

AUTOS Nº 944.543

1 - IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO

Tratam os autos de denúncia formulada pela empresa EDUARDO DE FARIA CHAVES-ME, representada pelo Sr. Fábio Ferrari e pelo Sr. Rodrigo de Oliveira, em face de supostas irregularidades no edital do **Pregão Presencial nº 062/2014, Processo Licitatório nº 087/2014**, deflagrado pela **Prefeitura Municipal de São José de Varginha**, tendo como objeto o “REGISTRO DE PREÇOS PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS, MATERIAL DE LIMPEZA, HIGIENE, UTENSÍLIOS DE COZINHA E GÁS DE COZINHA, DESTINADOS A ATENDEREM ÀS NECESSIDADES DO MUNICÍPIO”.

2 - RELATÓRIO

A denúncia em apreço, às fls. 1 a 4, acompanhada dos documentos de fls. 5 a 12, noticia a ocorrência de irregularidades no edital relativo ao pregão supramencionado, quais sejam (a) **exigência de apresentação antecipada de amostra como condição de participação no certame**, contida no subitem 2.1.1; (b) **prazo e forma para impugnação do edital**, contida no item 5; (c) **condições de entrega do objeto**; (d) **prazo de pagamento**; e pede a suspensão do procedimento licitatório.

Recebida a documentação em 16/12/14, Sua Ex^a a então Presidente Conselheira Adriene Andrade, determinou sua autuação como Denúncia e a sua distribuição, nos termos do artigo 301 c/c o parágrafo único do art. 302 do RITCEMG, em despacho de fl. 13.

Os autos foram distribuídos, em 18/12/14, ao Conselheiro Substituto Licurgo Mourão, que manifestou, à fl. 15/16:

No que diz respeito ao primeiro ponto denunciado, relativo à exigência de apresentação de amostras dos 227 produtos solicitados por todos os

licitantes sob pena de desclassificação, conforme disposto no item 2.1.1 do edital, esta Corte de Contas já considerou ilegal a referida exigência. Tal entendimento consta das decisões da 2ª Câmara deste Tribunal de Contas nos processos nº 812.278 e 800.679. No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Contas da União no acórdão nº 1237/2002 – Plenário.

O Relator verificou, ainda, **a ausência de planilha de preços unitários nos anexos do edital.**

Com base nas decisões citadas e na verificação apontada pelo Relator, este entendeu emergir o *fumus boni juris* da presença no edital de “*irregularidades que podem restringir a participação de possíveis interessados no certame, em afronta ao artigo 3º, §1º, inciso I da Lei 8.666/93*”, e a configuração de *periculum in mora* no “*risco do dano ao erário, gerado pela possibilidade de severa restrição à competitividade a impedir a melhor contratação possível*”.

Desta feita, o Relator determinou a suspensão liminar da licitação e a intimação do Prefeito Municipal de São José da Varginha, Sr. Marcos Eugênio Sanches Martins, e do Presidente da Comissão Permanente de Licitação, que, na verdade, seria o pregoeiro Sr. André Corrêa Duarte, signatário do edital, para que apresentassem a comprovação da devida publicação do ato de suspensão e as cópias das fases interna e externa, destacando a necessidade de comunicação ao Tribunal, em caso de revogação ou anulação com publicação de novo edital ou de contratação direta do objeto. Determinou, ainda, a juntada da documentação de fls. 17/90.

A decisão foi referendada pela 1ª Câmara, conforme Notas Taquigráficas de fls. 968/969.

Promovida a intimação (fl. 91/93), o pregoeiro comunicou a este Tribunal, por e-mail, a emissão de novo edital e encaminhou a documentação de fls. 95/231, referente ao processo licitatório do edital denunciado e despacho relativo à sua anulação.

Em 28/01/2015, em atendimento à determinação do Tribunal, o Pregoeiro encaminhou a documentação de fls. 235/325, relativa ao novo procedimento, **Processo Licitatório nº 097/2014, Pregão Presencial nº 068/2014.**

Em razão da ausência do Relator, foram os autos à Presidente, nos termos regimentais, que assim manifestou-se, em substituição ao Relator:

(...) em análise do novo edital, verifica-se, mais uma vez, a ocorrência da irregularidade relativa à exigência de amostras, no item 6.3, o que configura restrição à competitividade do certame.

(...)

A redação do item é vaga e imprecisa com relação ao marco processual a partir de qual se contam os cinco dias para apresentação das amostras. Ela dá possibilidade de se interpretar que as amostras serão exigidas aos licitantes no momento da apresentação das propostas, antes, portanto, de se conhecer o licitante vencedor. Dessa forma, incorre nas mesmas irregularidades que justificam a suspensão liminar do Pregão nº 062/2014.

Determinou, então, a intimação do Prefeito e do Pregoeiro com o objetivo de retificar “o item 6.3 do edital do Pregão Presencial nº 068/2014, deixando claro que as amostras dos produtos a serem adquiridos serão exigidas apenas dos licitantes vencedores de cada item licitado”, comprovar a republicação do edital retificado, no prazo de 24 (vinte e quatro horas), em razão da abertura iminente do pregão, em 16/01/15, além de encaminhar cópia da fase interna do certame.

Em cumprimento ao despacho da Presidente, o pregoeiro encaminhou a documentação de fls. 336/444, junto à qual consta ato de retificação do edital do Pregão Presencial nº 068/2014 e comprovante de republicação do aviso da licitação, com data do pregão marcada para 20/01/15.

Retornados os autos à Presidente, em 21/01/15, esta determinou, em substituição ao Relator, fls. 446/447, “considerando que o pregão certamente foi realizado em 20/01/15, sem que tenha sido respeitado o prazo mínimo de 8 (oito) dias, fixado no art. 4º, V, da Lei nº 10.520/02”, a intimação do Prefeito e do Pregoeiro do Município para apresentarem “cópia da documentação da fase externa do pregão, que deve conter a proposta comercial e a habilitação apresentadas pelos licitantes, a ata da sessão de julgamento, incluindo o mapa dos lances ofertados, e os atos de adjudicação e homologação porventura realizados, dentre outros documentos pertinentes”.

Em 28/01/2015, em cumprimento à determinação da Presidente, o Pregoeiro encaminhou a documentação de fls. 454/966, relativa ao novo procedimento, Processo Licitatório nº 097/2014, Pregão Presencial nº 068/2014.

Retornados os autos ao Relator, este enviou-os a esta Unidade Técnica para análise, e determinou que, em seguida, fossem encaminhados ao Ministério Público de Contas, nos termos do RITCEMG, conforme despacho à fl. 971.

Isso posto, passa-se ao exame da documentação apresentada relativa ao Processo Licitatório nº 097/2014, Pregão Presencial nº 068/2014, em face da denúncia e das irregularidades apontadas pelo Relator.

3 – DA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA PELA PREFEITURA

- a) Edital do pregão objeto da denúncia, Processo Licitatório nº 087/2014, Pregão Presencial nº 062/2014, fls. 17/90 e fls. 150/223;
- b) Comprovante de publicação no Diário Oficial de Minas Gerais do aviso do Processo Licitatório nº 087/2014, Pregão Presencial nº 062/2014, fl. 225;
- c) Despacho de anulação do Processo Licitatório nº 087/2014, Pregão Presencial nº 062/2014, e a comprovação de sua respectiva publicação, fls. 229/231;
- d) Edital do Processo Licitatório nº 097/2014, Pregão Presencial nº 068/2014, aberto em substituição ao processo anulado, fls. 235/320 e 355/440,
- a) Comprovante de publicação no Diário Oficial de Minas Gerais do dia 24/12/2014 do aviso do Processo Licitatório nº 097/2014, Pregão Presencial nº 068/2014, com sessão marcada para 16/01/14, fl. 322;
- b) Pesquisa de mercado estimativa e verificação orçamentária e financeira da despesa pela autoridade competente, fls. 337/354
- c) Ato de retificação do item 6.3 do edital, fl. 443;
- d) Comprovante de publicação no Diário Oficial de Minas Gerais do dia 16/01/2015 do aviso de retificação do edital do Processo Licitatório nº 097/2014, Pregão Presencial nº 068/2014, e da nova data da sessão do pregão em 20/01/15, fl. 444;
- e) Ofício do Prefeito de São José da Varginha, fl. 454, apresentando justificativa acerca do prazo de divulgação da retificação do edital e encaminhando documentação relativa à fase externa do Processo Licitatório nº 097/2014, Pregão Presencial nº 068/2014, em atendimento à determinação deste Tribunal, da qual se destaca:
 - d.1) Relação dos licitantes, fl. 468;

- d.2) Documentação relativa à fase de credenciamento dos licitantes, fls. 469/492, 507/515;
- d.3) Propostas apresentadas pelos licitantes, fls. 516/540;
- d. 4) Documentação relativa à habilitação dos licitantes, fls. 541/582;
- d.5) Ata da sessão do pregão e anexos, fls. 583/965;
- d.6) Despacho de adjudicação dos objetos, fl. 966.

4 – DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO ANTECIPADA DE AMOSTRA COMO CONDIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME

A Denunciante alega, em síntese, que o edital do Edital de **Pregão Presencial nº 062/2014, Processo Licitatório nº 087/2014**, fls. 17/90, exigia, no subitem 2.1.1, a apresentação de amostras de todos os licitantes na fase de habilitação, em afronta à jurisprudência e doutrina citadas. Aduz ser pertinente a exigência de amostras na fase de classificação das propostas.

Conforme descrito no item 2 acima, o Relator, baseado em decisões anteriores em que a Casa considerou ilegal a referida exigência, suspendeu liminarmente a licitação.

Após intimação dos responsáveis, o pregoeiro informou que o processo em comento fora anulado e que o Município havia aberto novo processo licitatório para contratação do objeto. No edital emitido no novo processo, **Pregão Presencial nº 068/2014, Processo Licitatório nº 097/2014**, fls. 235/320, foi excluída a exigência de amostras na forma denunciada, passando a constar nova redação no item 4 das observações no Termo de Referência, Anexo III, e no item relativo às Propostas Comerciais do edital, como a seguir:

6.3 – Os licitantes deverão apresentar amostras dos itens em até 5 (cinco) dias, na sala de licitação, em embalagens originais do fabricante, devidamente identificadas com o CNJP do proponente, para que sejam avaliadas pela Comissão Municipal para Análise Sensorial de Alimentos e pelo Conselho de Alimentação Escolar.

(...)

6.5 – A reprovação ou não apresentação da amostra acarretará, automaticamente, na desclassificação da proposta para o item.

Por determinação da Presidente do Tribunal, em substituição ao Relator, que considerou a redação do novo edital vaga e imprecisa, o pregoeiro emitiu ato de retificação do edital, fl. 443, ficando assim a redação:

6.3 – Os licitantes vencedores deverão apresentar amostras dos itens que lhes foram adjudicados em até 5 (cinco) dias, na sala de licitação, em embalagens originais do fabricante, devidamente identificadas com o CNJP do proponente, para que sejam avaliadas pela Comissão Municipal para Análise Sensorial de Alimentos e pelo Conselho de Alimentação Escolar.

Foi publicado no Diário Oficial, fl. 444, aviso da retificação, no qual a sessão do pregão, anteriormente marcada para 16/01/2015, foi adiada do para o dia 20/01/2015, 2 (dois) dias úteis depois.

Em nova análise, em substituição ao Relator, a Presidente apontou a inobservância do prazo de 8 (oito) dias para a divulgação do edital retificado e determinou o envio da documentação relativa à fase externa do certame.

Análise:

Na forma especificada no edital denunciado, as amostras deveriam ser apresentadas por todos os licitantes, como condição de participação no certame. A ilegalidade apontada e acatada pelo Relator provocou a anulação do edital e a publicação de outro (PP 068/2014), que estabeleceu a entrega de amostras pelos licitantes em 5 (cinco) dias, no título “Propostas Comerciais”. A redação original do edital infere o entendimento de que todos os licitantes deveriam efetuar a entrega, sendo alterado apenas o momento da entrega. Retificada a redação, o edital passou a exigir a amostra dos licitantes vencedores, em 5 (cinco) dias após a adjudicação.

A apresentação de amostras do objeto tem objetivo de conferir o atendimento ao objeto especificado na licitação, fazendo o papel de uma diligência para esclarecimento. Dessa forma, a solicitação de amostras é pertinente à fase de análise das propostas, para decisão acerca de sua aceitabilidade. Vejamos o entendimento do Tribunal de Contas da União¹:

¹ TC 001.103/2001-0 - Decisão nº 1273/2002-Plenário

A exigência de amostras, na fase de habilitação, ou de classificação, **feita a todos os licitantes, além de ilegal, poderia ser pouco razoável**, porquanto imporia ônus que, a depender do objeto, seria excessivo, a todos os licitantes, encarecendo o custo de participação na licitação e desestimulando a presença de potenciais licitantes.

A solicitação de amostra na fase de classificação apenas ao licitante que se apresenta provisoriamente em primeiro lugar, ao contrário, não onera o licitante, porquanto confirmada a propriedade do objeto, tem ele de estar preparado para entregá-lo, nem restringe a competitividade do certame, além de prevenir a ocorrência de inúmeros problemas para a administração.

Não viola a Lei 8.666/93 a exigência, na fase de classificação, de fornecimento de amostras pelo licitante que estiver provisoriamente em primeiro lugar, a fim de que a Administração possa, antes de adjudicar o objeto e celebrar o contrato, assegurar-se de que o objeto proposto pelo licitante conforma-se de fato às exigências estabelecidas no edital.” (g.n.)

Vê-se que a exigência de amostras é razoável, havendo, porém, o momento em que será cabível sua apresentação: no caso de pregão, o licitante que sagrar-se vencedor da disputa, considerado provisoriamente em primeiro lugar, deverá apresentá-las, conforme previsão editalícia, para conferência de seu atendimento às especificações, assegurando a Administração de que o objeto poderá ser adjudicado com eficiência.

Entende-se, destarte, que os princípios da razoabilidade e da economicidade seriam melhor atendidos se a exigência da apresentação de amostra ocorresse após a data da sessão do pregão, apenas para o licitante que ficar classificado em primeiro lugar, para subsidiar o julgamento de sua proposta, ou seja, antes da adjudicação do objeto, evitando, assim, a adjudicação a licitantes que não atendam às especificações.

A previsão do edital em comento é de entrega das amostras após a adjudicação, ato já emitido, fls. 966, entretanto, o Pregoeiro informou, em ofício de fl. 545, que “os atos de homologação, resultado de processo, ata de registro de preços e extrato, não foram realizados, considerando que **as amostras estão sendo analisadas** pela comissão nomeada” (g.n.).

Destarte, embora os objetos da licitação em comento já estejam adjudicados, esta Unidade Técnica entende que os prejuízos à Administração poderão ser evitados, em razão de os adjudicatários terem sido convocados a apresentarem suas amostras em 5 (cinco) dias da sessão, nos termos da ata, fls. 583/584, e de as amostras estarem sendo analisadas antes da homologação do certame, contratação e entrega dos objetos, podendo, portanto, ser considerada regular a exigência.

5 – DA NÃO OBSERVAÇÃO DO PRAZO MÍNIMO DE 8 (OITO) DIAS PARA DIVULGAÇÃO DO EDITAL RETIFICADO

A Presidente, em substituição ao Relator, após verificar o conteúdo da retificação efetuada no edital, analisada no item 4 acima, e que a sessão do pregão foi remarcada para 2 (dois) dias úteis após, apontou que não foi respeitado o prazo mínimo de 8 (oito) dias, fixado no art. 4º, V, da Lei nº 10.520/02.

Em sua justificativas, fl. 454, apresentada junto à documentação encaminhada, o Pregoeiro aduz que “a retificação não interferia na formulação da proposta comercial, assim, não é necessário conceder prazo de 8 (oito) dias, pois, referia (sic) o momento processual para apresentação das amostras, que foram apenas dos licitantes vencedores”.

Análise:

A questão de retificação de edital não é tratada na Lei nº 10.520/93, Lei do Pregão, cabendo, nesse caso, a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93, que estabelece no art. 21, § 4º, que “qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas”.

Nesse sentido, Antônio Roque Citadini² esclarece:

Qualquer alteração substancial no edital de licitação traz, como consequência imediata, a exigência de nova publicação, de forma igual à publicidade originalmente efetuada, exceto quando as mudanças forem, inquestionavelmente, meras ratificações, sem acarretar qualquer alteração no conteúdo (prazo, objeto ou item relevante para a proposta do certame). Não efetuada nova publicação, comunicando as alterações substanciais no certame licitatório, o procedimento ficará todo comprometido, podendo ocorrer a nulidade dos atos praticados pelo órgão da Administração que o realizou.

Tratando de modo específico do tema, Marçal Justen Filho³ explica:

O problema fundamental reside na viabilidade de elaboração das propostas segundo o prazo original. Ou seja, é obrigatório reabrir o prazo quando a inovação trazida não puder ser atendida no prazo remanescente. Assim, por exemplo, modificar a data ou local de entrega de propostas não envolve maior problema para

² *Comentários e jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 159.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 259.

os licitantes. O mesmo se diga quanto a modificações acerca das condições de participação ou de elaboração de propostas que não importem ampliação de encargos ou substituição de dados.

A questão é problemática, eis que poderá afetar-se indiretamente o interesse dos licitantes. **Assim, por exemplo, imagine-se que a Administração delibere dispensar a exigência de apresentação de um certo documento. É óbvio que isso afeta a formulação das propostas: afinal, os licitantes teriam sua situação simplificada. Suponha-se, porém, que um potencial interessado não dispusesse daquele documento e, por decorrência, tivesse deliberado não participar da licitação.** Ao suprimir a exigência, a Administração modificou radicalmente as condições da licitação e o sujeito passou a ter interesse concreto e real de participar. Para tanto, deverá dispor do prazo necessário e adequado para elaborar sua proposta e obter os demais documentos exigidos. (g.n.)

O prazo para publicidade deve ser respeitado, a fim de possibilitar aos interessados o conhecimento de todas as condições exigidas e de forma que eles tenham prazo suficiente para as providências pertinentes. Este foi o entendimento da decisão proferida por esta Corte, na Representação nº 715.719, na Sessão da Segunda Câmara do dia 07/08/2007:

Todavia, a Administração obriga-se a respeitar as regras que haja estabelecido previamente para disciplinar o certame. Em outras palavras, pode-se dizer que o teor do edital vincula necessariamente todo procedimento, pois constitui a lei interna da licitação, impondo rigorosa observância de suas disposições. Assim, os atos e decisões do procedimento, além de jungidos à lei, estarão vinculados ao instrumento convocatório. **Qualquer alteração que porventura venha sofrer o instrumento convocatório obriga sua republicação, sob pena de aquebrantamento dos princípios da isonomia e da publicidade dos atos**, e de tornar o processo nulo.

Neste sentido, entendo pertinente transcrever o disposto no art. 21, § 4º da Lei nº 8.666/93:

“§ 4º. Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.”

Frisa-se que o princípio da publicidade impõe a obrigatoriedade de publicação dos principais atos e instrumentos do procedimento, inclusive a motivação das decisões, possibilitando o conhecimento dos interessados e de todos os cidadãos. Cuide-se de oferecer transparência ao procedimento licitatório, onde é vedado o sigilo, exceto quanto ao conteúdo das propostas. (g.n.)

Mostra-se de alta relevância a renovação do prazo de divulgação das retificações que interfiram na apresentação das propostas, para que os interessados, que decidam participar do certame mediante as novas regras, tenham o prazo estabelecido pela lei para formulação de suas propostas. Assim, divulgadas as alterações no edital, deve-se garantir para apresentação das

propostas o mesmo prazo inicialmente estabelecido para o pregão, conforme o art. 4º, V, da Lei 10.520/02: “o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis”.

In casu, apesar da alegação do pregoeiro, fl. 454, de que a retificação não inferiria na formulação da proposta, pode-se entender, conforme o exemplo citado por Marçal, que quando a Administração deliberou dispensar a exigência de apresentação de amostras de todos os licitantes como condição da participação, deixando esse encargo apenas para os vencedores, afetou as condições das propostas, pois os licitantes tiveram sua condição simplificada. Suponha-se que um potencial interessado não dispusesse das amostras de imediato ou entendesse que seu custo seria deveras oneroso para mera participação e, por esse motivo tenha decidido não participar da licitação. Ao passar a exigência apenas para os classificados, o potencial interessado passa a ter interesse concreto e real de participar, e para tanto, deverá dispor do prazo necessário e adequado para elaborar sua proposta, sendo esse estabelecido na lei.

O aviso sobre a retificação do edital do Pregão Presencial nº 068/2014, Processo Licitatório nº 097/2014, foi publicado, conforme comprovante à fl. 444, no dia 16/01/2015, data marcada para o pregão. O mesmo aviso informa que a sessão do pregão será no dia 20/01/2015, segundo dia útil seguinte.

Assim, esta Unidade Técnica entende que não foi observado o princípio da publicidade dos atos administrativos, que determina a publicação de alterações no edital que possam afetar a formulação das propostas, com fulcro no art. 21, § 4º, da Lei 8.666/93, e a reabertura do prazo de 8 (oito) dias úteis inicialmente estabelecido para a abertura das propostas, conforme o art. 4º, V, da Lei 10.520/02.

6 – DO PRAZO E FORMA PARA IMPUGNAÇÃO DO EDITAL

Aduz a denunciante que o edital não respeita os ditames legais ao disciplinar as regras para impugnação ao edital, determinando que a impugnação seja “protocolada pessoalmente” na Prefeitura, em privilégio dos licitantes com sede próxima. Alega também que o prazo fixado para decisão do pregoeiro sobre as petições, de 3 (três) dias úteis, afronta o art. 12, § 1º, do Decreto Federal nº 3.555/2000, que determina o prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Análise:

Verifica-se no edital do **Pregão Presencial nº 068/2014, Processo Licitatório nº 097/2014** a seguinte redação, a mesma do edital denunciado (PP nº 062/2014):

5.1 – Qualquer cidadão poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do presente pregão, protocolizando o pedido em **até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para o recebimento das propostas**, no endereço discriminado no preâmbulo deste edital, cabendo ao Pregoeiro decidir sobre a petição no prazo em até 3 (três) dias úteis.

5.1.1 – Caso seja acolhida a petição contra o ato convocatório, será designada nova data para a realização do certame.

5.2 - Decairá do direito de impugnar os termos do presente Edital o licitante que não apontar falhas ou irregularidades supostamente existentes no Edital até o segundo dia útil que anteceder a data de realização do Pregão. Sendo intempestiva, a comunicação do suposto vício não suspenderá o curso do certame.

A Lei nº 10.520/02 não trata do prazo para impugnação ao edital, entretanto prevê a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93, a qual estabelece:

Art. 41 – (...)

§ 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.

§ 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

Pode-se ver que o edital atende às prescrições legais. Ao contrário do que alega a denunciante, o edital não exige que a impugnação seja feita “pessoalmente”, sendo possível enviar a petição por correio ou outros meios, desde que chegue à Prefeitura no prazo estabelecido para protocolo, o que deve ocorrer com os documentos recebidos pelos órgãos públicos.

Quanto ao prazo para decisão do pregoeiro, o prazo de 3 (três) dias úteis estabelecido para decisão de impugnação dos cidadãos (subitem 5.1) atende à prescrição legal. Já para as impugnações dos licitantes (subitem 5.2), a Lei nº 8.666/93 silencia-se sobre esse prazo, opção seguida pelo edital.

Ao estabelecer que a impugnação intempestiva de licitante não suspenderá o curso do certame (subitem 5.1), fica óbvio que a impugnação tempestiva será decidida antes da sessão do pregão, tanto que poderá suspender o certame, evidentemente se procedente.

A denunciante aduz que o prazo de 3 (três) dias úteis está em desacordo com o previsto no Decreto Federal nº 3.555/00, que reúne nas mesmas regras cidadãos e licitantes (qualquer pessoa) e prescreve:

Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, **qualquer pessoa** poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

§ 1º Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º Acolhida a petição contra o ato convocatório, será designada nova data para a realização do certame. (g.n.)

Contudo, o Decreto, que regulamenta o pregão em âmbito federal, por ser mero ato normativo da Administração, não tem como condão o poder de alterar as disposições legais. A sua função é simplesmente de esclarecer, interpretar a lei, auxiliando, desse modo, a aplicação dela ao caso concreto.

Pode-se considerar que o citado artigo do Decreto não seja ilegal no tocante ao prazo para impugnação, pois estende o prazo mais benéfico da Lei 8.666/93 a todos os cidadãos. No entanto, quanto à decisão do pregoeiro, ao estabelecer o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para todas as impugnações impõe uma inovação, considerando que a lei não impõe prazo algum ao pregoeiro e que o prazo para decisão das impugnações de cidadãos de 3 (três) dias úteis perde sua eficácia por ser superior ao prazo ampliado para as interposições. Nesse aspecto, vale destacar trecho de texto publicado na Internet pela Consultoria Zênite⁴, o qual menciona entendimento do Professor Joel Menezes Niebuhr Marçal Justen Filho, ao analisar o artigo 12 do citado Decreto:

⁴<http://www.zenite.com.br/jsp/site/item/Text1Text2AutorDet.jsp?PagAtual=1&Modo=2&IntPrdcId=1&IntScId=142&IntItemId=44&IntDocId=3532>

“De acordo com o Professor Joel, a Lei nº 10.520/02 não regulamenta a interposição de impugnação ao edital. Por isso, em vista dessa omissão legal, seria necessário aplicar a Lei nº 8.666/93 subsidiariamente. O Decreto, por ser mero ato normativo da Administração, não tem como condão o poder de alterar as disposições legais. A sua função é simplesmente de esclarecer, interpretar a lei, auxiliando, desse modo, a aplicação dela ao caso concreto (...)

“(...) em vista da falta de normas da Lei nº 10.520/02 sobre impugnação ao edital, deve-se aplicar subsidiariamente as normas da Lei nº 8.666/93, **sem que os decretos sobre o pregão possam inovar sobre o assunto.**(...)” (g.n.)

Afora a polêmica suscitada acerca da legalidade do Decreto nº 3.555/00, pela leitura do art. 1º, parágrafo único, verifica-se que sua aplicação limita-se aos “órgãos da Administração Federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União”, não aplicando-se, portanto, aos municípios.

Assim, entende este Órgão Técnico, que não há irregularidade nas regras relativas às impugnações, contidas no subitem 5.1 do edital, considerando que atendem aos preceitos do art. 41 da Lei nº 8.666/93.

7 – DAS CONDIÇÕES DE ENTREGA DO OBJETO

A denunciante insurge-se contra as condições de entrega, especificadas no Termo de Referência, Anexo III do edital, que estabelece a entrega em vários locais em prazo de 5 (cinco) dias, e sugere a dilatação para 10 (dez) dias, alegando:

(...) o Município descreveu nada menos que 7 (sete) locais diferentes para entrega, ou seja, é necessário um tempo razoável para que o futuro Contratado prepare toda sua carga, pois com este prazo apertado somente o licitante da Cidade ou dos Municípios próximos conseguiriam cumprir esse tempo tão curto.

(...) ao determinar a entrega em vários locais distintos, essa Administração elimina a nossa participação e de outros concorrentes, pois facilita significativamente as empresas com sede no local onde se realizará tal licitação. Sobretudo ao ponderar sobre o custo de logística/transporte é notório que a base mestra para elevação do custo final para o produto será o número de locais de entrega.

Cita a denunciante a Instrução Normativa nº 08/2003 deste Tribunal de Contas, que determina que em seu art. 5º, inciso IV, para a Administração Municipal, a criação de regime de almoxarifado.

No edital, relativo ao Pregão Presencial nº 068/2014, Processo Licitatório nº 097/2014, após anulação do anterior, a Administração alterou a redação relativa à entrega do objeto no Termo de Referência e inseriu a mesma cláusula no subitem 6.13 do edital, da seguinte forma:

Os produtos deverão ser entregues, por exclusiva conta e responsabilidade do Licitante, em perfeitas condições em todos os setores desta Prefeitura, mediante ordem de fornecimento emitida pelo Setor de Compras desta Prefeitura em até 5 (cinco) dias, a contar da data do recebimento da mesma, independente das quantidades solicitadas.

Verifica-se que os locais de entrega estão especificados no item 5 da minuta da ata de registro de preços.

Análise:

As especificações do objeto e as condições de execução e contratação devem ser definidas com objetividade e clareza, observadas as restrições e prerrogativas legais. A Lei nº 10.520/02 não estabelece nenhuma regra relativa às condições de entrega do objeto, determinando apenas, no art. 3º, I, que devem ser fixados na licitação os prazos para fornecimento.

A Lei nº 8.666/93, de aplicação subsidiária no pregão, também deixa ao poder discricionário da Administração os detalhes relativos à entrega, determinando apenas:

Art. 40. O edital (...) indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

II - **prazo e condições** para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e **para entrega do objeto da licitação**;

(...)

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

(...)

§ 6º As cotações de todos os licitantes serão **para entrega no mesmo local de destino**.

(...)

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

II - o regime de execução ou a **forma de fornecimento**; (g.n.)

Como se vê, a definição no edital do prazo e da forma de entrega dos produtos licitados é um dever da Administração Pública, e, em conformidade com o princípio da publicidade presente no art. 3º, § 3º, da Lei 8.666/93, possibilita a transparência e o controle social.

Neste mesmo sentido, mister se faz destacar, também, que atende ao Princípio da Isonomia consagrado na Constituição Federal, no seu artigo 37, inciso XXI, “*in verbis*”:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública **que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (g.n.)

Isto significa que tratar igualmente todos os interessados é condição essencial para garantir competição lícita em todos os procedimentos licitatórios. Presentes no edital em comento a definição do prazo e a definição de que as entregas serão efetuadas nos diversos setores da Prefeitura, pode-se considerar que foram atendidos os preceitos legais. Senão vejamos:

- a) o prazo de entrega de 5 (cinco) dias a partir da ordem de fornecimento está definido no edital;
- b) os locais de entrega estão todos dentro do Município, estando indicados seus endereços na minuta da ata de registro de preços;

Conhecidas as condições, os participantes possuirão elementos suficientes para saber se poderão efetivamente efetuar as entregas e formular o preço de suas propostas. Não parece que a entrega em locais diversos possa configurar eventual tratamento privilegiado aos licitantes de municípios próximos, conforme alegação da denunciante. Afinal, qualquer futuro contratado terá que preparar sua carga da mesma forma, de acordo com as entregas. Quanto à elevação do custo final do objeto devido às entregas em locais diversos dentro do Município, pode-se considerar também que será igual para todos. A distância diferenciada dos licitantes até o Município já é condição inerente ao mercado e própria da licitação.

A Administração deve estabelecer essas regras de acordo com o mercado e com suas necessidades, sempre observando os princípios da legalidade e da proporcionalidade, mas também o princípio da eficiência, pois de nada vale observar apenas a ampla competitividade sem buscar atender da melhor forma às necessidades do Órgão. Algumas condições essenciais para atender o interesse público irão colidir com o interesse privado. Ao definir as entregas em diversos locais, o edital proporcionará maior benefício à Administração, que não terá custo com a distribuição dos produtos.786,55

Compulsando a ata da sessão do pregão e anexos, fls. 583/965, verifica-se a participação de 3 (três) licitantes no certame, restando 2 (dois) para a disputa, após desqualificação de um dos licitantes. Embora seja uma quantidade reduzida de participantes, pode-se ver que o valor total adjudicado foi de R\$ 186.786,55 (cento e oitenta e seis mil, setecentos e oitenta e seis reais e cinquenta e cinco centavos), fls. 957/966, inferior em aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) ao valor médio obtido na pesquisa de mercado, de R\$ 248.236,99 (duzentos e quarenta e oito mil, duzentos e trinta e seis reais e noventa e nove centavos). Destarte, entende-se que a competitividade não restou prejudicada, pois seu objetivo maior, que é a obtenção de uma melhor proposta, foi atingido.

No tocante ao destaque efetuado pela denunciante acerca da Instrução Normativa nº 08/2003 deste Tribunal de Contas, que determina que em seu art. 5º, inciso IV, para a Administração Municipal, a criação de regime de almoxarifado, o próprio Tribunal já manifestou-se da seguinte forma, na Consulta nº 859.097, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila:

1. A necessidade de controle efetivo de todas as aquisições procedidas pela Administração Pública e obrigação imposta pelo inciso IV do art. 5º da IN TC n. 08/03, com a redação dada pelo art. 2º da IN TC n. 06/04 e não se confunde com obrigatoriedade de implantação de departamento de patrimônio e almoxarifado, o que só ocorreria se imprescindível para a Administração Pública.

Na mesma consulta, manifestou-se assim o Conselheiro Claudio Terrão:

(...) não há necessidade da instituição de um órgão, seja ele departamento, setor, coordenação, serviço, um órgão estruturado que seja responsável por essa função. Por outro lado, a função de controle patrimonial e de almoxarifado deve ser exercida. Ela tem que ser atribuída a um agente público ou a um conjunto de agentes públicos, por qualquer que seja o município ou a entidade pública. Então, quer dizer, a função de controle deve ser exercida sempre, embora não haja a necessidade da instituição de um órgão dentro da estrutura da administração direta para tal. Em outras palavras, deve essa função ser atribuída a um agente público.

Vê-se que há não óbice a que o recebimento do objeto seja efetuado em locais distintos, sem que exista um almoxarifado centralizado, conquanto se faça o controle adequado do recebimento e do estoque.

Pelo exposto, esta Unidade Técnica entende que não há irregularidade nas condições de entrega do objeto definidas pelo edital do Pregão Presencial nº 068/2014, Processo Licitatório nº 097/2014.

8 – DO PRAZO DE PAGAMENTO

A denunciante aduz que o prazo para pagamento estipulado no edital é de 15 (quinze) dias, sendo que a lei nº 8.666/93 determina, no art. 40, XIV, que esse prazo não poderá ser superior a 30 (trinta) dias.

Tanto o edital denunciado quanto o novo edital estabelecem, na verdade, no Anexo III, Termo de Referência, que o prazo para pagamento será de até o 15º (décimo quinto) dia útil do mês subsequente após a entrega da mercadoria.

Análise:

Verifica-se que não há regra acerca de pagamento na Lei nº 10.520/02, que institui o pregão. Dessa feita, recorre-se subsidiariamente à Lei 8.666/93, que determina:

Art. 40. O edital (...) indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
(...)

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

Verifica-se que a lei é taxativa quanto ao prazo máximo para pagamento. O artigo 40 define as regras básicas que o edital deve conter. A única imposição que faz ao pagamento é de que

o prazo máximo deve ser de 30 (trinta) dias após o adimplemento da parcela, ou seja, da entrega do objeto.

O edital prevê o pagamento em até 15 (quinze) dias úteis, porém, contados somente a partir do mês subsequente ao da entrega do objeto, o que pode totalizar em prazo superior aos trinta dias corridos permitidos pela lei, quando a entrega for efetuada nas duas primeiras dezenas do mês.

Destarte, esta Unidade Técnica entende que é irregular o prazo estabelecido pelo edital do Pregão Presencial nº 068/2014, Processo Licitatório nº 097/2014, não se coadunando com a regra imposta pelo art. 40, XIV, “a” da Lei nº 8.666/93.

9 – DA AUSÊNCIA DE PLANILHA DE PREÇOS UNITÁRIOS

O Relator, ao suspender liminarmente o certame, às fl. 15/16, manifestou entendimento de que a ausência de planilha de preços unitários, juntamente com a exigência de amostras de todos os licitantes, representa irregularidade que pode restringir a participação de possíveis interessados no certame, em afronta ao artigo 3º, §1º, inciso I da Lei 8.666/93.

Verifica-se que o novo edital emitido, Pregão Presencial nº 068/2014, Processo Licitatório nº 097/2014, contém a planilha de preços unitários, apresentando o valor médio da pesquisa de mercado, Anexo VIII, fls. 313/320.

Sanada a irregularidade, este Órgão Técnico entende que o edital atende aos preceitos legais quanto a esse apontamento.

10 – CONCLUSÃO

Diante do exposto, após análise do edital de Pregão Presencial nº 068/2014, Processo Licitatório nº 097/2014, deflagrado pela Prefeitura Municipal de São José de Varginha, em face da denúncia relativa ao Pregão Presencial nº 062/2014, Processo Licitatório nº 087/2014, já anulado pela Prefeito, este Órgão Técnico entende como irregular:

a) a marcação e realização do pregão em prazo inferior a 8 (oito) dias úteis após a retificação do edital, sem observar o princípio da publicidade dos atos administrativos, que determina, com fulcro no art. 21, § 4º, da Lei 8.666/93, a reabertura do prazo inicialmente

estabelecido para a abertura das propostas, quando houver alterações no edital que possam afetar a formulação das propostas, conforme preceitua o art. 4º, V, da Lei 10.520/02;

b) o prazo para pagamento de até o 15º (décimo quinto) dia útil do mês subsequente após a entrega da mercadoria, estabelecido no Termo de Referência, Anexo III do edital, que, a depender da data da entrega, pode ser superior ao limite de 30 (trinta) dias após o adimplemento da parcela, ou seja, da entrega do objeto, em contrariedade ao art. 40, XIV, “a” da Lei nº 8.666/93

Entende-se ainda que os autos podem ser encaminhados ao Ministério Público junto ao Tribunal, para os fins do art. 61, § 3º, do Regimento Interno desta Corte, em atendimento à determinação do Relator, e, em seguida, o Sr. Marcus Eugênio Sanches Martins, Prefeito do Município de São José de Varginha, e o Sr. André Corrêa Duarte, Pregoeiro e subscritor do edital, podem ser citados para apresentarem defesa quanto às irregularidades apontadas, bem como quanto às eventualmente anotadas pelo órgão ministerial.

CFEL/DEPME, 8 de maio de 2015.

Silvana Ferreira Pirolí
Oficial de Controle Externo
TC-2060-2

Luciana Foureaux Miranda Salim
Analista de Controle Externo
TC 2741-1