

AUTOS DO PROCESSO Nº 1041458 – 2018

1 - IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO

Tratam os autos de denúncia formulada pela empresa **ELASA ELO ALIMENTAÇÃO S/A**, em face de supostas irregularidades no edital do Pregão Eletrônico nº 021/2018, deflagrado pela Secretaria de Estado de Administração Prisional - SEAP, tendo como objeto a contratação de empresa para prestação de serviço de fornecimento contínuo de refeições e lanches prontos, na forma transportada, ao Presídio de Floramar, localizado no Município de Divinópolis, assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, destinada aos presos e aos servidores públicos a serviço na Unidade Prisional, conforme as especificações consignadas no Anexo I do referido edital.

O custo anual total do contrato foi assim estimado:

Sem ICMS – R\$4.033.325,04 (quatro milhões, trinta e três mil, trezentos e vinte e cinco reais e quatro centavos).

Com ICMS - R\$4.059.264,50 (quatro milhões, cinquenta e nove mil, duzentos e sessenta e quatro reais e cinquenta centavos).

2 – RELATÓRIO

A documentação foi recebida sob o protocolo nº 0004079910/2018, em 03/05/2018.

A abertura da sessão de pregão foi prevista para ter início no dia 09/03/2018.

Conforme documento de fl. 436 dos autos, a sessão para o julgamento foi remarcada para o dia **04/05/2018**, uma vez que a área técnica não havia concluído a análise dos documentos e planilhas da empresa que apresentou o menor preço.

Tendo em vista que a Denunciante pleiteia a suspensão liminar do certame, a relatoria desta Casa, em despacho datado de 09/05/2018 (fl. 441), encaminhou os presentes autos a esta Unidade Técnica para análise, considerando que a decisão de suspender o procedimento licitatório deve ser tomada após uma avaliação cautelosa.

Isso posto, passa-se à análise do edital de Pregão Eletrônico nº 21/2018 em face da denúncia, para que esta Coordenadoria verifique se existem irregularidades que justifiquem a suspensão do certame.

3 - DOS APONTAMENTOS DA DENÚNCIA

3.1 – DO PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO DO EDITAL

Expõe a Denunciante a verificação de ilegalidade no prazo estipulado no edital para sua impugnação, conforme o item 4.3:

4.3. Qualquer cidadão, inclusive Denunciante, poderá impugnar os termos do Edital até o 5º dia após a publicação do aviso do Edital, cabendo ao Pregoeiro decidir sobre a impugnação no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Todavia, a Lei nº 8.666/93 determina em seu art. 41 que a impugnação ao edital de licitação é permitida a qualquer cidadão até **cinco dias úteis** antes da sessão de abertura do certame, e aos licitantes até **dois dias úteis** antes da abertura.

Alega ainda que os prazos acima citados estão fixados na legislação pertinente às licitações.

Ainda, não obstante ter a Administração fixado prazo inferior ao estabelecido na lei, para impugnar o edital, também previu no instrumento convocatório a sua contagem em dias corridos, enquanto que na legislação a contagem é feita em dias úteis.

Acrescenta que o prazo concedido de 5 (cinco) dias corridos é “**insuficiente para a escorreita análise do Edital com a profundidade necessária para propiciar uma adequada avaliação da planilha de referência e da estimativa de custos, às quais se segue a fase de orçamentação.**”

Afirma que este prazo fixado, além de ser ilegal, restringiu a competitividade no certame. E que este fato implicou na impossibilidade de a Denunciante fazer uso de tal prerrogativa para apontar os vícios de formação de custos que serão tratados adiante.

ANÁLISE

Questiona, primeiramente, a Denunciante, **o prazo estipulado no ato convocatório** para impugnação aos termos do edital.

A legislação que rege o assunto é a Lei Federal nº 8.666/93, que prevê em seu art. 41, § 1º, que qualquer **cidadão** tem legitimidade para impugnar edital de licitação no prazo de até 5 (cinco) dias úteis antecedentes à data de abertura dos envelopes.

E no § 2º deste mesmo artigo está disposto que o **licitante** poderá apresentar a impugnação até o 2º (segundo) dia útil que anteceder a abertura dos envelopes.

O artigo 110 deste mesmo dispositivo legal estabelece que na contagem dos prazos desta Lei será excluído o dia do início e incluído o dia do vencimento e serão considerados os dias consecutivos, exceto quando estiver disposto em contrário.

Por sua vez, o edital do Pregão Eletrônico nº 21/2018, item 3.2, à fl. 63 dos autos do processo, prevê que:

3.2. Qualquer pessoa, inclusive licitante, poderá impugnar os termos do presente Edital até o 5º (quinto) dia após a publicação do aviso do mesmo, cabendo ao Pregoeiro decidir sobre a impugnação no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

E a Lei n. 10.520/2002 não regulamentou o prazo para interposição de impugnação ao edital.

Já o Decreto Estadual nº 44.786/2008 dispõe em seu art. 11:

Art. 11. Até o quinto dia após a publicação do aviso do edital, contado na forma do parágrafo único do art. 10, qualquer pessoa, inclusive licitante, poderá solicitar esclarecimentos ou impugnar o ato convocatório do pregão.

Esta Corte de Contas já se pronunciou acerca do questionamento em debate, no Processo de Denúncia nº 886567, onde a denunciante contesta, entre outros, o prazo estabelecido no edital, segundo o qual, “qualquer pessoa, inclusive licitante, poderá impugnar os termos do presente Edital até o 5º (quinto) dia após a publicação do aviso, tal e qual o apontamento aqui refutado. E foi entendido que “o Decreto Estadual n. 44.786/2008 é mero ato normativo da Administração e não tem o condão de poder alterar disposições legais e muito menos de criar uma situação mais severa para os interessados, sendo sua função apenas de esclarecer, interpretar e auxiliar a aplicação da Lei”. Em trecho da fundamentação transcrita *in verbis* foi decidido:

Considerando que compete à União legislar privativamente sobre normas gerais de licitações e contratos, em todas as modalidades, nos termos do art. 22, inc. XXVII da CR/88, bem como que os Estados podem suplementar a legislação federal, no que couber, com fundamento no art. 24, §2º, da Constituição Cidadã, importa frisar que essa suplementação tem que ser feita em estrita consonância com a norma federal que trata a matéria e que será regulamentada no âmbito estadual. Diante do exposto, uma vez que a Lei n. 10.520/2002 não regulamentou o prazo para interposição de impugnação ao edital, e que a Lei n. 8.666/93, em seu art. 41, §§ 1º e 2º, adota prazo de 05 (cinco) e 02 (dois) dias úteis, anteriores à data da abertura dos envelopes, para que, respectivamente, cidadão e licitante possam exercer a prerrogativa, entendo, conforme detalharei a

seguir, que o regulamento estadual se demonstra ilegal, pois, adiantado, está a perpetrar restrição indireta à faculdade de manifestação dos interessados quanto ao instrumento convocatório.

Em se tratando de pregão é sabido que o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis. Considerando que esse prazo mínimo pode, de acordo com a conveniência Administrativa, ser elástico, o interregno estabelecido no Decreto Estadual, que concentra em um dispositivo o prazo para impugnação independente da condição do interessado, qual seja, até o quinto dia após a publicação do edital, se mostra desfavorável aos interessados, em especial aos licitantes que, segundo a Lei n. 8.666/93, tem até o segundo dia útil antes da sessão de abertura para apresentar sua oposição.

Acresce notar que o prazo previsto no Decreto Estadual n. 44.786/08 será contado na forma do parágrafo único do seu art. 10, ou seja, para sua contagem exclui-se o do início e inclui-se o do vencimento; consideram-se os dias consecutivos e; se iniciam e expiram em dia de expediente. Logo, tratando-se de inovação, ou melhor, de alteração de dispositivo legal em evidente restrição ao consagrado na Lei de Regência – art. 41, §§ 1º e 2º – **considero, por conseguinte, procedente o apontamento de irregularidade ora analisado.** (Grifos nossos) ¹

Corroborando com este entendimento, entende-se que a estipulação de prazo insuficiente e distinto do que a lei determina viola o princípio da competitividade, causando a redução do universo dos possíveis licitantes.

Conclui-se, portanto, que, ao estipular o prazo para impugnar o edital do Pregão Eletrônico nº 21/2018, a Administração Denunciada o fez nos moldes do art. 11 do Decreto Estadual nº 44.786/2008, razão pela qual esta Coordenadoria entende pela **irregularidade** do item 3.2, à fl. 63 dos autos, e entende que devem prevalecer os prazos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 41 da Lei nº 8.666/93.

3.2 – DOS QUANTITATIVOS ESTIMADOS

Alega a Denunciante que os quantitativos de refeições e lanches estimados no edital são superiores aos efetivamente praticados na Unidade Prisional de Divinópolis e que a Secretaria licitante se utilizou de custos estimados genéricos e de previsão de quantitativos padronizados. Utilizou-se, ainda, de dados repetidos e extraídos de editais de licitação recentemente publicados pela SEAP para outras Unidades Prisionais do Estado, sem considerar a realidade do mercado local da prestação de serviços.

Que a previsão dos quantitativos se elevou em 15% (quinze por cento) em relação às quantidades efetivamente fornecidas em bases diárias nas últimas contratações. E por esta

razão, a Secretaria de Estado de Administração Prisional, por não apresentar fundamento que justifique a elevação dos quantitativos em relação aos atualmente demandados pela Unidade Prisional de Divinópolis, pode induzir as licitantes a oferecerem preços hipotéticos ou mesmo inexequíveis.

Acrescenta a Denunciante **que é a atual contratada** para a prestação dos mesmos serviços licitados na Unidade de Divinópolis, de forma que conhece bem a realidade da execução contratual e dos custos envolvidos.

Informa que as medições dos meses de janeiro, fevereiro e março de 2018 apresentaram uma média estimada em 719 (setecentos e dezenove) almoços por dia. E que o edital do Pregão Eletrônico 021/2018 prevê um quantitativo diário de 840 (oitocentos e quarenta) refeições para o almoço, evidenciando um acréscimo de aproximadamente 14% (quatorze por cento).

Sendo assim, uma vez que não consta justificativa no Termo de Referência que autorize a elevação dos quantitativos, estes não poderão prevalecer, pois poderão induzir as proponentes a erro.

ANÁLISE

A Denunciante, na qualidade de atual prestadora dos serviços licitados e ciente da realidade do contingente do presídio, conforme por ela declarado, informa o **acréscimo** de almoços por dia sem a devida justificativa.

O Termo de Referência, Anexo I do edital (fls. 81 e 82), prevê que o número de 840 (oitocentas e quarenta) refeições a serem fornecidas é estimado, podendo variar para maior ou menor, conforme flutuação diária da população carcerária e servidores. E que a variação do número de fornecimentos respeitará o percentual de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato para mais ou menos, que será documentada por relatórios mensais com a quantidade de refeições entregues.

Não obstante a rotatividade de detentos e servidores, uma vez que estes trabalham por turno, o Termo de Referência não discrimina o número estimado de detentos.

A Denunciante informa que, conforme as medições de janeiro, fevereiro e março deste ano, a média de almoços diários fornecidos foi de 719 (setecentos e dezenove).

¹ <http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota/BuscarArquivo/751271>

Uma vez relatado o acréscimo de refeições diárias para o turno do almoço, sem que haja justificativa no edital, esta Unidade Técnica entende ser necessária a análise da fase interna do certame, a fim de verificar se houve justificativa neste sentido. É preciso levar em consideração o número real de detentos e a quantidade de vagas existentes na unidade carcerária, uma vez que o número de detentos pode aumentar, bem como diminuir.

Entende-se que, quanto mais próxima da situação real a informação do número de refeições a serem fornecidas, maior a possibilidade de os licitantes dimensionarem o objeto a ser contratado, para que possam oferecer suas cotações sem o risco de, futuramente, não cumprirem com as obrigações do contrato. Ademais, quanto maior a demanda, maior a possibilidade de redução do preço unitário.

Considerando a ausência de justificativa no edital que possa respaldar o aumento do número de refeições diárias para o turno do almoço, entende esta Unidade Técnica que os autos podem ser convertidos em diligência para que a Administração seja intimada a apresentar a fase interna do certame, a fim de verificar se houve justificativa neste sentido.

3.3 – DO CUSTO ESTIMADO DOS INSUMOS, NÃO CONDIZENTE COM A REALIDADE LOCAL

Informa a Denunciante que a SEAP publicou, nos últimos três meses, vários editais com objeto idêntico a este em análise, em diversos municípios do Estado, sendo alguns bem distantes de Divinópolis, como Carmo do Paranaíba, a 300 Km de distância; João Pinheiro, a 490 KM; e Oliveira, a 84 Km.

Porém, ao elaborar as planilhas orçamentárias dos editais dos citados municípios acima, bem como do edital em análise, foi considerado um único orçamento base, com os mesmos preços de insumos para balizar todas as planilhas de referência dessas diversas licitações.

Ressalva que deve ser levado em consideração a realidade de mercado, a vocação econômica de cada região e a distância entre os locais de produção e dos centros de distribuição.

Que esses fatores ocasionaram imensa distorção nos preços de referência, uma vez que se trata da aquisição de produtos frescos e os orçamentos devem ser elaborados de forma individualizada para cada local de prestação dos serviços.

Que a aquisição dos insumos em locais distantes implica no aumento de custo, considerando os serviços de transporte. E deve ser considerado ainda que, em se tratando de fornecimento de alimentos, devem ser evitados o perecimento e o esfriamento das refeições.

Concluiu a Denunciante que o orçamento utilizado pela Administração resultou na subestimação dos custos dos insumos a serem utilizados no preparo das refeições, causando uma significativa distorção em relação ao custo real, conforme tabela:

	CUSTO ESTIMADO	CUSTO REAL
DESJEJUM	R\$0,5789	R\$0,8516
LANCHE DA TARDE	R\$0,4077	R\$0,5016
JANTAR	R\$1,8782	R\$2,2702
LANCHE DA NOITE	R\$0,5789	R\$0,7519

A Denunciante ilustra a composição dos custos apontados acima, da seguinte forma, nos moldes previstos no Anexo I do Edital, Termo de Referência:

Desjejum

Pão	R\$0,34
200 ml de leite pasteurizado	R\$0,35
Café (R\$10,00 o kg)	R\$0,1616
Total	R\$0,8516

Nesta demonstração, conclui a Denunciante que o custo estimado está R\$0,27 abaixo do custo real, representando uma diferença de 30% (trinta por cento) (fl. 21).

Entende que a Administração não considerou o local da prestação dos serviços e que o orçamento de referência está inadequado ao fim que se destina.

Alega, ainda, que não foram previstos no orçamento estimado alguns custos advindos de obrigações contratuais expressas, conforme os seguintes casos:

1 – O item 13 da Cláusula VII do Termo de Referência prevê a obrigação da contratada de prover os utensílios e equipamentos utilizados na prestação dos serviços, inclusive manutenção, que evidentemente implica em custos.

Porém, a planilha não contempla os custos destas despesas.

2 – O item 29 da Cláusula VII e o item 2 da Cláusula VIII do Termo de Referência determinam o fornecimento de quatro refeições diárias para degustação.

Entretanto, não foram contemplados na planilha tais custos.

3 – Considerando que as refeições fornecidas serão transportadas, é indispensável o envio de refeições extras com o objetivo de repor eventuais perdas no decorrer do trajeto, o que é previsível e incontornável. Na prática, são enviadas 16 (dezesesseis) refeições extras, o que demanda um custo próprio da execução dos serviços.

Esta previsão não se encontra discriminada na planilha de custos do edital.

Conclui que “**a planilha é deficiente e o dimensionamento dos custos nela contemplado não se mostra suficiente para permitir aos licitantes a elaboração de suas propostas de maneira condizente com a realidade das despesas que incidirão sobre os serviços**”. (Grifos originais)

Por esta razão, entende que a omissão destas informações na planilha macula a igualdade entre os licitantes, pois alguns irão embutir estes custos em sua proposta enquanto outros, por desconhecerem estas particularidades, desconsiderarão tais despesas, podendo ser conduzidos a uma contratação falsamente vantajosa, vindo a ter prejuízos capazes de comprometer a execução dos serviços.

ANÁLISE

Quanto à primeira colocação da Denunciante neste apontamento, que se refere ao custo estimado e custo real unitários de cada tipo de refeição, onde esta apresenta uma tabela demonstrativa, verificou-se que, à fl. 119 dos autos, consta planilha do valor estimado da contratação, onde estão discriminados os valores unitários do desjejum, almoço, lanche e jantar.

A Denunciante alega subestimação dos custos reais, em que, tomando por exemplo o desjejum, este foi estimado em **R\$0,5789**, sendo que o seu custo real é **R\$0,8516**, conforme demonstrado à fl. 21 pela Denunciante.

Porém, o valor a ser considerado deverá ser o informado na Planilha do Termo de Referência (fl. 119), que espelha o custo estimado da contratação, onde o valor unitário do desjejum é de **R\$1,26**. E este valor está também demonstrado na Planilha de Composição de Custos para Alimentação dos Servidores e Presos, à fl. 118, onde o desjejum, sem o BDI

agregado, totaliza R\$1,26 (um real e vinte e seis centavos), e com o BDI, R\$1,37 (um real e trinta e sete centavos).

Considerando as informações acima, entende-se como necessária a análise da fase interna do certame, a fim de verificar a cotação prévia de preços.

A segunda colocação da Denunciante se refere à insuficiência da planilha de custos, uma vez que não se mostra condizente com a realidade, o que compromete a elaboração das propostas.

Alega a Denunciante que não estão previstos na planilha apresentada pelo órgão licitante a obrigação da contratada de prover os utensílios e equipamentos utilizados na prestação dos serviços, inclusive a manutenção, o fornecimento de quatro refeições diárias para degustação e o envio de refeições extras com o objetivo de repor eventuais perdas no decorrer do trajeto.

Esta Unidade Técnica visualizou à fl. 118 dos autos, a “Planilha de Composição de Custos para Alimentação dos Servidores e Presos”, constando previsão de gastos unitários com utensílios e equipamentos, por refeição.

Não está discriminada na planilha a **manutenção dos equipamentos**, o **fornecimento das quatro refeições diárias para degustação** e o **envio de refeições extras para fins de reposição** das eventuais perdas em função do trajeto.

Considerando a ausência de elementos suficientes para análise dos itens denunciados, entende-se necessário converter os autos em diligência para que os responsáveis pelo certame prestem o devido esclarecimento.

4 - CONCLUSÃO

Após análise do edital em tela em face da denúncia, esta Unidade Técnica entende que restou comprovada a seguinte **irregularidade**:

1 – O item 3.2 do edital, fl. 63 dos autos, fixa prazo diverso do previsto no §2º do art. 41 da Lei ° 8.666/93.

Em relação aos demais pontos questionados na denúncia, esta Unidade Técnica sugere a **conversão dos autos em diligência** para que os responsáveis pelo certame apresentem a fase interna e externa do certame, bem como:

1 - Esclarecimentos acerca do aumento do número de refeições diárias para o turno do almoço;

2 - Esclarecimentos acerca da composição dos custos unitários e da formação do preço, considerando os utensílios e equipamentos utilizados na prestação dos serviços, inclusive a manutenção, o fornecimento de quatro refeições diárias para degustação e o envio de refeições extras com o objetivo de repor eventuais perdas no decorrer do trajeto.

Entende-se, por fim, que os Senhores **Márcio Fernandes Guimarães Júnior** e **Ângelo Fernando Van Doornik**, Superintendente de Infraestrutura e Logística e Pregoeiro, respectivamente, da Secretaria de Estado de Administração Prisional, ambos signatários do ato convocatório, fl.80, podem ser intimados para apresentarem os esclarecimentos e os documentos referentes às fases interna e externa do certame.

De plano, entende esta Unidade Técnica que **não é recomendável conceder a liminar pleiteada pela Denunciante**, considerando-se que não pode haver a descontinuidade do fornecimento das refeições, considerando que a sessão de julgamento do pregão estava marcada para o dia 04/05/2018 e considerando que a suspensão do processo licitatório no momento poderá trazer à Administração maiores prejuízos através de uma contratação direta, configurando o *periculum in mora inverso*.

À consideração superior.

DFME/CFEL, 18 de maio de 2018.

Vanessa Martins Pimenta de Carvalho
Analista de Controle Externo
TC1009-7