

ANÁLISE INICIAL

PROCESSO Nº: 1141549

NATUREZA: Denúncia

RELATOR: Conselheiro Wanderley Ávila

DATA DE AUTUAÇÃO: 21/03/2023

DADOS DA LICITAÇÃO

PROCESSO LICITATÓRIO Nº: 015/2023

PREGÃO PRESENCIAL Nº: 002/2023

ENTIDADE LICITANTE: Associação dos Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí - AMESP

OBJETO: Contratação de empresa especializada para fornecimento de acessórios e materiais esportivos aos municípios que compõem a Associação dos Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí – AMESP.

MODALIDADE: Pregão

TIPO: Menor Preço

DATA DE PUBLICAÇÃO: 10/02/2023

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Denúncia formulada pela M7 Acessórios Ltda. em face de supostas irregularidades verificadas no Edital do Pregão Presencial nº. 002/2023 – Processo Licitatório nº. 015/2023, deflagrado pela Associação dos Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí - AMESP, que tem por objeto a “contratação de empresa especializada para fornecimento de acessórios e materiais esportivos aos municípios que compõem a Associação dos Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí – AMESP”.

A Denunciante, em síntese, apontou a existência das seguintes irregularidades:

1. Da ausência de parcelamento do objeto.
2. Do prazo exíguo para apresentação dos laudos.
3. Da ausência de previsão no instrumento convocatório dos critérios de avaliação das amostras.

Devidamente autuados os autos como denúncia (peça nº. 09, SGAP) e distribuídos à relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila (peça nº. 10, SGAP), o relator determinou a intimação do Sr. Wagner do Couto, Pregoeiro, do Sr. Moacir Franco, Diretor Executivo da AMESP, e da Sra. Rosângela Maria Dantas, Presidente da AMESP, para que encaminhassem a esta Corte de Contas o inteiro teor das fases interna e externa do Pregão Presencial n. 02/2023, bem como as justificativas em face dos apontamentos denunciados.

Os agentes públicos se manifestaram nos autos (peça nº. 21, SGAP) e juntaram a cópia do Processo Licitatório nº. 015/2023 (peças nº. 22 a 28, SGAP). Em seguida, o Conselheiro Wanderley Ávila proferiu decisão interlocutória determinando a suspensão cautelar do certame (peça nº. 30, SGAP). A decisão veio a ser referendada pelos conselheiros componentes da segunda câmara deste Tribunal de Contas em sessão realizada no dia 18/04/2023.

Em seguida, conforme determinado pelo relator, os autos foram enviados à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL para análise técnica inicial (peça nº. 41, SGAP).

2. ANÁLISE DOS FATOS DENUNCIADOS

2.1 Apontamento

Da ausência de parcelamento do objeto.

2.1.1 Alegações do Denunciante:

Alegou a denunciante que a Administração Pública está licitando, por meio de lote único, diversos itens bastante distintos e provenientes de diferentes ramos do mercado.

Segundo ela, essa opção acaba por mitigar a competitividade do certame, haja vista que licitantes que poderiam fornecer apenas alguns dos itens licitados se veem afastados do procedimento licitatório em razão de não ofertarem os demais itens.

2.1.2 Documentos e informações apresentados:

- Edital do Pregão Presencial nº. 002/2023 e respectivos anexos (peça nº. 08, SGAP).

2.1.3 Análise do apontamento:

Após intimados, o Sr. Wagner do Couto, o Sr. Moacir Franco e a Sra. Rosângela Maria Dantas se manifestaram acerca do presente apontamento (peça nº. 21, SGAP). Segundo eles, a opção pelo parcelamento do objeto estaria condicionada a existência de viabilidade técnica e econômica no fracionamento e à inexistência de perda na economia de escala.

Diante disso, os agentes públicos argumentaram que, no presente caso, o desmembramento do lote em diversos itens acarretaria dificuldades na gestão contratual, aumento dos preços de aquisição e, ainda, inviabilizaria o implemento da solução almejada. Por fim, ressaltaram que a adoção do critério de julgamento menor preço global teria sido devidamente justificada no termo de referência. Confira-se nas palavras dos próprios agentes públicos (peça nº. 21, SGAP):

E esta é a situação na qual se encontra a AMESP, de forma que o objeto foi reunido em LOTE Único.

Dada a peculiaridade do objeto, seu desmembramento em vários itens, geraria, além de dificuldades na gestão contratual, maior preço e ainda, o que inviabilizaria a implementação da solução.

Destaque-se ainda que a adoção do julgamento por menor preço global está devidamente justificada no Termo de Referência cujo teor transcrevemos:

“Quanto ao Preço Global:

O objeto foi reunido em LOTE Único por se tratar de uma solução composta, ou seja, não há como funcionar sem estarem integrados os diversos itens, pelas características de soluções desta natureza.

Dada a peculiaridade dos objetos, seu desmembramento em vários itens, geraria, além de dificuldades na gestão contratual, maior preço e ainda, o risco de um item ou mais restarem fracassados, o que inviabilizaria a implementação da solução.

Se cada item do grupo for considerado e precificado separadamente, o seu valor de fornecimento aumentará sensivelmente, elevando o seu valor estimado.

Assim, considerando-se a inviabilidade técnica e econômica para o parcelamento da solução em sua amplitude da presente contratação, bem como consideradas as suas respectivas peculiaridades, interdependência e natureza acessória entre os itens que compõem a solução, a contratação pretendida deverá ser realizada de forma global.

Justifica-se, portanto, a adoção do tipo menor preço global. É sabido da prevalência da licitação por itens ou lotes de itens para cada parcela do objeto quando este é divisível. Todavia, consoante se retira da Súmula 247 do Tribunal de Contas da União esta medida só se dá quando não se verifica prejuízo para o conjunto ou complexo ou implique em perda de economia de escala. No mesmo sentido caminha a jurisprudência do Tribunal de Contas de Minas Gerais que admite a adoção do menor preço global quando justificada sua pertinência segundo um viés técnico.”

Assim a adoção do tipo menor preço por lote é ato discricionário da administração levando em consideração a realidade do mercado e as peculiaridades relacionadas à execução do objeto que se pretende contratar

No que se refere ao parcelamento do objeto, o artigo 23, §1º, da Lei nº. 8.666/1993, assim dispõe:

Art. 23. [...] 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

No mesmo sentido, a Súmula nº. 247 do TCU estabelece que:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

Esta Corte de Contas também optou por sumular entendimento no mesmo sentido:

Súmula 114 - É obrigatória a realização de licitação por itens ou por lotes, com exigências de habilitação proporcionais à dimensão de cada parcela, quando o objeto da contratação for divisível e a medida propiciar melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampla participação de licitantes, sem perda da economia de escala, adotando-se, em cada certame, a modalidade licitatória compatível com o valor global das contratações.

Ante o exposto, depreende-se que o parcelamento do objeto da licitação em itens, com vistas a ampliar a competitividade e o aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado, constitui regra geral a ser observada pelos gestores públicos. No entanto, o parcelamento poderá encontrar óbices de ordem operacional, técnica e econômica, como, por exemplo, dificuldades na execução do objeto ou aumento de despesas administrativas. Logo, em tais casos, não há que se falar em parcelamento do objeto, sob pena de colocar em risco a própria finalidade da licitação.

Nesse sentido, leciona Marçal Justen Filho:

A obrigatoriedade do fracionamento respeita limites de ordem técnica e econômica. Não se admite o fracionamento quando tecnicamente isso não for viável nem, mesmo, recomendável. O fracionamento em lotes deve respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado. Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas e que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatória. [...]. Em suma, o impedimento de ordem técnica significa que a unidade do objeto a ser executado não pode ser destruída através do fracionamento. [...]. Já o impedimento de ordem econômica se relaciona com o risco de o fracionamento aumentar o preço unitário a ser pago pela Administração. Em uma economia de escala, o aumento de quantitativos produz a redução dos preços. Por isso, não teria cabimento a Administração fracionar as contratações se isso acarretar aumento de seus custos. Como se extrai, o fundamento jurídico do fracionamento consiste na ampliação das vantagens econômicas para a Administração. Adota-se o fracionamento como instrumento de redução das despesas administrativas. A possibilidade de participação de maior número de interessados não é o objetivo imediato e primordial, mas via instrumental para obter melhores ofertas (em virtude do aumento da competitividade). Logo, a Administração não pode justificar um fracionamento que acarretar elevação dos custos através do argumento de benefício a um número maior de particulares

(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed. rev., atual. e ampl.. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 440)

Cumprе registrar que existe, dentro das balizas legais, certa margem de discricionariedade do gestor público, que deverá averiguar, em cada caso, se há a possibilidade de parcelar o objeto da licitação em itens ou em lotes, conforme os critérios de conveniência e oportunidade. Feito isso, caberá ao gestor escolher a opção que melhor atinja o interesse público sem comprometer a execução e/ou economicidade dos serviços.

No que se refere ao certame em apreço, a Administração Pública inseriu, no Termo de Referência do Pregão Presencial nº. 002/2023, uma justificativa relativa à adoção do critério de julgamento menor preço global. Segundo a AMESP, a reunião de itens diversos em lote único decorreu da constatação de que o objeto licitado se afiguraria uma solução única em que os diversos itens estariam vinculados uns aos outros. Ademais, ressaltou que o parcelamento do objeto poderia acarretar o aumento dos preços de aquisição dos diversos itens licitados.

Deve-se ressaltar que a justificativa apresentada no Termo de Referência do Pregão Presencial nº. 002/2023 e pelos agentes públicos nestes autos é completamente infundada. Como bem registrado pelo conselheiro relator ao proferir decisão interlocutória determinando a suspensão do certame, o objeto da licitação não envolve uma solução integrada em que diversos itens estariam intrinsecamente vinculados. Pelo contrário, os itens do certame são desvinculados e não haveria prejuízo algum caso fossem licitados de forma apartada. Não há, por exemplo, vinculação entre um óculos de natação e uma raquete de tênis de mesa, ou entre uma mochila e um jogo de xadrez. São objetos distintos que não estabelecem nenhum tipo de relação entre si.

Ademais, é desarrazoada a alegação de que a licitação apartada poderia levar a um aumento dos preços de aquisição dos produtos. Pelo contrário, a licitação por itens possibilita que uma maior quantidade de sociedades empresárias participem do certame e o incremento da competitividade tende a levar a uma diminuição dos preços de aquisição.

Constata-se, portanto, que na licitação em apreço não há razão para a aglutinação de itens heterogêneos em um lote único, devendo prevalecer, portanto, a regra do parcelamento do objeto. Ademais, as justificativas apresentadas pelos agentes públicos são desarrazoadas e dissonantes das características do objeto licitado, o que leva esta unidade técnica a se manifestar pela procedência do presente apontamento.

2.1.4 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Edital do Pregão Presencial n°. 002/2023 e respectivos anexos (peça n°. 08, SGAP).

2.1.5 Conclusão: Pela procedência.

2.1.6 Critérios:

- Artigo 23, §1º da Lei n°. 8.666/1993.
- Súmula n°. 114 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.
- Súmula n°. 247 do Tribunal de Contas da União.
- Doutrina: JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed. rev., atual. e ampl.. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 440.

2.1.7 Responsáveis e medida aplicável:

Esta Unidade Técnica indica como responsável o Sr. Moacir Franco, Diretor Executivo da AMESP e subscritor do Termo de Referência do Pregão Presencial n°. 002/2023, o qual formulou termo de referência que contém indevida aglutinação do objeto licitado. A mencionada irregularidade é grave, pois, além de ter o condão de diminuir a competitividade do certame, é notoriamente contrária às disposições legislativas e à jurisprudência deste Tribunal de Contas, sendo que o agente público, considerando a função pública por ele exercida, têm ou deveria ter conhecimento das normas e entendimentos jurisprudenciais a respeito do tema.

Após o devido contraditório – entendendo este Tribunal pela ocorrência de dolo ou erro grosseiro (nos termos do art. 28 do Decreto Lei n°. 4.657/1942, incluído pela Lei n°. 13.655/2018) –, poderá ser aplicada 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 n°. 102/2008 c/c Portaria n° 16/Pres./16).

2.2 Apontamento:

Do prazo exíguo para apresentação dos laudos.

2.2.1 Alegações do Denunciante:

Segundo a Denunciante, no subitem 9.4.2.4.1 do instrumento convocatório foi previsto que a empresa provisoriamente declarada vencedora do pregão deveria apresentar amostras e laudos

concernentes a alguns itens especificados no edital. Todavia, as amostras e laudos deveriam ser entregues no prazo de dez dias, o que, na visão da denunciante, seria inadequado.

A título de exemplo, a denunciante apresentou um print retirado do sítio eletrônico do Instituto de Energia e Ambiente da Universidade de São Paulo no qual é informado um prazo de trinta dias para a emissão de relatório referente a uma dada solicitação de ensaios.

Por oportuno, confira-se nas palavras da própria denunciante (peça nº. 02, SGAP):

O edital traz em seu bojo o irrisório prazo de 10 (dez) DIAS AMOSTRAS E LAUDOS.

[...]

Um laudo de tecido, conforme retirado do site do IEE USP, traz a informação, que um laudo demora 30 (trinta) dias para ficar pronto. O edital solicita 10 (dez) dias, o prazo solicitado em edital está totalmente fora do tempo exigido pelos laboratórios para entrega de laudo.

[...]

Antes da solicitação de confecção do laudo, é necessário comprar o tecido, o que demanda mais uma semana no mínimo devido a logística.

Deste modo o edital deve ser retificado, para que o prazo de laudos seja adequado ao prazo de mercado. (grifos no original)

2.2.2 Documentos e informações apresentados:

- Edital do Pregão Presencial nº. 002/2023 e respectivos anexos (peça nº. 08, SGAP).

2.2.3 Análise do apontamento:

Quanto a este apontamento, os agentes públicos ressaltaram que no subitem 9.4.2.4.1 não se estaria exigindo que os laudos fossem emitidos em dez dias, mas sim que fossem apresentados nesse prazo, sendo que os licitantes que intentam participar do certame, ao adquirirem a matéria prima para confecção dos produtos, já deveriam fazê-lo de empresas certificadas e que possam fornecer os laudos exigidos.

Aduziram, ainda, que mesmo na hipótese de o licitante não possuir a matéria prima para a confecção dos produtos, considerando a data de publicação do edital e a apresentação das amostras ter-se-ia um prazo de, no mínimo, 25 dias para que a matéria prima viesse a ser encomendada de acordo com as especificações e exigências estabelecidas no edital.

Ressaltaram, por fim, que os itens licitados não seriam de grande complexidade e, portanto, o prazo de dez dias para apresentação das amostras seria suficiente.

Confira-se trecho da manifestação dos agentes públicos a respeito deste apontamento (peça nº. 21, SGAP):

Destaque-se que, somente o licitante vencedor deveria apresentar os citados laudos e amostras.

A argumentação que o prazo para apresentação dos laudos é exíguo, não merecer prosperar, uma vez que não está sendo exigido que o laudo seja emitido em 10 (dez) dias. Esse prazo é para a apresentação dos respectivos laudos.

Certamente os licitantes em condições de executarem o objeto da licitação, ao adquirirem a matéria prima para confecção dos produtos, já o fazem de empresas certificadas e que possuem o laudo.

Na remota hipótese do licitante não possuir matéria prima, interessado em participar do certame, teria, considerando a data de publicação do edital e a apresentação da amostra, no mínimo 25 (vinte e cinco dias) para encomendar a matéria prima de acordo com as especificações e exigências, sem que isso representasse qualquer restrição à sua participação.

Nenhuma empresa que pretenda participar de um certame com valor estimado significativo como a que está em curso, irá adquirir matéria prima para depois solicitar a confecção de um laudo.

No que se refere à exigência de apresentação de amostras e laudos em procedimentos licitatórios, este Tribunal de Contas tem reiteradamente decidido que, dada a ausência de disciplina legal acerca da matéria, sua exigibilidade insere-se na esfera de discricionariedade do administrador público desde que a exigência recaia, tão somente, no licitante provisoriamente declarado vencedor.

Quanto à definição do prazo para a apresentação das amostras e dos laudos, o Tribunal tem se posicionado no sentido de que a correção do prazo deve ser avaliada diante do caso concreto, levando em consideração as características do objeto licitado e a eventual urgência a que a Administração Pública está submetida.

Confira-se excerto de decisão proferida no âmbito da Denúncia nº. 1098593:

2. Exiguidade do prazo para apresentação de amostras

A denunciante alegou que seria irregular a exigência de apresentação de amostras no prazo de três dias – itens 16.1 e 16.2 do edital. Alegou que a referida exigência restringiria a competitividade do certame, uma vez que a exiguidade do prazo impediria a participação de interessados sediados em cidades mais distantes ou em outros Estados.

A Cfel e o Ministério Público de Contas entenderam pela improcedência do apontamento, conforme arquivos eletrônicos n. 2413321 e 2416036, disponíveis no SGAP como peças n. 48 e 50, respectivamente, uma vez que consideraram razoável o prazo previsto, que teria possibilitado, inclusive, a participação de licitante sediada no Estado de São Paulo. A propósito, de início, **destaco que a exigência de apresentação de amostras é dirigida especificamente à empresa classificada provisoriamente em primeiro lugar, na fase de julgamento das propostas, em conformidade com os citados itens 16.1 e 16.2 do edital, transcritos a seguir:**

16. DAS AMOSTRAS

16.1- Poderá ser solicitada apresentação de amostra às licitantes provisoriamente declarada em PRIMEIRO LUGAR, quanto ao valor do objeto, sendo que o pregoeiro decidirá motivadamente a respeito da aceitabilidade do objeto ofertado, com consonância com o art. XI art. 4 da lei 10.520/2012. (sic)

16.2. Caso seja necessária a apresentação de amostra, como condição de aceitação para o item em questão, a empresa vencedora da melhor proposta terá, impreterivelmente, até 3

(três) dias úteis, após a solicitação do pregoeiro, para a entrega da mesma à Prefeitura Municipal de Alvorada de Minas;

Especialmente sobre a exiguidade do prazo, interessante transcrever decisão proferida pela Primeira Câmara desta Corte, em sessão de 13/6/2017, no julgamento da Denúncia n. 913241, da relatoria do conselheiro substituto Hamilton Coelho, que adotou entendimento segundo o qual **a análise quanto à razoabilidade do prazo estipulado para apresentação de amostras deve ser realizada no caso concreto, in verbis:**

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. IRREGULARIDADES. AGLUTINAÇÃO DOS PRODUTOS LICITADOS. PRAZO EXÍGUO PARA APRESENTAÇÃO DE LAUDOS E AMOSTRAS DOS PRODUTOS A SEREM ADQUIRIDOS. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO. [...] **2. A exiguidade do prazo para apresentação de laudos e amostras dos produtos a serem adquiridos deve ser avaliada no caso concreto**, não se configurando irregularidade quando a exigência for dirigida somente ao licitante vencedor.

Ainda, a respeito do assunto, convém destacar a decisão Plenária proferida na sessão do dia 10/2/2021, nos autos do Recurso Ordinário n. 1092255, de relatoria do conselheiro Cláudio Couto Terrão, que consagra o entendimento de acordo com o qual a plausibilidade do prazo para a apresentação de amostras deve ser avaliada no caso concreto, tendo em vista a falta de prazo legal. No julgado, adotou-se o entendimento segundo o qual, ainda que reduzidos, os prazos devem ser considerados regulares se não houver indícios de direcionamento da licitação, conforme transcrição a seguir:

RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO. AMOSTRAS. EXAME DE CONFORMIDADE. PRAZO. AUSÊNCIA DE PARÂMETRO LEGAL. AUSÊNCIA DE DIRECIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE. PROVIMENTO. REFORMA PARCIAL. **1. A possibilidade de exigência de apresentação de amostras pelo licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar não decorre de previsão direta do texto legal, mas de construção jurisprudencial, não havendo, portanto, regra legal positivada que estipule prazo para que seja realizado o exame de conformidade da proposta. 2. O juízo de razoabilidade do prazo estabelecido pelo edital de licitação para a realização da análise de conformidade da proposta não pode ser realizado em abstrato, devendo ser consideradas as circunstâncias do caso concreto. 3. Não havendo indícios nos autos de que houve direcionamento da licitação, a fixação de prazo curto para a submissão de amostras não pode ser considerada irregular.**

No caso em exame, como o objeto licitado consistiu na aquisição de pneus, câmaras e protetores, produtos que, a rigor, são disponibilizados de forma padronizada no mercado e não exigem fabricação sob encomenda, entendo que, *in casu*, não haveria maiores problemas para que os licitantes cumprissem o prazo de três dias úteis para a entrega de amostras.

Antes o exposto, proponho, em sintonia com a Unidade Técnica e com o Ministério Público de Contas, que este apontamento seja julgado improcedente, por considerar **razoável a fixação do prazo de três dias úteis para apresentação de amostras, considerando que os objetos licitados são disponibilizados de forma padronizada no mercado, não exigindo fabricação sob encomenda, nem formação de estoque prévio à licitação.** (grifo nosso)

(DENÚNCIA nº 1098593. Rel. Conselheiro Substituto Adonias Monteiro. Segunda Câmara, 17/06/2021)

Isso posto, cumpre ressaltar que no caso em apreço, estipulou-se um prazo de dez dias para apresentação das amostras e dos laudos, sendo que os itens licitados não são dotados de acentuada complexidade, nem demandam um processo de produção específico para atender exigências idiossincráticas da Administração Pública. Desta feita, esta unidade técnica entende não haver irregularidade no prazo estipulado e, portanto, posiciona-se pela improcedência do presente apontamento.

2.2.4 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Edital do Pregão Presencial nº. 002/2023 e respectivos anexos (peça nº. 08, SGAP).

2.2.5 Conclusão: Pela improcedência.

2.2.6 Critérios:

- Acórdão TCEMG nº. 1098593, 2ª Câmara. Data de publicação: 17/06/2021.

2.3 Apontamento:

Da ausência de previsão no instrumento convocatório dos critérios de avaliação das amostras.

2.3.1 Alegações do Denunciante:

A denunciante arguiu que no instrumento convocatório não foram expostos os critérios de aferição das amostras a serem apresentadas o que levaria a certo subjetivismo na sua avaliação. Ressaltou, ainda, que a ausência de critérios poderia levar ao direcionamento do certame e representaria uma afronta aos Princípios da Legalidade e da Impessoalidade.

Confira-se nas palavras da denunciante (peça nº. 02, SGAP):

Não há no edital nenhuma linha traçando, os critérios de avaliação da amostra, o que leva ao subjetivismo no momento de sua aferição.

[...]

ESSA FALTA DE CRITÉRIOS, QUE DEVEM SER PREVIAMENTE ESTABELECIDOS E CONSTAR EM EDITAL, ACABA POR DIRECIONAR O CERTAME, LEVANDO À AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E IMPESSOALIDADE.

O TCU, determina que esteja expresso no edital, as condições e os critérios de avaliação da amostra, e o edital da AMESP, não traz em seu bojo esses requisitos. (grifos no original)

2.3.2 Documentos e informações apresentados:

- Edital do Pregão Presencial nº. 002/2023 e respectivos anexos (peça nº. 08, SGAP).

2.3.3 Análise do apontamento:

O Sr. Wagner do Couto, o Sr. Moacir Franco e a Sra. Rosângela Maria Dantas também se manifestaram acerca deste apontamento. De forma sintética, ressaltaram que as amostras seriam avaliadas a partir das especificações técnicas contidas no Termo de Referência do Pregão Presencial nº. 002/2023.

O conselheiro relator, ao se pronunciar acerca do pleito cautelar de suspensão do certame, entendeu, em juízo perfunctório, que assistia razão à denunciante no que se refere a este apontamento, tendo em vista que o instrumento convocatório não teria previsto os critérios de aceitabilidade das amostras.

Esta unidade técnica, no entanto, entende que as justificativas apresentadas pelos agentes públicos quanto a este apontamento se mostram pertinentes. Veja a redação do subitem 7.5.1 do instrumento convocatório:

7.5.1. Encerrada a etapa de lances e a empresa declarada provisoriamente vencedora do Pregão, deverá apresentar, no prazo de até 10 (dez) dias uma amostra dos seguintes itens: (3, 4, 5, 7, 10, 11, 12, 17, 18, 20, 23, 27, 29, 30, 33, 37, 42, 44, 45, 50, 51, 52, 54, 56, 68, 71, 76, 77, 83, 84, 87, 88, 89, 95, 97, 101, 104 e 116), **de acordo com as especificações disposta no Anexo I – Termo de Referência**, ficando a adjudicação condicionada à aprovação. Tal amostra deverá estar devidamente identificada com nome da empresa e número do pregão, e deverão estar de acordo com a legislação vigente. As amostras deveram ser entregues juntamente com a embalagem, laudos (dos itens solicitado abaixo):

Constata-se que no termo de referência consta regra estipulando que as amostras deveriam ser entregues de acordo com as especificações constantes no termo de referência. Logo, subentende-se que a comissão avaliadora, ao se debruçar sobre as amostras, deveria avaliá-las com fulcro nas especificações constantes no termo de referência, tal qual alegado pelos agentes públicos.

Diante disso, esta unidade técnica entende que o edital não foi lacunoso quanto aos critérios de avaliação das amostras e, por consequência, manifesta-se pela improcedência do presente apontamento.

2.3.4 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Edital do Pregão Presencial nº. 002/2023 e respectivos anexos (peça nº. 08, SGAP).

2.3.5 Conclusão: Pela improcedência

2.3.6 Critérios:

- Subitem 7.5.1 do Termo de Referência do Pregão Presencial nº. 002/2023 (peça nº. 08, SGAP).

3. APONTAMENTOS COMPLEMENTARES DA UNIDADE TÉCNICA

3.1 Apontamento:

Da ausência de estudo de demanda.

3.1.1 Análise:

Esta unidade técnica, ao analisar os documentos que compõem os autos do Processo Licitatório nº. 015/2023 (peças nº. 22 a 28, SGAP) verificou que não foi realizado, na fase interna da licitação, estudo de demanda apto a comprovar a real necessidade da contratação e a estimar os quantitativos demandados por cada um dos Municípios consorciados.

Cumprе ressaltar que este Tribunal de Contas já se pronunciou diversas vezes no sentido de que a publicação de um edital de licitação pública deve ser precedida de adequado estudo de demanda e que, ainda que se esteja diante de uma licitação que objetive a formulação de uma ata de registro de preços, da qual, não necessariamente, advirá futura contratação, não se pode admitir que um órgão público realize licitação pública sem verificar a real necessidade dos bens a serem licitados e os respectivos quantitativos.

Por oportuno, confira-se o posicionamento adotado por este Tribunal quando do julgamento da Denúncia nº. 886599 de relatoria do Conselheiro José Alves Viana. Naquela oportunidade, o entendimento foi de que, mesmo nas licitações para registro de preços, deve haver a previsão de um quantitativo estimado, obtido a partir de estudos que indiquem as reais necessidades do órgão contratante durante o período de vigência da ata de registro de preços:

DENÚNCIA. PREFEITURA. IRREGULARIDADES EM PROCESSO LICITATÓRIO. PREGÃO. REGISTRO DE PREÇOS. PESQUISA DE PREÇOS INSATISFATÓRIA EM DECORRÊNCIA DA MÁ DEFINIÇÃO DO OBJETO. O TIPO DE LICITAÇÃO “POR PREÇO GLOBAL” RESTRINGE INDEVIDAMENTE O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. EXIGÊNCIA DE QUE A COOPERATIVA TENHA REGISTRO EM SINDICATO DA CATEGORIA. INCOERÊNCIA ENTRE OS OBJETOS DESCRITOS NO CORPO DO EDITAL E EM SEU ANEXO I. EXIGÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL REGISTRADA EM ÓRGÃO COMPETENTE. EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA-OPERACIONAL. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PROFISSIONAL DE NÍVEL SUPERIOR RESPONSÁVEL PELA EMPRESA. “CARONA” NO REGISTRO DE PREÇOS. EXIGÊNCIA EXCESSIVA DO VALOR DO CAPITAL SOCIAL. DOS QUANTITATIVOS E DO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS. AUSÊNCIA DE PARCELAMENTO DO OBJETO LICITADO. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE ATESTADOS PARA COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA OPERACIONAL. APLICAÇÃO DE MULTA.

[...]

11. Mesmo se tratando de Registro de Preços, quando não há obrigação de se contratar, a licitação deve ser precedida de uma ampla pesquisa de mercado e o quantitativo estimado deve ser devidamente previsto com base em estudos que definam a real demanda da Administração no período de vigência da ata de registro de preços. Ademais, a realização de um certame licitatório gera custos para a Administração e uma expectativa de contratação para a empresa

vencedora, e se não há intenção de contratar nem uma estimativa da demanda, a licitação se torna um ônus para os dois lados. (grifos nossos)

(Denúncia nº. 886599. Rel. Cons. José Alves Viana. Segunda Câmara. 05/04/2018)

O posicionamento acima exposto, também foi adotado em diversos outros julgamentos deste Tribunal de Contas, inclusive pelo Tribunal Pleno. Confira-se:

RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE ESTUDO PRÉVIO DOS QUANTITATIVOS A SEREM DEMANDADOS PELA ADMINISTRAÇÃO EM LICITAÇÕES PARA REGISTRO DE PREÇOS. IRREGULARIDADE. RESPONSABILIZAÇÃO DO CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL POR ATOS DE GESTÃO PELO TCEMG. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Ao realizar uma licitação para registro de preços, a Administração Pública deve definir, ainda que de forma estimada, as quantidades que poderão vir a ser adquiridas durante a validade da respectiva ata (Lei nº 8.666/1993, art. 15, § 7º, inciso II).

2. Os Chefes de Poder Municipal, ao atuarem como ordenadores de despesas, terão seus atos julgados pelo Tribunal de Contas e serão responsabilizados pessoalmente por eventuais ilegalidades (Súmula TC 107). (grifos nossos)

(Recurso Ordinário nº. 958021. Rel. Cons. Adriene Andrade. Tribunal Pleno. 14/06/2017)

Cumprir registrar, ainda, que, no certame em apreço, em que pese a AMESP não ter realizado prévio estudo de demanda, no termo de referência foram inseridas informações acerca do quantitativo estimado referente a cada um dos itens. Confira-se (peça nº. 08, SGAP):

Item	Unidade	Quantidade Estimada	Especificação	Marca / Modelo
1	Unid.	1.300	APITO PLÁSTICO Contem cordão para facilitar o transporte Decibéis: 115 Material: Apito Plástico com bico revestido de silicone.	
2	Unid.	19.500	BAMBOLE COLORIDO DIÂMETRO MÍNIMO 60 CM.	
3	Unid.	3.900	BERMUDA DE PASSEIO Confeccionada em tecido plano, sendo sua estrutura sarja 2x1, composição 100% poliéster, com gramatura de 135g/m² (±2%), sendo seu esgarçamento da trama e urdume 0,00mm, solidez de cor a lavagem doméstica alteração mínimo 4-5, solidez ao suor alteração mínimo 5, solidez da cor a fricção para seco e úmido resultado mínimo 4, tecido resistente ao estouro. Apresentar LAUDO TÉCNICO LABORATORIAL TECIDO, LABORATÓRIO CREDENCIADO PELO O	

Ora, se não foi elaborado um estudo de demanda na fase interna da licitação em que tenha se verificado a necessidade dos Municípios consorciados e a estimativa dos quantitativos demandados, a inserção dos dados relativos aos quantitativos estimados de cada um dos itens é inadequada, haja vista que, além de criar uma expectativa irreal nos licitantes, tem o condão de afastar sociedades empresárias que porventura teriam interesse no certame caso as quantidades demandadas fossem outras.

Por fim, deve-se registrar que, ao formularem suas propostas de preço, os licitantes o fazem levando em consideração a economia de escala decorrente do futuro contrato. Se os quantitativos constantes no termo de referência não se baseiam em um estudo que, efetivamente, estime a demanda dos itens licitados em cada Município, os licitantes acabam por formular propostas que podem se mostrar inadequadas no futuro, trazendo indevidas repercussões no momento da execução contratual.

Isso posto, considerando os vícios verificados na fase de planejamento da presente licitação, constatados a partir da verificação da omissão da realização de prévio estudo de demanda, esta unidade técnica manifesta-se pela irregularidade do Processo Licitatório nº. 015/2023 quanto ao aspecto ora analisado.

3.1.2 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Documentos da fase interna do Processo Licitatório nº. 015/2023 (peças nº. 22 a 28, SGAP)

3.1.3 Conclusão: Pela existência de indícios de irregularidade no Pregão Presencial nº. 002/2023.

3.1.4 Critérios:

- Acórdão TCEMG nº. 886599. Relator: Conselheiro José Alves Viana. Segunda Câmara, 05/04/2018.
- Acórdão TCEMG nº. 958021. Relator: Conselheira Adriene Andrade. Tribunal Pleno, 14/06/2017.

3.1.5 Responsáveis e medida aplicável:

Esta Unidade Técnica indica como responsável o Sr. Moacir Franco, Diretor Executivo da AMESP e subscritor do Termo de Referência do Pregão Presencial nº. 002/2023, e o Sr. Wagner do Couto, Pregoeiro e subscritor do Edital do Pregão Presencial nº. 002/2023, os quais promoveram licitação pública sem se atentar para a necessidade de realização de prévio estudo de demanda que identificasse a real necessidade do procedimento licitatório e estimasse a demanda proveniente de cada um dos Municípios consorciados. A mencionada irregularidade é grave, pois, além de indicar um inadequado planejamento da licitação, vai de encontro à jurisprudência deste Tribunal de Contas, da qual os agentes públicos, considerando as funções públicas por eles exercidas, têm ou deveriam ter conhecimento

Após o devido contraditório – entendendo este Tribunal pela ocorrência de dolo ou erro grosseiro (nos termos do art. 28 do Decreto Lei nº. 4.657/1942, incluído pela Lei nº. 13.655/2018) –, poderá ser aplicada 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).

3.2 Apontamento:

Da ocorrência de sobrepreço.

3.2.1 Análise:

Esta unidade técnica, ao analisar os documentos que compõem o Processo Licitatório nº. 015/2023 (peças nº. 22 a 28, SGAP) verificou que alguns itens da proposta apresentada pela licitante vencedora estão com preço superior ao valor constante no orçamento estimado da Administração Pública.

Com efeito, o orçamento estimado na presente licitação foi obtido por meio de pesquisa de preço junto a três sociedades empresárias (fls. 74 a 224 do Processo Licitatório nº. 015/2023). Após a coleta de preços foi realizado o cálculo da média dos valores orçados referente a cada um dos itens, bem como a média relativa à quantidade total de itens adquiridos e a média do valor global da licitação.

Como adotou-se como critério de julgamento o menor valor global, o orçamento estimado concernente à integralidade de todos os itens atingiu o montante de R\$ 86.529.376,65 (fl. 287 do Processo Licitatório nº. 015/2023). Conforme pode ser verificado na ata da sessão do pregão (fls. 665 a 667 do Processo Licitatório nº. 015/2023), o valor global da proposta vencedora do certame foi de R\$73.007.875,05. Diante disso, após a sessão do pregão, a WR Distribuidora e Indústria Têxtil Ltda., licitante vencedora, apresentou a sua proposta de preço reformulada (fls. 668 a 694 do Processo Licitatório nº. 015/2023), adequando-a ao lance por ela realizado.

Ao se analisar referida proposta, constatou-se que, ainda que o valor global da proposta tenha sido inferior ao valor global orçado pela Administração Pública, alguns dos itens licitados estavam com preço muito superior ao que fora orçado pela Administração Pública na fase interna do certame. Confira-se a situação relatada na tabela abaixo:

Produto	Orçamento Estimado (preço unitário)	Proposta da WR Distribuidora e Indústria Têxtil Ltda. (preço unitário)
Bola de Futsal 100 – Sub 11 (Item 24 do orçamento)	R\$87,79 (fl. 239 do Processo Licitatório)	R\$151,48 (fl. 673 do Processo Licitatório)
Tabela de Basquete (Item 137 do orçamento)	R\$2.397,43 (fl. 285 do Processo Licitatório)	R\$3.316,29 (fl. 693 do Processo Licitatório)
Tabela de Basquete sem aro (Item 139 do orçamento)	R\$2.181,71 (fl. 286 do Processo Licitatório)	R\$2.796,50 (fl. 693 do Processo Licitatório)
Aro de Basquete (Item 144 do orçamento)	R\$511,31 (fl. 287 do Processo Licitatório)	R\$717,31 (fl. 693 do Processo Licitatório)

Ora, como se está diante de uma licitação que dará origem a uma ata de registro de preços, a presença de itens com preços muito superiores ao valor orçado pela Administração é inadmissível, haja vista que, quando das futuras contratações, há a possibilidade de que os Municípios consorciados acabem demandando, tão somente ou em maior quantidade, os itens com valores superiores, acarretando a celebração de contratos desvantajosos e a ocorrência de dano ao erário.

Verifica-se, portanto, que no certame em apreço há fundados indícios da ocorrência de sobrepreço, o que viola o artigo 3º da Lei nº. 8.666/1993 o qual propugna que um dos objetivos primordiais das licitações públicas é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Confira-se:

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

Ante o exposto, esta unidade técnica manifesta-se pela irregularidade do Processo Licitatório nº. 015/2023 também quanto ao aspecto ora analisado.

3.2.2 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Processo Licitatório nº. 015/2023 (peças nº. 22 a 28, SGAP)

3.2.3 Conclusão: Pela existência de indícios de irregularidade no Pregão Presencial nº. 002/2023.

3.2.4 Critérios:

- Artigo 3º da Lei nº. 8.666/1993.

3.2.5 Responsáveis e medida aplicável:

Esta Unidade Técnica indica como responsável o Sr. Wagner do Couto, Pregoeiro, o qual admitiu a apresentação de proposta por parte da licitante vencedora contendo itens com sobrepreço, e a Sra. Rosângela Maria Dantas, Presidente da AMESP, a qual homologou procedimento licitatório¹ em que a proposta vencedora possui itens com sobrepreço. A mencionada irregularidade é de notória gravidade, pois possibilita que, futuramente, órgãos públicos venham a celebrar contratos administrativos desvantajosos e que acarretem dano ao erário.

Após o devido contraditório – entendendo este Tribunal pela ocorrência de dolo ou erro grosseiro (nos termos do art. 28 do Decreto Lei nº. 4.657/1942, incluído pela Lei nº. 13.655/2018) –, poderá ser aplicada 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).

4. CONCLUSÃO

Após a análise, esta Unidade Técnica se manifesta pela **procedência** da Denúncia no que se refere aos seguintes apontamentos:

- Da ausência de parcelamento do objeto.

Por outro lado, manifesta-se pela **improcedência** da Denúncia no que se refere aos seguintes apontamentos:

- Do prazo exíguo para apresentação dos laudos.

¹ Ato de homologação publicado na edição do Diário Oficial dos Municípios Mineiros do dia 05/04/2023.

- Da ausência de previsão no instrumento convocatório dos critérios de avaliação das amostras.

Manifesta-se, ademais, pela existência de **indícios de irregularidade** no que se refere aos seguintes fatos:

- Da ausência de estudo de demanda.
- Da ocorrência de sobrepreço.

5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:

- A citação dos responsáveis para apresentar suas razões de defesa, no prazo de até 15 (quinze) dias, tendo em vista os indícios de irregularidade apurados (caput do art. 307 do Regimento Interno do TCEMG).

Belo Horizonte, 12 de maio de 2023.

André Santos Viana

Analista de Controle Externo

TC 3195-7