



GABINETE DA CONSELHEIRA
CRISTIANA DE CASTRO MORAES
(11) 3292-3267 - gcccm@tce.sp.gov.br

DECISÃO

Processo: TC-007456.989.22-7.

Representante: Cassiano Hugo Sales Gigante, OAB/SP Nº 412.186.

Representada: Prefeitura Municipal de Itararé.

Responsável: Heliton Scheidt do Valle – Prefeito.

Procuradoras: Ariane de Carvalho Leme, OAB/SP nº 377.155; Camila Diniz Rezende, OAB/SP nº 377.990; Natália Constantino da Fonseca, OAB/SP nº 407.650 e Caroline Oliveira Souza Mucci, OAB/SP nº 245.795.

Assunto: Representação contra o Edital do Pregão Presencial nº 08/2022, da Prefeitura de Itararé, que objetiva a escolha da proposta mais vantajosa para aquisição de gêneros alimentícios para alimentação escolar de 2022.

Em exame a Representação formulada pelo Advogado Cassiano Hugo Sales Gigante, contra o Edital do Pregão Presencial nº 08/2022, da Prefeitura de Itararé, que objetiva a escolha da proposta mais vantajosa para aquisição de gêneros alimentícios para alimentação escolar de 2022.

A abertura da licitação, anteriormente marcada para as 08h30 de 15/03/2022, foi adiada para as 8h30 de 07/04/2022.

Em resumo o representante critica os seguintes aspectos do edital:

- a. Adoção do pregão presencial sem justificativas para não ser utilizado o pregão eletrônico como determina o Decreto Federal nº 10.024/2019, embora haja previsão da utilização de recursos federais;
- b. Exigência de Alvará de Funcionamento como requisito de habilitação;

- c. Embora o subitem 12.5 preveja a possibilidade de prorrogação do ajuste até por um ano, não há cláusula prevendo reajustamento do contrato;
- d. Também não há cláusula de correção monetária por inadimplemento da Administração;
- e. Exigência de atestado de Capacidade Técnica comprovando fornecimento anterior em 50% do objeto licitado restringe indevidamente o certame, impedindo a ampla participação de interessados;
- f. Exigência de capital social mínimo contraria a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (subitem 8.1.4.4);
- g. Exigência aleatória de laudos (subitem 10.2.2), não havendo razão para exigir para determinados produtos de um lote e não para de todos;
- h. Ausência de cotas para micro e pequenas empresas;
- i. A formação de lotes num mesmo certame não se encontra no histórico de licitações, causando um cerceamento de participações, sendo que a composição dos lotes agrupa impropriamente produtos distintos em um mesmo lote (lote 2: condimentos com congelados; lote 3: macarrão e nhoque cozido congelado; lote 5: café junto com arroz e feijão; lote 12: geleia de frutas congeladas com leite em pó e achocolatado).

Conclui requerendo a adoção de medida cautelar que suspenda o andamento da licitação, para ao final ser acolhida a impugnação formulada com determinação de correção do instrumento nos pontos impugnados.

Registro que o presente feito foi distribuído à minha relatoria por prevenção em virtude de abrigar matéria conexa àquela tratada no Processo TC-20345.989.21-4, que analisou Representação contra a versão anterior do edital em questão (Pregão nº 47/2021), formulada pela empresa Embratec Comércio de Carnes e Alimentos Ltda.

A Representação foi julgada parcialmente procedente na Sessão do Tribunal Pleno de 10/11/21, com determinação de correção dos seguintes aspectos do instrumento: 1) admitir todos os métodos de sistema de congelamento IQF reconhecidos pelas competentes autoridades de fiscalização e controle; 2) excluir a exigência de etiqueta litografada nas embalagens plásticas, de modo a recepcionar toda forma de rotulagem admitida pela Resolução RDC nº 259/02 da Diretoria Colegiada da ANVISA; e 3) ampliar o prazo de apresentação dos laudos bromatológicos, conformando-o ao tempo necessário para a respectiva emissão.

A abertura do certame, anteriormente marcada para 08h30 de 15/03/2022 foi adiada para as 8h30 de 07/04/2022, conforme publicação levada a efeito na edição de 15/03/2022, do Diário Oficial do Estado – Seção I, Poder Executivo, pg. 282, em

razão de correções feitas no instrumento.

Desse modo, havendo lapso temporal suficiente para o exercício do contraditório, antes de avaliar o mérito dos questionamentos suscitados, assino à Prefeitura representada o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para que trouxesse aos autos cópia do edital retificado, acompanhada de justificativas quanto às impropriedades suscitadas.

Em resposta, a Administração compareceu aos autos trazendo cópia do edital retificado, acompanhado dos esclarecimentos que entendeu pertinentes.

Inicialmente, a defesa apresentada esclarece que, além dos recursos federais, a contratação será custeada por recursos de convênio estadual.

Assevera que, neste caso, os recursos federais são decorrentes do PNAE, programa instituído pelo Governo Federal, os quais são transferidos automaticamente para os municípios, independente de convênio, não havendo, portanto, a adoção obrigatória de pregão eletrônico, uma vez que não se aplica o Decreto nº 10.024/19.

Sobre a requisição de Alvará de Funcionamento na fase de habilitação, esclarece que o documento é admissível para fins de habilitação jurídica e não técnica, conforme precedente jurisprudencial que colaciona, o qual salvaguarda a disposição contestada.

Argumenta que o edital não prevê qualquer forma de reajuste do contrato, porquanto esse tem vigência de 06 (seis) meses prorrogáveis, sendo que essa prorrogação é apenas uma hipótese, de modo que na hipótese do ajuste se estender a mais de um ano, não haverá impedimento para aplicação de eventual atualização monetária em índice compatível com o objeto, caso cabível, com fundamento no artigo 65 da Lei de Licitações.

Considera que a omissão de cláusula de correção monetária na hipótese de inadimplemento da Administração não configura irregularidade, uma vez que a retificação efetuada no instrumento prevê esse índice.

Defende a legalidade da exigência de atestado de capacidade técnica, que guarda esteio na norma de regência, tendo sido observada a Súmula nº 24 desta Casa.

Do mesmo modo, sustenta a legalidade do subitem 8.1.4.4, que exige capital social mínimo no limite de 10% com base na proposta ofertada pela licitante.

Com referência aos laudos bromatológicos exigidos, afirma que se destina a apenas alguns produtos e não a todos os itens do lote, sendo endereçada à empresa

vencedora da disputa, ampliando a competitividade do certame.

No que diz respeito à ausência de cotas para micro e pequenas empresas, argumenta não haver um número mínimo de possíveis fornecedores nessa condição, sobretudo considerando o pequeno porte do município de Itararé, trazendo, ainda, nesse aspecto, precedentes desta Corte em relação a essa questão.

Quanto à divisão dos lotes, considera que a Administração elaborou a divisão respeitando itens de acordo com sua natureza e especificidades, sendo que foi elaborado lote específico para produtos congelados.

No mais, ressalta o atendimento de todas as determinações exaradas na decisão anterior desta Corte em relação ao edital, requerendo, pois, a total improcedência da representação em exame.

É o relatório.

Decido:

Preliminarmente, convém verificar se os termos do edital ora em análise observam a decisão anterior desta Casa acima referida, proferida no Processo TC-20345.989.21-4.

Com efeito, pelo menos nessa análise inicial é possível observar que o novo ato convocatório admite todos os métodos de sistema de congelamento IQF reconhecidos pelas competentes autoridades de fiscalização e controle, bem como houve a exclusão da exigência de etiqueta litografada nas embalagens plásticas.

Quanto à apresentação dos laudos bromatológicos, juntamente com as amostras, o subitem 10.2 e seguintes do ato convocatório retificado (evento nº 20 do processo eletrônico), ampliou o prazo inicialmente estabelecido, que era de 03 (três) dias, passando para 08 (oito) dias úteis, cumprindo o que foi anteriormente determinado.

A partir dessa verificação, passo a análise das impugnações aduzidas neste feito asseverando que algumas delas são atingidas pela preclusão, nos termos da jurisprudência desta Corte, porquanto são disposições ou regras que constavam da versão primária do edital, analisada no mencionado Processo TC-20345.989.21-4 não tendo sido alvo de impugnação naquela ocasião.

Nessa condição encontram-se os questionamentos referentes a modalidade de pregão presencial; prazo de vigência e reajuste contratual; correção na hipótese de inadimplemento da Administração e a ausência de cotas para micro e

pequenas empresas.

Tal conclusão se ampara na jurisprudência deste Tribunal em relação à matéria, conforme julgamentos dos processos TC-25243/026/03 (Tribunal Pleno, em Sessão de 15 de outubro de 2003. Relator Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga), TC-6738/026/04 (Sentença singular, publicada no DOE de 14 de fevereiro de 2004, exarada pelo Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga), e TC-16529/026/09 (Tribunal Pleno, em Sessão de 13 de maio de 2009. Relator Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho), entre outros.

Reproduzo, a propósito, trecho do voto condutor da referida Decisão do TC-25243/026/03, da lavra do eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, que bem elucida situações da espécie:

“Em tal conformidade, é inadmissível o exame do mérito da representação oferecida pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS - ABRELPE, diante da evidente preclusão acontecida.

Sendo admissível a instauração de exame prévio de edital, “até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas” (cf. Lei n. 8.666/93, artigo 113, § 2º), é esse o termo final do prazo fatal de que dispõe “qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica”, para suscitar a atuação da Corte acerca do respectivo teor, tal como publicamente divulgado.

Republicado que tenha sido o ato convocatório, em obediência a julgado do Tribunal, proferido em sede de exame prévio de edital, só a novidade substantiva porventura incidente admitirá verberação na mesma via processual.

Essa orientação vai ao encontro do caráter excepcional do controle prévio dos atos da Administração, sujeito, por isso, a interpretação restritiva.

Evita, ademais, o mau uso do instituto do exame prévio do edital, impedindo sua utilização como mero instrumento para retardar a realização de licitações, mercê do fatiamento de impugnações que podem e devem ser apresentadas desde logo.

Eventuais irregularidades ou ilegalidades existentes no edital, que escapem ao exame prévio por conta de sua natural limitação, devem para exame posterior, sujeito a regular instrução”.

Quanto às questões remanescentes, não vejo motivos para se adotar a drástica medida de suspensão do certame, na forma requerida na inicial.

A apresentação de Licença de Funcionamento prevista no subitem 8.1.1.3 encontra respaldo nas disposições do inciso V do artigo 28 da Lei nº 8.666/93, como já decidido pela jurisprudência desta Corte.

De igual modo, os requisitos de qualificação técnica operacional, em quantitativos de, no mínimo, 50% do objeto licitado, se mostra em conformidade com o entendimento jurisprudencial desta Casa, consolidado na Súmula nº 24:

SÚMULA Nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

Prosseguindo, o §3º do artigo 31 da Lei de Licitações alberga a exigência de capital social mínimo estimado em 10% do valor da proposta da licitante, não subsistindo a ilegalidade suscitada.

Quanto à exigência de Laudos apenas para alguns produtos em detrimento de outros, penso tais regras do edital tendem a ampliar a disputa, uma vez que não se está exigindo documentação para todos os itens.

De mais a mais, qualquer dúvida quanto a esse aspecto poderia ter sido solvida pelo interessado pela via administrativa, junto ao órgão promotor do certame.

Aplico mesmo raciocínio para a questão referente à composição dos lotes, mesmo porque a inicial não é aparelhada como os elementos necessários para uma constatação inequívoca desse aspecto, pelo menos nessa análise preliminar da matéria.

Não obstante essas conclusões, alerto a Administração da necessidade de observar a legislação de regência e a jurisprudência desta Corte nas tratativas desenvolvidas na condução do certame, de forma que os assuntos aqui tratados, ou outras questões incidentes sobre a matéria poderão vir a ser retomados na atuação ordinária da fiscalização por nós empreendida.

Nessas circunstâncias, adstrita aos termos da inicial, não vislumbrando flagrante ilegalidade ou restritividade, deixo de adotar medida no sentido da suspensão do certame, determinando o arquivamento do feito com prévia ciência dessa decisão ao representante e à representada.

Publique-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público de Contas.

Ao Cartório, para as providências cabíveis.

G.C., em 06 de abril de 2022.

CRISTIANA DE CASTRO MORAES

Conselheira

CÓPIA DE DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE POR: CRISTIANA DE CASTRO MORAES. Sistema e-TCESP. Para obter informações sobre assinatura e/ou ver o arquivo original acesse <http://e-processo.tce.sp.gov.br> - link 'Validar documento digital' e informe o código do documento:
3-S2IK-9J0A-8ALH-5V40