



EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador que esta subscreve, no exercício do poder-dever constitucional e legal, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 130 da Constituição da República c/c art. 3º, incisos I e VI, da Lei Complementar nº. 451/2008 c/c art. 99, § 1º, VI, da Lei Complementar nº. 621/12 e art. 8º da Resolução MPC/ES nº. 001/2011, oferecer

REPRESENTAÇÃO
com pedido de provimento liminar cautelar
inaudita altera parte

Em face de

JENNIFER MARTINS BONFANTE, Secretária de Gestão do Município de Lúna,
e **MARIA ROSILÉIA ALVES CARVALHO**, Pregoeira,

em razão de **ilegalidade** perpetrada no procedimento administrativo licitatório n.º 7443/2013, conduzido pela Prefeitura Municipal de Lúna, referente ao Edital de Licitação n. 024/2014, que objetiva formar **REGISTRO DE PREÇOS** de gêneros alimentícios, cesta básica e produtos descartáveis para eventos.

I – DOS FATOS

A Prefeitura Municipal de Lúna, por intermédio da Pregoeira Municipal e sua equipe de apoio, publicou na edição do Diário Oficial do Estado do Espírito Santo veiculada no dia 14/03/2014, o Edital de Pregão Presencial acima mencionado, cuja cópia segue anexa a esta representação.

Da análise perfunctória do mencionado edital se verifica que o procedimento licitatório encontra-se eivado de ilegalidade, por restringir a participação de potenciais competidores, notadamente aqueles situados em localidades mais distantes do município e em outros estados da Federação, em ofensa às mais variadas normas de licitação, em especial, àquelas que resguardam a lisura do certame, do qual poderá resultar contratação onerosa à administração.

O referido Pregão contempla no item 12 do Edital n. 024/2014 a obrigatoriedade de amostra dos produtos para alguns lotes **a todos os licitantes interessados**, senão vejamos:

9



12. AMOSTRA DOS PRODUTOS:

12.1. Os proponentes deverão apresentar amostras dos produtos (lotes: 03, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 19, 20, 22, 23, 24, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 42, 43, 45, 46, 48, 59, 60, 61, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 74, 77, 78, 79, 80, 81, 84, 87, 88, 89, 90, 94, 95, 96, 99, 101 e 102, para análise da Comissão Municipal de Inspeção de Produtos da Merenda Escolar de Iúna (COMIM), situado à Rua Prefeito Antônio Lacerda, 79 - Centro - Iúna/ES (Vigilância Sanitária), telefone (28)3545-3106, das 07h30 às 16h30 **até o dia 27 de março de 2014, sob pena de desclassificação.**

12.2. Os proponentes que quiserem acompanhar a avaliação do (s) produto (s) deverão comunicar a Vigilância Sanitária no ato da entrega da amostra, para que a mesma possa lhe informar o dia e horário da avaliação.

12.3. A Comissão Municipal de Inspeção de Produtos da Merenda Escolar de Iúna (COMIM) enviará à Pregoeira o Laudo de Análise das Amostras dos produtos apresentados pelas licitantes, onde, constará às especificações solicitadas no edital e os produtos entregues pelos proponentes.

12.4. O resultado final do laudo de análise das amostras será divulgado durante a sessão de credenciamento, recebimento e abertura dos envelopes de habilitação e proposta de preços.

12.5. Os resíduos das amostras (embalagens não violadas) estarão disponíveis para devolução aos proponentes, se assim desejar, a partir do fim da sessão de credenciamento, recebimento e abertura dos envelopes de habilitação e proposta de preços (02/04/2014) até 10 (dez) dias úteis após essa data. Após esse prazo a Administração dará destino a estes produtos.

12.6. Todos os produtos deverão ser entregues com uma etiqueta informando o conteúdo e sua marca/procedência.

Primeiramente cabe mencionar que a irregularidade infere-se do prazo antecipado para apresentação das amostras, qual seja, **até o dia 27.03.2014**, sendo que a abertura dos envelopes foi prevista para a data de **07.04.2014**¹. Assim, é permitido aos servidores do Órgão licitante o prévio conhecimento do universo de concorrentes que possuem interesse em participar do procedimento licitatório, o que facilita o conluio entre eles.

A exigência prévia de amostra do produto à data marcada para o recebimento dos envelopes de proposta e habilitação ofende o art. 37, XXI, da Constituição Federal, bem como o art. 3º, § 1º, inciso I da Lei Federal n.º 8.666/93, e aos princípios da legalidade e da competitividade, uma vez que permite a Prefeitura de Iúna conhecer antecipadamente as empresas interessadas em participar da licitação, comprometendo, assim, insofismavelmente, a lisura do certame.

Lado outro, a obrigatoriedade da **apresentação prévia de amostras de 52 (cinquenta e dois) produtos até seis dias antes do oferecimento das propostas** por todos os licitantes, inclusive um licitante que talvez não disponha de condições de ser contratado por ausência de requisitos de habilitação, além de ilegal, implica em prejuízo à

¹ **ADIAMENTO DA LICITAÇÃO** - Informamos que por motivos técnicos no sistema utilizado para realizar a licitação, adiamos o pregão presencial nº 024/14, para registro de preços de gêneros alimentícios, cesta básica e produtos descartáveis para eventos. **para o dia 07/04/14 com o início do credenciamento as 08:10 e abertura das propostas as 09:00.**



competitividade e à economicidade do ajuste, o que não encontra amparo na legislação vigente, devendo ser solicitada a apresentação de amostras apenas pelo licitante que se apresenta provisoriamente em primeiro lugar.

Neste sentido é o entendimento uníssono do Tribunal de Contas da União, conforme se depreende de farta jurisprudência, a saber:

"Adote em editais de pregão critérios objetivos, detalhadamente especificados, para avaliação de amostras que entender necessárias a apresentação. **Somente as exija do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar no certame.**

Acórdão 1168/2009 Plenário.

Na modalidade pregão, **é vedada a exigência de apresentação de amostras antes da fase de lances,** devendo a obrigação ser imposta somente ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar.

Acórdão 1634/2007 Plenário (Sumário)

Não ha como impor, no pregão, a exigência de amostras, por ausência de amparo legal e por não se coadunar tal exigência com a agilidade que deve nortear a referida modalidade de licitação.

A exigência de amostras utilizada nas modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/1993 **deve ser imposta somente ao licitante provisoriamente colocado em primeiro lugar no certame.**

Acórdão 1598/2006 Plenário (Sumário)

Restrinja a apresentação de amostras, quando necessária, **aos licitantes provisoriamente classificados em primeiro lugar,** e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no respectivo instrumento convocatório, nos termos do art. 45 da Lei 8.666/1993 c/c o art. 4o, inciso XVI, da Lei 10.520/2002 e o art. 25, § 5o, do Decreto 5.450/2005.

Acórdão 2749/2009 Plenário

Adote em editais de pregão critérios objetivos, detalhadamente especificados, para avaliação de amostras que entender necessárias a apresentação.

Somente as exija do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar no certame.

Acórdão 1168/2009 Plenário

Limite-se a exigir a apresentação de amostras ou protótipos dos bens a serem adquiridos ao licitante provisoriamente em primeiro lugar, nos termos dos incisos XII e XIII do art. 4o da Lei no 10.520/2002 c/c art. 30 da Lei no 8.666/1993, observando-se, no instrumento convocatório, os princípios da publicidade dos atos, da transparência, do contraditório e da ampla defesa.

Acórdão 1113/2008 Plenário

Limite-se a inserir exigência de apresentação de amostras de bens a serem adquiridos na fase final de classificação das propostas, apenas ao licitante provisoriamente em primeiro lugar.



Acórdão 1332/2007 Plenário

O TCU informou a órgão embargante que, preservado o princípio da celeridade inerente a modalidade de pregão, e com vistas a garantir a qualidade dos produtos adquiridos pela Administração Pública, e aceitável que se exija apresentação, apenas por parte do licitante vencedor, de amostra de material de consumo a ser adquirido no certame.

Acórdão 1182/2007 Plenário

[...]

Reportando-me ao Voto que proferi nos presentes autos, **verifico que rechacei a exigência de amostras de todos os licitantes** e em especial no que concerne ao objeto do pregão presencial (...) ou seja, o registro de preços para a aquisição e instalação de microcomputadores de mesa e estações de desenvolvimento.

De fato, **não há que se falar em exigência de amostras de todos os participantes do pregão**. Nesse sentido, cabe novamente transcrever trecho do Voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues no TC 001.103/2001-0, condutor do Acórdão n. 1.237/2002 - Plenário - TCU, que bem elucidou esta questão:

“A exigência de amostras, na fase de habilitação, ou de classificação, feita a todos os licitantes, além de ilegal, poderia ser pouco razoável, porquanto importaria ônus que, a depender do objeto, seria excessivo, a todos os licitantes, encarecendo o custo de participação na licitação e desestimulando a presença de potenciais licitantes.

A solicitação de amostra na fase de classificação apenas ao licitante que se apresenta provisoriamente em primeiro lugar, ao contrário, não onera o licitante, porquanto confirmada a propriedade do objeto, tem ele de estar preparado para entregá-lo, nem restringe a competitividade do certame, além de prevenir a ocorrência de inúmeros problemas para a administração. Não viola a Lei n. 8.666/1993 a exigência, na fase de classificação, de fornecimento de amostras pelo licitante que estiver provisoriamente em primeiro lugar, a fim de que a Administração possa, antes de adjudicar o objeto e celebrar o contrato, assegurar-se de que o objeto proposto pelo licitante conforma-se de fato às exigências estabelecidas no edital.”.

Todavia, em se tratando de exigência de apresentação de amostras apenas do licitante vencedor, tal procedimento pode surgir como uma melhor forma de se garantir prestação, perfeição e eficiência ao procedimento do pregão presencial, desde que não comprometa a celeridade de todo o processo e não imponha ônus desnecessários a todos os licitantes.

No caso de pregão presencial realizado para aquisição de material de consumo, a análise de amostra apresentada pelo vencedor do certame tem o condão de garantir, ao órgão público que efetua a compra, que o produto adquirido tenha adequada qualidade técnica aliada ao melhor preço, sem, contudo, comprometer a rapidez esperada para a efetivação da contratação.

Para materiais de consumo que podem ter sua qualidade aferida, rapidamente, sem necessidade de emissão de pareceres técnicos de especialistas, a exigência de amostra do vencedor do certame consubstancia-se na prevalência do princípio da eficiência, sem restar constatado prejuízo a celeridade.

Acórdão 1182/2007 Plenário (Voto do Ministro Relator)

No mesmo sentido, a Corte de Contas Paulista sumulou a matéria, considerada a reiteração de suas decisões, nos seguintes termos:



"Súmula nº 19 – Em procedimento licitatório, o prazo para *apresentação das amostras deve coincidir com a data da entrega das propostas.*" (Grifamos)

Diante do exposto, conclui-se que a apresentação antecipada de amostras de produtos em relação à entrega da proposta é ilegal, viola os dispositivos constitucional e infraconstitucionais mencionados acima, o que causa prejuízo à competitividade, sem acarretar qualquer vantagem à Administração.

III - DA MEDIDA CAUTELAR

A Prefeitura Municipal de Iúna, por intermédio da Pregoeira Municipal, procedeu à realização da sessão pública do Pregão Eletrônico n. 024/2014 na data de 07 de abril de 2014, conforme aviso de adiamento publicado no DIOES de 1º de abril de 2014.

Conforme demonstrado nesta representação, o certame encontra-se maculado por vício grave que frustra o caráter competitivo do certame, podendo ocasionar contratação onerosa para a administração pública, sobretudo ante à possibilidade de conluio entre os licitantes e direcionamento do certame.

A ilegalidade evidente do edital indica a robustez dos indícios de violação da Lei Federal de Licitações e dos princípios da legalidade, moralidade, igualdade e eficiência, assim como o da economicidade, capazes de comprometer a lisura do procedimento (relevância do fundamento da demanda - "fumus boni juris).

Por outro lado, a fim de evitar a exclusão de potenciais interessados e a possível escolha de proposta menos vantajosa para a Administração, gerando situação fática de difícil irreversibilidade, é de rigor, assim, que tal providência processual seja adotada imediatamente (justificado receio de ineficácia do provimento final - "periculum in mora").

IV - DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o **Ministério Público de Contas**:

1 – o conhecimento, recebimento e processamento desta representação, na forma do artigo 99, § 1º, VI, da LC nº. 621/12 c/c artigos 91 e 201, inciso III, da Resolução TC nº. 182/02;

2 – **LIMINARMENTE**, com espeque nos arts. 1º, XV e XVII, 108 e 125, II e III, da LC nº. 621/12, seja **determinado**, *inaudita altera pars*, à **SECRETÁRIA MUNICIPAL DE GESTÃO** que promova a imediata **SUSPENSÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO N.º 024/2014**, e, caso não haja tempo hábil, para que se abstenha de homologar o resultado da licitação, até decisão final de mérito;

3 – a notificação da representada para apresentar justificativas nos termos dos arts. 109 e 125, § 4º, da LC nº. 621/12;

4 – **NO MÉRITO**, seja provida a presente representação para:



4.1 – que seja reconhecida a ilegalidade do item 12 do Edital de Licitação Nº. 024/2014 ora objurgado, **determinando-se**², nos termos do art. 71, IX, da Constituição Federal c/c art. 1º, XVI, da Lei Complementar nº. 621/12, a **SECRETÁRIA MUNICIPAL DE GESTÃO** que adote as medidas necessárias à **anulação** do Edital de Licitação n.º 024/2014, bem como de todos os atos dele decorrentes;

4.2 – não cumprida a determinação no prazo fixado, seja sustado o ato, nos termos do art. 71, X, da Constituição Federal c/c art. 1º, XVII e 110 da Lei Complementar nº. 621/12, sem prejuízo de **comunicar** o fato à Câmara de Vereadores e **aplicar** multa aos responsáveis, na forma do artigo 71, VIII, da Constituição Federal c/c arts. 1º, XIV e XXXII, 110 e 135, II, do indigitado estatuto legal.

Vitória, 8 de abril de 2014.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS

² O Tribunal de Contas da União, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para **determinar** à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou". (MS 23.550, Rel. p/ o ac. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 4-4-2002, Plenário, DJ de 31-10-2001.) (grifo nosso)