Processo:	**1041577**
Natureza:	**DENÚNCIA**
Denunciante:	Trivale Administração Ltda.
Entidade:	Prefeitura Municipal de Ataléia
Partes:	Tarik Barbosa, Fernanda Nunes de Oliveira
Procuradores:	Keilla Cristina Rodrigues, OAB/MG 113.503; Silma Daniele Amaral Ribeiro OAB/MG 167.324 e Paulo Éster Gomes Neiva OAB/MG 84.899
MPTC:	Maria Cecília Borges
RELATOR:	CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO

PRIMEIRA CÂMARA – 20/10/2020

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. PREFEITURA MUNICIPAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA FATURA E EQUIPAMENTOS COM E SEM MOTORISTA/OPERADOR, COM E SEM FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL, COM SISTEMA INTEGRADO DE GERENCIAMENTO E MONITORAMENTO DE FROTAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. RECOMENDAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

1. O art. 47, c/c art. 48, incisos I e III, da Lei Complementar nº 123/06, determina exclusividade da participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação com valor igual ou inferior a R$80.000,00 (oitenta mil reais).
2. A Autarquia licitante, ao limitar os meios para que tal direito seja exercido, excluindo a possibilidade do envio das impugnações por fax, e-mail ou correios, contraria o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa.
3. O Termo de Referência deve ser completo e claro evitando assim irregularidades nas contratações do Poder Público.
4. Nos termos do art. 15, §3º, inciso III o prazo da validade do registro de preços é de 1 (um) ano.
5. A Lei 8666/93 prevê que a qualificação técnica deve ser exigida apenas para as parcelas de maior relevância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade das Notas Taquigráficas e diante das razões expendidas no voto do Relator em:

I) julgar pela procedência parcial da denúncia e considerar irregulares os seguintes procedimentos adotados pela Prefeitura Municipal de Ataléia na realização do Pregão Presencial n. 109/2018:

a) inobservância dos arts. 47 e 48 da Lei Complementar nº 123/06, quanto à exclusividade da participação de microempresas e empresas de pequeno porte;

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273

b) restrição do modo de envio das impugnações, das razões de recursos e dos pedidos de esclarecimentos;

c) insuficiência do Termo de Referência;

d) inobservância do prazo previsto no inciso III do §3º do art. 15 da Lei 8.666/93;

e) previsão de exigência de qualificação técnico operacional sem a exigência de qualificação técnico-profissional.

f) exigência qualificação técnica para todas as atividades, sem especificar quais são as de maior relevância

II) deixar de apliicar multa aos responsáveis por entenderem que, no presente caso concreto, não houve efetivamente prejuízo à competitividade, além da ausência de dano ao erário;

III) recomendar ao gestor que nos próximos certames cumpra as regras estatuídas pelo regime jurídico das contratações publicações, notadamente:

a) observância da Lei Complementar n. 123/06;

b) possibilitar abertura de canais para recebimento de impugnações, das razões de recursos e dos pedidos de esclarecimento;

c) completude do Termo de Referência;

d) observâncias dos prazos editalícios;

e) (co)relação entre as especificações do objeto e as exigências de qualificação técnica-operacional;

III) determinar a intimação dos interessados pelo DOC e do Ministério Público do Tribunal de Contas, na forma regimental;

IV) determinar, após cumpridas as determinações constantes no dispositivo da decisão e as disposições regimentais pertinentes, o arquivamento dos autos, conforme o disposto no art. 176, I, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Sebastião Helvecio e o Conselheiro Presidente José Alves Viana.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 20 de outubro de 2020.

JOSÉ ALVES VIANA
Presidente

DURVAL ÂNGELO
Relator

(*assinado digitalmente*)

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273

PRIMEIRA CÂMARA – 20/10/2020

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de denúncia apresentada a esta Corte, em 28/05/2018, pela empresa Trivale Administração Ltda., na qual apontou que, como interessada em participar de licitação, não conseguiu ter acesso ao edital do Pregão Presencial nº 19/2018, promovido pela Prefeitura Municipal de Ataléia, cujo objeto é o registro de preços para fatura e equipamentos com e sem motorista/operador, com e sem fornecimento de combustível, com sistema integrado de gerenciamento e monitoramento de frotas para atendimento às necessidades das secretarias municipais de Ataléia/MG.

Com fundamento no disposto no art. 4º, V, da Lei nº 10.520/2002 a peticionária afirmou que o edital do Pregão Presencial nº 19/2018 deveria ter sido disponibilizado pelo menos no dia 21/05/2018, considerando que a sessão de recebimento das propostas havia sido designada para 04/06/2018, entretanto, a administração municipal não o fez, infringindo o dispositivo legal e o princípio constitucional da publicidade.

Informou a denunciante que, por diversas vezes, entrou em contato por telefone com a servidora responsável pelo setor de licitação da Prefeitura Municipal de Ataléia e que essa sempre se comprometia a encaminhar o edital por *e-mail*, mas nunca cumpriu o prometido. Acrescentou que tentou obter cópia do edital no *site* da Prefeitura Municipal de Ataléia, mas não obteve êxito, uma vez que no *site* constava apenas o aviso de realização da licitação. Por fim afirmou que enviou *e-mail* à Prefeitura Municipal de Ataléia solicitando o edital, mas que não obteve resposta.

Alegou também a denunciante que a administração municipal deveria disponibilizar cópia do edital de licitação de forma ampla e irrestrita, pois nem todos os interessados possuem condições de adquirir o edital no local. Acrescentou que a disponibilização do edital apenas aos interessados que comparecerem pessoalmente à sede da Prefeitura afronta o princípio da competividade, além de gerar ônus para as empresas que não são sediadas no Município.

Nesse contexto, destacou que, nos termos do disposto no art. 8º, § 1º, IV e §2º da Lei nº 12.527/211, "configurada norma cogente, cujo comprimento não pode ser afastado por mera vontade ou capricho da Administração Pública."

Após expor seus argumentos, a denunciante requereu a este Tribunal que determinasse a suspensão do procedimento licitatório até a análise do mérito da matéria. Em caráter alternativo, requereu que este Tribunal determinasse a republicação do aviso de realização da licitação, com a designação de nova data para sessão de recebimento das propostas, bem como a divulgação do edital no site da Prefeitura Município, observando-se o prazo mínimo de oito dias úteis entre a disponibilização do edital e a sessão de recebimento das propostas. Por fim, na hipótese de a licitação já ter sido encerrada, a peticionária requereu que este Tribunal determinasse a suspensão da assinatura do contrato ou, conforme o caso, a suspensão da execução contratual até a prolação da decisão de mérito.

Em 29/05/2018, o Conselheiro Vice-Presidente recebeu a petição e a documentação que a acompanha como denúncia e determinou a sua autuação e sua distribuição. (fls. 85 e 86).

Em 04/06/2018, o Conselheiro Relator à época determinou a intimação do Sr. Tarik Barbosa, Prefeito Municipal de Ataléia, e da Sra. Fernanda Nunes de Oliveira, Pregoeira da Prefeitura Municipal de Ataléia, para que tivessem ciência da presente denúncia e encaminhassem

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273

cópias dos documentos das fases interna e externa do Pregão Presencial nº 109/2018, incluída cópia do edital, com a informação sobre o atual estágio do certame. (fl. 87)

Em 12/06/2018, os denunciados apresentaram esclarecimentos às fls. 93 e 94.

Em 20/06/2018, o Conselheiro Relator à época determinou nova intimação dos denunciados, para que encaminhassem cópias de todos os documentos relativos ao Pregão Presencial nº 019/2018 e informassem seu atual estágio. (fl. 97)

Cumprindo a diligência a eles impostas, os denunciados encaminharam a documentação de fls. 110 a 346 e de fls. 352 a 534.

Em 19/07/2018, às fls. 536/539, o Conselheiro Hamilton Coelho indeferiu o pedido liminar por entender que não existiam indícios veementes de prática de irregularidade nem de dano ao erário municipal.

Os autos foram redistribuídos à minha relatoria em 01/08/2018.

Os autos foram submetidos ao exame da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, que em 24/08/2018 no relatório técnico concluiu pela improcedência das alegações do denunciante. Entretanto, ao analisar o edital e a documentação acostada aos autos em face da denúncia apurou as seguintes irregularidades:

> 1 - Exigência de que os recursos ao edital e os pedidos de esclarecimentos sejam protocolados na sala da Comissão Permanente de Licitação do Município de Ataléia; excluindo, consequentemente, a possibilidade de entrega via fax ou por e-mail. Responsáveis: Sr. Tarik Barbosa, Prefeito do Município de Ataléia e subscritor da homologação do certame (fl. 509), e Sra. Fernanda Nunes de Oliveira, Pregoeira e subscritora do edital (fl. 198).
> 2 – Ausência de previsão no edital da participação de exclusiva de ME's e EPP's nos itens 01, 05, 06, 07, 08 e 14, nos termos do artigo 47, inciso I, do artigo 48, da Lei Complementar nº 123/2006, que foi alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, bem como os incisos II e III do artigo 49, ambos do mesmo diploma legal, se fosse o caso de os aplicar. Responsáveis: Sr. Tarik Barbosa, Prefeito do Município de Ataléia e subscritor da homologação do certame (fl. 509), e Sra. Fernanda Nunes de Oliveira, Pregoeira e subscritora do edital (fl. 198).

Sendo assim, pugnou pela citação dos responsáveis para apresentar defesa quanto às irregularidades indicadas. (fls. 574/599)

Em 14/12/2018 o Ministério Público junto ao Tribunal, no parecer às fls. 581/585, apurou as seguintes irregularidades no Processo Licitatório 034/2018- Pregão Presencial nº 019/2018:

> a) Exíguo Prazo de entrega como limitação à competividade e à escolha da proposta mais vantajosa;
> b) Insuficiência do termo de referência;
> c) Validade da ata de registro de preços;
> d) Exigência de comprovação de qualificação técnico-profissional sem exigência de qualificação técnico profissional;
> e) Exigência de qualificação técnica sem ser para as parcelas de maior relevância;
> f) Ausência de estabelecimento de preço máximo.

Diante disso, requereu o aditamento do presente feito, bem como a citação dos responsáveis.

Devidamente citados, o Sr. Tarik Barbosa, Prefeito Municipal de Ataléia, e a Sra. Fernanda Nunes de Oliveira, Pregoeira da Prefeitura Municipal de Ataléia protocolizaram defesa em 15/02/2019, na qual afirmaram que, após a decisão preliminar desta corte indicando a improcedência da denúncia, aliada à necessária execução do objeto, houve continuidade regular do procedimento, com homologação do resultado. Alegaram ainda que, todo o

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273

procedimento, bem como a execução do contrato, ocorreu "na mais perfeita lisura, publicidade e economicidade" e que sendo indicada a improcedência da denúncia, conclui-se que a presente demanda perderia seu objeto. Por fim, asseveraram que em relação aos apontamentos formulados pela Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, bem como o parecer do Ministério Público de Contas, os responsáveis receberam tais apontamentos como recomendações para que as considerassem quando da elaboração e subscrição de editais futuros.

Em 07/05/2019 a unidade técnica no relatório às fls. 596/598 manifestou-se:

> Pelo não acolhimento das razões de defesa apresentadas pelo(s) defendente(s) quanto ao(s) seguinte(s) apontamento(s): Das irregularidades apontadas pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público de Contas: a) do caráter restritivo do meio de envio das impugnações, das razões e dos pedidos de esclarecimento de recurso previsto no edital; b) da não observância das exigências da lei complementar 123/2006, no que tange à contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte para os serviços com valor inferior a R$80.000,00; c) do exíguo prazo para a entrega por parte dos fornecedores; d) da insuficiência do termo de referência, em especial, da ausência de planilha orçamentária; e) da previsão de possível prorrogação da ata de registro de preços por período superior a um ano; f) da exigência de comprovação de qualificação técnico-operacional sem concomitante exigência de qualificação técnico-profissional; g) da exigência de qualificação técnica para parcelas de menor relevância; e, h) da não previsão de preços máximos para a contratação. Pelo acolhimento das razões de defesa apresentadas pelo(s) defendente (s) quanto ao(s) seguinte(s) apontamentos: Das irregularidades apontadas pela denunciante: a) do suposto desrespeito ao prazo mínimo entre a data da publicação do aviso da licitação e a data da apresentação das propostas; e, b) da suposta ausência da disponibilização do edital em meio eletrônico.

O Ministério Público junto ao Tribunal, em 03/06/2019, opinou pela parcial procedência dos apontamentos objetos da presente ação de controle, corroborando com as irregularidades citadas na análise da unidade técnica às fls. 596/598.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Embora as irregularidades apontadas pela denunciante em sua petição inicial não são capazes de gerar dano ao erário ou aplicação de multa, foram constatadas no estudo do instrumento convocatório realizado pela unidade técnica e pelo Ministério Público outras irregularidades no certame passíveis de aplicação de multa.

Acerca dos apontamentos da denunciante, o Conselheiro em exercício Hamilton Coelho, inclusive, no despacho de fls. 536/539 asseverou acerca da inexistência de indícios veementes de prática de irregularidade nem de dano ao erário municipal. A título de elucidação segue transcrito excerto da decisão:

> Nos presentes autos, a suposta irregularidade apontada pela denunciante reside no fato de que, como interessada em participar do Pregão Presencial nº 19/2018, não conseguiu ter acesso ao edital por meio de e-mail, nem por meio do site da Prefeitura Municipal de Ataléia. Asseverou, também, a denunciante que fez diversos contatos por telefone e por e-mail com servidor responsável pelo setor de licitações da Prefeitura Municipal de Ataléia, mas que o seu pedido de disponibilização do edital foi ignorado.
>
> Nesse contexto, chamo atenção para o fato de que a denunciante não apresentou qualquer documento para comprovar a veracidade das suas alegações. Na realidade, os únicos documentos por ela apresentados foram: petição inicial (fls. 01 a 13); documentos acerca da existência jurídica da empresa, do seu quadro de sócios, do seu objeto social e de suas demonstrações contábeis (fls. 14 a 80); procuração (fl. 81); e substabelecimento (fl. 82).

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273

O Sr. Tarik Barbosa e a Sra. Fernanda Nunes de Oliveira, nos esclarecimentos prestados a este Tribunal em sede de diligência, ressaltaram a inexistência de prova do alegado na inicial pela denunciante:

A denunciante, embora faça alegações de possíveis solicitações via e-mail/telefone à administração local, não cuidou de demonstrar que se havia realizado tais requisições ao município e a quem o fez (nome do servidor) o que, se faz duvidosa a veracidade dos termos da denúncia. Registra-se ainda que não houve, pela administração pública, o recebimento de e-mail da empresa denunciante solicitando o encaminhamento do referido edital. Ademais, tal como alegado pela denunciante que contrata serviços para informações sobre licitações em todo o país, não seria difícil adquirir o edital mediante pagamento de simples diligência a ser feita por qualquer despachante e/ou advogado perante a prefeitura municipal, se, de fato, fosse do interesse da empresa denunciante participar do certame (fls. 111 e 112).

Acrescento, por oportuno, que o aviso de realização do Pregão Presencial nº 19/2018 foi publicado no quadro de avisos da Prefeitura Municipal de Ataléia em 14/05/2018 e no "Minas Gerais em 15/05/2018 (fls. 224 e 225). Destaco que, no aviso de realização do certame publicado no quadro da Prefeitura, constava a informação de que os interessados poderiam "retirar o Edital no Edifício sede da Prefeitura Municipal de Ataléia, localizada na Rua Governador Valadares, nº 112, Centro, Ataléia, sala da Comissão Permanente de Licitação". Já no aviso de realização do certame publicado no "Minas Gerais", constava a informação de que o edital se encontrava "à disposição dos interessados na sala de licitações localizada na Rua Governador Valadares nº 112, Centro (...), nos dias úteis, no horário de 08:30 às 15 horas".

Desse modo, considerando que os avisos de realização da licitação foram publicados em 14/05/2018 e em 15/05/2018 e que a sessão de recebimento das propostas foi designada para 04/06/2018, pode-se concluir que a administração municipal cumpriu o prazo mínimo de oito dias úteis estabelecido no art. 4º, V, da Lei nº 10.520/2002.

Informo, ainda, que, em 18/07/2018, em acesso ao site da Prefeitura Municipal de Ataléia, consegui visualizar e imprimir o edital do Pregão Presencial nº 19/2018 e o resultado da etapa de lances, conforme demonstrado na documentação acostada ao presente despacho. Desse modo, concluo, a princípio, que a administração municipal cumpriu a exigência estabelecida no art. 8º, § 1º, IV, e § 2º, da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

Saliento, também, que, nos elementos instrutórios, está demonstrado que o Pregão Presencial nº 19/2018 foi homologado em 05/06/2018 e que, na mesma data, foram assinadas a Ata de Registro de Preços nº 23/2018 com a empresa Cooperativa de Transporte Urbano e Rural Ltda. e a Ata de Registro de Preços nº 24/2018 com a empresa Roberto Correia Cunha Junior-ME (fl. 509 e fls. 511 a 534).

Dando continuidade às considerações acima, realço que, no ato de homologação de fl. 509, consta que a empresa Roberto Correia Cunha Junior-ME foi declarada vencedora dos itens 4 e 10 com o valor global de R$287.500,00 (duzentos e oitenta e sete mil e quinhentos reais) e que a empresa Cooperativa de Transporte Urbano e Rural Ltda. foi declarada vencedora dos itens 01, 02, 03, 05, 06, 07, 08, 09, 11, 12, 13 e 14 com o valor global de R$1.274.900,00 (um milhão duzentos e setenta e quatro mil novecentos reais). Desse modo, a administração municipal registrou em ata o valor global de R$1.562.400,00 (um milhão quinhentos e sessenta e dois mil e quatrocentos reais).

Acrescento que o valor global registrado em ata pela administração municipal encontra-se abaixo do valor global por ela estimado na fase interna da licitação, correspondente a R$1.696.167,33 (um milhão seiscentos e noventa e seis mil cento e sessenta e sete reais e trinta e três centavos) (ver planilha de fl. 130). **Desse modo, num primeiro momento, não vislumbro indícios de dano ao erário. (g.n.)**

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273

Os responsáveis alegaram, em sua defesa às fls. 590/592, que uma vez realizado estudo por esta Corte acerca da improcedência da presente denúncia no que tange aos fatos narrados na inicial os autos perderiam objeto e as constatações da unidade técnica e do Ministério Público deveriam ser recebidas como recomendação.

Esta Corte possui a prerrogativa de apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público. Nesse diapasão a unidade técnica ressaltou em seu relatório:

> Os argumentos apresentados pelos defendentes não procedem, pois não há relação de prejudicialidade entre o fato de um contrato administrativo ter exaurido o seu objeto e o trâmite de processo no Tribunal que apure irregularidades na licitação que embasou esse contrato. Pelo contrário, caso a licitação fosse anulada antes do seu término e o contrato sequer tivesse sido executado, poder-se-ia objetar pela perda do objeto da denúncia apresentada. No entanto, esta não é a hipótese dos autos, dado que, conforme relatado pelos defendentes, o contrato chegou a ser executado em sua totalidade.

Sendo assim passo a análise das irregularidades:

I- Ausência da previsão de participação de ME's e EPP's:

Verificou-se nos autos que os itens 01,05,06,07,08 e 14 a ausência de previsão à exclusividade da participação de microempresas – ME e empresas de pequeno porte – EPP no processo licitatório cujo valor dos itens de contratação seja de até R$80.000,00 (oitenta mil reais).

A CR/88 determinou em seu art. 170, inciso IX a obrigatoriedade do tratamento diferenciado as ME's e EPP's com o propósito de possibilitar condições de concorrência equilibrada entre as empresas nos processos licitatórios, respeitando o princípio da isonomia. Nesse diapasão Lei Complementar nº 123/2006 estabeleceu os critérios para participação das microempresas e empresas de pequeno porte no processo de licitação, *in verbis*:

> Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.
>
> Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.
>
> Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:
>
> I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
>
> II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;
>
> III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Tal omissão implica em prejuízo ao tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, haja vista que, no certame ora examinado, o custo estimado total de cada item contratado em nenhum caso superou o valor de R$80.000,00 (oitenta mil reais), razão pela qual a licitação deveria ter sido destinada exclusivamente à participação de ME e EPP, nos termos do art. 47,

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273

c/c art. 48, incisos I e III, da Lei Complementar nº 123/06.

Sendo assim, considero irregulares os itens 01,05,06,07,08 e 14 do Processo Licitatório 034/2018- Pregão Presencial nº 019/2018 em consonância com o relatório da unidade técnica e do parecer do Ministério Público junto ao Tribunal.

2. Das Impugnações, das razões de recursos e dos pedidos de esclarecimento

A Unidade técnica constatou às fls. 574/579 que o instrumento convocatório objeto do presente feito no Capítulo 9 (Dos Recursos), item 9.5 e no Capítulo 16 (Das disposições gerais), item 16.2.1 (fls. 191 e 196) restringe que as impugnações, as razões de recursos e os pedidos de esclarecimentos sejam enviadas via eletrônica ou *fac-símele*. A título de elucidação segue transcrito os referidos itens do certame:

> Capítulo 9- Dos Recursos
>
> 9.5- O Município de Ataléia não se responsabilizará por recursos e impugnações endereçados via postal ou outras formas, entregues em locais diversos da sala da Comissão Permanente de Licitação, localizada na Rua Governador Valadares, nº 112, Centro, Edifício sede da Prefeitura Municipal de Ataléia, e que, por isso, não sejam protocolizadas no prazo legal.
>
> Capítulo 16- Das Disposições Gerais
>
> 16.2.1 Quaisquer esclarecimentos sobre este Edital deverão ser solicitados, por escrito, junto à sala da Comissão Permanente de Licitação, localizada na Rua Governador Valadares, nº 112, Centro, Edifício sede da Prefeitura Municipal de Ataléia, no mesmo prazo do item 16.2.

Com a leitura dos itens, restou claro que a administração municipal condicionou a entrega das impugnações, razões de recursos e dos pedidos de esclarecimento de modo presencial, restringindo sua entrega via eletrônica.

A Autarquia licitante, ao limitar os meios para que tal direito seja exercido, excluindo a possibilidade do envio das impugnações por fax, e-mail ou correios, contraria o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. A este respeito, confira-se o entendimento que vem sendo adotado por este Tribunal de Contas:

> DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PEÇAS AUTOMOTIVAS E ACESSÓRIOS PARA A FROTA MUNICIPAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PREFEITO. REJEIÇÃO. MÉRITO. PARCELAMENTO DO OBJETO. UTILIZAÇÃO DA TABELA DO DER. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIO. REGULARIDADE. ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO PARA FINS DE COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA. EXIGÊNCIA IRREGULAR. APLICAÇÃO DE MULTA. RECURSOS E IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA DE MEIOS ALTERNATIVOS PARA O ENCAMINHAMENTO. RECOMENDAÇÃO. PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1. A autoridade administrativa que homologa o certame é solidariamente responsável com a Comissão de Licitação, uma vez que a homologação não é ato meramente formal, mas sim ato pelo qual a autoridade administrativa verifica a legalidade e a conveniência da contratação.
>
> 2. Não há ilegalidade na realização de pregão com previsão de adjudicação por lotes, e não por itens, desde que estes guardem relação entre si.
>
> 3. A decisão da Administração quanto à vedação para participação de empresas em consórcio nos certames é discricionária, mas deverá ser justificada quando o objeto for de

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273

alta complexidade e grande vulto.

4. A lista de documentos hábeis aos procedimentos de habilitação apresenta enumeração fechada, não sendo lícito ao gestor ou à equipe responsável pela licitação, exigir que os licitantes apresentem outros, além daqueles taxativamente previstos nos artigos 27 a 31 da Lei de Licitações para efeitos de habilitação.

5. É recomendável que a Administração Pública admita todas as formas de apresentação de documentos relativos a razões e contrarrazões, quer sejam pessoalmente, pelos Correios, por fax ou por e-mail, a fim de se evitar dúvidas de interpretação e descumprimento do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, bem como assegurar que o controle da legalidade sobre os procedimentos licitatórios seja o mais amplo possível. (g.n.)

(TCE-MG - DENÚNCIA: 932653, Relator: CONS. WANDERLEY ÁVILA, Data de Julgamento: 01/03/2018, Data de Publicação: 21/03/2018)

[...]

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. MATERIAIS MÉDICO-HOSPITALARES E ODONTOLÓGICOS. MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. CONSÓRCIO DE EMPRESAS. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. ORÇAMENTO ESTIMADO EM PLANILHA DE QUANTITATIVOS E PREÇOS UNITÁRIOS. MEIOS DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL E INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS. ALTERAÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS.

1. A Lei Complementar n. 123/06 é expressa em determinar a exclusividade da participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação com valor igual ou inferior a R$80.000,00 (oitenta mil reais). Tal regra, desde que motivada, poderá ser excepcionada nos termos da própria lei.

2. A vedação injustificada à participação de empresas organizadas por meio de consórcios não configura irregularidade, uma vez que o art. 33 da Lei n. 8.666/93 estabelece que a justificativa apenas deve ser apresentada quando da autorização da participação de empresas consorciadas.

3. Compete ao pregoeiro decidir sobre eventuais impugnações do instrumento convocatório.

4. O Tribunal de Contas firmou entendimento que na modalidade pregão a anexação do orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários ao edital não é obrigatória, bastando a sua inclusão no respectivo procedimento administrativo.

5. Limitar a apresentação de recursos e impugnações ao meio presencial restringe o direito dos licitantes ao contraditório e à ampla defesa.

6. A cláusula que permite o aumento dos quantitativos fixados na ata de registro de preços ofende a competitividade e a busca pela oferta mais vantajosa. **(g.n.)**

(TCE-MG – DEN. 969107, Relator: CONS. CLÁUDIO TERRÃO, Data de Julgamento: 20/09/2016, Data de Publicação: 23/01/2017)

Assim, com base na jurisprudência deste Tribunal, e considerando também o entendimento do Ministério Público junto ao Tribunal e da unidade técnica, reconheço a irregularidade no que concerne a restrição do modo de envio das impugnações, das razões de recursos e dos pedidos de esclarecimentos.

3. Exíguo prazo de entrega como limitação à competividade e à escolha da proposta mais vantajosa

O MPTC aditou este apontamento e destacou que a exiguidade do prazo para entrega

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273

configura possível restrição à ampla competividade e à seleção da melhor proposta, uma vez que poderia afastar um número considerável de licitantes interessado que não teriam condições de atender a Administração Pública no prazo fixado.

A Unidade Técnica concordou com o MPTC, conforme fls. 596/598.

O item 6.1 da Minuta da Ata de Registro de Preços do edital determina que "o prazo de entrega, contado a partir do recebimento pelo fornecedor da autorização de fornecimento, será de imediato, para quaisquer quantidades solicitadas" (fl. 561v).

Contudo, entendo que a ampliação do prazo inicialmente estabelecido para entrega do produto pelo licitante vencedor não afetou a formulação das propostas, uma vez que restou demonstrada a participação de empresas no certame e que não consta qualquer impugnação dos licitantes no tocante ao prazo de entrega.

Por todo o exposto, entendo improcedente o referido apontamento, uma vez que, no presente caso, não houve prejuízo à ampla competitividade bem como à formulação das propostas.

4. Insuficiência do Termo de Referência:

O Ministério Público junto ao Tribunal no parecer às fls. 581/585 asseverou que o edital objeto possui o Termo de Referência incompleto (fl. 555v/558). Afirmou ainda que a Lei 10.520/2002 não definiu nem estabeleceu os elementos do termo de referência, entretanto o Decreto nº 3555/2000 cuidou de fazê-lo nos termos do art. 8º, *in verbis*:

> Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:
>
> I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;
>
> II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;
>
> III - a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá:
>
> a) definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado;
>
> b) justificar a necessidade da aquisição;
>
> c) estabelecer os critérios de aceitação das propostas, as exigências de habilitação, as sanções administrativas aplicáveis por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos e das demais condições essenciais para o fornecimento; e
>
> d) designar, dentre os servidores do órgão ou da entidade promotora da licitação, o pregoeiro responsável pelos trabalhos do pregão e a sua equipe de apoio;
>
> IV - constarão dos autos a motivação de cada um dos atos especificados no inciso anterior e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento estimativo e o cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela Administração; e
>
> V - para julgamento, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273

O Termo de Referência em análise constitui o projeto básico da Lei 8.666/1993, previsto no art. 6º, inciso IX.

Jair Eduardo Santana, ensina que o Termo de Referência contém os códigos genéticos da licitação e do futuro contrato a ser firmado com o licitante vencedor[1]

Sendo assim, o termo de Referência ou projeto básico previsto na Lei deve ser completo para que seja evitado vícios na licitação ou qualquer gasto público sem necessidade.

Nesse particular aspecto ainda, observa-se a Consulta nº 657.018, da relatoria do Conselheiro Eduardo Carone Costa, desta Corte, verbis:

> [...] O Projeto Básico constitui elemento importante na caracterização do objeto a ser licitado, de forma a indicar seu custo, o prazo de execução, sua viabilidade técnica e econômica, visando a possibilitar a todos o mais amplo conhecimento sobre o objeto licitado, desde a solução técnica pretendida até os tipos de materiais e serviços que serão, no futuro, exigidos pelo órgão público, bem como a garantir a regular execução da obra ou serviço licitado, evitando-se correções e aditamentos custosos.
>
> O não cumprimento deste requisito ou seu cumprimento de forma parcial é, sem qualquer dúvida, fator responsável pelas inúmeras irregularidades nas contratações do Poder Público. Projetos Básicos incompletos, vagos, deficientes e sem controle de qualidade induzem a erros e gastos desnecessários para a Administração, o que deve ser evitado em observância aos princípios da economicidade e eficiência.
>
> Assim, para a Administração, é importante que o projeto básico atenda a certos requisitos, uma vez que, quando da realização de obras e serviços, os riscos para a Administração são maiores que os existentes nas compras, pois os contratos, em geral, geram obrigações de fazer, que se prolongam no tempo. Existem maiores riscos, até mesmo de haver a multiplicação dos custos, superando as previsões iniciais.
>
> Nesse sentido, justifica-se que a Lei Nacional de Licitações tenha estabelecido, em seu art. 12, requisitos próprios, cercados de maiores cautelas, para a contratação de obras e serviços, buscando evitar o desperdício, contratações desnecessárias, precipitadas ou inexeqüíveis.
>
> Marçal Justen Filho, ao comentar acerca do cumprimento dos requisitos estabelecidos no art. 7º, observa que: 'As exigências não se constituem em requisito de mera forma. O Termo de Referência ou o Projeto Básico completos e consistentes estabelecem íntima conexão entre o contrato desejado pela Administração e o planejamento, que os antecederam, e redundam no sucesso da licitação e da contratação. Verifica-se, então, que as informações declinadas no Projeto Básico ou no Termo de Referência constituem elementos imprescindíveis para caracterizar o objeto. Igualmente, esses elementos propiciarão aos licitantes interessados no objeto licitado a formação de um preço, condição essencial para a formulação de uma proposta à Administração. Atualmente, deve-se atentar para o novo agir da Administração, que encara o particular mais como um parceiro do poder público na execução de obras, serviços e no fornecimento de materiais do que mero coadjuvante numa relação jurídica de sujeição, marcada pela verticalidade e superioridade de outrora. Todavia, informações imprecisas ou obscuras, ou até mesmos a falta delas, podem macular insanavelmente essa profícua relação de parceria. Enfim, o Termo de Referência ou o Projeto Básico não são apenas obrigatórios e necessários. Neles havendo falhas ou incompletudes, a licitação redunda em vício, passível de colocar sob séria e grave ameaça o sucesso da contratação, os objetivos perseguidos pela Administração e, a toda evidência, a tutela sobre o gasto público. 15 Trata-se de redução do âmbito de liberdade de escolha da Administração. O estrito cumprimento das exigências do art. 7º elimina decisões arbitrárias ou nocivas. São eliminadas as

[1] Fonte: SANTANA, Jair Eduardo. Coleção 10 anos de Pregão. Curitiba:Negócios Públicos, 2008, p.11.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273

> contratações: a) não antecedidas de planejamento; b) cujo objeto seja incerto, c) para as quais inexista previsão de recursos orçamentários; d) incompatíveis com as programações de médio e longo prazo. A Lei foi mais minuciosa e exigente que o Decreto–Lei nº 2.300/86, o que evidencia a relevância do tema.'
>
> Na mesma vertente, a lição abalizada do Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em seu artigo intitulado 'A nova dimensão do projeto básico nas licitações,' nestes termos: 'Entre as boas inovações trazidas pela Lei nº 8.666/93, que disciplinou no âmbito da Administração Pública o tema da licitação e contratos, está a obrigatoriedade do projeto básico, para a contratação de qualquer obra ou serviço. Conquanto ainda continuem alguns a sustentar que essa exigência só cabe para as contratações na área de engenharia, a interpretação literal indica, de forma clara, que esse requisito foi pontualmente estabelecido pelo legislador pátrio de modo amplo. Efetivamente o art. 7º, notadamente no § 2º, inciso I, da Lei em epígrafe, coloca a necessidade da prévia elaboração do projeto básico, estabelecendo que somente poderão ser licitados os serviços e as obras, depois de atendida essa exigência.'
>
> Destarte, tendo em vista a importância do Projeto Básico na caracterização do objeto da licitação, o que evitará, decerto, decisões arbitrárias ou nocivas, e considerando que a lei não fez qualquer distinção, é de se concluir que a exigência do Projeto Básico não existe só para serviços de engenharia, como sustentam alguns, mas para toda e qualquer obra ou serviço. Esta é, a meu ver, a interpretação adequada do art. 7º da Lei nº 8.666/93.
>
> [...] Destaca-se, por oportuno, que, obviamente, o conteúdo a ser exigido para esse anexo do edital sofrerá modificações de acordo com o que se queira contratar, sendo tão mais completo quanto mais complexa for a obra ou serviço em licitação.
>
> Ante o exposto, conclui-se que o Projeto Básico é exigência legal para contratação de obras e serviços, sem qualquer distinção. A inobservância desse requisito, essencial à fase interna e que reflete na fase externa da licitação, pode ensejar a nulidade de todo o certame, haja vista que a ausência desse detalhamento prévio é considerado vício insanável. A propósito, nesse sentido vem se constituindo a jurisprudência do eg. Tribunal de Contas da União sobre o tema, como demonstrado.

Nesse sentido, uma vez constado que o Termo de Referência encontra-se incompleto diante da ausência de planilha orçamentária detalhada, o que é capaz de gerar dúvidas futuras, voto pela irregularidade apresentada.

5. Validade da ata de Registro

Foi verificado pelo MPTC que o item 11.13 do Capítulo 11- Registro de Preços não está em consonância com a exigência do inciso III do §3º do art. 15 da Lei 8.666/1993. A título de elucidação segue transcrito o referido item:

> 11- Do Registro de Preços
>
> 11.13 Os preços registrados vigorarão por 12(doze) meses, contados a partir da data da assinatura da Ata, prorrogável por até 12 meses, nos termos da legislação vigente.

A Lei 8.666/1993 determina que o prazo de registro de preços seja de apenas 12 meses, sem possibilidade de prorrogação:

> Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
>
> (...)
>
> § 3o O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:
>
> (...)
>
> III - validade do registro não superior a um ano.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273

Pelo exposto, entendo procedente o apontamento, uma vez que foi fixado prazo superior, qual seja 12 (doze) meses prorrogáveis por mais 12 (doze), ao estabelecido em lei, que o limita a apenas um ano.

6. Exigência de comprovação de qualificação técnico operacional sem a exigência de qualificação técnico profissional:

Foi verificado pelo Ministério Público junto ao Tribunal que o item 6.1.3 "c" do instrumento convocatório (fl. 548v), exige a comprovação de qualificação técnico-operacional sem no entanto exigir qualificação técnico-profissional:

> 6.1.3 Qualificação econômico-financeira
>
> (...)
>
> c) Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com as características do objeto da licitação, através da apresentação de atestados de desempenho anterior, fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando a capacidade técnica para atendimento ao objeto da presente licitação;

Conforme exposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal "não há vedação à exigência de comprovação de capacitação técnico-operacional, a qual pode ser feita com fundamento no disposto no art. 30, II, da Lei nº 8666/93." E completou "por seu turno, a comprovação da capacidade técnico-operacional sem a comprovação de capacidade técnico-profissional não se revela suficiente para demonstrar que uma sociedade é apta a executar as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo do objeto licitado. Isso porque um atestado de responsabilidade técnica fornecida em nome da empresa, por vezes, não espelharia a atual experiência do corpo profissional desta, até porque o responsável técnico pelos serviços descritos em determinado atestado pode não mais estar vinculado à licitante, a qual, em virtude disso, não demonstraria estar apta a participar do certame."

A Editora Zênite ressalta a diferença da capacidade técnico-operacional da capacidade técnica-profissional[2]:

> [...] interessante lembrar que a qualificação técnica poderá ser exigida em face do responsável técnico pela execução do objeto (capacitação técnico-profissional), tal como expressamente previsto no art. 30, § 1º, inc. I, da Lei de Licitações, bem como das condições operacionais da empresa licitante (capacitação técnico-operacional, art. 30, inc. II).
>
> No primeiro caso (capacitação técnico-profissional), a Administração solicitará dos licitantes que os seus respectivos responsáveis técnicos apresentem atestados que demonstrem a execução relativa a objeto anterior similar ao licitado. A experiência a ser verificada não é a da pessoa jurídica, mas sim a do profissional que atuará como responsável técnico na execução do contrato.
>
> Quanto à capacitação técnico-operacional, vale lembrar que a capacidade a ser avaliada é a da empresa, enquanto organização empresarial capaz de realizar o empreendimento, e não a do profissional (pessoa física).
>
> Assim, a mão de obra necessária ao desempenho de determinada atividade e que faça parte da estrutura de uma empresa, será abarcada pelo critério técnico-operacional. Por sua vez, a experiência do responsável técnico se enquadra na capacitação técnico-profissional.

Assim, acolho o entendimento do Ministério Público de que não é razoável exigir a

[2] Disponível em: https://www.zenite.blog.br/diferenciacao-entre-mao-de-obra-tecnico-operacional-e-tecnico-profissional-para-fins-de-comprovacao-de-capacidade-tecnica/ acesso em 14/10/2020

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273

qualificação técnico operacional sem a exigência de qualificação técnico-profissional, uma vez que a qualificação técnico-operacional se mostra, no caso concreto, mais relevante no edital sub examine, e diante disso reconheço a irregularidade do presente item.

7. **Exigência de qualificação técnica sem ser para as parcelas de maior relevância:**

No que se refere a exigência de qualificação técnica para as parcelas de maior relevância previsto no item 6.1.3 do edital, entendo que o instrumento convocatório mostra-se ofensivo ao art. 30 §5º, da Lei 8666/93, uma vez que o item exige comprovação de aptidão para todas as atividades objeto da licitação, contrariando a Lei de Licitações que explicita as qualificações técnicas só devem ser exigidas nas atividades de maior relevância. A título de elucidação segue transcrito a referida cláusula:

> 6.1.3 Qualificação econômico-financeira
>
> (...)
>
> c) Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com as características do objeto da licitação, através da apresentação de atestados de desempenho anterior, fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando a capacidade técnica para atendimento ao objeto da presente licitação;

Verifica-se que a cláusula transcrita exige que seja comprovado aptidão para as atividades a serem prestadas, através da apresentação de atestados do desempenho anterior, fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando a capacidade técnica para atendimento ao objeto da licitação.

Sendo assim, o Ministério Público junto ao tribunal, no parecer às fls. 581/585 opinou pela irregularidade da presente cláusula, uma vez que tal exigência apesar de prevista no art. 30, §1º da Lei 8666/93, apenas pode ser exigida relativamente às parcelas de maior relevância e valor significativo, nos termos do §2º, do art. 30 da Lei 8666/93.

A CR/88 dispõe em seu art. 37, inciso XXI que as qualificações técnicas só podem ser exigidas para os serviços indispensáveis ao cumprimento das obrigações, 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)**

No mesmo sentido, dispõe a Lei de Licitação:

> Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
>
> I – registro ou inscrição na entidade profissional competente;
>
> II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
>
> III – comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273

> IV – prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.
>
> § 1o A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:
>
> I – capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

Considerando que o instrumento convocatório no item 6.1.3 (fl. 548v) exige qualificação técnica para todas as atividades, sem especificar quais são as de maior relevância, voto pela irregularidade do presente item.

8. Ausência de estabelecimento de preço máximo:

Foi identificado pelo Ministério Público junto ao Tribunal que o certame não estabelece preço máximo, o que em seu posicionamento é uma irregularidade, uma vez que seria obrigatório a fixação de preços máximos, muito embora o art. 40, X, da Lei n. 8666/93 pareça conferir a faculdade de tal previsão.

Ocorre que a própria jurisprudência desta Corte já variou acerca do tema, como bem destacado pelo Conselheiro Cláudio Terrão, na Denúncia nº 812404 proferida pela Primeira Câmara na sessão do dia 15/12/2015:

> Assim como em relação à obrigatoriedade de divulgação do orçamento estimado na fase externa, o estabelecimento de preços máximos em licitações, na modalidade pregão, também é objeto de divergências na jurisprudência deste Tribunal.
>
> A Segunda Câmara, por exemplo, ao examinar a Denúncia nº 887934, concluiu que "a especificação do preço máximo para a contratação, prevista no inciso X do art. 40 da Lei nº 8.666/93, obrigatoriamente deve constar no ato convocatório". Em sentido oposto, a Primeira Câmara, quando da apreciação da Denúncia nº 838989, decidiu que "a fixação de preços máximos é uma faculdade, não uma obrigatoriedade".
>
> O Tribunal Pleno, por sua vez, nos autos do Recurso Ordinário nº 876182, acolheu a tese de que a estipulação de preços máximos não é obrigatória, constituindo-se apenas faculdade da Administração. Naquela oportunidade, o Relator do recurso, Conselheiro José Alves Viana, fez referência a decisões do Tribunal de Contas da União nas quais ficou assentado que "a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa" (Acórdão 392/2011, Rel. Min. José Jorge, publicado em 23/02/2011).

Nesse sentido o Plenário do Tribunal de Contas da União também já decidiu, conforme informativo n. 171, nas sessões dos dias 1º e 2º de outubro de 2013:

> Nos termos da Súmula TCU 259, a fixação de preços máximos é obrigatória apenas nas contratações de obras e serviços de engenharia. Nas demais contratações, é facultativa, podendo, por exemplo, o preço máximo ser definido com base no valor orçado, mas sempre em conformidade com o mercado.
>
> Em Auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Nova Cruz/RN, com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação dos recursos dos programas "Caminho da Escola" e Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar, foram evidenciadas possíveis irregularidades em tomada de preços conduzida pelo município, tendo em vista a adjudicação de serviços em preços superiores aos valores orçados pela administração.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273

> Invocando a Súmula TCU 259 (Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor), a unidade técnica sustentara que "o orçamento elaborado pela Administração, independentemente do objeto em licitação, sempre deverá ser considerado o limite máximo para formulação de proposta por parte dos licitantes, haja vista que qualquer oferta de preço acima deste será reputada como sobrepreço". Sobre o assunto – e relembrando que o objeto licitado fora serviço de transporte escolar – o relator registrou que a Súmula TCU 259 estabeleceu a obrigatoriedade da fixação de preços máximos, tanto unitários quanto global, apenas para obras e serviços de engenharia, "donde se conclui que, para outros objetos que não obras e serviços de engenharia, essa fixação é meramente facultativa". Nesse sentido, registrou que "orçamento", "valor orçado", "valor de referência" ou "valor estimado" não se confundem com "preço máximo": "O valor orçado, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o preço máximo a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. Num dado certame, por exemplo, o preço máximo poderia ser definido como o valor orçado acrescido de determinado percentual. São conceitos, portanto, absolutamente distintos, que não se confundem". No caso concreto, considerando a natureza do objeto licitado, a fixação de preço máximo, na forma disciplinada pelo art. 40, X, da Lei de Licitações e Contratos, não seria obrigatória. Assim, o fator decisivo seria a demonstração de compatibilidade dos preços praticados na licitação, não com o valor orçado, mas com os preços de mercado. Nesse sentido, Tribunal, ao apreciar a matéria, acompanhou o voto do relator pelo acolhimento das justificativas apresentadas pelos responsáveis ouvidos em audiência, cientificando a municipalidade das impropriedades consignadas no relatório de auditoria."

Sendo assim, diante da divergência acerca do tema, não reconheço a irregularidade apontada pelo MPTC acerca da ausência de fixação de preços máximos no instrumento convocatório.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, voto pela procedência parcial da denúncia e julgo irregulares os seguintes procedimentos adotados pelo Município de Ataléia realização do Pregão Presencial nº 109/2018:

> a) inobservância dos arts. 47 e 48 da Lei Complementar nº 123/06, quanto à exclusividade da participação de microempresas e empresas de pequeno porte;
>
> b) restrição do modo de envio das impugnações, das razões de recursos e dos pedidos de esclarecimentos;
>
> c) insuficiência do Termo de Referência;
>
> d) inobservância do prazo previsto no inciso III do §3º do art. 15 da Lei 8.666/93;
>
> e) previsão de exigência de qualificação técnico operacional sem a exigência de qualificação técnico-profissional.
>
> f) exigência qualificação técnica para todas as atividades, sem especificar quais são as de maior relevância

Todavia, por entender, no presente caso concreto, que não houve efetivamente prejuízo à competitividade, além da ausência de dano ao erário, deixo de aplicar multa aos responsáveis e recomendo ao gestor que nos próximos certames cumpra as regras estatuídas pelo regime jurídico das contratações publicações, notadamente (a) observância da Lei Complementar n. 123/06, (b) possibilitar abertura de canais para recebimento de impugnações, das razões de recursos e dos pedidos de esclarecimento; (c) completude do Termo de Referência; (d) observâncias dos prazos editalícios; (e) (co)relação entre as especificações do objeto e as

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273

exigências de qualificação técnica-operacional.

Intimem-se os interessados pelo Diário Oficial de Contas – DOC e o Parquet, na forma regimental.

Cumpridas as determinações constantes no dispositivo deste voto e as disposições regimentais pertinentes, arquivem-se os autos, conforme o disposto no art. 176, I, do Regimento Interno.

* * * * *

jc/saf

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2264273