

Processo: 1114766
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Futura Comércio de Materiais Educacionais Ltda.
Denunciada: Associação dos Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí – AMESP
Responsável: Wagner do Couto
Procuradores: Andressa da Silva de Carvalho, OAB/PR 97.647; Abrahão Elias Neto, OAB/MG 55.164; José Otávio Ferreira Amaral, OAB/MG 74.071-B
MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

SEGUNDA CÂMARA – 30/8/2022

DENÚNCIA. CONSÓRCIO PÚBLICO DE MUNICÍPIOS. PREGÃO PRESENCIAL. MENOR PREÇO GLOBAL. BRINQUEDOS PEDAGÓGICOS E PLAYGROUND. AUSÊNCIA DE PARCELAMENTO DO OBJETO. INVIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICA DA DIVISÃO. SUPERFATURAMENTO DOS VALORES REGISTRADOS EM ATA DE REGISTRO DE PREÇOS. NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE. PARCIALMENTE PROCEDENTE. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DA LEI N. 12.527/2011. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. O parcelamento do objeto da licitação em itens, com vistas a ampliar a competitividade e o aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado, constitui regra geral a ser observada pelos gestores públicos, mas que, no entanto, pode encontrar óbices de ordem operacional, técnica e econômica, como dificuldades na execução ou aumento de despesas administrativas, casos em não caberá falar em parcelamento do objeto, sob pena de colocar em risco a própria finalidade da licitação.
2. O montante de uma licitação não pode ser calculando apenas com base no valor unitário dos produtos adquiridos, devendo levar em consideração também os custos com frete, manuseio, e instalação, valores que são acrescidos pelos licitantes em suas propostas. À vista disso, dado que o valor registrado na Ata de Registro de Preços ficou abaixo do preço de referência estimado pelo licitante, não se denota indícios de superfaturamento.
3. O Portal da Transparência de um Consórcio Público de Direito Público, composto por vinte e cinco municípios, deve conter todas as informações a respeito dos procedimentos licitatórios empreendidos, conforme requisitos de publicidade e transparência previstos na Lei n. 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação, sob pena de responsabilização e aplicação de multa ao pregoeiro responsável.

ACÓRDÃO

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

- I) julgar parcialmente procedente a denúncia formulada pela empresa Futura Comércio de Materiais Educacionais Ltda., em face do edital de Pregão Presencial n. 06/2022, tipo menor preço global, deflagrado pela Associação dos Municípios da Microrregião do

Médio Sapucaí (AMESP), em virtude da incorreta publicidade e transparência conferida ao processo licitatório, em desconformidade com o previsto na Lei n. 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação;

- II)** determinar ao dirigente máximo do consórcio que promova as devidas adequações no Portal da Transparência da entidade, informando a este Tribunal de Contas, no prazo de 90 (noventa) dias, as medidas adotadas, sob pena de multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 85, III, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas;
- III)** determinar a intimação da denunciante, do Senhor Wagner do Couto e do gestor responsável pela AMESP acerca do teor desta decisão;
- IV)** determinar, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 30 de agosto de 2022.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 30/8/2022**CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO****I – RELATÓRIO**

Trata-se de denúncia, com pedido de medida cautelar, formulada pela empresa Futura Comércio de Materiais Educacionais Ltda., em face do edital de Pregão Presencial nº 06/2022, tipo menor preço global, deflagrado pela Associação dos Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí (AMESP), cujo objeto consiste no registro de preços para contratação de empresa especializada para fornecimento de brinquedos pedagógicos e playground aos municípios que compõem o referido consórcio.

À vista das considerações apresentadas pela denunciante em sua peça vestibular e dos esclarecimentos prestados pelo gestor público responsável, indeferi a medida cautelar, por não vislumbrar, naquele momento a probabilidade do direito alegado (peça nº 21).

Ato contínuo, remeti os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL) para análise, tendo a Unidade Técnica, à peça nº 28, apresentado manifestação pela improcedência e consequente arquivamento da denúncia, uma vez que, a juízo daquela unidade, o critério de julgamento por menor preço global não apresentava ilegalidade, mas sim uma opção do gestor que melhor atenderia ao interesse público e alcançaria a proposta mais vantajosa para a Administração.

O Ministério Público junto ao Tribunal (MPC) opinou pela improcedência da irregularidade denunciada (peça nº 30).

Em 24/05/22, a denunciante protocolizou neste Tribunal a documentação acostada às peças nºs 34 e 35, mediante a qual alegou que a Ata de Registro de Preços encontra-se superfaturada e que o processo licitatório não observou o princípio da publicidade, uma vez que não foram disponibilizados no site do consórcio os documentos referentes ao certame. Acrescentou, ainda, que não foi informado à peticionante, via e-mail, a fase em que se encontrava o certame. Ao final, requereu a revisão da decisão que indeferiu a suspensão liminar pleiteada na inicial.

Diante da nova documentação apresentada, determinei, em 26/05/22, a intimação do Senhor Wagner do Couto, pregoeiro da AMESP, para que apresentasse esclarecimentos acerca dos novos fatos apontados pela denunciante, bem como esclarecesse em que situação se encontrava o procedimento licitatório e especialmente sobre a adesão pelos municípios consorciados, enviando toda a documentação atinente às fases interna e externa do certame (peça nº 33).

Regularmente intimado, o gestor encaminhou a documentação acostada às peças nºs 39 a 52, seguindo os autos à Unidade Técnica para exame.

A CFEL, em 14/06/22, diante da documentação juntada pelo gestor, entendeu pela procedência da denúncia quanto à ausência de publicidade e, quanto ao superfaturamento dos valores constantes na Ata de Registro de Preços, manifestou-se pela improcedência do apontamento (peça nº 54).

O MPC, em 27/06/22, não apresentou aditamentos, requerendo apenas a citação do responsável (peça nº 56).

Em despacho proferido no dia 05/07/22 (peça nº 57), em juízo de cognição sumária, entendi que a irregularidade relativa à ausência de publicidade não trouxe prejuízos à competitividade ou à obtenção da melhor proposta e, considerando que o valor registrado em ata é inferior ao preço de referência estimado pela Administração Pública, concluí que não havia elementos suficientes, naquele momento, seja a probabilidade do direito, seja o perigo de dano, para a

concessão da medida cautelar, motivo pelo qual indeferi a liminar postulada. Ato contínuo, determinei a citação do Senhor Wagner do Couto, pregoeiro da AMESP, para, querendo, apresentar as alegações que entendesse pertinentes acerca dos fatos apontados no relatório da Unidade Técnica (peça nº 54), no prazo de 15 (quinze) dias.

Em atendimento ao despacho, o responsável apresentou esclarecimentos acerca da falta de publicidade, afirmando que por se tratar de licitação compartilhada, as Atas de Registro de Preços e Contratos devem ser assinados por todos os representantes dos municípios consorciados (Prefeitos), e que tais assinaturas geralmente não são colhidas imediatamente, o que acarreta atrasos na publicação das atas no site, motivo pelo qual requereu pela reconsideração do apontamento, pois vem cumprindo o que determina a legislação no que diz respeito à transparência e publicidade. Afirmou ainda que a Ata de Registro de Preços nº 007/2022 firmada com a empresa Vale Comercio De Produtos Para Educação Ltda. fora publicada no dia 28/04/22 (peça nº 62).

Em sede de reexame, a Unidade Técnica entendeu que as razões de defesa deveriam ser acolhidas apenas em parte. A seu favor, entendeu que publicação da Ata de Registro de Preços nº 007/2022 na internet, firmada junto à empresa vencedora, afastou parcialmente a irregularidade relativa à ausência de publicidade do certame, apurada no relatório anterior. Entretanto, afirmou que o Portal da Transparência da AMESP não continha informações a respeito dos procedimentos licitatórios empreendidos no ano de 2022, em violação aos requisitos de publicidade e transparência previstos na Lei nº 12.527/2011, irregularidade essa passível das sanções previstas no art. 83 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008 (peça nº 64).

O MPC concordou com a análise técnica e também considerou parcialmente procedente a irregularidade, relacionada à ausência de publicidade, haja vista que não há publicação do resultado da sessão pública do Pregão Presencial nº 06/2022, realizada no dia 29/03/22, pugnando pela aplicação de multa ao Senhor Wagner do Couto, pregoeiro da AMESP (peça nº 66).

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A) Do critério de julgamento pelo menor preço global e da ausência de parcelamento do objeto

Insurge-se a denunciante contra a adoção do critério de julgamento por menor preço global, pois entende que diversos itens que a Administração Pública pretende adquirir, como playground, brinquedos e mobiliário, possuem finalidades distintas e utilização autônoma, o que inviabilizaria o agrupamento do objeto em lote único. Cita, como exemplo, a licitação promovida pelo Município de Pouso Alegre para aquisição de objeto idêntico, sendo adotado, naquela oportunidade, o critério de julgamento de menor preço por itens.

Alega que a justificativa apresentada pela AMESP é insuficiente, visto que, tratando-se de aquisição de apenas 45 itens, não haveria dificuldade na gestão do contrato com fornecedores diversos. Além disso, entende que o maior número de concorrentes aumentaria a possibilidade de se obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

De acordo com a denunciante, a divisibilidade do objeto é determinada pelo art. 15 da Lei nº 8.666/1993, pela Súmula TCU nº 247, além de diversos julgados no âmbito da Corte de Contas da União, como os Acórdãos nº 2695/2013 e nº 1913/2013. Dessa forma, conclui que o critério de julgamento por menor preço global, no caso em tela, restringiria a competitividade do

certame e privilegiaria determinados licitantes, acarretando prejuízos ao erário.

Regularmente intimado, o gestor apresentou os seguintes esclarecimentos (peça nº 19):

1 - DO NÃO FRACIONAMENTO DO OBJETO (MENOR PREÇO GLOBAL)

Com relação ao objeto da denúncia, qual seja, à adoção da licitação do tipo menor preço global, de acordo com o que dispõe o artigo 23, §§ 1º e 7º, da Lei 8666/93, tem-se que:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

(...)

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

(...)

§ 7º Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala.

À vista de mencionados dispositivos foram editadas as Súmulas 247, do Tribunal de Contas da União e 114, do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, respectivamente, com seguintes redações:

Súmula nº 247 - TCU:

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

Súmula 114 – TCE/MG

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

Uma leitura apressada poderia levar a conclusão de que a adoção do tipo de julgamento “menor preço global” seria, a princípio, uma irregularidade. No entanto, é de se observar que ambas as Súmulas em questão possuem condições no sentido de que a licitação por itens somente deve ser adotada quando:

- a) tal medida propiciar melhor aproveitamento das condições de mercado;
- b) não acarretar perda da economia de escala; e
- c) não acarretar prejuízo para o conjunto ou complexo a ser contratado.

As disposições acima expostas, evidenciam de forma clara e incontestável o caráter excepcional do regramento que compele a Administração Pública a licitar o objeto em diversos itens, posto que, são claras ao condicionar tal obrigação à comprovação da viabilidade técnica e econômica de tal fracionamento, assim como, à inexistência da perda

da economia de escala. Na mesma linha condicional, o parágrafo sétimo do artigo 23 ressalta necessidade de inexistência de prejuízo ao conjunto do objeto que se pretende adquirir.

Não se discute que, em determinadas situações, o fracionamento do objeto licitado em vários itens permitirá a participação de um maior número de licitantes e que tal fato democratiza o acesso às contratações públicas.

Quanto a tal fato, não resta a menor dúvida, todavia, apesar da competição e acirrada disputa entre os particulares serem objetivos traçados na norma regulatória em comento, tal não permite prejuízos ao erário com o único fim de possibilitar maior acesso aos particulares. O que se pretende com o processo licitatório, além da democratização da participação, é a maior vantajosidade para a Administração.

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

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

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

13. DA JUSTIFICATIVA. Considerando a necessidade de obter regular andamento de trabalho desenvolvido em toda Administração Pública, através das atividades das Secretarias Municipais envolvidas nas mais diversas modalidades, especialmente na realização das atividades pedagógicas atribuídas a essas brincadeiras, pois, esses brinquedos são capazes de motivar as crianças a agir socialmente, ajudando umas as outras na diversão e aprendizado, nesse sentido, o significado de brincar vai além da diversão em si, significa aprender a resolver problemas, tomar decisões, explorar, negociar e conseguir se expressar de forma legítima através de situações que são relevantes e muito significativas. Assim brincadeiras e jogos podem e devem ser utilizados como forma de ferramenta importante de educação para o educado através da orientação e observação, o mesmo pode avaliar e compreender como acontece o desenvolvimento social, cultural, emocional, físico-motor de cada indivíduo.

O agrupamento dos itens em um único lote também visou tornar mais eficiente o processo de aquisição do registro de preços, para evitar emissão de empenhos com valores ínfimos, e assim, proporcionar um processo mais eficaz e econômico. Cabe lembrar que o agrupamento de itens torna o preço mais atraente e compensatório em termos logísticos ao fornecedor, fomenta a disputa e amplia o número de interessados na licitação; e, finalmente, considerando que este procedimento atende aos princípios que norteiam as aquisições públicas de bens e serviços e esta prática visa adquirir o melhor pelo menor preço, dentro de uma possível e maior aproximação da padronização fica plenamente justificado o agrupamento de itens específicos. Assim sendo, o presente Termo de Referência tem por objetivo definir o conjunto de elementos que nortearão o procedimento licitatório para a contratação de empresa no ramo pertinente.

(...)

Quanto ao Preço Global:

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

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

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

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

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

Pouso Alegre/MG, aos 08 de Março de 2022.

1 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, esperamos que as justificativas apresentadas sejam suficientes para afastar os apontamentos constantes na Representação e, dado o evidente interesse público na efetivação das contratações, seja autorizado o seguimento do processo.

Informamos ainda que, não foi efetivada qualquer contratação oriunda do processo objeto da representação estando o processo na fase de apresentação das amostras, motivo pelo qual não há outros documentos a serem juntados.

Por derradeiro, cumpre informar que iremos suspender a homologação do certame até a manifestação deste E. Tribunal, e caso a decisão seja pela alteração do Edital, o procedimento será revogado e instaurado novo procedimento.

Convém destacar que o parcelamento do objeto da licitação em itens, com vistas a ampliar a competitividade e o aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado, constitui regra geral a ser observada pelos gestores públicos, mas que, no entanto, pode encontrar óbices de ordem operacional, técnica e econômica, como, por exemplo, dificuldades na execução do objeto ou aumento de despesas administrativas. Em tais casos, não caberá falar em parcelamento do objeto, sob pena de colocar em risco a própria finalidade da licitação, conforme leciona Marçal Justen Filho:

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

fracionamento que acarretar elevação dos custos através do argumento de benefício a um número maior de particulares.¹

No mesmo sentido, esta Corte de Contas tem entendido, no que se refere ao parcelamento do objeto, que as obras, os serviços e as compras serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, sempre visando o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala. Esse melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, por certo, reside na esfera discricionária do gestor público que detém o conhecimento da melhor opção que atenderá ao interesse público.

No julgamento da Representação nº 1.058.586, pela Segunda Câmara, na sessão do dia 06/08/20, deixei consignado o seguinte:

De início, percebo a necessidade de transcrever, para o deslinde da questão, o texto do § 1º do art. 23 da Lei de Licitações, nestes termos:

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

Veja-se, que a redação é clara, serão divididas as obras, os serviços e as compras em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis e visando, sempre, ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. Esse melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, por certo, reside na esfera discricionária do gestor público que detém, com mais propriedade que este Tribunal, o conhecimento da realidade do mercado em sua região ou no entorno de seu município, das limitações geográficas que podem ou não onerar os contratos, da existência ou não de diversos fornecedores, enfim, da melhor opção que atenderá ao interesse público.

(...)

A regra do parcelamento do objeto deve ser lida, ainda, em consonância com o que dispõe o art. 12 do Estatuto das Licitações e Contratações Públicas:

Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos:

I - segurança;

II - funcionalidade e adequação ao interesse público;

III - economia na execução, conservação e operação;

IV - possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação;

V - facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço;

VI - adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas;

VII - impacto ambiental.

Assim, além do juízo técnico administrativo de verificar a viabilidade de parcelamento do objeto em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala, deve o

¹ Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed. rev., atual. e ampl.. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 440

gestor levar em consideração conjuntamente a segurança, a funcionalidade e a adequação ao interesse público; a economia na execução, a conservação e a operação; a possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação; a facilidade na execução, na conservação e na operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço; a adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas; e o impacto ambiental.

Ademais, só procedendo assim é que se verão atendidas as diretrizes e os princípios insertos no art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93. Os dispositivos legais citados não exigem para reunião em lote único que haja correlação, interdependência e vínculo entre os itens que compõem o objeto licitado. Com efeito, repiso, o administrador público, na legítima esfera de sua competência e na sua margem legal de discricionariedade, é quem melhor detém o conhecimento de seu mercado local e de sua real necessidade.

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

No caso concreto, o pregão presencial, deflagrado pela AMESP, objetiva o registro de preços para futura e eventual contratação de empresa especializada no fornecimento de brinquedos pedagógicos e playground, materializados em 45 (quarenta e cinco) itens diversos.

Dito isso, constata-se, das razões apresentadas pelo gestor, que a escolha pela reunião dos diversos itens em um único lote pautou-se pelo melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, tendo sido o critério de julgamento devidamente justificado no Termo de Referência.

No mesmo sentido, a CFEL (peça nº 28) e o Ministério Público de Contas (peça nº 30) manifestaram-se pela improcedência da irregularidade, entendendo que a adoção do critério de julgamento por menor preço global não apresentou ilegalidade, mas pelo contrário, mostrou-se a opção do gestor que melhor atende ao interesse público e apresenta vantagem para a Administração Pública, sem ofensas aos princípios da ampla competitividade e da economicidade.

Por todo o exposto, entendo improcedente a irregularidade apontada.

B) Do superfaturamento dos valores registrados em Ata de Registro de Preços

Em 24/05/22, a denunciante, diante da ocorrência de novos fatos, aditou a denúncia através da documentação acostada às peças nºs 34 e 35, mediante a qual alega, entre outros apontamentos, que a Ata de Registro de Preços, no valor total de R\$ 77.499.781,80 (setenta e sete milhões quatrocentos e noventa e nove mil setecentos e oitenta e um reais e oitenta centavos), encontra-se superfaturada, visto que, após a realização de uma pesquisa no mercado pela internet, os mesmos itens foram encontrados pelo valor de R\$ 49.089.011,35 (quarenta e nove milhões oitenta e nove mil onze reais e trinta e cinco centavos). Entende também que o valor registrado em ata é incompatível com o porte dos municípios que constituem o consórcio, sendo a maioria composta por poucos habitantes, de modo que não teriam condições de adquirir o objeto pelo valor em questão e nem alunos suficientes para utilizar o quantitativo previsto na ata. Dessa forma, aduz que a Ata de Registro de Preços “foi realizada apenas com o intuito de realizar adesões junto aos órgãos não participantes, levando os prejuízos aos cofres públicos por todo território nacional”.

Diante da documentação juntada pelo gestor, em 14/06/22, a CFEL manifestou-se nos seguintes termos em relação ao apontamento de superfaturamento dos valores constantes na Ata de Registro de Preços (peça nº 54):

Ao se pronunciar a respeito do alegado superfaturamento, o Sr. Wagner do Couto, por meio de seu procurador legalmente constituído, Sr. José Otávio Ferreira Amaral, esclareceu que pelo menos 10 (dez) itens apresentados na planilha da Denunciante (peça nº. 34, cód. arq. 2763468) não se adequam ao descritivo do objeto. Além disso, apresentou as seguintes justificativas:

É certo que, comparando itens que seriam desclassificados por uma série de razões (tais como dimensões ou falta de requisitos) é plenamente possível se chegar a valores inferiores.

A desonestidade intelectual patente na denúncia não se resume à comparação a partir de itens não adequados ao edital.

Isso porque a Denunciante, na planilha por ela apresentada, limitou-se a calcular os valores a partir da soma aritmética dos itens (incompatíveis com o edital, repita-se) pesquisados em sites, desconsiderando-se custos de relevante monta, relativos ao frete e instalação dos produtos.

Em suma, a suposta discrepância de R\$ 28.369.860,45 entre a proposta da Vale Comércio Ltda. (R\$ 77.499.781,80) *versus* o valor pesquisado (R\$ 49.089.011,35) decorre de uma pesquisa feita a partir de vários produtos inadequados à parametrização do edital, somada à ausência de estimativa de custos com frete e instalação dos itens.

Ao final, o gestor público anexou em sua manifestação cópia de Atas de Registro de Preço firmadas por outros órgãos para aquisição dos produtos previstos no Edital de Pregão Presencial nº. 06/2022, com vistas a demonstrar a compatibilidade entre o valor registrado e aquele que é praticado no mercado.

De início, convém destacar que, de fato, vários produtos inseridos na planilha elaborada pela Denunciante não atendem às especificações do instrumento convocatório, não sendo aptos, portanto, a comprovar o alegado superfaturamento. Cita-se, como exemplo, o Item 01, cujas dimensões previstas no edital são de 150cm x 155cm x 260cm. Porém, o produto indicado pela Denunciante possui dimensões de 59cm x 59cm x 110cm, praticamente metade das dimensões constantes no descritivo do objeto. Já os itens 02, 03, 06, 07, 08, 10 e 28, além de não possuírem as dimensões exigidas, são incompatíveis com outras especificações previstas no edital, conforme muito bem demonstrado na manifestação de peça nº. 51, cód. arq. 2788975.

Também assiste razão ao gestor público ao entender que o orçamento realizado pela Denunciante não é compatível com os valores praticados no mercado. Isso porque, além do valor unitário dos produtos, caberia à Denunciante levar em consideração também os custos com frete e manuseio, valores que são acrescidos pelos licitantes em suas propostas. Somente a pesquisa de produtos similares na internet, como foi feita pela Denunciante, sem considerar todos os demais custos envolvidos na aquisição, não constitui parâmetro adequado para avaliar a adequação dos valores constantes na Ata de Registro de Preços.

Por fim, compulsando os autos do processo licitatório, nota-se que a AMESP realizou, ainda na fase interna do certame, o levantamento de preços junto a três fornecedores, sendo eles: Vale Comércio de Produtos para Educação Ltda. – EPP, que veio a se sagrar vencedora do certame; Take Distribuidora de Brinquedos e Playgrounds e Rotocycle Indústria e Comércio de Plásticos Eireli (peça nº. 50, cód. arq. 2788976 e peça nº. 49, cód. arq. 2788977). Os valores orçados por cada uma das empresas podem ser visualizados na seguinte tabela:

FORNECEDOR	VALOR DO ORÇAMENTO
Vale Comércio de Produtos para Educação Ltda. – EPP	R\$ 79.787.670,40
Take Distribuidora de Brinquedos e Playgrounds	R\$ 81.182.457,00
Rotocycle Indústria e Comércio de Plásticos Eireli	R\$ 79.143.235,00

A partir dos orçamentos acima, a Administração Pública calculou a média dos valores e estabeleceu como preço de referência o montante de R\$ 80.037.787,30 (oitenta milhões, trinta e sete mil, setecentos e oitenta e sete reais e trinta centavos). Nota-se que o valor do lance vencedor, posteriormente registrado na Ata de Registro de Preços, foi de R\$ 77.499.781,80 (setenta e sete milhões, quatrocentos e noventa e nove mil, setecentos e oitenta e um reais e oitenta centavos), abaixo, portanto, do valor estimado pela AMESP.

Diante de todo o exposto, considerando que os produtos indicados pela Denunciante não possuem as especificações técnicas exigidas no instrumento convocatório; considerando que a AMESP realizou, na fase interna do certame, a cotação de preços, em conformidade com o artigo 3º, inciso III, da Lei nº. 10.520/2002; considerando, por fim, que o preço registrado em ata é inferior ao valor estimado para a contratação, esta Unidade Técnica entende que não existem nos autos indícios que demonstrem o superfaturamento dos valores registrados na Ata de Registro de Preços.

Por esse motivo, considera-se improcedente o presente apontamento.

Desse modo, à vista das razões apresentadas pelo gestor e do fato de que a Ata de Registro de Preços firmada junto à empresa Vale Comércio de Produtos para Educação Ltda. no dia 27/04/22, no valor de R\$ 77.499.781,80 (setenta e sete milhões quatrocentos e noventa e nove mil setecentos e oitenta e um reais e oitenta centavos), ficou abaixo do preço de referência estimado pela AMESP em R\$80.037.787,30 (oitenta milhões trinta e sete mil setecentos e oitenta e sete reais e trinta centavos), entendo, em consonância com a Unidade Técnica e com o MPC, que não existem indícios de superfaturamento nos autos.

Em decorrência disso, considero improcedente o apontamento.

C) Da ausência de publicidade

Na mesma documentação acostada às peças nº 34 e 35, a denunciante, alegou, em síntese, que o processo licitatório promovido pela AMESP não observou o princípio da publicidade, tendo em vista que não foram disponibilizados no sítio eletrônico do Consórcio os documentos referentes ao Pregão Presencial nº 06/2022, tampouco respondido o requerimento encaminhado por e-mail, acerca da fase em que o certame se encontrava.

O defendente, por sua vez, afirmou que a empresa denunciante em momento algum solicitou informações por e-mail ou mesmo por requerimento formal, tendo apenas um de seus representantes entrado em contato por meio telefônico no dia 01/07/22 solicitando vista do processo (peça nº 51).

Em análise preliminar, a Unidade Técnica assim se posicionou:

Embora a Lei nº. 10.520/2002 e a Lei nº. 8.666/1993 sejam silentes a respeito do tema, sabe-se que a publicação de informações concernentes a procedimentos licitatórios no meio eletrônico é medida que se impõe à Administração Pública, por força da Lei nº. 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação, conforme estabelece o seu artigo 8º, inciso IV e §2º, *in verbis*:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:

[...]

IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

[...]

§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

A regra acima é excepcionada pelo §4º, que dispensa os Municípios de até 10.000 (dez mil) habitantes da divulgação obrigatória na internet a que se refere o §2º, sem prejuízo da divulgação de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Apesar desta exceção, entende-se que mesmo os pequenos Municípios não podem se furtar ao cumprimento dos princípios da publicidade e da transparência, que, ao estabelecerem uma relação horizontal com o cidadão, permitem um controle mais efetivo por parte da sociedade.

Além disso, é necessário ressaltar que o órgão licitante possui natureza de Consórcio, constituído por 26 Municípios, sendo eles: Andradas, Borda da Mata, Bueno Brandão, Cachoeira de Minas, Camanducaia, Careçu, Carmo da Cachoeira, Conceição dos Ouros, Congonhal, Espírito Santo do Dourado, Estiva, Inconfidentes, Ipuina, Jacutinga, Monte Sião, Natércia, Paraisópolis, Poço Fundo, Santa Rita do Sapucaí, São Bento Abade, São João da Mata, São Sebastião da Bela Vista, Senador Amaral, Senador José Bento, Tocos do Moji e Turvolândia. O número de habitantes de todos esses Municípios, quando somados, ultrapassam o limite de 10.000 (dez mil) habitantes, afastando-se a aplicabilidade da exceção prevista no referido §4º.

Sendo assim, caberia à AMESP publicar em seu sítio eletrônico as informações relativas ao Pregão Presencial nº. 06/2022, o que inclui não só edital, mas também os resultados e todos os contratos celebrados, em estrita observância ao disposto no artigo 8º, §1º, inciso IV e §2º, da Lei de Acesso à Informação.

Em consulta ao site do Consórcio, verifica-se que apenas o instrumento convocatório foi disponibilizado na internet² [...].

Porém, ao contrário do que estabelece a Lei de Acesso à Informação, não consta no sítio eletrônico o resultado da sessão pública do pregão, realizada no dia 29/03/2022, tampouco a Ata de Registro de Preços firmada junto à empresa Vale Comércio de Produtos para Educação Ltda., no dia 27/04/2022, documentos cuja publicidade é fundamental para garantir a transparência dos atos praticados pela Administração Pública.

Portanto, tendo em vista a deficiência na aplicação das regras contidas na Lei de Acesso à Informação, com prejuízos à publicidade dos atos decorrentes do Pregão Presencial nº. 06/2022, esta Unidade Técnica entende pela procedência do presente apontamento.

O defendente, em petição de peça nº 62, aduziu que todas as informações relacionadas a procedimentos licitatórios, inclusive as atas de registro de preços assinadas, são devidamente publicadas no sítio eletrônico da AMESP e no Portal da Transparência da instituição. Para tanto, colacionou à manifestação cópia dos links de acesso a tais dados.

² <https://amesp.mg.gov.br/licitacao/pregao-presencial-no-06-20>

Alegou ainda que as atas de registro de preços são assinadas por todos os representantes dos municípios consorciados, por se tratar de licitação compartilhada, mas que geralmente tais firmas não são colhidas de imediato. Dessa forma, somente após a assinatura de todos os prefeitos as atas seriam publicadas no site, sendo disponibilizadas todas as demais informações no Portal da Transparência. Confirmando as suas alegações, citou os links de publicação dos editais e atas de registro de preços celebrados pelo consórcio, inclusive aquela firmada junto a Vale Comércio de Produtos para Educação Ltda., empresa que se sagrou vencedora do Pregão Presencial nº 06/2022.

Ao fim, pugnou pela reconsideração da irregularidade apontada, “vez que como demonstrado a AMESP vem cumprindo o que determina a legislação no que diz respeito à transparência e publicidade”.

Em novo relatório (peça nº 64), a Unidade Técnica assim entendeu:

Com efeito, o link <https://amesp.mg.gov.br/licitacoes-publicadas/> contém a divulgação de todos os editais de licitação publicados no âmbito da AMESP, com informações relativas à data de abertura dos envelopes, modalidade, número da licitação, data de publicação e status do certame.

Por sua vez, o link <https://amesp.mg.gov.br/atas-de-registro-de-preco/> conduz à página eletrônica em que estão relacionadas todas as atas de registro de preços firmadas pela AMESP, o que inclui a Ata de Registro de Preços nº. 007/2022, assinada junto à empresa Vale Comércio de Produtos para Educação Ltda., vencedora do Pregão Presencial nº. 06/2022¹.

Contudo, o link disponibilizado para acesso ao Portal da Transparência - <http://www.transparenciafacil.com.br/0195205> - ao contrário do que alega o Defendente, não fornece dados a respeito do Pregão Presencial nº. 06/2022 ou qualquer outro certame promovido pela AMESP no ano de 2022. Esta Unidade técnica, ao acessar o referido link e pesquisar por licitações da modalidade pregão realizadas no ano de 2022, obteve como resultado a informação “nenhum registro encontrado”, mesmo com a última atualização do Portal tendo sido realizada no dia 25/07/2022. [...]

Dessa forma, entende-se que a publicação da Ata de Registro de Preços nº. 007/2022 na internet, firmada junto à empresa Vale Comércio de Produtos para Educação Ltda., afastou parcialmente a irregularidade relativa à ausência de publicidade do certame, apurada por esta Unidade Técnica no relatório anterior. Por outro lado, conforme o exposto acima, nota-se que o Portal da Transparência da AMESP não contém informações a respeito dos procedimentos licitatórios empreendidos no ano de 2022, de modo que a ampla transparência dos atos praticados pela Administração Pública continua prejudicada.

Portanto, devido à ausência de dados no Portal da Transparência, esta Unidade Técnica entende que a AMESP não cumpriu plenamente os requisitos de publicidade e transparência previstos na Lei nº. 12.527/2011 - Lei de Acesso à Informação, devendo as razões de defesa serem acolhidas apenas em parte.

Concluindo sua análise, a Unidade Técnica manifestou-se pelo acolhimento parcial das razões de defesa apresentadas pelo defendente quanto a ausência de publicidade. Entretanto, alertou que as irregularidades remanescentes constatadas poderiam ensejar, observado o devido processo legal, a aplicação de multa pelo Tribunal de até 100% (cem por cento) de R\$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (caput e inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16).

No mesmo sentido, o *Parquet* de Contas, diante da procedência parcial das irregularidades apontadas no aditamento da denúncia, pugnou pela aplicação de multa ao Senhor Wagner do

Couto, pregoeiro da AMESP, pela ausência de publicação do resultado da sessão pública do Pregão Presencial nº 06/2022, realizada no dia 29/03/22, no site da instituição.

Como descrito acima, desde a entrada em vigor da Lei nº 12.527/2011, passou a ser obrigatória a disponibilização em meio eletrônico do inteiro teor dos editais de licitação, consoante se extrai do art. 8º da referida lei. Seu texto regulamenta o direito constitucional de acesso a informações públicas e objetiva garantir ao cidadão o acesso amplo a qualquer documento ou informação produzidos ou custodiados pelo Estado que não tenham caráter pessoal e não estejam protegidos por sigilo. Trata-se de norma de cumprimento obrigatório para todos os entes governamentais, que estabelece importantes instrumentos de controle social e participação popular na luta contra a corrupção e no aperfeiçoamento da gestão pública.

Considerando que o Portal da Transparência da AMESP não contém informações a respeito dos procedimentos licitatórios empreendidos no ano de 2022, e que o sítio eletrônico do Consórcio apresenta apenas os editais e atas de registro de preços, sem permitir o acesso as demais documentações geradas durante o processo licitatório, entendo que a ampla transparência dos atos praticados pela Administração Pública continuou prejudicada, pelo não cumprimento na íntegra dos requisitos de publicidade e transparência previstos na Lei de Acesso à Informação.

Há que se considerar, no entanto, que apenas o pregoeiro, responsável pela condução do certame em análise, foi citado nos presentes autos e que, em regra, não se incluem dentre as atribuições desse agente a correta alimentação do Portal da Transparência da entidade a que pertence, conforme se extrai, por exemplo, do disposto no Decreto federal nº 3.555/2000, que regulamenta a modalidade de licitação denominada pregão no âmbito da União:

Art. 9º As atribuições do pregoeiro incluem:

- I - o credenciamento dos interessados;
- II - o recebimento dos envelopes das propostas de preços e da documentação de habilitação;
- III - a abertura dos envelopes das propostas de preços, o seu exame e a classificação dos proponentes;
- IV - a condução dos procedimentos relativos aos lances e à escolha da proposta ou do lance de menor preço;
- V - a adjudicação da proposta de menor preço;
- VI - a elaboração de ata;
- VII - a condução dos trabalhos da equipe de apoio;
- VIII - o recebimento, o exame e a decisão sobre recursos; e
- IX - o encaminhamento do processo devidamente instruído, após a adjudicação, à autoridade superior, visando a homologação e a contratação.

Art. 10. A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da Administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou da entidade promotora do pregão, para prestar a necessária assistência ao pregoeiro.

Nesse cenário, entendo não ser cabível a aplicação de qualquer sanção ao Senhor Wagner do Couto, pregoeiro, em razão dessa falha.

Todavia, em decorrência do não cumprimento na íntegra dos requisitos de publicidade e transparência previstos na Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação, determino ao dirigente máximo da AMESP que promova as devidas adequações no Portal da Transparência da entidade, informando a este Tribunal de Contas, no prazo de 90 (noventa) dias, as medidas

adotadas, sob pena de multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 85, III, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, julgo parcialmente procedente a denúncia formulada pela empresa Futura Comércio de Materiais Educacionais Ltda., em face do edital de Pregão Presencial nº 06/2022, tipo menor preço global, deflagrado pela Associação dos Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí (AMESP), em virtude da incorreta publicidade e transparência conferida ao processo licitatório, em desconformidade com o previsto na Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação.

Em decorrência disso, determino ao dirigente máximo do consórcio que promova as devidas adequações no Portal da Transparência da entidade, informando a este Tribunal de Contas, no prazo de 90 (noventa) dias, as medidas adotadas, sob pena de multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 85, III, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas.

Intimem-se a denunciante, o Senhor Wagner do Couto e o gestor responsável pela AMESP acerca do teor desta decisão.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

* * * * *