

DENÚNCIA N. 932377

Denunciante: Vanderleia Silva Melo
Denunciada: Prefeitura Municipal de Prata
Partes: Anuar Arantes Amui e Ademir de Souza Santos
Procuradores: Laila Soares Reis - OAB/MG 93429, Daniel Ricardo Davi Sousa - OAB/MG 94229, Roberta Catarina Giacomo - OAB/MG 120513, Renata Soares Silva - OAB/MG 141886, Olívio Girotto Neto - OAB/MG 109909, Haiala Alberto Oliveira - OAB/MG 98420, Iris Cristina Fernandes Vieira - OAB/MG 140037 e Suiany Rosa Rodrigues - OAB/MG 140599
MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

E M E N T A

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS NOVOS, CÂMARAS DE AR E PROTETORES. RESTRIÇÃO À APRESENTAÇÃO DE RECURSOS. APLICAÇÃO DE MULTA AO PREGOEIRO. RECOMENDAÇÃO.

1. 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 n. 247 do TCU)
2. A participação de empresas reunidas em consórcio é admitida pelo art. 33 da Lei n. 8.666/93, exigindo-se que sua vedação seja sempre justificada. Isso porque a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, uma vez que ao gestor público não é conferida ampla liberdade para atuar de acordo com sua vontade.
3. Na modalidade pregão, a anexação do orçamento ao edital não é obrigatória, bastando a sua inclusão no respectivo procedimento administrativo, uma vez que a Lei n. 8.666/93 somente é aplicável aos pregões de forma subsidiária.
4. A disponibilização apenas da forma presencial para a interposição de recursos restringe o direito dos licitantes ao contraditório e à ampla defesa, sendo necessário que o ato convocatório admita outras formas de interposição de recursos, tais como, pelo correio, por email e por fax, o qual se afigura razoável para garantir o exercício do direito ao contraditório.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

1ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara – 02/02/2016

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia oferecida pela Senhora Vanderleia Silva Melo em face do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 014/2014 – Processo Licitatório nº 167/2014, deflagrado pelo Município de Prata, cujo objeto consiste na aquisição de pneus novos, câmaras de ar e protetores para serem utilizados nos veículos e máquinas da frota municipal.

Em síntese, alega a Denunciante que o Município adotou o critério de julgamento tipo menor preço global por lote, o que contraria o disposto no inciso IV do art. 15 e no §1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, ferindo os princípios da economicidade e da isonomia por restringir a participação de fornecedores.

Argumenta, ainda, que o critério de julgamento tipo menor preço por item deveria ter sido adotado em atenção aos citados dispositivos legais e por favorecer a competitividade e proporcionar aquisição com melhores preços.

Protocolizada em 05/08/14, a denúncia veio acompanhada dos documentos de fls. 15/62, tendo sido recebida por despacho da então Conselheira-Presidente e distribuída à minha relatoria em 06/08/14 (fls. 63/64).

Encaminhados os autos à Unidade Técnica, esta considerou irregular o critério de julgamento das propostas do tipo menor preço global por lote, considerando correto o menor preço por item (fls. 66/72).

O Ministério Público de Contas aditou a denúncia, considerando irregular a ausência de justificativa de proibição de empresas em consórcio, a ausência de orçamento estimado em planilhas e a restrição à apresentação de recursos (fls. 74/85).

Citados os Senhores Anuar Arantes Amui e Ademir de Souza Santos, respectivamente, Prefeito do Município de Prata e Pregoeiro, apresentaram defesa, requerendo o arquivamento do feito por inexistir ofensa à competitividade, à legalidade e prejuízo ao erário.

Em sede de reexame, a Unidade Técnica entendeu que as irregularidades anteriormente apontadas foram sanadas com a defesa, permanecendo somente a restrição à apresentação de recursos. Manifestou-se, ainda, pela emissão de recomendação aos responsáveis para que, nos próximos editais, providenciem a anexação de planilhas de quantitativos e preços unitários e globais (fls. 124/130).

O Parquet de Contas considerou que as alegações trazidas pelos jurisdicionados não afastaram as irregularidades apontadas, opinando pela aplicação de multa e pela expedição de recomendação aos responsáveis para que, em caso de deflagração de novo procedimento licitatório, suprimam as falhas apuradas (fls. 131/134).

É o relatório, no essencial.

Concedo a palavra à representante das partes.

ADVOGADA RENATA SOARES SILVA:

Obrigada, Excelência.

Ilustres Conselheiros, boa-tarde; representante do Ministério Público, boa-tarde; demais pessoas aqui presentes, boa-tarde.

O que me traz a esta Tribuna é tão somente esclarecer as alegações contra os meus clientes e tentar, de alguma forma, esclarecer o que apresentamos na defesa.

Pois bem, com relação à adoção do critério menor preço por lote em detrimento do menor preço por item, conforme foi colocado na defesa esse critério não impossibilitou, não restringiu a participação no certame. Isso porque, apesar de o município ter adotado o critério de menor preço por lote, os lotes foram especificados por itens, foram agrupados em itens: lote 1: câmaras de ar, lote 2 – pneus, lote 3 – protetores. Ou seja, Excelência, não há, no presente caso, o agrupamento de objetos de natureza distinta a restringir, dessa forma, o universo dos participantes.

Pelo contrário, o que se percebe é a total correlação entre os itens nos lotes, razão pela qual não há que se falar em restrição de participação. Também não foi comprovada a prática dessa alegada restrição à competitividade. Além disso, o instrumento convocatório, em nenhum momento, foi impugnado pelas partes. Essa denúncia tão somente foi feita em razão da empresa que denunciou perder o prazo da licitação.

Também aqui deixo claro, e é bom ressaltar, que foram adotados os critérios de viabilidade técnica e de economia para a Administração, tanto que o lote 2 teve uma considerável redução nos valores então dispostos pelo município.

Com relação à ausência de justificativa para vedação à participação de empresas em regime de consórcio no certame licitatório, Excelência, a admissão ou vedação é considerada ato discricionário da Administração, devendo ser analisada de acordo com os critérios de complexidade e de vulto do objeto a ser contratado, o que não se apresenta no presente caso. Não há complexidade nos itens colocados nos autos. A decisão sobre a participação de empresas em consórcio cabe única e exclusivamente ao órgão promotor da licitação. É um juízo de oportunidade e conveniência e se encontra em sua margem de discricionariedade. No presente caso, trago a Vossas Excelências um ensinamento do Professor Justen Filho em que, em sua doutrina “Comentários à Lei de Licitação e Contrato Administrativo”, assevera:

O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública.

E ele conclui:

Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto.

Então, Excelência, ressalto, mais uma vez, que não há complexidade nos itens aqui tratados. Isso foi comprovado nos autos e na nossa defesa.

Com relação à ausência de orçamento detalhado, ele foi feito, só não foi colocado nos editais do pregão, e essa não é uma exigência. Ele foi feito em uma fase interna do processo licitatório.

Com relação a “o edital não prevê a forma de envio das razões de recursos e das contrarrazões”, isso não feriu, em momento algum, o contraditório e a ampla defesa, porque as partes poderiam, sim, enviar as suas razões de recurso por e-mail ou por fax, e o município as aceitaria. Isso foi um erro material reconhecido, e nos próximos certames será colocado de forma expressa.

Então, peço pelo provimento da defesa.

Obrigada.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

FUNDAMENTAÇÃO

1- Do julgamento pelo menor preço por lote

A Denunciante alega que o pregão foi realizado sob o menor preço por lote, ao invés do menor preço por item.

A Unidade Técnica considerou irregular o julgamento da licitação pelo menor preço por lote, uma vez que a competitividade foi restringida, já que a licitação do tipo menor preço por item fomentaria a concorrência, redundando em ofertas mais favoráveis à Administração.

Os responsáveis alegaram que em nenhum momento o ato convocatório foi impugnado quanto à adoção de tal critério. Afirmaram, ainda, que a composição dos lotes não restringiu a participação no certame, uma vez que eles foram formados de acordo com as especificações de cada item.

Os gestores informaram, ainda, que a adoção do critério de julgamento menor preço por lote deve-se demonstrar por meio da viabilidade técnica e da econômica. A viabilidade técnica significa que cada item foi agrupado de acordo com sua especificidade, havendo coerência na formação dos lotes. Já a viabilidade econômica seria a demonstração de que houve a participação de 02 (duas) empresas e que no lote 02-pneus ocorreu a disputa de lances, reduzindo de forma significativa os valores, conforme se verifica no comparativo entre a ata de julgamento e o mapa de pesquisa de preços.

A Unidade Técnica retificou o seu posicionamento inicial, entendendo sanada a irregularidade, tendo em vista a viabilidade técnica demonstrada, já que os itens foram agrupados de acordo com sua especificidade e uma vez que não houve restrição à competitividade.

O § 1º do art. 23 da Lei de Licitações dispõe que a Administração parcelará o 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”.

Nesse sentido, destaco a Súmula nº 247, de 10/11/2004, do Tribunal de Contas da União – TCU, a qual estabelece que é obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

No presente caso, apesar de a licitação ter sido dividida em 03 (três) lotes para aquisição de pneus, câmaras e protetores, é possível concluir que a vantajosidade foi atingida, uma vez que o preço contratado, no valor de R\$353.680,95 (trezentos e cinquenta e três mil seiscentos e oitenta reais e noventa e cinco centavos) para o lote 02 - pneus, foi abaixo dos cotados, conforme pode ser verificado às fls. 120/121, no mapa de cotação de preços.

Dessa forma, considero irregular a agregação dos produtos da forma em que foi feita, mas deixo de aplicar multa aos responsáveis, tendo em vista que a aquisição não se mostrou antieconômica ou danosa para a Administração.

2- Da proibição de participação de empresas em consórcio

O Ministério Público de Contas entendeu que inexistente justificativa no edital para a vedação da participação de empresas reunidas em consórcio.

Os responsáveis alegaram que a admissão ou vedação de participação de empresas em consórcio é considerado ato discricionário da Administração, devendo ser analisados os critérios de complexidade e vulto do objeto a ser contratado.

Ponderaram que o objeto do certame não é de alta complexidade, sendo comercializado por diversos distribuidores e que não houve restrição ao caráter competitivo do certame e que nenhum denunciante questionou esse ponto do edital.

A Unidade Técnica considerou que as empresas que prestam os serviços licitados têm condições de realizar sozinhas o objeto do certame. Assevera, ainda, que não se vislumbra qualquer prejuízo ao certame em razão da vedação à participação das empresas em consórcio, principalmente considerando que o objeto licitado por si só justifica a vedação.

Por fim, o Órgão Técnico entendeu que o responsável deve motivar a sua eventual vedação de participação de consórcio nos próximos procedimentos licitatórios.

O *Parquet* de Contas opinou pela aplicação de multa aos responsáveis, uma vez que as alegações trazidas pelos responsáveis não afastaram a falha apontada.

A ausência de justificativa por parte da Administração para a vedação à participação de empresas em consórcio não encontra respaldo nos entendimentos consolidados na doutrina e na jurisprudência, inclusive desta Corte, uma vez que restrições desta ordem exigem justificativa e adequada motivação pela Administração.

A participação de empresas reunidas em consórcio é admitida pelo art. 33 da Lei nº 8.666/93, exigindo-se que sua vedação seja sempre justificada. Isso porque a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, uma vez que ao gestor público não é conferida ampla liberdade para atuar de acordo com sua vontade.

Assim, o administrador sempre deve reger sua conduta em estrita conformidade com os preceitos legais e os princípios gerais do direito, levando em conta, na presente hipótese, sobretudo, os princípios da economicidade e as conjunturas mercadológicas, tudo devidamente motivado e circunstanciado.

Todavia, como nos presentes autos, os responsáveis justificaram, em sede de defesa, a proibição de participação de consórcios no certame, entendendo sanada a irregularidade apontada.

Contudo, recomendo à Administração Municipal que caso resolva proibir a participação de consórcios, em licitações futuras, justifique devidamente a referida vedação.

3-Da ausência da planilha de custos unitários e do valor estimado da contratação

O Ministério Público de Contas entendeu que a licitação foi deflagrada sem o orçamento detalhado em planilhas como anexo do edital, em ofensa ao art. 40, §2º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93.

Os responsáveis informaram que o orçamento estimado em planilhas não constou do edital por ausência de previsão legal, ponderando que a planilha de custos somente é necessária ao procedimento na fase interna do certame. Juntou, também, o mapa de cotação de preços feito na fase interna do certame.

A Unidade Técnica ponderou que a planilha de orçamento estimado também deve ser anexada ao edital, embora conste na fase interna do procedimento administrativo, asseverando que é ela que irá orientar os interessados na formulação das propostas.

A questão da obrigatoriedade de divulgação do orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários, como anexo do edital, sempre foi objeto de divergência na doutrina e na jurisprudência.

A própria jurisprudência do TCU, que variou entre uma e outra corrente, culminou, recentemente por se modificar, passando a adotar como base o Acórdão nº 114/2007-P, segundo o qual, na modalidade pregão, a anexação do orçamento ao edital não é obrigatória, bastando a sua inclusão no respectivo procedimento administrativo, uma vez que a Lei nº 8.666/93 somente é aplicável aos pregões de forma subsidiária.

Acompanhando o posicionamento do TCU, esse Tribunal de Contas, no julgamento do Recurso Ordinário 887858, deliberado na sessão Plenária de 27/08/14, manifestou-se pela discricionariedade da anexação do orçamento ao edital do pregão, entendendo necessária apenas a ampla cotação do preço unitário dos produtos licitados, na fase interna do procedimento licitatório.

Nesse cenário, apesar de não estar plenamente convencido de que a discricionariedade da anexação do orçamento ao edital do pregão seja o entendimento mais adequado, curvo-me ao entendimento do Pleno e deixo de considerar ilegal a ausência de anexação ao edital do orçamento estimado em planilhas de preços unitários, quando esse estiver presente na fase interna do procedimento licitatório.

4 - Da restrição à apresentação de recursos

O Ministério Público de Contas constatou que o edital permite que as razões de recurso sejam encaminhadas ao pregoeiro apenas por escrito, excluindo a possibilidade de interposição via fax ou por email.

Os responsáveis informaram que o item 10.4 do edital não restringe a apresentação de recurso por fax ou email, apenas exige que os originais sejam apresentados no endereço do preâmbulo do edital.

Afirmaram, ainda, que houve omissão na redação do dispositivo apontado, que não especificou qual meio seria necessário para viabilizar o contraditório e a ampla defesa.

A Unidade Técnica, em sede de reexame, entendeu que o item 10.4 do edital, ao limitar o encaminhamento por escrito das razões de recurso, não prevendo o envio por fax e por email, cerceia o direito constitucional de ampla defesa e contraditório, no que foi acompanhado pelo *Parquet* de Contas.

De fato, a disponibilização apenas da forma presencial para a interposição de recursos restringe o direito dos licitantes ao contraditório e à ampla defesa.

Portanto, é necessário que o ato convocatório admita outras formas de interposição de recursos, tais como, pelo correio, por email e por fax, o qual se afigura razoável para garantir o exercício do direito ao contraditório.

Assim, considero irregular o edital quanto ao apontamento.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, julgo procedente a denúncia, considerando irregular o Pregão Presencial para Registro de Preços nº 014/2014, Processo Licitatório nº 167/2014, promovido pelo Município de Prata, tendo em vista a restrição à apresentação de recursos, razão pela qual aplico ao pregoeiro, Senhor Ademir de Souza Santos, multa no valor de R\$1.000,00 (um mil reais), a teor do disposto no inciso II do art. 85 da Lei Orgânica do Tribunal, tendo em vista que ele foi o signatário do presente edital.

Deixo de aplicar multa ao Senhor Anuar Arantes Amui, Prefeito do Município de Prata, por entender que a irregularidade apurada nos presentes autos é de responsabilidade exclusiva do pregoeiro.

Após a deliberação, intimem-se a Denunciante e o Senhor Anuar Arantes Amui do teor desta decisão.

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

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

De acordo.

CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO HAMILTON COELHO:

Também estou de acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

APROVADO O VOTO DO RELATOR, POR UNANIMIDADE.

Agradeço a participação da doutora Renata Soares Silva.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA SARA MEINBERG SCHMIDT DE ANDRADE DUARTE.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em julgar procedente a denúncia, considerando irregular o Pregão Presencial para Registro de Preços n. 014/2014, Processo Licitatório n. 167/2014, promovido pelo Município de Prata, tendo em vista a restrição à apresentação de recursos, razão pela qual aplicam ao pregoeiro, Sr. Ademir de Souza Santos, multa no valor de R\$1.000,00 (um mil reais), a teor do disposto no inciso II do art. 85 da Lei Orgânica do Tribunal, porquanto ele foi o signatário do presente edital. Deixam de aplicar multa ao Sr. Anuar Arantes Amui, Prefeito do Município de Prata, por entender que a irregularidade apurada nos presentes autos é de responsabilidade exclusiva do pregoeiro. Recomendam à Administração Municipal que caso resolva proibir a participação de consórcios, em licitações futuras, justifique devidamente a referida vedação. Após a deliberação, intimem-se a Denunciante e o Senhor Anuar Arantes Amui do teor desta decisão. Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

Plenário Governador Milton Campos, 02 de fevereiro de 2016.

CLÁUDIO COUTO TERRÃO

Presidente e Relator

(assinado eletronicamente)

jc/rrma/RAC/

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/____.

Coordenadoria de Taquigrafia e Acórdão