TRIBUNAL DE CONTAS
Fl. ____
MINAS GERAIS

ANÁLISE DE DEFESA

Processo nº: 1041458

Natureza: DENÚNCIA

Relator: : CONSELHEIRO SUBST. ADONIAS MONTEIRO

Data da Autuação: 04/05/2018

1. INTRODUÇÃO

Tratam os autos de Denúncia apresentada pela empresa Elasa Elo Alimentação S/A, em face do Edital de Pregão Eletrônico de nº 021/2018, deflagrado pela Secretaria de Estado de Administração Prisional do Estado de Minas Gerais, o qual teve como objeto "a prestação de serviço para fornecimento contínuo de refeições e lanches prontos, na forma transportada, ao Presídio de Floramar, localizado em Divinópolis – MG, assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, destinada aos presos e aos servidores públicos a serviço da Unidade, conforme especificações e detalhamentos consignados no Anexo I", com pedido liminar de suspensão do certame.

Em síntese, a Denunciante alega que o Edital em questão não respeitou o prazo legal para apresentação de impugnação pelos interessados, em violação ao artigo 41 da Lei 8.666/1993. Na sequência, os Denunciantes também alegaram que houve equivocado dimensionamento quantitativos e custos, além da omissão de informações relevantes para a elaboração das propostas.

Após a autuação da presente Denúncia, o então Relator do processo, senhor Wanderley Ávila, como forma de subsidiar uma possível suspensão liminar do certame, encaminhou os autos à CFEL para análise dos apontamentos apresentados, o que se fez em relatório de fls. 442/446.

No parecer técnico, a CFEL acolheu as alegações da Denunciante quanto ao primeiro apontamento, considerando que houve ilegalidade do Edital na fixação do prazo para impugnação. Quanto às demais matérias, entendeu não haver elementos suficientes para elaboração de um relatório conclusivo, pugnando assim pela conversão dos autos em diligência para que os responsáveis pelo certame prestassem os devidos esclarecimentos.

Ao final, a referida Unidade Técnica entendeu não ser recomendável a concessão da medida liminar pleiteada pela Denunciante.

O entendimento da CFEL foi encampado pelo Relator em Decisão de fls.448/450, que denegou o pleito liminar e determinou a intimação do senhor Márcio Fernandes Guimarães Júnior, Superintendente de Infraestrutura e Logística, e o senhor Ângelo Fernando Van Doornik, Pregoeiro, para que encaminhassem a esta Corte de Contas a cópia integral dos autos do procedimento licitatório em apreço, e documentos que entendessem pertinentes.

O ente Denunciado prestou as respectivas informações e esclarecimentos técnicos em fls. 462/466, bem como a documentação relativa às fases internas e externas do certame em fls.467/885.

Ante os novos elementos trazidos aos autos, a CFEL foi novamente instada a se manifestar, apresentando novo relatório técnico em fls.891/895, no qual ratificou seu entendimento anterior quanto à violação ao prazo legal para impugnação do Edital, e considerou irregular o aumento do número de refeições diárias do objeto sem justificativa prévia.

Após a manifestação do Ministério Público de Contas no mesmo sentido, em fl.898, o atual Relator dos autos, Conselheiro Adonias Monteiro, ordenou a citação dos responsáveis para apresentação de defesa e/ou documentos que entenderem pertinentes.

Os responsáveis, por sua vez, apresentaram defesa e prestaram informações complementares em fls.903/912 e documentos em fls.913/1.008.

Após a apresentação da defesa pelos Responsáveis, os autos foram encaminhados à CFEL para reexame, e posteriormente reencaminhados a esta Coordenadoria, tendo em vista o encerramento do procedimento licitatório com a assinatura do respectivo contrato.

2. ANÁLISE DE DEFESA

2.1 Apontamento:

1. Vício no Pregão Eletrônico de nº 021/2018, comprometendo a lisura do certame, uma vez que o Edital previu prazo para impugnação inferior ao prazo estipulado pela Lei 8.666/1993.

2.1.1 Nome do(s) Defendente(s):

- Márcio Fernandes Guimarães Júnior;

- Ângelo Fernando Van Doornik;

- Daniela Aguiar Rangel.

2.1.2 Razões de defesa apresentadas:

A Denunciante questiona a licitude do item 4.3 do edital ora em análise, que fixou prazo de impugnação do edital até o quinto dia após a publicação do aviso de Edital, em contrariedade ao artigo 41, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/1993:

> Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.
>
> § 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.
>
> § 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Instados a se manifestarem, os responsáveis Márcio Fernandes Guimarães Júnior, Superintendente de Infraestrutura e Logística, e Ângelo Fernando Van Doornik, Pregoeiro, apresentaram informações em fls.462/466 e as respectivas defesas em fls. 903/912.

Quanto ao presente apontamento, os responsáveis afirmaram que a disposição editalícia encontraria respaldo nas orientações explicitadas pela Consultoria Jurídica da Advocacia Geral do Estado, na Nota jurídica nº 2.608, de 21 de dezembro de 2010, da lavra do Procurador Dr. Sérgio Pessoa de Paula Castro.

Uma destas recomendações se refere à uniformização dos prazos para pedidos de esclarecimento e impugnação ao instrumento convocatório, que devem ser feitos até o quinto dia útil após a publicação do edital.

O item apontado como irregular também se alicerçaria em disposição semelhante constante no artigo

11 do Decreto Estadual de nº 44.786/2008, que contém o regulamento da modalidade de licitação denominada Pregão, seja na forma presencial ou eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns no âmbito do Estado de Minas Gerais:

> 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.

Por fim, os responsáveis concluíram que a Lei 8.666/1993 é fonte primária disciplinadora das licitações, legislando em âmbito nacional normas gerais de licitação e contratos, compelindo concorrentemente aos Estados legislar sobre procedimentos em matéria processual.

Por esta razão, não haveria irregularidades quanto à fixação do prazo para pedido de esclarecimentos e impugnação nos termos no Edital ora em análise, pois este item estaria em consonância com as recomendações oriundas da Advocacia Geral do Estado e com o Decreto do Estado de Minas Gerais, ente que, na argumentação dos responsáveis, detém a competência legislativa para tratar de tal matéria.

2.1.3 Documentos apresentados juntamente com a defesa:

1 - Processo nº 5057241-05.2018.8.13.0024 (Mandado de Segurança);

2 - Processo nº 1.0000.18.062983-4/000 (Mandado de Segurança);

3 - Contrato nº 339039.03.2923.18, assinado com a vencedora do certame;

4 - Memorando SEAP/DGA nº 576/2019;

4.1 - Metodologia de Formação do Preço de Referência utilizado pela Secretaria de Defesa Social;

4.2 - Relatório de Consulta por Melhores Preços;

4.3 - Resolução Conjunta SEPLAG/CGE nº 9.447, de 15 de Dezembro de 2015.

2.1.4 Análise das razões de defesa:

Em que pese as alegações e documentos trazidos aos autos pelos Defendentes, esta Unidade Técnica ratifica o entendimento perfilhado pela CFEL em relatórios técnicos anteriores, que reconheceram a irregularidade do item editalício em epígrafe.

Isso porque o item 4.3 do edital em análise, com fulcro no Decreto Estadual 44.786/2008, fixou prazo para impugnação do edital em cinco dias corridos contados da publicação do aviso do edital, prazo este inferior ao que é determinado pela Lei 8.666/1993, em seu artigo 41, §§1º e 2º, como se verá adiante.

Verifica-se que o Edital fora publicado no dia 24/02/2018, e a abertura da sessão se deu no dia 09/03/2018, às 10:00hs, conforme consta em ata de pregão de fls.795/807. Pela sistemática legal, os licitantes poderiam apresentar as respectivas impugnações ao edital até o segundo dia útil que anteceder a abertura da sessão, ou seja, poderiam exercer este direito até o dia 07/03/2018, até as 10:00hs.

No entanto, considerando a contagem de 05 (cinco) dias corridos contados da publicação, tal como previsto no edital em tela., o prazo para impugnação teria como termo final o dia 28/02/2018.

Observa-se, portanto, supressão do prazo à disposição dos interessados para impugnação do edital, em afronta ao que dispõe o texto legal.

Nesta senda, convém destacar entendimento deste Tribunal nos autos da Denúncia de nº 951618, em

Acórdão publicado no dia 07/03/2017, de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, que considerou irregular a determinação de prazo para impugnação em desacordo com o artigo 41 da Lei 8.666/1993:

> DENÚNCIA. TOMADA DE PREÇOS. PRAZO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. VÍNCULO DO RESPONSÁVEL TÉCNICO COM A EMPRESA. EXIGÊNCIA DO TEMPO DE FORMAÇÃO DO RESPONSÁVEL TÉCNICO. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO RECURSAL. ATRIBUIÇÃO DE MAIOR PONTUAÇÃO PARA QUESITO ESPECÍFICO RELACIONADO AO OBJETO. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO TRABALHISTA. MEIOS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS E IMPUGNAÇÕES. IRREGULARIDADES. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. 1. A fixação das regras relativas às impugnações ao edital em desacordo com o disposto no art. 41 da Lei nº 8.666/93, especialmente no tocante aos prazos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do citado dispositivo, é irregular e enseja a aplicação de multa ao responsável.
>
> [...]
>
> Observa-se que o texto normativo é expresso em fixar o prazo de até 05 (cinco) dias úteis antes da abertura dos envelopes de habilitação para impugnação do edital pelos cidadãos e de até 02 (dois) dias úteis anteriores à abertura dos envelopes das propostas pelos licitantes, não podendo o ato convocatório da licitação fixar regra mais restritiva que a legal, sob pena de cerceamento do direito de petição e de defesa constitucionalmente assegurados. Isso porque o legislador estabeleceu duas categorias de legitimados para impugnar os editais de licitação, atribuindo-lhes prazos diversos para o exercício dessa faculdade. (Destaque nosso)

Ademais, há de se ressaltar que o comando normativo contido no Decreto Estadual acima citado não tem o condão de inovar na ordem jurídica de forma contrária ao disposto na Lei 8.666/1993, sobretudo quando tal inovação pode ser capaz de impor restrições à plena participação de interessados.

Ao contrário do que alegam os responsáveis, a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação é privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, e cabe aos demais entes federados tão somente legislar sobre questões específicas, quando autorizados por Lei Complementar, e desde que respeitem os balizamentos traçados pela lei de regência.

Portanto, estados e municípios não têm plena liberdade legislativa no que tange à licitação e contratação pública, e, caso decidam exercer sua competência suplementar para regular o prazo de impugnação de editais de licitação, deverão fazê-lo sempre em conformidade com os prazos mínimos previstos no artigo 41 da Lei 8.666/1993, de forma que não imponha aos interessados restrições mais gravosas que não estejam previstas em tal diploma legal.

Lado outro, há de se considerar que a Nota Jurídica nº 2.608 de 21 de dezembro de 2010, na qual contém orientações emanadas pela Consultoria Jurídica da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais, utilizada pelos responsáveis como parâmetro de validação do item em questão, tem a função apenas de esclarecer e auxiliar a aplicação da lei, não podendo jamais contrariá-la.

Neste mesmo sentido, cumpre rememorar trechos de entendimento semelhante em decisão tomada por esta Corte de Contas nos autos de Denúncia de nº 886567, citado pela CFEL em seu relatório técnico de fls.442/446:

> [...]A questão cinge-se a legalidade ou não dos prazos constantes do edital para que os licitantes realizem seus pedidos de esclarecimento e impugnem o edital. O instrumento convocatório assim dispôs: 3.1. Os pedidos de esclarecimentos, referentes ao processo licitatório, poderão ser realizados por qualquer pessoa, inclusive licitante, e deverão ser enviados ao (a) Pregoeiro (a), até o 5º (quinto) dia após a publicação do aviso do Edital. (...) 3.3 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 (a) Pregoeiro (a) decidir sobre a impugnação no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Em defesa argumentaram os responsáveis que a Advocacia Geral do Estado, quando questionada

pela SEPLAG, face ao disposto na legislação vigente, manifestou-se no sentido de ser juridicamente possível a uniformização de prazo contemplada nas minutas dos editais, com apoio no Decreto Estadual nº 44.786, de 2008. A Unidade Técnica ao analisar a matéria, destacou, primeiramente, que, considerando a data de publicação do extrato do edital, 28/03/2013, infere-se que, de acordo com as normas editalícias, o prazo final para a apresentação de impugnação se deu em 08/04/2013. Lado outro, considerando a data de abertura da sessão do pregão, 15/04/2013, verifica-se que, nos termos do art. 41, §2º, da Lei n. 8.666/93, o prazo limite para impugnação seria o dia 10/04/2013. Quanto ao art. 11 do Decreto Estadual n. 44.786/2008, norma sob a qual se ampara os itens 3.1 e 3.3 do edital, entende que, conforme demonstrado, os dispositivos questionados acabaram por suprimir o direito do licitante de impugnar o edital administrativamente no prazo previsto na Lei de Licitações. Assim, considerando que a Lei n. 10.520/2002 não regulamenta a interposição de impugnação ao edital, pelo que necessário aplicação subsidiária da Lei de regência, mais, 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, opina pela ilegalidade do prazo contido no item 3.3 do edital. Compulsando os autos verifico que a Advocacia Geral do Estado instada a emitir parecer a respeito das minutas padrões elaboradas pela SEPLAG, fl. 185/191, posicionou-se no sentido de ser juridicamente possível a uniformização dos prazos para a apresentação de pedidos de esclarecimentos e impugnações, nos termos do estabelecido no Decreto Estadual n. 44.786/2008, haja vista que o Estado, nesta circunstância, desempenhou seu papel suplementar, no contexto regulamentar, sem afronta alguma à competência privativa da União. Como no caso concreto estamos a tratar da modalidade pregão, impende destacar que, assim como a Lei n. 8.666/1993 traça normas gerais sobre licitações e contratos, a Lei n. 10.520/2002 também o faz no que se refere à modalidade em estudo, destinada à aquisição de bens e serviços comuns. 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, adianto, está a perpetrar restrição indireta à faculdade de manifestação dos interessados quanto ao instrumento convocatório. [...] (Destaque nosso)

Destarte, conclui-se que a Administração Denunciada, ao tratar do prazo de impugnação do instrumento convocatório no Edital de Pregão Eletrônico nº 021/2018, deveria pautar-se primordialmente nos ditames da referida Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, respeitando os prazos ali determinados. Ao fazê-lo, porém, de forma deficitária, nos moldes do Decreto Estadual nº 44.786/2008, incorreu em irregularidade com potencial de comprometer a lisura do certame, na medida em que restringiu indevidamente o direito de petição garantido a todos os interessados.

Todavia, considerando a existência de conteúdos normativos e orientações jurídicas emanadas do próprio estado de Minas Gerais, por órgãos diversos, conflitantes com a legislação federal e com o entendimento desta Corte, e que são capazes de induzir a erro os gestores no momento de elaboração dos editais de licitação; considerando que não houve prejuízo à competitividade do certame, pois houve participação de várias empresas, conforme ata de pregão de fl.795; e considerando não constar nos autos elementos que demonstrem má-fé dos gestores e/ou prejuízo ao erário, uma vez que a contratação foi realizada em valor inferior ao orçado pela Administração, conforme contrato de fls.932/947, esta Unidade Técnica entende não ser cabível a aplicação de sanções.

Sugere-se, por outro lado, a expedição de determinação aos responsáveis para que, em procedimentos licitatórios futuros, passem a fixar o prazo para impugnação do edital em consonância com o disposto

na Lei 8.666/1993, em seu artigo 41, §§1º e 2º.

Isto posto, consideram-se improcedentes as alegações dos Defendentes.

2.1.5 Medidas propostas após análise da defesa:

Entende esta Unidade Técnica que as constatações poderão ensejar, observado o devido processo legal, a adoção pelo Tribunal das seguintes medidas:

- Recomendações para melhoria de desempenho e de maior efetividade dos programas e políticas públicas

Descrição da medida:

Expeça-se determinação aos responsáveis para que, em procedimentos licitatórios futuros, passem a prever o prazo para impugnação do instrumento convocatório tal como dispõe a Lei 8.666/1993, em seu artigo 41, §§ 1º e 2º.

Responsável(is) pela adoção da medida: Márcio Fernandes Guimarães Junior e Ângelo Fernando Van Doornik.

2.1.6 Conclusão da análise da defesa:

Pela rejeição das alegações de defesa.

2.2 Apontamento:

2. Previsão de quantitativos 15% (quinze por cento) superiores às quantidades efetivamente fornecidas em bases diárias nas últimas contratações.

2.2.1 Nome do(s) Defendente(s):

- Márcio Fernandes Guimarães Júnior;

- Ângelo Fernando Van Doornik;

- Daniela Aguiar Rangel.

2.2.2 Razões de defesa apresentadas:

Insurge-se a Denunciante contra o item XV do Termo de Referência (fl.117), anexo I do Edital de Pregão Eletrônico de nº 021/2018, no qual dimensionou os quantitativos anuais previstos da unidade e fixou a quantidade de 840 (oitocentos e quarenta) para cada uma das refeições a serem fornecidas pelo contratado.

Compulsando os autos, verifica-se que a Denunciante era a responsável pelo fornecimento de refeições e lanches prontos ao mesmo Presídio de Floramar, localizado no município de Divinópolis, em virtude do Contrato de Prestação de Serviço de nº 339039.03.2711.17 (fls. 471/543).

Acontece que a Secretaria de Estado de Administração Prisional, por intermédio de sua Diretoria de Apoio à Gestão Alimentar, ao proceder a um estudo de viabilidade de prorrogação do contrato supramencionado, constatou que o valor de referência para uma nova licitação se mostrou inferior em relação ao valor do contrato vigente, conforme demonstrativo de fls.467/468.

Assim sendo, publicou o Edital de Pregão Eletrônico, ora em análise, para contratação dos serviços por valor inferior ao que estava sendo praticado, nas quantidades previstas no respectivo Termo de

Referência.

A Denunciante, aproveitando-se do fato de ser a então fornecedora das refeições consumidas pela Unidade Prisional, realizou a medição do quantitativo médio por ela praticado dos meses de janeiro, fevereiro e março de 2018 (meses que antecederam a abertura da sessão de pregão), conforme grade mensal de fornecimento de refeições de anexados aos autos em fls.432/434, obtendo uma média de 719 almoços por dia.

Ao cotejar a média obtida nos meses em destaque, com o quantitativo dimensionado pela Denunciada no referido Termo de Referência, a Denunciante concluiu que houve superdimensionamento do objeto, referente à diferença entre a quantidade de 840 almoços a serem adquiridos pela nova licitação e a quantidade média de 719 almoços que à época eram efetivamente demandados.

Tendo em vista a divergência trazida a lume pela Denunciante, a CFEL, em seu relatório técnico de fls.442/446, sugeriu a realização de diligência para que a Administração denunciada apresentasse a fase interna do certame, a fim de verificar se houve justificativa técnica para o acréscimo de refeições diárias para o turno do almoço, levando em consideração o número real de detentos e a quantidade de vagas existentes na unidade carcerária.

Instados a se manifestarem acerca da mencionada discrepância, a Denunciada manteve-se silente em sua primeira manifestação (fls. 462/466), o que ensejou a citação dos responsáveis, subscritores do edital em comento, para apresentação de defesa e documentos pertinentes, o que fizeram em fls. 903/1.008. Neste ensejo, os responsáveis apresentaram o memorando SEAP/DGA nº 576/2019, emitido pela Diretoria de Apoio à Gestão Alimentar, que assim respondeu aos presentes questionamentos:

> Considerando as possíveis e comprovadas variações da população carcerária, bem como a constante demanda pelo aumento de vagas no sistema prisional, a construção dos quantitativos a serem utilizados como estimativa para a prestação do serviço utiliza-se de diversas variáveis. Inicialmente, durante a fase interna do instrumento convocatório, realiza-se o levantamento do histórico de fornecimento de alimentação da unidade prisional, bem como as variações ocorridas em determinado período. Posteriormente, é verificado a média de fornecimento dos últimos meses e acrescido o quantitativo de aproximadamente 15%.
>
> Diante de tais números, a direção da unidade prisional, gestor do contrato *in casu,* é provocado a se manifestar, com o intuito de validar ou alterar os números apresentados, casos estes correspondam a necessidade da unidade prisional, considerando possíveis alterações, como aumentos e/ou reduções nas vagas disponíveis, evolução histórica da população carcerária, interdições e inaugurações de novos espaços destinados aos reclusos e etc.
>
> [...]
>
> Há de se ponderar que a referida contratação trata-se de unidade prisional, onde há uma constante movimentação de saída e entrada de presos por motivos diversos, e que a flutuação carcerária impacta diretamente na execução contratual. Assim, não se considera, par afins de nova licitação, a média exata de execução do fornecimento, uma vez que haveria risco de não haver saldo para cumprir o período de vigência total do contrato, implicando na necessidade de nova licitação antes do fim do termo, causando insegurança jurídica e também uma possível diminuição do desconto das propostas, oferecidos em lances pelos licitantes, em relação ao preço de referência.
>
> Assim, a metodologia utilizada visa assegurar o equilíbrio econômico financeiro dos contratos firmados, bem como minimizar os riscos da sabida volatilidade decorrente da histórica evolução da população carcerária.
>
> [..]
>
> Além do mais, se observarmos os anos de 2017, 2018 e 2019, tais variações de quantitativos chegaram na casa dos 26% de elevação. Fato este, que justifica o percentual de 15% acrescidos a média de quantitativos do objeto que licitado, a fim de garantir o equilíbrio econômico entre as partes. *(Sic)*

> Diante deste cenário, as estimativas de fornecimento, em todos os atos convocatórios destinados a prestação do serviço de fornecimento de alimentação, realizados por esta secretaria, observa-se critérios que equilibrem os riscos impostos pela imprevisibilidade do comportamento da sociedade, elevação e/ou redução da criminalidade, bem como minimizem os impactos destas variações durante a execução do contrato mantendo equilíbrio econômico durante a execução contratual.
>
> [...]

2.2.3 Documentos apresentados juntamente com a defesa:

1 - Processo nº 5057241-05.2018.8.13.0024 (Mandado de Segurança);

2 - Processo nº 1.0000.18.062983-4/000 (Mandado de Segurança);

3 - Contrato nº 339039.03.2923.18, assinado com a vencedora do certame;

4 - Memorando SEAP/DGA nº 576/2019;

4.1 - Metodologia de Formação do Preço de Referência utilizado pela Secretaria de Defesa Social;

4.2 - Relatório de Consulta por Melhores Preços;

4.3 - Resolução Conjunta SEPLAG/CGE nº 9.447, de 15 de Dezembro de 2015.

2.2.4 Análise das razões de defesa:

Diante das informações contidas no referido memorando, depreende-se que durante a fase interna do certame, a Diretoria de Apoio à Gestão Alimentar teria a incumbência de realizar os cálculos estimativos conforme a metodologia apresentada acima, ou seja, realizar o levantamento histórico de fornecimento de refeições em determinado período, aplicar a média de fornecimento nos últimos meses e acrescer uma quantidade relativa a 15% (quinze por cento). Feita a estimativa, o resultado seria encaminhado à direção do presídio, que então ratificaria ou alteraria os números apresentados de acordo com a atual necessidade da unidade.

Malgrado a elucidação feita pela Diretoria de Apoio à Gestão Alimentar, não se verifica nos documentos contidos na fase interna do certame, apresentados pela Denunciada em fls.467/885, a aplicação *in concreto* da metodologia de cálculo informada.

A definição do quantitativo do objeto a ser licitado foi feita com fulcro apenas na informação encaminhada pela Diretoria Geral, conforme e-mail e planilha anexa, em fls.494/496, sem fazer constar no procedimento interno a realização dos cálculos mencionados, a utilização de parâmetros objetivos de medição, tais como a lotação atual e a quantidade de vagas existentes na unidade prisional, ou demais justificativas técnicas pertinentes que levaram a fixação daquelas quantidades.

Importante mencionar ainda que, mesmo provocada por esta Corte de Contas a fim de que apresentasse os devidos esclarecimentos acerca do estabelecimento do número de refeições diárias previstas no Termo de Referência, a Administração Denunciada não apresentou os critérios que nortearam a fixação do quantitativo, inexistindo nos presentes autos elementos que demonstrem a adequação entre a quantidade licitada e a realidade do órgão licitante.

Como bem frisou a CFEL, em análise inicial de fls.442/446:

> [...] 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

TRIBUNAL DE CONTAS Fl. ____ MINAS GERAIS

> o risco de, futuramente, não cumprirem com as obrigações do contrato. [...]

Vale dizer, a utilização de critérios e metodologias de cálculo que efetivamente garantam uma quantidade que atenda as reais necessidades da Administração, sem grandes variações para mais ou para menos, é de suma importância para o êxito do certame, com obtenção da proposta mais vantajosa e consequente contratação por valores que refletem a realidade do mercado.

Portanto, considerando que a Denunciante demonstrou que a quantidade a ser licitada pela Denunciada estava acima daquela que vinha sendo efetivamente demandada pelo órgão licitante, e, considerando que a Denunciada, por sua vez, não apresentou as justificativas técnicas, seja na fase interna ou na fase externa do certame, para o aumento do quantitativo do número de refeições, esta Unidade Técnica ratifica o entendimento anteriormente esposado pela CFEL para considerar improcedentes as alegações dos Defendentes.

2.2.5 Medidas propostas após análise da defesa:

Entende esta Unidade Técnica que as constatações poderão ensejar, observado o devido processo legal, a adoção pelo Tribunal das seguintes medidas:

- Aplicação de multa de até 100% (cem por cento) de R$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (caput e inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16).

2.2.6 Conclusão da análise da defesa:

Pela rejeição das alegações de defesa.

2.3 Apontamento:

3. Custo estimado dos insumos não condizentes com a realidade local.

2.3.1 Nome do(s) Defendente(s):

- Márcio Fernandes Guimarães Júnior;

- Ângelo Fernando Van Doornik;

- Daniela Aguiar Rangel.

2.3.2 Razões de defesa apresentadas:

Insurge-se a Denunciante contra a planilha do valor estimado da contratação – Item XVII do Termo de Referência, fl.119 dos autos – onde estão discriminados os valores unitários do desjejum, almoço, lanche e jantar.

A Denunciante alega que a Secretaria de Estado de Administração Prisional utiliza sempre um único orçamento-base para estipulação das planilhas de referências em Editais de Pregões Eletrônicos, com o mesmo objeto do Edital ora em análise, para Unidades Prisionais de diferentes municípios, sem levar em consideração as realidades de mercado de cada um deles.

Assim procedendo, a SEAP provocaria uma distorção nos preços de referência, pois o correto seria a etapa de orçamentação ser individualizada para cada local de prestação de serviços. No caso em tela, ao utilizar-se de orçamento sem referências próprias do local de prestação de serviços, o órgão licitante subestimou os custos com insumos, na medida em que na prática, os preços encontrados na região de contratação são superiores ao orçados pela administração.

Como exemplo de suas alegações, trouxe aos autos notas fiscais de fls.424/427.

Os responsáveis apresentaram a fase interna do certame em fls.467/885.

Às fls.520/544, observa-se o relatório de conclusão de planilha para formação de preço, no qual informa que os estabelecimentos consultados para a formação das mencionadas planilhas são: Portal de Compras - MG, Assembleia Legislativa de Minas Gerais – ALMG (Procon), Mercado Mineiro, Ceasa, Hipermercados, Distribuidoras e Seerc.

Constou ainda que a pesquisa de preços foi realizada em 22 estabelecimentos diferentes para gêneros alimentícios, descartáveis e gás de cozinha, totalizando 668 preços pesquisados.

Quanto à metodologia de pesquisa, esclareceu que:

> Os valores pesquisados são em no mínimo três estabelecimentos, via internet e in loco, priorizados os sites da Assembleia Legislativa de Minas Gerais – ALMG (Procon), Portal de Compras e Mercado Mineiro. Estabelecimentos esses, que realizam vasta pesquisa de mercado antes de disponibilizar o maior e o menor preço encontrado. Não foi encontrada pesquisa de preço atualizada pela ALMG, por este motivo não a utilizamos.

Em memorando de fls.608/610, a Diretoria de Apoio à Gestão Alimentar conjuntamente com o Núcleo de Acompanhamento de Contratos prestou esclarecimentos acerca da metodologia da Planilha de Composição de Custos, englobando o cálculo da mão de obra, área física, transporte, gás e custo alimentar.

Em fls. 725/726, a Administração informa que os documentos comprobatórios do custo de refeições e lanches apresentados pela empresa vencedora do certame, Nutridores Indústria e Comércio de Refeições Ltda., estão a contento para avaliar a proposta comercial, comprovando a exequibilidade desta para o Presídio Floramar.

Após ser devidamente citada, a Administração Denunciada apresentou defesa em fls.903/912, colacionando aos autos esclarecimentos prestados pela Diretoria de Apoio à Gestão Alimentar em memorando de fls.949/952, cujos excertos convém destacar:

> [...]
>
> Atualmente, a cotação de mercado é realizada a cada 4(quatro) meses em que os valores dos insumos são pesquisados em, no mínimo, três estabelecimentos, por meio da internet e em visita in loco, principalmente no CEASA. A busca na internet prioriza os sites do Portal de Compras e Mercado Mineiro, tendo em vista que estes realizam uma vasta pesquisa nos custos praticados em todo estado de Minas Gerais antes de disponibilizar o maior e o menor preços encontrados. Dessa maneira, consegue-se um leque representativo da realidade de mercado de toda região de interesse, não sendo necessário, portanto, a realização de preço de referência de forma individualizada para cada local de prestação de serviços.
>
> Conforme explanado acima, os estabelecimentos nos quais é realizada a pesquisa de mercado servem de referência para os preços dos insumos praticados em todo o estado de Minas Gerais. Ademais, o fato dos pregões e os contratos atenderem a regiões específicas não obriga a empresa vencedora do certame, durante a execução contratual, a adquirir alimentos na própria região. Tal fato está relacionado à logística da contratada, que terá liberdade para realizar as suas compras em locais com melhores custos de oportunidade.
>
> Cabe esclarecer, que todos os editais elaborados no período de vigência da cotação de mercado, consideram os

> mesmos preços dos insumos para balizar o preço de referência, como observado no pregão em tela e os referentes municípios apontados pela peticionária.
>
> [...]

Neste mesmo memorando, a citada Diretoria salienta que as cotações de mercado são elaboradas seguindo os dispositivos da Resolução Conjunta SEPLAG/CGE nº 9.447, de 15 de dezembro de 2015.

2.3.3 Documentos apresentados juntamente com a defesa:

1 - Processo nº 5057241-05.2018.8.13.0024 (Mandado de Segurança);

2 - Processo nº 1.0000.18.062983-4/000 (Mandado de Segurança);

3 - Contrato nº 339039.03.2923.18, assinado com a vencedora do certame;

4 - Memorando SEAP/DGA nº 576/2019;

4.1 - Metodologia de Formação do Preço de Referência utilizado pela Secretaria de Defesa Social;

4.2 - Relatório de Consulta por Melhores Preços;

4.3 - Resolução Conjunta SEPLAG/CGE nº 9.447, de 15 de Dezembro de 2015.

2.3.4 Análise das razões de defesa:

Ante os documentos e esclarecimentos apresentados, verifica-se que a Administração Denunciada procedeu à pesquisa de mercado, em fls.522/533, na qual colheu preços de diversas fontes, bem como apresentou a metodologia de composição de custo, em fls. 608/61 e fls.903/1.008.

Portanto, conclui-se que os valores constantes no Edital de Pregão Eletrônico ora em comento foram estipulados fundamentadamente de acordo com metodologia de cálculo adotada pelo órgão licitante, após o encerramento da etapa de orçamentação realizada, constante da fase interna do certame. Ademais, insta ressaltar que a Administração também averiguou, em fls.725/726, a exequibilidade da proposta apresentada pela empresa que se sagrou vencedora no Pregão Eletrônico, demonstrando assim que os valores estimados no Edital se encontram compatíveis com os preços praticados no mercado.

Neste contexto, convém mencionar trecho de entendimento semelhante adotado por esta Corte de Contas nos autos da Denúncia de nº 952316, Acórdão de Relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, publicado no dia 27/11/2018:

> DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E FORNECIMENTO DE PEÇAS E EQUIPAMENTOS PARA VEÍCULOS DA FROTA MUNICIPAL. PRELIMINAR DE COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA. ESPECIFICAÇÕES QUANTO À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. EXIGÊNCIA DE REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA (CREA) DO ENGENHEIRO MECÂNICO RESPONSÁVEL PELOS SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO. SUPERFATURAMENTO. AUSÊNCIA DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS. IMPROCEDÊNCIA. [...] 7. A pesquisa realizada pela Administração Pública constitui meio de verificar quais os preços estão sendo adotados pelo mercado, de forma a cumprir exigências da Lei nº 8.666, de 1993. [...] É notório que a pesquisa realizada pela Administração Pública constitui meio de verificar quais os preços estão sendo cobrados no mercado, de forma a cumprir as exigências da Lei nº 8.666, de 1993. A cotação de preços perfaz etapa inicial, essencial e indispensável do processo de licitação, que deve ser precedido de ampla pesquisa de mercado, nos termos do inciso V do art. 15 conjugado com o inciso

II do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 1993. É importante ressaltar que, quanto maior for o número de propostas oriundas das pesquisas, mais fiel ao mercado será o preço médio a ser aplicado como referência nos certames. O inciso III do art. 3º da Lei nº 10.520, de 2002, determina que, na fase preparatória da licitação na modalidade pregão, deverão constar "a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados". E, compulsando os autos, verifiquei que o termo de referência, às fls. 41 a 46, detalhou o valor estimado para a contratação dos serviços licitados, tendo como base a pesquisa de mercado realizada na fase interna, a qual compreendeu propostas de três sociedades empresárias, quais sejam, Mundial Máquinas e Veículos Ltda., Futura Veículos e Tratores Eireli e Agra Motors Comércio de Veículos Ltda. É importante destacar que não existe variação significativa de preços entre os referidos orçamentos, o que, caso ocorresse, poderia dar indícios de insuficiência da pesquisa de mercado realizada e, consequentemente, prejudicaria a definição do preço médio estabelecido no edital. Nesse contexto, diante da juntada, no processo licitatório, da planilha com os valores orçados, da constatação de que o valor estimado foi aferido com base no preço médio das cotações obtidas pela Administração e do fato de que não há, nos autos, comprovação de que as despesas realizadas estavam acima do valor de mercado, julgo improcedente o aditamento feito pelo Parquet de Contas, quanto a possível deficiência da pesquisa de mercado. (Destaque Nosso)

Isto posto, consideram-se procedentes as alegações dos Defendentes.

2.3.5 Conclusão da análise da defesa:

Pelo acolhimento das alegações de defesa.

2.4 Apontamento:

4. Custos advindos de obrigações contratuais da futura contratada, previstos no instrumento convocatório e não considerados na planilha de composição dos custos do orçamento estimado.

2.4.1 Nome do(s) Defendente(s):

- Márcio Fernandes Guimarães Júnior;

- Ângelo Fernando Van Doornik;

- Daniela Aguiar Rangel.

2.4.2 Razões de defesa apresentadas:

1. Da ausência de previsão dos custos de fornecimento de utensílios e equipamentos utilizados na prestação dos serviços, inclusive manutenção.

Aduz a Denunciante que não há item na planilha contemplando os custos oriundos de tais despesas, as quais devem integrar a formação de preços do orçamento de referência e das propostas de potenciais licitantes.

Em resposta ao presente apontamento, a Denunciada prestou os devidos esclarecimentos em fl. 910, expondo a metodologia de cálculo dos custos de utensílios e equipamentos, os quais resultaram nos valores descritos na planilha de composição de custos, nos subitens "Utensílios" e "Equipamentos".

2. Da ausência de previsão dos custos de fornecimento de quatro refeições diárias para degustação.

Alega a Denunciante que, como as 4 (quatro) refeições diárias destinadas a degustação não são computadas nas medições diárias pela SEAP – ou seja, não estão abrangidas nos quantitativos de

demanda previstos – elas devem ser previstas como item à parte, por constituírem custo exclusivo para a contratada, o que não ocorreu no caso em tela.

Em resposta ao presente apontamento, a Administração Denunciada esclareceu, em fls. 910/911:

> Destaca-se que a previsão do edital para que a contratada disponibilize as amostras referentes ao item 29 do Tópico VII é necessário, tendo em vista que em casos de intoxicação alimentar, a própria contratante poderá solicitar a análise de alimentação fornecida. O que permite subsidiar possíveis punições à empresa, considerando que intoxicação alimentar trata-se de falta grave de descumprimento contratual, por colocar em riso a saúde dos comensais.
>
> Além disso, é responsabilidade da contratada zelar pela qualidade da alimentação fornecida, justificando assim, o seu dever de arcar com as despesas relacionadas ao fornecimento de amostras. Cumpre esclarecer que o fato de tal dispositivo estar claro no edital, possibilita aos participantes do processo licitatório prever o seu custo durante a formação das suas propostas (considerando como despesas diversas), não ocasionando, portanto, qualquer prejuízo às partes.

3. Ausência de previsão de refeições extras na planilha de referência disponibilizada pelo Edital.

A Denunciante alega que, em função de o Edital prever fornecimento de refeições pela modalidade transportada, é necessário envio diário de refeições extras com a finalidade de repor eventuais perdas no decorrer do trajeto, bem como fazer frente a imprevistos relacionados aos quantitativos previstos, sob pena de submeter-se a contratada às sanções contratuais.

Informa que, em média, são enviadas 16 (dezesseis) refeições extras de cada modalidade por dia, sendo descartadas as refeições para as quais não haja demanda.

Por fim, pugna pela irregularidade do edital, uma vez que este item constitui custo próprio da execução dos serviços, mas não se encontra discriminado na planilha de referência.

A Administração Denunciada, instada a se defender, prestou as devidas informações em fls. 903/912, oportunidade na qual aduziu não haver previsão editalícia que imponha à contratada o envio de refeições extras, além de ser incumbência da própria empresa se adequar conforme logística própria para manter a qualidade das refeições e atender as necessidades de cada unidade.

Em relação a este mesmo item, assim dispôs:

> [...]
>
> Ademais, como está claro no instrumento convocatório, a modalidade de fornecimento e os custos com o transporte já estão contabilizados e explicitados na planilha de composição do preço de referência, não necessitando, portanto, de alterações no quantitativo licitado e nem transferindo o custo, que é de responsabilidade da empresa contratada, para a contratante.
>
> Outrossim, a secretaria realiza o pagamento das refeições fornecidas de acordo com a solicitação diária realizada pela Unidade Prisional. Desse modo, quantitativos que são fornecidos além do solicitado não são levados em consideração para pagamento.
>
> [...]

2.4.3 Documentos apresentados juntamente com a defesa:

1 - Processo nº 5057241-05.2018.8.13.0024 (Mandado de Segurança);

2 - Processo nº 1.0000.18.062983-4/000 (Mandado de Segurança);

3 - Contrato nº 339039.03.2923.18, assinado com a vencedora do certame;

TRIBUNAL DE CONTAS Fl. ____ MINAS GERAIS

4 - Memorando SEAP/DGA nº 576/2019;

4.1 - Metodologia de Formação do Preço de Referência utilizado pela Secretaria de Defesa Social;

4.2 - Relatório de Consulta por Melhores Preços;

4.3 - Resolução Conjunta SEPLAG/CGE nº 9.447, de 15 de Dezembro de 2015.

2.4.4 Análise das razões de defesa:

1. Da ausência de previsão dos custos de fornecimento de utensílios e equipamentos utilizados na prestação dos serviços, inclusive manutenção.

Com efeito, verifica-se que na "Planilha de Composição de Custos para Alimentação dos Servidores e Presos" constante no item XVI do Termo de Referência do Edital em comento, fl. 585 dos autos, o provimento e manutenção de utensílios e equipamentos pela empresa contratada está previsto no campo "despesas diversas".

Destarte, razão não assiste à Denunciante quanto ao presente item.

2. Da ausência de previsão dos custos de fornecimento de quatro refeições diárias para degustação.

Compulsando os autos, verifica-se que o item 29 da Cláusula VII do Termo de Referência – fl.98 – assim dispôs:

> São obrigações da Contratada durante a prestação de serviços para fornecimento do objeto:
>
> [...]
>
> 29. Disponibilizar, por ocasião da entrega diária de cada refeição (almoço e jatar), pelo menos 2 (duas) refeições além do quantitativo solicitado, uma para degustação e outra para guarda da mostra pela CONTRATANTE, totalizando 4 (quatro) amostras ao dia. As refeições utilizadas como amostras deverão ser fornecidas pela CONTRATADA, sem custo para a CONTRATANTE. É vedada a identificação da refeição que servirá de amostra, cabendo à contratante escolher, aleatoriamente, dentre o quantitativo fornecido, qual será a refeição a ser utilizada como amostra. (Grifo Nosso)

Portanto, conforme visto acima, o Edital em análise previu expressamente como obrigação da contratada o fornecimento das referidas amostras, mas sem que isso incorra em custos adicionais para a Administração, razão pela qual se justifica a ausência de item específico na respectiva planilha de composição de custos do objeto.

Isto posto, consideram-se procedentes as alegações dos Defendentes.

3. Ausência de previsão de refeições extras na planilha de referência disponibilizada pelo Edital.

A despeito das alegações trazidas pela Denunciante, entende esta Unidade Técnica ser plausível os argumentos apresentados pelos responsáveis. Isso porque, de fato, o Edital em debate não elencou entre as obrigações da empresa contratada o fornecimento de refeições adicionais, além dos quantitativos previstos, para reposição de eventuais perdas, seja em decorrência do transporte ou por outras situações imprevistas.

Fica a cargo e a critério da empresa contratada, portanto, a definição da logística de entrega e a adoção de medidas acautelatórias com vistas a garantir a regular execução do contrato, no prazo e na forma avençada, sem que isso importe em custos adicionais para o órgão licitante.

TRIBUNAL DE CONTAS Fl. ____ MINAS GERAIS

Pelas razões expostas, consideram-se procedentes as alegações dos Defendentes.

2.4.5 Conclusão da análise da defesa:

Pelo acolhimento das alegações de defesa.

3. CONCLUSÃO

Após a análise, esta Unidade Técnica manifesta-se:

- Pelo não acolhimento das razões de defesa apresentadas pelo(s) defendente(s) quanto ao(s) seguinte(s) apontamento(s):

1. Vício no Pregão Eletrônico de nº 021/2018, comprometendo a lisura do certame, uma vez que o Edital previu prazo para impugnação inferior ao prazo estipulado pela Lei 8.666/1993.

2. Previsão de quantitativos 15% (quinze por cento) superiores às quantidades efetivamente fornecidas em bases diárias nas últimas contratações.

- Pelo acolhimento das razões de defesa apresentadas pelo(s) defendente (s) quanto ao(s) seguinte(s) apontamentos:

3. Custo estimado dos insumos não condizentes com a realidade local.

4. Custos advindos de obrigações contratuais da futura contratada, previstos no instrumento convocatório e não considerados na planilha de composição dos custos do orçamento estimado.

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO (FISCALIZAÇÕES)

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:

- Aplicação das sanções previstas no art. 83 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008.
- Recomendações de providências para melhoria de desempenho e de maior efetividade dos programas e políticas públicas, nos termos do inciso III do art. 275 da Resolução nº 12/2008 (Regimento Interno do TCEMG).

Belo Horizonte, 17 de maio de 2019

Henrique Haruhico de Oliveira Kawasaki
TC-NS-14 - Analista de Controle Externo
Matrícula: 32406