosse ela julgada por itens - como preconiza o referido sistema - estaria além do mais atendendo ao princípio da competitividade pela ampliação da participação.

Persistente a irregularidade.

### **3.2 - quanto à exigência insuficiente de comprovação de qualificação econômico-financeira, dado o vulto da contratação.**

Entendeu a Unidade Técnica em primeira análise que, dado o objeto licitado e o valor estimado da contratação (R\$2.043.348,76), a Administração não poderia prescindir da exigência do balanço como comprovação de qualificação econômico-financeira da futura contratada, para assegurar-se quanto ao cumprimento do objeto.

Considerou-se insuficiente a exigência de qualificação econômico-financeiro, conforme disposta no edital, em afronta aos princípios da legalidade e da isonomia.

Na justificativa que veio compor a fase interna da licitação, ora juntada, é afirmado (fl. 126):

No mesmo sentido, não havendo a obrigatoriedade de aquisição pela Administração Pública, inexistindo, frente a oscilação das atividades prestadas pela Instituição um quantitativo de fornecimento regular e consequentemente valor financeiro posto, entende-se como pertinente, visando o caráter competitivo para obter a maior vantagem, exigir certidão negativa de falência expedida pelo cartório distribuidor da sede da pessoa jurídica, atingindo assim, os preceitos da Lei 8.666/93.

## **Análise**

Mais uma vez se comprova o desconhecimento a respeito da aplicação do SRP. A exigência de qualificação econômico-financeira das empresas que pretendem o contrato com a Administração não pode ser simplesmente afastada com o fim de ampliar a competitividade. Por meio dela objetiva-se a comprovação da robustez econômica da empresa, para que a Administração possa ter a certeza do cumprimento do objeto do contrato, sem correr grandes riscos e sem ofensa ao interesse público envolvido, não podendo ser meramente afastada sob o argumento da “não obrigatoriedade da contratação”.

No entendimento desta Unidade Técnica, persiste a irregularidade.

### **Pelo Ministério Público de Contas:**

#### **3.3 - quanto à ausência de justificativa referente à adoção do sistema de registro de preços à vista da natureza dos serviços contratados.**

A Procuradora Cristina Andrade Melo, em parecer, aduziu (fl. 77/78):

19. O Termo de Referência, apesar de indicar o quantitativo total de refeições, contraditoriamente não indica o consumo diário ou mensal para pacientes (à vista taxa de ocupação diária de pacientes), acompanhantes e colaboradores do consórcio em cada uma das unidades em que o serviço será prestado.

20. Assim, dada a natureza contínua do serviço, considerando que não há vedação legal expressa para a utilização do sistema de registro de preços em tais hipóteses; que não serão realizadas contratações sucessivas independentes e diante da viabilidade de estimar os quantitativos necessários, os responsáveis devem ser citados para trazer aos autos justificativas acerca da adoção do sistema de registro de preços na contratação em questão.

## **Análise**

Tendo em vista que a questão foi devidamente analisada no item 3.1 deste relatório, entende-se pela manutenção da irregularidade.

#### **3.4 - quanto à ausência do orçamento estimado em planilhas com os custos unitários de todos os elementos utilizados na formação de preços.**

Foi ainda apontado pelo *Parquet* (fl. 78):

23. Não há detalhamento do valor estimado, por exemplo, para a mão de obra vinculada à execução contratual (composição da remuneração, benefícios, encargos sociais e trabalhistas), insumos com equipamentos e utensílios, custos indiretos, tributos, custos com análise microbiológica, etc.

24. Tal orçamento detalhado em planilhas serve como baliza para orientar a Administração no julgamento das propostas, afastando aquelas que sejam excessivas ou inexequíveis.

25. Assim, mostra-se irregular a ausência do orçamento estimado em planilhas com os custos unitários de todos os elementos utilizados na formação de preços.

## **Análise**

O Representante da i.CISMEP afirma na justificativa da compra (fl. 122):

A terceirização de serviços de alimentação vigente neste último ano foi satisfatória quanto à qualidade e segurança alimentar e o valor utilizado equivale ao gasto pela i.CISMEP quando o mesmo fazia a auto gestão do serviço.

Observa-se que a pesquisa de mercado e o mapa de preços, juntados às fls. 129/158, foram elaborados considerando-se preços unitários de refeições, e os valores médios encontrados foram reproduzidos no corpo do edital, veja-se o item 3 do Termo de Referência anexo ao edital, fl. 174/176v. Os valores unitários considerados eram relativos a cada uma das refeições, como café da manhã, almoço, lanche da tarde, lanche ceia, etc. É verdade que a contratação sob exame envolve tanto fornecimento de produtos quanto de serviços, mas a entidade considerou o fornecimento do serviço abrangendo o de produtos.

Na descrição de cada um dos itens, exemplo: café da manhã, foi detalhada a sua composição (chá com e sem açúcar, café com e sem açúcar, adoçante, pão, margarina), mas como a aquisição não se faria por cada um destes itens, mas pelo serviço do café da manhã, supõe-se como declarados os valores unitários dos itens.

Entretanto, como se verá adiante no item 3.8, a Administração previu contrapartida sua, com a disponibilização de “água, energia elétrica, um ponto de ramal, ponto de internet que serão utilizados pela Contratante”, fl.186v, o que deveria compor uma planilha mais detalhada de preços unitários e não se fez presente no edital.

O que se constata, na prática, é que esta contratação careceu de melhor planejamento, tendo em vista que a aplicação do sistema de registro de preços não ocorreu em conformidade com a previsão legal, além das quantidades praticadas em decorrência da

Ata firmada com a licitante vencedora não refletirem as realidades previstas no edital de licitação, como abordado no item 3.1 deste relatório.

Extraí-se de voto do Conselheiro Relator, no que foi acompanhado pelos demais membros da Segunda Câmara, em Sessão do dia 16/10/2014, decisão esta acompanhada a unanimidade pelos demais membros do Colegiado, nos autos da Denúncia n. 811.968:

Em outra vertente, a inexistência de estudo prévio dos quantitativos estimados em cada tópico do edital constituiu irregularidade, com violação ao inciso II do §7º do art. 15 da Lei nº 8666, de 1993, pois, conforme Marçal Justen Filho, “deverão ser adquiridas quantidades segundo as estimativas de consumo e utilização, para evitar tanto o excesso como a carência de produtos. Ademais, não deverão ser adquiridas quantidades superiores à capacidade de armazenagem” (*in* “Comentários à lei de licitações e contratos administrativos” – 15. ed. – São Paulo: Dialética, 2012, p.248).

Dispõe o §7º do art. 15 da Lei Federal n. 8.666:

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

...

II – a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;

Embora os defendentes afirmem a estimativa de fornecimento pela i.CISMEP, não foi apresentado nenhum estudo considerando elementos que permitem avaliar a quantidade necessária para atender às unidades componentes do sistema, tais como: número de colaboradores, demanda por leitos, entre outros.

Dessa forma, entende esse Órgão técnico que a ausência de justificativa para as quantidades de refeições estipulada no Pregão Presencial n. 073/2015 é irregular.

O fato do certame ser destinado ao “registro de preços” não afasta a irregularidade apontada. A informação quanto aos quantitativos que serão adquiridos pelo município é elemento que, em face do princípio da escala, tem impacto direto na formulação das propostas, pois quanto maior for a quantidade fornecida pelo licitante, menor será o preço unitário dos produtos.

Quanto à argumentação genérica apresentada para justificar a impossibilidade de definição *a priori* do quantitativo de refeições, no sentido de que a licitação para registro de preços não exige definição absoluta de quantitativos - porque a Administração

não está obrigada a contratar todo o licitado, como nas demais modalidades - veja-se a posição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>3</sup>:

A implantação do SRP em um órgão, dependendo de suas dimensões, pode afetar o mercado profundamente, na medida em que se exige um compromisso efetivo de ambas as partes, cuja essência em termos de ajuste repousa apenas na garantia do preço e sua possibilidade de exonerar o licitante vencedor se houver desequilíbrio na relação econômico-financeira.

Utilizando a terminologia da tabela sugerida no capítulo 3, desta parte, cumpre enfatizar que a divulgação de expectativa de consumo deve refletir efetivamente o que será adquirido (*aqui cita decisão do Tribunal de Contas de Rondônia em que edital de licitação permaneceu suspenso até que fosse sanada irregularidade relativa à ausência de documentos que definissem as “unidades e as quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, obtidos mediante adequadas técnicas de estimação”*), sendo que os dados referentes às quantidades máximas funcionarão apenas na eventualidade de os prognósticos serem superados.

Nos contatos mantidos com os possíveis interessados no SRP, deverá ser enfatizado que a Administração pretende comprar o quantitativo indicado como “expectativa de consumo”, embora pela Lei de Licitações nem a isso esteja obrigada.

Por isso, é recomendável que no desenvolvimento do SRP sejam realizados testes não paramétricos de ajustamento e de aderência, com a finalidade de demonstrar com dados estatísticos os intervalos de confiança dessas expectativas.

É certo que a Administração passará a encontrar cada vez mais vantajosas propostas quando puder exhibir aos licitantes que as suas expectativas de consumo chegam a 90 ou 95% de acerto.

Só há duas possibilidades de assegurar um intervalo significativo de confiança:

1. um planejamento desenvolvido com critério que considere as demandas internas e externas dos órgãos participantes, com integração em nível vertical (chefes e subordinados) e horizontal (autoridades de mesmo nível) das organizações envolvidas; ou
2. um acompanhamento permanente do *sistema* implantado, com vistas à qualidade total do processo de aquisição.

A conjugação dessas duas possibilidades - pois obviamente não são excludentes entre si - deve ser buscada porque colocará a Administração nos níveis de excelência almejados por toda a sociedade.

Com efeito, julga-se necessária a estimativa da quantidade do objeto a ser demandada pela Administração Pública, pautando-se no histórico de utilização do objeto, o que comprova a necessidade da contratação, além de ter um peso na composição do custo e formação do preço, em razão de uma maior ou menor economia de escala.

<sup>3</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby *in* “Sistema de Registro de Preços e Pregão”, 3ª ed. rev., at.e ampl, 1ª reimpressão, Editora Forum, Belo Horizonte, 2009, p. 152/153.

Reputa-se como persistente a irregularidade, após a apresentação da documentação relativa ao inteiro teor do procedimento, diante da inexistência de orçamento detalhado em planilhas de custos unitários e formação de preços.

### **3.5 - quanto à ausência de definição das parcelas de maior relevância e valor significativo para fins de exigência de atestado de capacidade técnica (item 10.1.4.2).**

Afirma a Procuradora de Contas que foram colocados critérios genéricos para aceitação do atestado de qualificação técnico-operacional, cabendo ao administrador público delimitar expressamente as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, conforme o § 2º do artigo 30 da Lei Federal n. 8.666/93, sob pena da exigência de atestado recair sobre todo o objeto, o que se configura excessivo e prejudicial à competitividade e pode conduzir à tomada de decisão subjetiva no momento do julgamento.

A Administração, por seu turno, aduz a respeito da qualificação técnica exigida (fl. 125):

Para a fase licitatória, considerando a adoção do sistema de registro de preços, ou seja, naquele em que a Administração pode ou não adquirir e julgando a citada oscilação das atividades de fornecimento, entende-se como pertinente e proporcional exigir atestado de capacidade para o objeto licitado, apenas pela experiência no fornecimento de alimentação.

### **Análise**

A Lei n. 10.520/02 prevê no inciso XIII do artigo 4º as formas de comprovação da habilitação, sendo uma delas, quando for o caso, a qualificação técnica, sem tecer maiores detalhes, cabendo, portanto, a aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93.

O parágrafo 1º do art. 30 da Lei 8.666/93 limita as exigências de **capacitação técnico-profissional**, referente ao corpo técnico de profissionais do licitante, exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, não fazendo referência à **capacitação técnico-operacional**, esta direcionada à empresa licitante. No caso da exigência de capacidade técnica profissional, o parágrafo 2º do supracitado artigo impõe a definição das parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação no instrumento convocatório.

Quanto à capacitação técnico-profissional, importante registrar que o Responsável Técnico, nos termos do inciso I do §1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, deve apresentar atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes ao objeto licitado, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

Quanto à capacitação técnico-operacional, tem-se que a comprovação desta por meio de quantitativos mínimos será válida se essencial à satisfação do interesse público e desde que limitada às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto licitado.

Nesse sentido, segue a Súmula n. 263/11 do TCU:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Não obstante o texto do art. 30, §1º, II, da Lei n. 8.666/93 ter sido vetado, o atestado de capacidade técnica-operacional pode ser exigido, juntamente com o atestado de capacidade técnica-profissional, para garantir o cumprimento das obrigações, por força do art. 37, XXI, da Constituição Federal, que prevê a exigência de atestados de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Quanto à exigência do atestado de qualificação técnico-operacional, o mestre Hely Lopes Meirelles<sup>4</sup> assim lecionou:

A comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível, não obstante o veto apostado à letra "b" do § 1º do art. 30. **Na verdade, o dispositivo vetado impunha limitação a essa exigência e a sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, exigências, essas, que devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação.** (destaque nosso)

Carlos Pinto Coelho Motta<sup>5</sup>, para reforçar a sua interpretação do art. 30, cita na íntegra as seguintes conclusões do Prof. Antônio Carlos Cintra do Amaral, no seu parecer

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes in "Direito Administrativo", 20ª ed., 1995, p. 270.

intitulado "Qualificação Técnica da empresa na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos", separata da Revista Trimestral de Direito Público, nº 5, Malheiros Editores:

1. Para efeito de qualificação técnica de empresas licitantes, a Administração deve, com base na Lei 8.666/93, exigir atestados referentes à sua capacitação técnica, com vistas à 'comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação' (art. 30, II).

Além da aptidão da empresa, comprovável em função de sua experiência, a Administração deve exigir comprovação da 'capacitação técnico-profissional', nos termos do § 1º do mesmo art. 30. Essas comprovações podem ser dispensadas no caso de obras licitadas mediante a modalidade 'Convite' (§ 1º do art. 37).

**2. A Lei 8.666/93 não estabelece limites para exigências quanto à capacitação técnico-operacional de empresas licitantes, devendo tais limites, portanto, ser estabelecidos em cada caso, levando-se em conta a pertinência e compatibilidade a que se refere o inciso II do art. 30, bem como a noção de indispensabilidade, contida no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.** Quanto à 'capacitação técnico-profissional', a lei estabelece limites para exigências referentes às características ('parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação') e veda exigências referentes a quantidades mínimas ou prazos máximos (§ 1º do art. 30). (destaque nosso)

No caso em tela, verifica-se que a exigência editalícia é em relação à capacitação técnico-operacional, uma vez que o texto faz menção à "licitante", e não ao "responsável técnico" ou "ao corpo técnico de profissionais do licitante".

Veja-se como dispõe o edital (fl. 165v):

10.1.4.2. – **Atestado de capacidade técnica**, fornecido por pessoa jurídica, de direito público ou privado, em papel timbrado, comprovando que a empresa licitante executa(ou) satisfatoriamente **a administração e serviços de alimentação**, conforme previsto no art. 30, inc. II da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, **comprovado pelo CRN conforme resolução CFN Nº 510/2012.**

Segundo Marçal Justen Filho<sup>6</sup>:

A qualificação técnica operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública.

Por outro lado, utiliza-se a expressão "qualificação técnica profissional" para indicar a existência, nos quadros (permanentes) de uma empresa, de profissionais

<sup>5</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho Motta in "Eficácia nas Licitações e Contratos", 1994, p. 149.

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 12ª Edição, Ed. Dialética.

em cujo acervo técnico constasse a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela Administração.

Assim, a Administração Pública pode exigir qualificação técnica “operacional” e/ou “profissional”, uma vez que as duas não se confundem. No edital em análise, ficou clara a exigência de atestado de qualificação técnico-operacional (item 10.1.4.2).

Isso posto, conclui-se que o edital, por constar a exigência de qualificação técnica-operacional, poderia ter definido as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação. Tendo em vista que o objeto trata de terceirização, a Administração poderia ter indicado os serviços mais relevantes, no caso, a administração de serviços de almoço, jantar e café da manhã. Assim, a Administração buscaria a garantia de contratar empresa experiente nos serviços mais relevantes.

Esta Unidade Técnica entende que a exigência prevista no item 10.1.4.2 do edital em comento não é irregular, uma vez que a Lei n. 8.666/93 não estabelece limites para exigências quanto à capacitação técnico-operacional de empresas licitantes, devendo tais limites, portanto, ser estabelecidos em cada caso, levando-se em conta a pertinência e compatibilidade a que se refere o inciso II do art. 30, bem como a noção de indispensabilidade, contida no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, sendo, assim, ato discricionário da Administração Pública.

Todavia, entende como boa prática administrativa e em atenção ao princípio da eficiência, ser recomendável que a Administração estabeleça no edital os limites para as exigências de qualificação técnica profissional e operacional.

### **3.6 - quanto à admissibilidade das razões de recurso apenas por meio de protocolo presencial.**

O *Parquet* de Contas aponta irregularidade no item 16.4 e subitem 16.4.3 do edital, por limitar ao meio presencial a possibilidade de oferecer recursos contra decisões do Pregoeiro, por violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, citando julgados anteriores desta Corte (fl. 79v).

### **Análise**

Dispõem os referidos dispositivos (fl. 169v):

16.4. - Os recursos e respectivas contrarrazões deverão obedecer aos seguintes requisitos, sob pena de não serem conhecidos:

(...)

16.4.3. - Ser protocolizado na Sala da Comissão de Licitação da i.CISMEP, na Rua Córsega, nº 318, Bairro Arquipélago Verde, Betim (MG), CEP 32.656-860.

Discorrendo sobre a apresentação das razões de recurso, diz Jorge Ulisses Jacoby Fernandes: “Mesmo admitindo que o *pregão* valoriza a oralidade, a forma de apresentação das razões do recurso é a escrita.”<sup>7</sup>

Afirma ainda que a lei não exige forma especial para manifestação, bastando que seja inequívoca: “Porém a norma exige o cumprimento de dois requisitos: o prazo, imediato; a apresentação da motivação”<sup>8</sup>. Apenas.

Tem-se que a vedação da apresentação do recurso por outros meios, que não o presencial, extrapola e engessa o procedimento da manifestação recursal, já que nem a Lei do Pregão n. 10.520/02 nem a Lei Federal n. 8.666/93 corroboram tal restrição.

O artigo 4º, inciso XVIII da Lei do Pregão, n. 10.520/02:

- declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões de recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

Não dispõe a lei sobre vedações às possíveis formas de manifestação, sendo indevida a vedação decorrente dos termos do edital, mantida a irregularidade.

### **3.7 - quanto à atribuição irregular de responsabilidades à contratada relativamente ao controle de quantitativos fornecidos (item 10.5.7 e 17.8).**

A Procuradora de Contas apontou irregularidade nos citados itens, dado que o edital atribui à futura contratada atividades de fiscalização que são restritivas da Administração, a quem incumbe a gestão do contrato, com reflexos na regularidade da liquidação e pagamento da despesa (fl. 80/81).

<sup>7</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, in “Sistema de Registro de Preços e Pregão”, 3ª ed., ver., atual. e ampl., Ed. Forum, Belo Horizonte, 2009, p. 608.

<sup>8</sup> Idem, p. 605.

## Análise

Dispôs o item 10.5.7 do Anexo I - Termo de Referência do edital (fl. 181):

A empresa deverá, obrigatoriamente, manter um registro diário das refeições efetivamente fornecidas e entregues nas respectivas unidades.

E o item 17.8 do mesmo Anexo I (fl. 184):

Realizar o controle da quantidade de refeições fornecidas diariamente, através de sistema adequado e auditável, previamente aprovado pela i.CISMEP, sendo necessário acompanhamento de um funcionário da Contratada durante o horário integral das refeições (café da manhã e almoço); fornecendo a Contratante, diária e mensalmente, o relatório de controle das refeições.

Entretanto, parece não ter constatado o Ministério Público o item 8 do Termo de Referência, Anexo ao edital, que assim dispõe (fl. 177v):

### 8. DOS CRITÉRIOS DE ACEITABILIDADE DO OBJETO

8.1. O acompanhamento e a fiscalização dos serviços, serão realizados por um responsável designado pela i.CISMEP, para análise da qualidade e verificação de sua conformidade em relação as especificações exigidas no Termo de Referência.

8.2. O responsável atestará no documento fiscal correspondente, a entrega dos serviços nas condições exigidas, constituindo tal atestação requisito para a liberação dos pagamentos à fornecedora contratada.

8.3. O recebimento definitivo do objeto somente se efetivará com a atestação referida anteriormente.

8.4. No caso de defeitos ou imperfeições nos serviços, os mesmos serão recusados, cabendo à fornecedora contratada substituí-los por outros com as mesmas características exigidas neste termo, no prazo a ser determinado pela i.CISMEP.

Além do que, como já tinha se passado um período a partir da deflagração do edital e o ajuste já vinha sendo realizado por meio do fornecimento do objeto, diante dos documentos juntados pelos responsáveis, observa-se que a responsabilidade coube à Administração e não à Contratada.

Isso pode ser constatado pela leitura de todos os documentos listados no item II deste relatório, a saber: relatório de vistoria às instalações da Nutriquality pela Secretaria Municipal de Saúde de Betim, e vistoria de veículo, fl. 425/427; Manual de Boas Práticas da empresa vencedora, fl. 428/475; notificação à contratada quanto a descumprimento contratual, resposta da contratada e tréplica, fl. 551/552; 582/585; notificação quanto à regularidade fiscal, fl. 1.030; solicitações, notas de empenho de valores devidos à

vencedora, acompanhada dos controles de fornecimento de refeições, fl. 476/550; 554/581; 586/1.029; 1.031/1.402; justificativas no decorrer da execução contratual, fl. 808; 810; 923; 1.300; 1.301, seguidas das Notas Fiscais correspondentes, às fl. 493; 550; 569; 577; 704; 806 e 921.

Desta forma, esta Unidade constata a não existência de irregularidade quanto à fiscalização do contrato.

### **3.8 - quanto à assunção indevida de custos atinentes às atividades da contratada (item 21.14 do Termo de Referência).**

O *Parquet* enxergou, no dispositivo que previu a utilização de infraestrutura e insumos da Contratante, oneração indevida da Administração e pugnou pela irregularidade da previsão editalícia (fl. 81).

#### **Análise**

O edital trouxe para o item 21.14 (fl. 186v):

A Contratante disponibilizará água, energia elétrica, um ponto de ramal, ponto de internet que serão utilizados dentro do regime interno da Contratante.

É patente a vantajosidade de um contrato em que despesas de infraestrutura são assumidas pelo Contratante, e não pelo Contratado. Assim, o edital deveria ter explicitado, quando da formação de preços estimados, que os preços ofertados nas futuras contratações deveriam considerar esta contrapartida da Administração.

O edital não trouxe maiores esclarecimentos quanto à formação dos preços estimados, sendo imprescindível, no caso, a terceirizada apresentar a planilha de composição de custos e formação de preços, pois a infraestrutura faz parte dos custos indiretos da contratação

Em que pese a demonstração dos preços praticados, que constam do item 3.1 deste relatório, não exorbitando dos preços de mercado, entende-se pela irregularidade dos insumos carreados pela Administração não terem sido considerados por meio da exigência da planilha de custos unitários e formação de preços.

#### IV - Conclusão

Por todo o exposto, cumprida a determinação de juntada de cópia integral do procedimento licitatório, entende esta Unidade Técnica, após análise, pela confirmação das seguintes irregularidades detectadas no **Pregão Presencial para Registro de Preços n. 073/2015** da **Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba - i.CISMEP**, que ensejam a citação dos responsáveis, **Sr. João Luiz Teixeira, Secretário Executivo**; e a **Sra. Laís Gomes Martins, Pregoeira e subscritora do edital**:

- a) a utilização indevida do sistema de registro de preços para o pretendido ajuste;
- b) exigência insuficiente de comprovação de qualificação econômico-financeira, dado o vulto da contratação;
- c) ausência de orçamento estimado em planilhas com os custos unitários de todos os elementos utilizados na formação de preços;
- d) admissibilidade das razões de recurso apenas por meio de protocolo presencial;
- e) assunção indevida de custos pela Administração, atinentes às atividades da contratada.

À consideração superior,  
CFEL, em 7 de março de 2017.

Evelyn Simão  
Analista de Controle Externo  
TC-2305-9