

EXCELENTÍSSIMO PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
DE SÃO PAULO

Assunto: EXAME PRÉVIO DE EDITAL
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 001/2024
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 19/2024

CENTER VALLE COMERCIAL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO

BUSINESS LDTA, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ nº 03.563.498/0001-99, sediada à Av. Brigadeiro Faria Lima, 1811, Sala 1119 – CEP 01.452-001 – Jd. Paulistano/SP, neste ato representada, por seu advogado e bastante procurador **MARIO LUIZ RIBEIRO MARTINS JUNIOR**, brasileiro, separado, portador da Carteira de Identidade nº. 30.327.494-3 e devidamente inscrito no CPF/MF sob o nº 258.439.738-24, Título Eleitoral nº 2169.6088.0167, OAB/SP 271.144, residente e domiciliado na Rua Santa Terezinha nº 66, Vila Sul Americana, Carapicuíba, CEP: 06397-040, Estado de São Paulo, instrumento de mandato incluso, vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento na lei 14.133/21, tempestivamente interpor a presente:

REPRESENTAÇÃO

Com Pedido de Liminar

Da licitação em referência, consoante às razões de Fato e de Direito, que passa a expor:

DOS FATOS

O CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DA REGIÃO OESTE METROPOLITANA DE SÃO PAULO – CIOESTE abriu o processo licitatório Pregão Eletrônico n.º 01/2024, do tipo **MENOR PREÇO GLOBAL POR LOTE**, que tem como objeto Registro de preço para eventual aquisição de Uniformes Escolares para os alunos das Escolas Municipais dos Municípios Consorciados

Ocorre que ao analisar o ato convocatório e as exigências constantes no edital verificou-se a fatos que restringirem o universo dos participantes e a competitividade, condição esta essencial para a validade de qualquer procedimento licitatório, ao passo que:

1 - Da Irregular Adoção do Sistema de Registro de Preço - TC 018499.989.24-2.

2 – Adota Critério de Julgamento Global /Restringindo o Universo dos Participantes ao Certame - TC-006806.989.24-0

3 – Exigência Restritiva de Comprovação Técnica / Comprovação Técnica Impossível de ser Cumprida por ME e EPP.

4 – Da Interferência da Gestão Municipal

DO DIREITO

1 - Da Irregular Adoção do Sistema de Registro de Preço - TC 018499.989.24-2.

O primeiro ponto que merece atenção refere-se a adoção do sistema de registro de preço que não se amolda ao a aquisição pretendida em decorrência de não haver incerteza e eventualidade.

O novo entendimento deste Tribunal de Contas, em caso semelhante, destacou:

“No mérito, acolho manifestações unânimes, pela **procedência da representação, com decorrente determinação de anulação do certame**, ante a demonstração de impossibilidade de processamento da disputa sob a sistemática do registro de preços, falha insanável e de caráter prejudicial à continuidade da iniciativa tal como atualmente concebida.

...

Coube à ATJ colacionar precedente que se aplica, integralmente, ao caso em exame:

2.2. Inicialmente, considero que as justificativas da Municipalidade não lograram demonstrar a adequação do sistema de registro de preços para a compra de materiais escolares. Como bem ponderou o d. Ministério Público de Contas, a indefinição de quantitativos e a necessidade de contratações

frequentes ou entregas parceladas, características típicas do sistema de registro de preços, não se compatibilizam com a administração escolar e as práticas e necessidades que envolvem a compra de materiais como os que a Municipalidade pretende adquirir. A quantidade de alunos matriculados nas escolas do Município é conhecida pela Administração e os materiais escolares serão certamente demandados de uma só vez. Os materiais pretendidos mostram-se como passíveis de quantificação e entrega em período certo ou previsível, não restando demonstrada a ocorrência dos pressupostos legais do sistema de registro de preços, a saber, eventualidade do fornecimento e a imprevisibilidade da demanda. E, para eventuais oscilações nesses quantitativos, a lei reserva, dentro de limites, a possibilidade de supressões ou acréscimos nos fornecimentos, na forma do §1º do artigo 65 da Lei 8.666/93. O parecer do d. Parquet de Contas alerta igualmente que “uma das consequências do registro de preços é o incremento dos preços oferecidos, justamente em razão das incertezas envolvendo a prestação, resultando em uma contratação mais onerosa do que o necessário para a Administração”, vulnerando o atendimento aos princípios da eficiência, economicidade e vantajosidade. Portanto, a adoção irregular do sistema de registro de preços configura vício de origem que determina a necessidade de anulação do certame e do edital respectivo, na forma do artigo 49 da Lei 8.666/93, com vistas a permitir o retorno à fase preparatória e a reestruturação da estratégia de compra no sistema convencional.” (TC 9724/989/20-7 e outros, Sentença exarada em 23/04/2020 e ratificada pelo Tribunal Pleno em 29/04/2020).

Cabe enfatizar que a incerteza no fornecimento peculiar ao registro de preços tem como consequência natural o incremento de valores propostos, com potencial para caracterizar desvantagem ao erário quando aludido sistema é utilizado fora das hipóteses legais.... Suficientemente demonstrada a ocorrência de vício de origem ante o descabimento do registro de preços para o objeto colocado em disputa, acolho instrução unânime e **determino à Prefeitura de Guaira que anule o edital impugnado. TRIBUNAL PLENO DE 28/02/24 - Processo: TC-000435/989/24-9**

No mesmo sentido:

Expediente: TC 018499.989.24-2.

“Entre as insurgências da representação, a crítica que recai sobre a adoção do sistema de registro de preços para aquisição de kits de uniformes escolares revela possível descompasso entre a estratégia de aquisição eleita pela Administração e o entendimento jurisprudencial desta Corte sobre a matéria.

Chego a esta conclusão pois a indefinição de quantitativos e a necessidade de contratações frequentes ou entregas parceladas, características típicas do sistema de registro de preços, não se compatibilizam com a administração

escolar e as práticas e necessidades que envolvem a compra de uniformes como os que a Municipalidade pretende adquirir, pois são passíveis de quantificação e entrega em período certo ou previsível.

...

As eventuais oscilações de demanda e do quantitativo de alunos em função de possíveis transferências ou evasão escolar poderão ser ajustadas pela Administração por meio de acréscimos ou supressões na forma e limites do artigo 125 da Lei 14.133/21.” **Dimas Ramalho - Conselheiro**

A administração sabe exatamente definir o qualitativo de kits DE uniformes, por meio de um bom planejamento e estudos técnicos.

Isto posto, necessário se faz que esta Administração reavalie a adoção do sistema de registro de preços no presente caso.

2 – Adota Critério de Julgamento Global por LOTE /Restringindo o Universo dos Participantes ao Certame.

Observou-se no edital que a representada adotou o critério de julgamento Global POR LOTE.

LOTE 01 - GERAL					
ITEM	DESCRIÇÃO	QTD.	UND.	VALOR UNITÁRIO	VALOR TOTAL
1	CAMISETA ESCOLAR MANGA CURTA	146.003	UNIDADE	R\$ 34,00	R\$ 4.964.102,00
2	CAMISETA ESCOLAR REGATA	146.003	UNIDADE	R\$ 30,00	R\$ 4.380.090,00
3	CAMISETA ESCOLAR MANGA LONGA	146.003	UNIDADE	R\$ 36,00	R\$ 5.256.108,00
4	BERMUDA ESCOLAR MASCULINA	97.335	UNIDADE	R\$ 42,00	R\$ 4.088.070,00
5	BERMUDA FEMININA	97.335	UNIDADE	R\$ 42,00	R\$ 4.088.070,00
6	JAQUETA ESCOLAR	97.335	UNIDADE	R\$ 98,00	R\$ 9.538.830,00
7	CALÇA ESCOLAR	97.335	UNIDADE	R\$ 52,00	R\$ 5.061.420,00
8	JAQUETÃO	48.668	UNIDADE	R\$ 119,00	R\$ 5.791.492,00
TOTAL LOTE 01					R\$ 43.168.182,00

Certo que “o poder discricionário da Administração lhe permite, mediante adequada justificativa técnica inserta nos autos do procedimento de licitação, intentar a aquisição de produtos com especificação superior à média encontrada no comércio. Tais condições, porém, vedam a inclusão desses materiais em lote de itens comuns, devendo sua aquisição se dar de forma segregada dos demais elementos.” CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES TRIBUNAL PLENO DE 05/08/15 - TC-004074.989.15-3 TC-004141.989.15-2

Todavia o Critério de julgamento adotado pela representada (menor preço Global POR LOTE) não traduz o melhor para o sistema de registro de preço.

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

...

V - atendimento aos princípios:

b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;

Por outro lado é importante destacar que o critério de Julgamento adotado (**menor preço global pó lote**) irá restringir a competitividade, pois obriga que as licitantes tenham condições de comprovar **aptidão técnica para todos os lotes**, o que impede a participação de uma empresa que pretende apenas fornecer um dos lotes licitados.

O edital determina que a licitante apresente atestado de capacidade técnica correspondente a 50% da quantidade total:

8.3.4.b. Deverá ser apresentado ainda, atestado(s) de capacidade técnica fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprovem que a licitante executou, a contento, fornecimentos da natureza e vulto similares ao desta licitação, entendendo como similares àquelas que compreendam **NO MÍNIMO 50% (cinquenta por cento) DA EXECUÇÃO DE CADA ITEM DA PRESENTE LICITAÇÃO.**

Para que uma licitante possa participar do certame, obrigatoriamente terá que apresentar atestado de capacidade técnica de 50% do total do quantitativo.

Ocorre que o critério de julgamento (Menor Preço Global do lote) impede que uma licitante que tenha aptidão técnica ao fornecimento de algum item isoladamente, ou mesmo

tenha condições técnicas de fornecer um conjunto de (Bermuda e camiseta) seja impedida de participar.

É dever do Estado buscar a aplicação da competição e evitar concentração de mercado, assim dispõe o art. 40º§2, III da lei 14.133/21:

Art. 40.

§ 2º Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados:

III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

Em verdade o critério de julgamento GLOBAL por lote, restringe a participação de centenas de empresas que possuem condições de fornecer isoladamente alguns dos itens licitados, de modo a concentrar o mercado em uma única empresa.

Considerando a ausência de justificativa e fundamentação ao julgamento global do lote, bem como, pela concentração de mercado e lesão a competitividade, necessário se faz nova avaliação da Administração para que realize um estudo quanto ao critério de julgamento adotado no presente certame e promovendo uma maior competitividade altere o edital para julgamento por item.

3 – Exigência Restritiva de Comprovação Técnica / Comprovação Técnica Impossível de ser Cumprida por ME e EPP.

Outro ponto que merece análise refere-se ao fato de que o lote destinado a participação exclusiva de Micro Empresa e Empresas de Pequeno Porte, exige a comprovação de aptidão técnica que impede a participação de ME e EPP ao fornecimento do LOTE.

O edital determina que a licitante apresente atestado de capacidade técnica correspondente a 50% da quantidade total:

8.3.4.9. Deverá ser apresentado ainda, atestado(s) de capacidade técnica fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprovem que a licitante executou, a contento, fornecimentos da natureza e vulto similares ao desta licitação, entendendo como similares àquelas que compreendam **NO MÍNIMO 50% (cinquenta por cento) DA EXECUÇÃO DE CADA ITEM DA PRESENTE LICITAÇÃO.**

Por sua vez, o lote destinado à ME e EPP, é estimado em R\$ 14.389.248,00 (quatorze milhões trezentos e oitenta e nove mil duzentos e quarenta e oito reais), vejamos:

LOTE 02 - EXCLUSIVO ME/EPP - LEI 123/06					
ITEM	DESCRIÇÃO	QTD.	UND.	VALOR UNITÁRIO	VALOR TOTAL
1	CAMISETA ESCOLAR MANGA CURTA	48.667	UNIDADE	R\$ 34,00	R\$ 1.654.678,00
2	CAMISETA ESCOLAR REGATA	48.667	UNIDADE	R\$ 30,00	R\$ 1.460.010,00
3	CAMISETA ESCOLAR MANGA LONGA	48.667	UNIDADE	R\$ 36,00	R\$ 1.752.012,00
4	BERMUDA ESCOLAR MASCULINA	32.445	UNIDADE	R\$ 42,00	R\$ 1.362.690,00
5	BERMUDA FEMININA	32.445	UNIDADE	R\$ 42,00	R\$ 1.362.690,00
6	JAQUETA ESCOLAR	32.445	UNIDADE	R\$ 98,00	R\$ 3.179.610,00
7	CALÇA ESCOLAR	32.445	UNIDADE	R\$ 52,00	R\$ 1.687.140,00
8	JAQUETÃO	16.222	UNIDADE	R\$ 119,00	R\$ 1.930.418,00
				TOTAL LOTE 02:	R\$ 14.389.248,00

Deste modo, a licitante (ME /EPP) deverá comprovar aptidão técnica de 50% apresentando atestado de fornecimento anteriores de R\$ 7.194.624,00 (sete milhões cento e noventa e quatro mil, seiscentos e vinte e quatro reais) que automaticamente já desenquadra a referida licitante da condição de ME ou EPP.

A comprovação técnica exigida ultrapassa a receita bruta prevista no artigo 3º, I, II da lei Complementar 123/06, de modo que as Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte estão impedidas de participar da referida licitação.

Necessário se faz nova avaliação da Administração para que realize um estudo quanto ao critério de julgamento adotado no presente certame e promovendo uma maior competitividade altere o edital para julgamento por item ou exclua a Exigência prevista no item 8.3.4.9 do Edital, que determina a comprovação técnica de 50% de fornecimento de cada item.

7 – Da Interferência da Gestão Municipal / Dotação Orçamentária

A Lei nº 14.133/21 estabeleceu o sistema de registro de preços (SRP) como procedimento preferencial de compras, com o escopo de contribuir com o planejamento das aquisições.

A despeito da vantajosidade do SRP doutrinadores e determinados Tribunais de Contas têm destacado o seu desvirtuamento, sobretudo em razão do reiterado uso da carona.

A realização do procedimento por meio do consórcio (CIOESTE) configura uma intervenção da gestão dos municípios membros, considerando os aspectos que envolvem a fase interna do procedimento licitatório.

Não há a indicação da competência atribuída ao consórcio (CIOESTE) na realização de procedimento licitatório em nome dos municípios constantes do edital.

No caso correto não foi os Entes Públicos quem realizam pesquisa de mercado para instruir o processo licitatório em debate, fatos que podem refletir na gestão municipal.

A proposta vencedora, ainda que contemple o MENOR PREÇO, pode não ser a mais vantajosa para alguns dos municípios consorciados em virtude das características do produto licitado, tais com:

Medidas, Qualidade, Durabilidade, Quantitativo.

Outro ponto que merece atenção refere-se a dotação orçamentária, que, ainda que desnecessário no registro de preço, há de se ter em mente que, a aquisição GLOBAL, importa em determinar que o Município, no momento da contratação, deva possuir uma dotação orçamentária para além de suas necessidades, em relação aos produtos que contempla o lote único.

O modelo de contratação pretendido não se mostra o mais adequado em relação ao objeto da contratação que possui características distintas para cada município, devendo ser reprovado por esta C.Corte de Contas.

CONCLUSÃO

É essencial que a licitação seja um procedimento orientado por critérios objetivos, sendo ilícita a adoção de cláusulas ou qualquer prática que, de modo parcial ou total, restrinjam, afetem ou dificultem ilegitimamente a competição.

Sem dúvida a exigência combatida nesta representação dificulta ilegitimamente a competição, criam efeitos de distorção da competição contrariando o princípio da proporcionalidade.

Neste diapasão leciona o eminente professor Marçal Justem Filho¹:

“Diferenciações ou benefícios inúteis, excessivos ou violadores da proporcionalidade em sentido estrito são ilegais.”

A exigência ora guerreadas na presente REPRESENTAÇÃO, não se coadunam com os princípios norteadores do procedimento licitatório, sendo que um Edital bem elaborado é garantia de competitividade e ampla participação, o que resulta numa licitação bem sucedida. A consequência de adoção de exigências restritivas encaminha o instrumento convocatório para a impugnação.

DO PEDIDO DE CONCESSÃO LIMINAR

Os requisitos para a concessão de liminares que antecipam os efeitos da sentença concessiva são *“fumus buni iuris”* e o *“periculum in mora”* ao que referem a lei 14.133/21 e o Regimento Interno da Egrégia Corte.

Tais requisitos se apresentam, para o presente caso e evidenciados tendo em vista, as ilegalidades pré-aludidas.

A urgência da medida liminar tende a, ao mesmo suspender a programada Sessão de abertura e Entrega dos envelopes esta caracterizada pela proximidade da data fixada, que é de 03/10/2024, as 10h00 de modo à intervenção suméria, data vênua, revela-se imprescindível para a preservação da legalidade.

¹ Justem Filho, Marçal. Comentários da Lei de Licitações e Contratos Administrativo – 15º ed. – São Paulo: Dialética, 2012. Pg. 535

Deste modo, a fumaça do bom direito decorre do fato de que os pontos ilegais ora elevados ao crivo deste Órgão de Controle Externo se fazem subsidiar por precedentes jurisprudenciais todos relacionados a Exame Prévio de Edital

DOS PEDIDOS

Diante do exposto, revela-se medida de justiça REQUER:

1 - Que determine a suspensão liminar do procedimento licitatório **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 001/2024**, cuja a sessão de abertura está prevista para o dia 03/10/2024, às 10h00min; até o julgamento da representação, ao final, seja julgada procedente a fim de determinar que a Administração promova as adequações no edital em face dos apontamentos lançados na presente inicial.

Tudo para, possibilitar a livre participação dos interessados, atendendo aos princípios da legalidade, da isonomia e da competitividade.

Termos em que

Pede deferimento

São Paulo , 30 de setembro de 2024.

MARIO LUIZ R. MARTINS JUNIOR
OAB/SP 271144