

DENÚNCIA N. 886516

Denunciante: Pedro José dos Santos
Denunciada: Prefeitura Municipal de Bom Sucesso
Exercício: 2013
Partes: Cláudia do Carmo Martins de Barros, Cláudia Luíza Aguiar, Cláudia Cristina de Carvalho Lopes
Procuradores: Júlio Firmino da Rocha Filho - OAB/MG 96648; Tiago Gaudereto Stringheta - OAB/MG 106373; Jaderson Wembley de Andrade Carvalho - OAB/MG 92674; Augusto Mário Menezes Paulinho - OAB/MG 83263
MPTC: Maria Cecília Borges
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

E M E N T A

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. OBRIGATORIEDADE DE VISITA TÉCNICA EM UM SÓ DIA. EXIGÊNCIA DE NO MÍNIMO DOIS ATESTADOS TÉCNICOS. FORNECIMENTO EXCLUSIVO DE PEÇAS E ACESSÓRIOS ORIGINAIS DE FÁBRICA. INSUFICIÊNCIA DO TERMO DE REFERÊNCIA. IRREGULARIDADES. APLICAÇÃO DE MULTAS ÀS SUBSCRITORAS DO EDITAL. ARQUIVAMENTO.

1. A exigência de que a visita técnica seja realizada pelos interessados em um único dia e horário mostra-se desarrazoada e limitadora à participação de um maior número de concorrentes. A retificação no procedimento em apreço não pode ser levada em conta porque é inexistente no mundo jurídico, uma vez que não possui condição de eficácia, por ausência de publicação nos termos do art. 21, § 4º, da Lei n. 8.666/93, o qual determina que qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original e reabertura de prazos se impactar a formulação das propostas.

2. A imposição de dois atestados de capacidade técnica da empresa participante do certame é desarrazoada, uma vez o edital poderia se limitar a exigir apenas um atestado, sem prejuízo do bom desempenho do licitante para a prestação dos serviços, considerando que a Constituição da República, no inciso XXI do art. 37, prevê que as exigências de qualificação técnica e econômica previstas no edital devem se restringir àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Da mesma forma, o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/93 veda a previsão de cláusulas que restrinjam o caráter competitivo da licitação, não podendo haver preferência em razão de circunstâncias impertinentes ou irrelevantes para cumprimento do objeto contratado.

3. A obrigatoriedade de fornecimento exclusivo de produtos “originais de fábrica” afasta a participação das empresas que forneçam materiais que atendam a especificação técnica, mas não sejam homologados pela fábrica, contrariando o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

4. A existência de um termo de referência precário quanto à caracterização detalhada da pretensa contratação, não apresentando os preços praticados no mercado, constitui irregularidade, uma vez que o termo de referência é documento que substitui o projeto básico nas licitações realizadas sob a modalidade pregão, constituindo elemento de suma importância, devendo descrever minuciosamente todos os elementos necessários para a formalização da contratação.

5. As irregularidades supramencionadas ensejam a procedência da Denúncia e a aplicação de

multas às subscritoras do edital.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

5ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara – 08/03/2016

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada por Pedro José dos Santos em face do Pregão Presencial nº 016/13 – Processo Licitatório nº 024/2013, deflagrado pelo Município de Bom Sucesso, cujo objeto consiste na contratação de empresa especializada na realização de reparos de assistência preventiva e corretiva e fornecimento de suprimentos genuínos e originais para as viaturas municipais.

Em síntese, o Denunciante alega que o ato convocatório está eivado de vícios que comprometem a livre concorrência e a legalidade do certame. Dentre esses supostos vícios alegados, destacam-se os seguintes:

- a) o processo licitatório engloba, em um único certame, a prestação de diversos serviços e a aquisição de bens;
- b) o estabelecimento de limite máximo de 180 km entre a oficina mecânica e a sede do Município, contrariaria o art. 3º, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93;
- c) a obrigatoriedade da visita técnica, previamente agendada, em um único dia;
- d) a exigência de dois atestados técnicos;
- e) o fornecimento exclusivo de peças e acessórios originais de fábrica.

O Denunciante requer, assim, a suspensão liminar do procedimento licitatório e, no mérito, a sua anulação com a determinação de que o Município realize novo certame de acordo com as normas legais.

A exordial foi protocolizada em 26/03/13 e veio instruída com os documentos de fls. 07/45, tendo sido recebida pela então Conselheira-Presidente nesta mesma data (fl. 46).

Os autos foram distribuídos a minha relatoria em 02/04/13.

Compulsando os autos, verifiquei que o Denunciante não diligenciou *oportune tempore* para obter o adequado exame do seu pleito, uma vez que a sessão de abertura dos envelopes de habilitação estava marcada para 25/03/13 e a inicial só foi protocolizada, neste Tribunal, em 26/03/13, tendo o processo chegado ao meu gabinete em 03/04/13.

Encaminhados os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL, esta concluiu pela existência das seguintes irregularidades (fls. 53/67):

- a) exigência de fornecimento exclusivo de peças e acessórios originais de fábrica, item 1.4 do anexo II do edital;
- b) obrigatoriedade da visita técnica, previamente agendada, em um único dia, item 5.1 do edital;
- c) inconsistência na fórmula do critério de julgamento, item 7.7.1;
- d) erro formal na indicação dos anexos, item 10.1.9 e item 10.1.10;

- e) erro formal na sequência de numeração dos itens do edital, item 12;
- f) ausência de indicação dos custos no Anexo I, itens 6.5.2 e 6.5.3.

Entendeu a Unidade Técnica, ainda, que os pontos abaixo numerados podem ser justificados, devendo os responsáveis apresentarem cópia da fase interna e externa do procedimento licitatório e do eventual contrato:

- a) cumulação de prestação de serviços e aquisição de bens em mesmo lote do certame;
- b) exigência de que o licitante deva possuir oficina mecânica situada em um raio de 180 km da sede da Prefeitura, item 4.2 do edital;
- c) exigência de no mínimo dois atestados técnicos, item 10.1.7 do edital;
- d) ilegalidade do item 8.12 da minuta da ata de registro de preços.

Em razão da manifestação do Órgão Técnico, determinei a intimação dos responsáveis para que apresentassem cópia da fase interna e externa do Pregão Presencial nº 16/2013, bem como do contrato eventualmente firmado (fl. 68).

Em resposta, os responsáveis encaminharam a documentação de fls. 73/432.

Remetidos, novamente, os autos à CFEL, essa constatou a permanência das seguintes irregularidades (fls. 434/443):

- a) exigência de que o licitante deva possuir oficina mecânica situada em um raio de 180 km da sede da Prefeitura, como condição de participação;
- b) obrigatoriedade da visita técnica, previamente agendada, em um único dia;
- c) exigência de no mínimo dois atestados técnicos, item 12.1.7 do edital;
- d) ausência de planilhas de custos unitários;
- e) inconsistência na fórmula do critério de julgamento;
- f) erro formal na indicação dos anexos;
- g) ausência de indicação dos custos da hora trabalhada no Anexo I;
- h) ilegalidade do item 8.12 da minuta da ata de registro de preços.

O Ministério Público de Contas aditou a denúncia para constar como irregulares a ausência do estabelecimento de preço máximo e a insuficiência do termo de referência, opinando, ao final, pela citação dos responsáveis (fls. 444/446v).

Em sede de defesa, os responsáveis alegaram que não houve prática de qualquer ilícito por parte dos gestores, sendo que meros erros formais constantes no edital não evidenciam a prática de qualquer ilegalidade. Ao final, pugnaram pelo arquivamento da denúncia, diante da inexistência de irregularidades (fls. 457/480).

A Unidade Técnica, reexaminando a matéria, entendeu pela permanência de irregularidades, manifestando-se pela aplicação de multa aos responsáveis (fls. 654/670).

O *Parquet* de Contas, em seu parecer conclusivo, também opinou pela aplicação de multa aos responsáveis, bem como pela emissão de determinação aos gestores para que, nos próximos certames, não mais pratiquem condutas tidas como irregulares, devendo a Unidade Técnica monitorar o cumprimento da obrigação.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Da contratação de prestação de serviços e aquisição de bens em um único certame

O Denunciante alegou que a contratação de prestação de serviços e aquisição de bens em um único certame restringiu a participação de grandes empresas (fls. 01/06).

O Órgão Técnico, examinando a justificativa da contratação de fls. 77, observou que os gastos totais com manutenção das máquinas pesadas, em 2012, ficaram em R\$443.553,20 (quatrocentos e quarenta e três mil quinhentos e cinquenta e três reais e vinte centavos), considerando os gastos com mão de obra e aquisição de peças, sem o cômputo dos serviços das retíficas dos motores. Já o valor estimado das atas de registro de preços aponta um total de R\$586.000,00 (quinhentos e oitenta e seis mil reais).

Dessa forma, concluiu pela razoabilidade econômica da contratação, já que a contratada realizará toda a manutenção preventiva e corretiva da frota, inclusive os serviços de retífica (fls. 434/443).

O § 1º do art. 23 da Lei de Licitações dispõe que a Administração quando da contratação de serviços 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 caso em tela, tendo sido demonstradas a vantajosidade e a viabilidade econômica da contratação de prestação de serviços e aquisição de bens em um único lote, conforme manifestação técnica de fls. 434/443, considero regular o item em análise.

2. Do estabelecimento de limite máximo de 180 Km entre a oficina mecânica e a sede do Município

O Denunciante alegou que o estabelecimento de limite máximo de 180 Km entre a oficina mecânica e a sede do Município restringiria a competição no certame àqueles licitantes localizados dentro da distância estipulada.

O Órgão Técnico, analisando o procedimento licitatório juntado aos autos, concluiu que apesar de a Administração alegar, em sede de impugnação, que a exigência visaria à aquisição de serviços rápidos para a continuidade do serviço público, esse item poderia ser considerado irregular, uma vez que estaria sendo exigido como condição de participação do certame. Para a Unidade Técnica, a referida exigência poderia ser requerida apenas como declaração de disponibilidade ou como obrigação da contratada (fls. 437).

Os responsáveis alegaram que não houve restrição à competitividade, uma vez que o edital licitatório fixou um razoável raio de 180 Km da sede da oficina mecânica para o município. Asseveraram que várias cidades poderiam participar do certame, tais como Lavras, Oliveira, Barbacena, Varginha, Belo Horizonte, etc.

Argumentaram, ainda, que tiveram como base os editais já elaborados pelo Tribunal de

Contas da União, pelo Ministério Público de Minas Gerais e por este Tribunal de Contas (fls. 459/464).

A Unidade Técnica, reexaminando a matéria, concluiu que a exigência de distância máxima entre a prestadora dos serviços e o Município pode assegurar a viabilidade econômica do contrato, pois deve ser levado em conta o custo benefício atinente ao tempo para o deslocamento. Contudo, asseverou que a questão principal é a exigência como condição de habilitação. Portanto, entendeu irregular o item em questão (fls. 655/657).

Com efeito, o item 4.2 estabelece como condição de participação que a licitante possua oficina mecânica situada em um raio de até 180 Km da sede da Prefeitura de Bom Sucesso para a execução do serviço (fl. 09).

A delimitação de localização geográfica para execução do serviço é razoável, uma vez que a Administração deve considerar a logística do deslocamento dos veículos, que consequentemente irá refletir no seu custo.

Nesse sentido, tem-se o seguinte julgado da Segunda Câmara, *in verbis*:

Denúncia nº 932816:

Assim, entendo que a restrição quanto à localização da oficina da **contratada**, imposta para atender a contento a Administração Pública, desde que razoável, visa a atender aos princípios da eficiência e da economicidade, pois a Administração considera, para o estabelecimento das condições de execução dos serviços, o custo-benefício.

No caso em exame, da forma como consta do edital, a exigência de localização geográfica da oficina prevista no subitem 4.2 do Termo de Referência não restringe o caráter competitivo do certame, uma vez que permite a participação de licitantes situadas a um raio máximo de cinquenta quilômetros da sede da Prefeitura de Lagoa Santa, o que pode resultar num considerável número de interessados na disputa, já que no raio estabelecido se encontra localizado grande número de estabelecimentos comerciais, conforme pontuou a Unidade Técnica.

Portanto, sendo razoável a restrição imposta no edital, entendo que não ficou configurada violação ao princípio da isonomia, porquanto visou tão somente à preservação da relação custo-benefício e, consequentemente, à escolha da proposta mais vantajosa, com a finalidade de melhor atender ao interesse público (grifei).

Como o estabelecimento da oficina no raio de 180 Km está relacionado à execução do contrato, e não à sede, entendo, no caso concreto, que a regra deve ser considerada regular.

3. Da obrigatoriedade de visita técnica, previamente agendada, em um único dia

O Denunciante alegou que a obrigatoriedade da visita técnica em único dia seria restritiva à participação de licitantes.

A Unidade Técnica entendeu que a visita técnica agendada para um único dia e horário restringiria a competitividade, caso possíveis interessados não pudessem realizar a visita no dia marcado pela Administração (fls.55/56).

Analisando o procedimento licitatório juntado aos autos, o Órgão Técnico constatou que houve retificação do edital, alterando as datas de visita técnica para os dias 18/03/13 a 21/03/13. Porém, não se observou a devida publicação da retificação (fls. 437/438).

Os responsáveis informaram que o prazo para realização de visita técnica foi prorrogado por alteração posterior do edital, não havendo que se falar em irregularidade do certame (fls. 464/466).

A Unidade Técnica, em sede de reexame, entendeu que não houve a devida divulgação da retificação (fls. 657/658).

O Ministério Público de Contas considerou que a mera retificação da cláusula da visita técnica sem a correspondente publicidade não tem o condão de sanar a irregularidade constatada, já que viola o princípio da publicidade (fls. 671/671v).

A exigência de que a visita técnica seja realizada pelos interessados em um único dia e horário mostra-se desarrazoada e limitadora à participação de um maior número de concorrentes, considerando que os licitantes podem não ter condições de comparecer à visita técnica no horário e dia fixados pela Administração.

A retificação no procedimento em apreço não pode ser levada em conta porque é inexistente no mundo jurídico, uma vez que não possui condição de eficácia, por ausência de publicação nos termos do art. 21, §4º, da Lei nº 8.666/93, o qual determina que qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original e reabertura de prazos se impactar a formulação das propostas.

Dessa forma, considero irregular o item.

4. Da exigência de no mínimo dois atestados técnicos

O Denunciante alegou que a exigência de dois atestados técnicos seria irregular.

O Órgão Técnico, ao examinar a documentação enviada, não localizou qualquer justificativa técnica para a exigência do item 12.1.7 do edital, entendendo mantida a irregularidade em análise (fl. 438).

Os responsáveis alegaram que a exigência de atestado de capacidade técnica é prática lícita e prevista na Lei nº 8.666/93, visando trazer segurança para a Administração em não contratar empresas ou pessoas inidôneas que tenham um histórico de descumprimento contratual com o Poder Público (fls. 466/469).

A Unidade Técnica, reexaminando a matéria, entendeu que não se justifica exigir dos licitantes mais de um atestado, comprovando capacitação técnico-profissional, sob pena de restringir o caráter competitivo do certame (fls. 658/659).

O Ministério Público de Contas ponderou que como o art. 30 da Lei nº 8.666/93 não estabelece o número mínimo de atestados de capacidade técnica a ser requerido do licitante, essa exigência deveria ser justificada (fls. 671v/672).

A Constituição da República, no inciso XXI do art. 37, prevê que as exigências de qualificação técnica e econômica previstas no edital devem se restringir àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Da mesma forma, o inciso I do §1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93 veda a previsão de cláusulas que restrinjam o caráter competitivo da licitação, não podendo haver preferência em razão de circunstâncias impertinentes ou irrelevantes para cumprimento do objeto contratado.

Este é o entendimento de Marçal Justen Filho:

Como dito, as exigências técnicas, no tocante a compras, são menos frequentes do que se passa quanto a obras e serviços. A sumariada disciplina legal, sobre o tema, não retrata proibição de constarem requisitos de capacitação técnica nos instrumentos

convocatórios de licitação para compras e qualquer excesso ou inadequação produz invalidade do instrumento convocatório¹.

Nesse sentido, destaco o posicionamento do TCU:

O estabelecimento de uma quantidade mínima e/ou certa de atestados fere o preceito constitucional da isonomia porque desigualdade injustamente concorrentes que apresentam as mesmas condições de qualificação técnica. Como dizer que um licitante detentor de um atestado de aptidão é menos capaz do que o licitante que dispõe de dois? Ora, a capacidade técnica de realizar o objeto existe, independentemente do número de vezes que tenha sido exercitada, ou não existe. Garantida a capacitação por meio de um atestado, não vejo como a Administração exigir algo a mais sem exorbitar as limitações constitucionais (TCU, Acórdão nº 1937/2003, Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti, Tribunal Pleno).

No caso dos autos, o item 10.1.7 exige como documento de habilitação que seja apresentada dois atestados de capacidade técnica da empresa, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, em papel timbrado, comprovando a execução satisfatória de serviços de manutenção de veículos.

Diante do exposto, observa-se que a exigência é desarrazoada, uma vez o edital poderia se limitar a exigir apenas um atestado, sem prejuízo do bom desempenho do licitante para a prestação dos serviços licitados.

Dessa feita, considero irregular o item em análise.

5. Do fornecimento de peças e acessórios originais de fábrica

O Denunciante alega que a exigência de fornecimento exclusivo de peças e acessórios originais de fábrica obrigaria os licitantes a comprá-los de uma única marca, o que afrontaria a Lei nº 8.666/93.

O Órgão Técnico, após a juntada do procedimento licitatório, reviu o seu posicionamento e entendeu razoável a exigência, uma vez que a garantia oferece aos produtos qualidade e segurança quanto à prevenção de acidentes de trânsito por falha mecânica (fls. 438/440).

Na forma como descrita, a cláusula exige que os produtos fornecidos sejam sempre de marca, afastando a participação das empresas que forneçam materiais que atendam a especificação técnica, mas não sejam homologados pela fábrica.

Dessa forma, a restrição à oferta de produtos “originais de fábrica” contraria o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Portanto, considero irregular o item.

6. Da ausência de planilha de custos unitários

A Unidade Técnica entendeu ser imprescindível que o edital venha acompanhado do orçamento estimado em planilhas (fls. 59/63).

Os responsáveis alegaram que não existe necessidade prática de apresentar a planilha em questão na medida em que as tabelas dos fabricantes já apresentaram os preços unitários de cada peça e os licitantes concorrerem apresentando o maior desconto sobre a tabela (fls. 469/471).

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, São Paulo: Dialética, 2008. P. 430.

A Unidade Técnica, reexaminando a matéria, entendeu pela permanência da irregularidade (fls. 659/661), o que foi acompanhada pelo Ministério Público de Contas (fls. 672/ 672v).

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 a tese mais adequada, 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.

7. Inconsistências e erros formais do edital

A Unidade Técnica constatou as seguintes irregularidades formais no edital:

7.1. Inconsistência na fórmula do critério de julgamento;

7.2. Erro na indicação dos anexos;

7.3. Erro na sequência de numeração dos itens do edital.

Da análise do item 7.1 percebe-se divergência dos valores do fator redutor, cujo coeficiente de incidência do valor das peças no total do serviço ora se apresenta como 0,70, ora como 0,6. Do mesmo modo, tem-se o coeficiente de incidência de mão de obra no total do serviço, ora consta com o valor de 0,30, ora com o valor de 0,4.

Ocorre, no entanto, que o erro em análise é meramente formal e não há informação nos autos de que ele tenha trazido prejuízo ao certame.

Quanto ao item 7.2, compulsando o ato convocatório observo que houve erro formal na descrição nos anexos do edital. Contudo, não houve prejuízo ao certame.

Por fim, no que se refere ao item 7.3, tendo em vista que não foi observado o erro de numeração no edital enviado pela Administração Pública a este Tribunal, considero afastada a irregularidade em análise.

8. Da ausência de indicação dos custos no Anexo I

A Unidade Técnica constatou que os itens 6.5.2 e 6.5.3 da minuta da ata de registro de preços indicam que os valores referentes à hora trabalhada e o percentual de desconto incidente sobre o preço das peças estão descritos no Anexo I daquela ata, porém o Órgão Técnico não observou a existência desse anexo (fl. 64).

Os responsáveis alegaram que é desnecessário apresentar qualquer preço unitário, pois as próprias tabelas já o apresentam. Ponderam que o valor unitário não é por hora trabalhada e

sim por veículo reparado (fls. 477/478).

De fato, não consta o Anexo I na minuta da ata de registro de preços, discriminando os valores referentes à hora trabalhada e o percentual de desconto incidente sobre o preço das peças.

Embora tenha havido um descuido da Administração em não juntar o anexo ao edital, entendo que não ocorreu prejuízo ao certame, uma vez que o Anexo I foi juntado à ata de registro de preços (fls. 430/432), razão pela qual deixo de aplicar multa aos responsáveis.

9. Ilegalidade do item 8.12 da minuta da ata de registro de preços

A Unidade Técnica constatou que o item 8.12 estabelece que é dever da contratada “executar quaisquer serviços não relacionados nesse ata”, ou seja, exige que sejam realizados serviços não licitados, em contrariedade ao disposto no art. 2º da Lei nº 8.666/93 (fl. 65).

Os responsáveis assumiram que houve um equívoco no referido item e que elaboraram um termo aditivo, excluindo o item em questão (fls. 478/479).

A Unidade Técnica, em sede de reexame, constatou que houve a devida retificação na cláusula da minuta da ata de registro de preços, consoante 1º Termo Aditivo nº 067/2013, fl. 482, entendendo, portanto, sanada a irregularidade apontada anteriormente (fl. 664).

De fato, o item 8.12 da minuta da ata de registro de preços foi elaborado de forma irregular, contudo tendo em vista que ele foi suprimido, conforme consta o 1º Termo Aditivo da Ata de Registro de Preços nº 067/2013 (fls. 482), deixo de aplicar multa aos responsáveis.

10. Da ausência do estabelecimento de preço máximo

O Ministério Público de Contas entendeu como irregular a ausência de cláusula que preveja o preço máximo aceitável pela Administração (fls. 444v/445).

Os responsáveis não se manifestaram especificamente sobre esse item.

A Unidade Técnica entendeu que a exigência do preço máximo é uma faculdade, embora seja recomendável constar nos atos convocatórios (fls. 664/665).

Recentemente, o Tribunal Pleno, 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).

Diante desse contexto, embora também não esteja plenamente convencido a respeito da tese aprovada pelo Tribunal Pleno, no sentido de que o estabelecimento de preços máximos constitui faculdade (e não obrigação) da Administração, adiro a esse entendimento e deixo de considerar ilegal a ausência da fixação de preços máximos no edital em exame, por ser medida que melhor se compatibiliza com o princípio da segurança jurídica.

11. Da insuficiência do termo de referência

O Ministério Público de Contas constatou que o termo de referência seria insuficiente, o que pode ter comprometido a competitividade do certame (fls. 445/446).

Os responsáveis não se manifestaram especificamente sobre esse item.

A Unidade Técnica entendeu pela existência da irregularidade, uma vez que o termo de referência presente às fls. 23/26 não se fez acompanhado dos elementos capazes de propiciar a

avaliação do custo pela Administração (fls. 665/667).

O termo de referência é documento que substitui o projeto básico nas licitações realizadas sob a modalidade pregão, constituindo elemento de suma importância, que descreve minuciosamente todos os elementos necessários para a formalização da contratação. A esse respeito, ensina Marçal Justen Filho:

O dito “termo de referência” consiste na formalização documental das avaliações da Administração acerca disso tudo. Nele se evidenciarão as projeções administrativas acerca da futura contratação, de molde a assegurar que a Administração disponha de todas as informações necessárias a determinar a necessidade, a viabilidade e a conveniência da contratação.²

Ressalta-se que o termo de referência deve conter, nos termos da legislação mineira aplicável à matéria (Decreto nº 44.786/08 – art. 4º, XX), todos os elementos necessários e suficientes (i) à verificação da compatibilidade da despesa com a disponibilidade orçamentária, (ii) ao julgamento e classificação das propostas, (iii) à definição da estratégia de suprimento, (iv) à definição dos métodos de fornecimento ou de execução do serviço e (v) à definição do prazo de execução do contrato.

Ainda que não haja previsão expressa quanto à obrigatoriedade do termo de referência constar como anexo do edital, deve-se aplicar subsidiariamente ao pregão a regra do art. 40, § 2º, inciso I da Lei nº 8.666/93, que estabelece a obrigatoriedade de se anexar ao edital o projeto básico.

A necessidade incluir o termo de referência como um anexo dos editais de licitação destinados à aquisição de pneus está consolidada no âmbito desta Corte, encontrando-se essa orientação expressa na cartilha intitulada “Principais irregularidades encontradas em editais de licitação – PNEUS”:

O Termo de Referência, específico para a modalidade de pregão, ainda que pelo Sistema de Registro de Preços, é um instrumento de gestão estratégica, sendo, portanto, indispensável. Representa uma projeção detalhada da futura contratação, onde são abordadas questões como: a definição do objeto de forma detalhada, clara e precisa; as etapas; os prazos; o valor estimado da contratação quanto ao custo unitário e global; a modalidade da licitação; a metodologia a ser observada (envolve tanto o tipo de insumos utilizados quanto o manuseio destes insumos); os critérios de avaliação de qualidade do produto; forma de apresentação do produto; critérios para avaliação da habilitação dos proponentes, além de outras questões. Em razão disto, o Termo de Referência é utilizado como um anexo ao edital de licitação.

Compulsando os autos, entretanto, verifica-se que o documento de fls. 23/26, designado como termo de referência, é bastante precário quanto à caracterização detalhada da pretensa contratação, tendo em vista que não apresenta os preços praticados no mercado.

Assim sendo, considera-se irregular este item.

III – CONCLUSÃO

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 3ed. São Paulo: Dialética.2004. p. 70.

Diante do exposto, julgo procedente a denúncia, relativa ao Pregão Presencial nº 016/2013, considerando irregulares: (I) a obrigatoriedade de visita técnica em um só dia, (II) a exigência de no mínimo dois atestados técnicos (III) o fornecimento exclusivo de peças e acessórios originais de fábrica (IV) a insuficiência do termo de referência, (V) a ausência de indicação dos custos no Anexo I e (VI) a previsão do item 8.12 da minuta da ata de registro de preços, razão pela qual aplico às Senhoras Cláudia Cristina de Carvalho Lopes e Cláudia Luíza Aguiar, respectivamente, Pregoeira do Município e Presidente da Comissão de Licitação, multa no valor de R\$1.000,00 (mil reais) por irregularidade, com exceção das previstas nos itens V e VI, nos termos da fundamentação, o que totaliza o montante de R\$4.000,00 (quatro mil reais), a teor do disposto no inciso II do art. 85 da Lei Orgânica do Tribunal.

Deixo de aplicar multa à Senhora Cláudia do Carmo Martins de Barros, Prefeita do Município de Bom Sucesso, por entender que as irregularidades apuradas nos presentes autos são de responsabilidade exclusiva das subscritoras do edital.

Após a deliberação, intimem-se as partes.

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

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

De acordo.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

APROVADO O VOTO DO RELATOR, POR UNANIMIDADE.

(PRESENTE À SESSÃO À 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, relativa ao Pregão Presencial n. 016/2013, considerando irregulares: (I) a obrigatoriedade de visita técnica em um só dia; (II) a exigência de no mínimo dois atestados técnicos; (III) o fornecimento exclusivo de peças e acessórios originais de fábrica; (IV) a insuficiência do termo de referência; (V) a ausência de indicação dos custos no Anexo I; e (VI) a previsão do item 8.12 da minuta da ata de registro de preços, razão pela qual aplicam às Senhoras Cláudia Cristina de Carvalho Lopes e Cláudia Luíza Aguiar, respectivamente, Pregoeira do Município e Presidente da Comissão de Licitação, multa no valor de R\$1.000,00 (mil reais) por irregularidade, com exceção das previstas nos itens V e VI, nos termos da fundamentação, o que totaliza o montante de R\$4.000,00 (quatro mil reais), a teor do disposto no inciso II do art. 85 da Lei Orgânica do Tribunal. Deixam de aplicar multa à Senhora Cláudia do Carmo Martins de Barros, Prefeita do Município de Bom Sucesso, por entender que as



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS



irregularidades apuradas nos presentes autos são de responsabilidade exclusiva das subscritoras do edital. Após a deliberação, intimem-se as partes. Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

Plenário Governador Milton Campos, 08 de março de 2016.

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Presidente e Relator

(assinado eletronicamente)

jc/FG/MS

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