

ILUSTRÍSSIMO SR. PREGOEIRO DA PREFEITURA DE LAGUNA - SC

PREGÃO PRESENCIAL (REGISTRO DE PREÇOS) Nº 030/2022

OBJETO: EPI's E MATERIAIS MÉDICO HOSPITALARES

ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ sob n. 00.802.002/0001-02, com endereço a Estrada Boa Esperança, 2320, Bairro Fundo Canoas, na cidade de Rio do Sul/SC, **na qualidade de licitante**, neste ato representada pelo seu procurador Sr. Maicon Cordova Pereira (anexo 01), portador do CPF n. *****, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, com fulcro no § 2º, do art. 41 nº 8.666 de 21 de junho de 1.993 e Lei 10.520 de 17 de julho de 2002, **TEMPESTIVAMENTE, IMPUGNAR** o edital em epígrafe através desta.

I - BREVE RESUMO FÁTICO

A IMPUGNANTE é empresa privada, fundada há 25 (vinte e cinco) anos, e atua na distribuição de medicamentos genéricos e similares, instrumentos cirúrgicos, equipamentos cirúrgicos e de UTI, materiais de consumo médico, móveis hospitalares, produtos químicos e desinfetantes, soros, equipamentos de lavanderia, fios de sutura e a linha completa de materiais de consumo para hospitais, prefeituras, clínicas e consultórios especializados, possuindo centenas de clientes na área pública com atuação no Sul do Brasil.

II – DOS FATOS:

FONE: +55 (47) 3520-9000

Estrada Boa Esperança, 2320 | Fundo Canoas

RIO DO SUL | SC | BRASIL | CEP: 89.163-554

CNPJ: 00.802.002/0001-02 | IE: 25.314.899-5

Fax: +55 (47) 3520 9004

altermed@altermed.com.br

A subscrevente tendo interesse em participar da licitação supramencionada, adquiriu o respectivo Edital do PREGÃO PRESENCIAL (REGISTRO DE PREÇOS) Nº 030/2022.

Contudo, na prática adotada por essa administração e aqui guerreada, exclui a mesma de continuar fornecendo como também de várias outras empresas do ramo, por uma exigência desnecessária incluída no edital mencionado, que veremos adiante.

Ao verificar as condições para participação no pleito em tela, deparou-se a mesma com a exigência formulada no Anexo I, Termo de Referência, item 4.2 do ato convocatório que vem assim escrita:

4.2 Para os itens com a informação “ APRESENTAR AMOSTRA” as empresas licitantes deverão apresentar na própria sessão as amostras dos respectivos produtos.

Salvo melhor juízo, entende-se que referida exigência fere o processo licitatório em seu princípio mais básico, norteado pela Lei de Licitações, que é o da ampla participação do maior número de licitantes, pois há afronta às normas que regem o procedimento licitatório, como à frente será demonstrado.

III – DOS FUNDAMENTOS

Na medida em que é exigida a apresentação de amostra **dos itens em data à proposta**, conforme está implícito no processo de licitação, tem-se que a ilicitude caracteriza-se por restringir o caráter competitivo do certame.

FONE: +55 (47) 3520-9000

Estrada Boa Esperança, 2320 | Fundo Canoas

RIO DO SUL | SC | BRASIL | CEP: 89.163-554

CNPJ: 00.802.002/0001-02 | IE: 25.314.899-5

Fax: +55 (47) 3520 9004

altermed@altermed.com.br

www.altermed.com.br

 /Altermed

Das dificuldades encontradas, a mais intransponível delas é impor ônus excessivo aos licitantes, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados, quando sequer sabem se sua proposta será classificada em primeiro lugar.

Destarte, nas licitações realizadas pela modalidade pregão, tanto presencial como eletrônica, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é de que a amostra deve ser exigida tão somente do primeiro colocado.

Se for o caso de apresentação de amostras, afigura-se evidente o descabimento de impor-se a exigência em relação a todos os licitantes. A única alternativa será determinar que o licitante cuja oferta sagrar-se vencedora deverá apresentar a amostra antes da assinatura do contrato. Ou seja, os licitantes terão conhecimento de que, se saírem vencedores do certame, terão de encaminhar imediatamente a amostra do objeto ofertado” (cf. Marçal Justen Filho in Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 2ª ed., Dialética, São Paulo, 2003, p. 116). (Grifo e negrito nosso)

Verifica-se, portanto, que tal exigência, que exclui vários candidatos, afronta a Constituição Federal e a Lei 8.666/93, em vários de seus dispositivos, conforme será demonstrado, e, em especial o princípio constitucional da isonomia, impedindo a ampla concorrência, em especial ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993. Infelizmente esta tem sido uma prática comum por muitos entes públicos ao elaborarem seus editais, e já há muito conhecida das empresas excluídas destes processos por não apresentarem as amostra pelo oneroso custo desprovido para participação do certame.

A exigência deverá estar explícita e expressa no edital, **não podendo ser efetuada de forma genérica**, mas sim, dispondo detalhes específicos sobre os procedimentos de entrega, de averiguação da amostra (critérios objetivos pelos quais serão analisados) e sobre sua aprovação, sob pena de lesão ao princípio do julgamento objetivo. Assim, o TCU exemplifica alguns requisitos que devem constar com clareza no instrumento convocatório, quando da solicitação de amostras: momento da entrega, critério de avaliação e de julgamento técnico, data e horário de inspeção para que os licitantes interessados possam estar presentes.

FONE: +55 (47) 3520-9000

Estrada Boa Esperança, 2320 | Fundo Canoas
RIO DO SUL | SC | BRASIL | CEP: 89.163-554
CNPJ: 00.802.002/0001-02 | IE: 25.314.899-5
Fax: +55 (47) 3520 9004
altermed@altermed.com.br

www.altermed.com.br

 /Altermed

Quando do estabelecimento de prazo para a apresentação da amostra, tomar as devidas cautelas para não estabelecer prazos exíguos, que possam prejudicar a apresentação por parte, principalmente, de empresas de outros Estados, restringindo a competitividade.

De toda amostra rejeitada, haverá a necessidade de assegurar-se o direito à contraprova, isto é, ao contraditório e ampla defesa do licitante, em vista da previsão constitucional no art. 5º, LV. Sobre essa observação, muito bem recomendou a Decisão 1237/2002 – Plenário, TCU:

O exame de conformidade efetuado pela Administração, entretanto, há de ser feito com total transparência e com a possibilidade de acompanhamento pelo licitante, se ele assim desejar, **sendo-lhe facultado acesso irrestrito ao laudo ou parecer que concluir pela desconformidade da amostra ao objeto da licitação, que deverá apontar de modo completo as falhas identificadas na amostra, a fim de que reste assegurado o direito de interpor recurso e exercitar o contraditório e a ampla defesa.** (Voto do Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, Processo 001.103/2001-0)

A exigência de amostras a todos os licitantes, na fase de habilitação ou de classificação, além de ser ilegal, pode impor ônus excessivo aos licitantes, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados. Acórdão 1113/2008 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

Não há 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

(Grifos e negritos nossos)

Nesta linha, segue entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 da Constituição Estadual e 1º da Lei Complementar n. 202/2000, em:

[...]

6.2. **Aplicar aos Responsáveis abaixo discriminados, com fundamento no art. 70, II, da Lei Complementar n. 202/2000 c/c o art. 109, II, do Regimento Interno, as multas a seguir especificadas, fixando-lhes o prazo de 30 (trinta) dias**, a contar da publicação deste Acórdão no Diário Oficial Eletrônico desta Corte de Contas, para comprovarem ao Tribunal o recolhimento ao Tesouro do Estado das multas cominadas, sem o que, fica desde logo autorizado o encaminhamento da dívida para cobrança judicial, observado o disposto nos artigos 43, II, e 71 da Lei Complementar n. 202/2000:

6.2.1. Ao Sr. PAULO ROBERTO BAUER - Secretário de Estado da Educação, CPF n. 293.970.579-87, as seguintes multas:

[...] 6.2.1.2. **R\$ 500,00 (quinhentos reais), em virtude da exigência de amostras anteriormente à realização da sessão pública do pregão como condição para participação, afrontando o princípio da legalidade previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal** (item 2.1.2 do Relatório DLC); Acórdão: 0422/2009 – Processo: REP 08/00189205 – Sessão: 1.4.2009) (Grifo e negrito nosso)

Ainda, cabe citar que a exigência das amostras, ora solicitadas, estão em descompasso com as orientações e decisões dos Tribunais de Contas. Neste sentido o TCU decidiu:

[...]

A exigência de apresentação de amostras em pregão presencial é admitida apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar

[...]

Precedentes mencionados: Acórdãos nº 1.291/2011-Plenário, nº 2.780/2011-2ª Câmara, nº 4.278/2009-1ª Câmara, nº 1.332/2007-Plenário, nº 3.130/2007-1ª Câmara e nº 3.395/2007-1ª Câmara. Acórdão nº 3269/2012-Plenário, TC-035.358/2012-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 28.11.2012. (Grifou-se)

O Tribunal de Contas versou quanto à fixação da do prazo para a apresentação das amostras o seguinte entendimento:

Fixe o prazo para apresentação de amostras suficiente a não restringir a participação de potenciais competidores situados em outros Estados da Federação, de modo a não restringir a competitividade e a isonomia da licitação. (Acórdão 808/2003 Plenário) (Grifou-se)

Ademais, é de suma importância, referir o entendimento majoritário do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, quanto às suas recomendações no que diz respeito à fixação do prazo para a apresentação de amostras. Cite-se as seguintes recomendações:

a) Em 2018:

- a.1) nos autos da REP-18/00384359 da Prefeitura de Porto Belo, de Relatoria do Conselheiro Substituto Cleber Muniz Gavi, o prazo de 5 (cinco) dias para apresentação das amostras também foi questionado. No entanto, a Unidade alterou para 25 dias;
- a.2) nos autos da REP-18/00045066 da Prefeitura de Massaranduba, o prazo era também de 05 (cinco) dias, mas a Unidade anulou o Edital;
- a.3) nos autos da REP- 18/00507370 da Prefeitura de São Cristóvão do Sul, de Relatoria do Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall, o prazo era de 03 (três) dias, mas a Unidade também anulou o Edital; e
- a.4) nos autos da @REP-18/00860908 da Prefeitura de São Francisco do Sul, de Relatoria do Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall, o prazo questionado foi de 5 (cinco) dias. A Unidade informou, à fl. 98 do citado processo, que “acata a solicitação de alteração, para o prazo de 25 dias consecutivos, conforme precedentes”.

b) Em 2020:

- b.1) nos autos da @REP-20/00331747 da Prefeitura de Monte Carlo, de Relatoria da Conselheira Substitua Sabrina Nunes Locken, o prazo questionado foi de 3 (três) dias úteis. A Relatora, mediante Decisão Singular nº COE/SNI 550/2020, acolheu a representação e determinou a sustação do certame por duas irregularidades, sendo uma delas por:

2.2. Exigência de apresentação dos laudos técnicos juntamente com as amostras dos produtos no prazo de 3 (três) dias úteis após a realização do certame, previstos nos itens 7.1 e 7.2 do Edital, se enquadra no inciso I do § 1º do artigo 3º da Lei Federal n. 8.666/93 (item 2.2.2 do Relatório n. DLC 490/2020).

Contudo, esta exigência depende muito do objeto, tendo em vista que a Unidade não exigiria amostra para o mesmo dia da sessão quando se trata de aquisição de móveis, peças de veículos, pneus, escavadeira hidráulica e outros.

Cita-se ainda do TCE de Minas Gerais as palavras Relator Conselheiro Sebastião Helvécio: 862779, DENÚNCIA, Prefeitura de Governador Valadares.

Parte(s): Elisa Maria Costa e Ranger Belisário Duarte Viana

Procurador(es) constituído(s): Schinyder Exupery Cardoso – OAB/MG 91452 E outros MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Melo

Relator: Conselheiro Sebastião Helvécio

[...] Então, com esteio nos princípios da razoabilidade e da economicidade, uma vez que a exigência questionada pode impor ônus excessivo aos licitantes e desestimular a presença de potenciais interessados, concluo que, para as modalidades de licitação previstas na Lei n. 8.666/93, **caso necessária a exigência de amostras, esta deve ser imposta somente ao licitante que se classificar em primeiro lugar e em prazo razoável.**

Constato, em vista disso, **como irregular a necessidade de preparação de amostras para os licitantes que não os vencedores, conforme previsto no item 7.2 do edital, a qual deve ser sanada pela Administração em certames futuros.** Contudo, não vislumbro a necessidade de sanção pecuniária, mesmo

diante da irregularidade constatada, uma vez que não houve provas de prejuízo ao erário e não há indícios de má-fé por parte dos jurisdicionados. A boa-fé, aliás, se corrobora diante da dúvida razoável quanto à exigência de amostra para todos os licitantes na modalidade pregão.

Como visto, a posição doutrinária e jurisprudencial é vacilante a respeito, não estando o assunto sedimentado de modo a caracterizar a má-fé de quem interpreta pela possibilidade da exigência de amostra para todos os licitantes, sendo que o jurisdicionado, conforme alegado pela defesa, fl. 75, exigiu a amostra com escopo de evitar propostas aventureiras e insatisfatórias, privilegiando o princípio da eficiência.

Assim, tenho por bem que se proceda apenas à Recomendação ao Prefeito e Pregoeiro do Município de Governador Valadares para que em futuros procedimentos licitatórios na modalidade Pregão, caso haja seja indispensável exigir amostras ou protótipos dos produtos a serem licitados, que imponha essa obrigação somente ao licitante provisoriamente em primeiro lugar.

VOTO

Com fulcro nas considerações expostas na fundamentação, VOTO: A) Pela extinção do processo com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, I, CPC, diante da procedência parcial dos apontamentos de irregularidades apresentados nos autos;

B) Pela não aplicação de multa aos gestores, diante das circunstâncias do caso como a boa-fé e a ausência de provas de dano ao erário;

C) Pela expedição de recomendação, via postal, ao Prefeito e Pregoeiro de Governador Valadares para que em futuros procedimentos licitatórios na modalidade Pregão, caso haja seja indispensável exigir amostras ou protótipos dos produtos a serem licitados, que imponha essa obrigação somente ao licitante provisoriamente em primeiro lugar.

D) Pelo arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, IV, do Regimento. (Fonte: <https://tcnotas.tce.mg.gov.br/tcjuris/Nota/BuscarArquivo/784669>) (Grifou-se)

Ainda, mais recentemente, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, na REP 20/00514230, que se trata de representação formulada pela empresa Altermed Material Médico Hospitalar LTDA, em face das ilegalidades contidas no edital de Pregão Presencial nº 046/2020-FMS, promovido pela Prefeitura Municipal de Navegantes, qual exigia amostras de 192 na sessão, teve o seguinte entendimento e recomendou:

REP 20/00514230 – GAC/LRH - 1469/2020

Diante do exposto, proponho ao Egrégio Tribunal Pleno a adoção da seguinte deliberação:

3.1 Pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da presente representação interposta pela empresa ALTERMED Material Médico Hospitalar Ltda., na qual notícia possíveis irregularidades contra o Edital de Pregão Presencial nº 046/2020-FMS, promovido pela Prefeitura Municipal de Navegantes, visando ao registro de preços para a aquisição de materiais ambulatoriais e equipamentos de proteção individual (EPI) para atender todas as unidades de saúde atendidas pela Secretaria de Saúde de Navegantes, através do fundo municipal de saúde de Navegantes, em razão da exigência de amostra de 192 (cento e noventa e dois) itens na sessão de abertura

FONE: +55 (47) 3520-9000

Estrada Boa Esperança, 2320 | Fundo Canoas

RIO DO SUL | SC | BRASIL | CEP: 89.183-654

CNPJ: 00.802.002/0001-02 | IE: 25.314.899-5

Fax: +55 (47) 3520 9004

altermed@altermed.com.br

www.altermed.com.br

 /Altermed

e julgamento prevista no item 4.14.1.4 do Edital, cláusula que pode r do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93, e entendimento do TCU e desta Corte de Contas.

[...]

3.3. Recomendar ao Município de Navegantes que altere o Decreto Municipal nº 114/2018 com relação ao prazo para apresentação de amostra, para evitar restrição à participação de interessados no certame, em afronta ao inciso I do § 1º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/1993.

3.4. Determinar o arquivamento dos autos.

3.5. Dar ciência da decisão, do Relatório e Voto do Relator que o fundamentam e do Relatório nº DLC 1046/2020, ao representante, à Prefeitura Municipal de Navegantes e ao seu Controle Interno, bem como, aos senhores Procuradores constituídos nos autos. (LUIZ ROBERTO HERBST CONSELHEIRO RELATOR) (Grifo nosso)

Diante de todas as recomendações feitas pelos Tribunais de Contas aqui citadas, é notório que a exigência das amostras, feita no Anexo I, Termo de Referência, item 4.2, está em desacordo com o entendimento majoritário destes, portanto, é imprescindível que o edital seja readequado, alterando-se o prazo para as licitantes vencedoras do objeto apresentem as amostras, ora solicitadas.

VI – DO PEDIDO:

Diante de todo o exposto, requer:

- a) O recebimento da presente impugnação, tendo em vista sua apresentação tempestiva;
- b) O julgamento procedente de seus pedidos;
- c) Alteração do edital, no que refere-se ao prazo de apresentação de amostras, vinculado ao Anexo I, Termo de Referência, item 4.2, alterando-se o prazo de apresentação das amostras para 25 (VINTE E CINCO) DIAS, após a licitante ser declarada vencedora consoante coma recomendações dos Tribunais da União e de Santa Catarina;
- d) Que posteriormente às irregularidades sanadas, determine-se a republicação do Edital, devidamente corrigido, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8666/93.

FONE: +55 (47) 3520-9000

Estrada Boa Esperança, 2320 | Fundo Canoas

RIO DO SUL | SC | BRASIL | CEP: 89.163-554

CNPJ: 00.802.002/0001-02 | IE: 25.314.899-5

Fax: +55 (47) 3520 9004

altermed@altermed.com.br



Nestes termos,
pede
deferimento. Rio
do Sul (SC), 5 de
julho de 2022

MAICO
N
CORD
OVA
PEREI
RA:****

ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA.

Por seu procurador/representante legal¹

PROCESSO Nº:	@REP 20/00514230
UNIDADE GESTORA:	Prefeitura Municipal de Navegantes
RESPONSÁVEL:	Claudete Maria Hermogenes
INTERESSADOS:	Prefeitura Municipal de Navegantes Empresa ALTERMED Material Médico Hospitalar Ltda
ASSUNTO:	Representação acerca de supostas irregularidades referentes ao Pregão Presencial nº 46/2020 FMS - Aquisição de materiais ambulatoriais e equipamentos de proteção individual para atendimento das unidades da Secretaria Municipal de Saúde
PROPOSTA DE VOTO:	GAC/LRH - 1469/2020

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE AMOSTRAS NA SESSÃO DE ABERTURA. ILEGALIDADE CONFIRMADA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. RECOMENDAÇÃO. Confirmada a irregularidade apontada pelo representante, e constatada inexistência de restrição a capacidade participativa dos interessados deve-se considerar parcialmente procedente a representação.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de representação formulada pela empresa ALTERMED Material Médico Hospitalar Ltda., já qualificada nos autos, na qual noticia possíveis irregularidades na no Edital de Pregão Presencial nº 046/2020-FMS, promovido pela Prefeitura Municipal de Navegantes, objetivando o registro de preços para a aquisição de materiais ambulatoriais e equipamentos de proteção individual (EPI) para atender todas as unidades de saúde atendidas pela Secretaria de Saúde de Navegantes, através do fundo municipal de saúde de Navegantes, no valor previsto de R\$ 5.183.581,10.

A representante questionou o item 4.14.1.4 do Edital que reza que “as amostras serão analisadas no momento do Certame, por funcionário designado pela Secretaria solicitante, que aprovará ou reprovará o Item apresentado”. Requereu ao final a anulação do procedimento licitatório.

Importante salientar que o objeto foi constituído de 192 (cento e noventa e dois) itens e seu julgamento foi previsto pelo MENOR PREÇO POR ITEM, conforme consta no preâmbulo da licitação (fl. 16 dos autos).

Após as providências iniciais, a Diretoria de Licitações e Contratações-DLC emitiu o Relatório nº 766/2020, sugerindo o conhecimento da representação, o indeferimento da medida cautelar requerida, e a realização de audiência da responsável para que apresentasse justificativas acerca da exigência de amostra de 192 (cento e noventa e dois) itens na sessão de abertura e julgamento prevista no item 4.14.1.4 do Edital, cláusula que pode restringir a participação no certame.

Este Relator conheceu da representação, indeferiu a medida cautelar de sustação do Pregão Presencial nº 46/2020-FMS, autorizou a audiência e solicitou que a Unidade remetesse as atas de julgamento das propostas, conforme os termos da Decisão Singular nº GAC/LRH – 1000/2020:

1. Conhecer da representação formulada pela empresa ALTERMED Material Médico Hospitalar Ltda., com fundamento no § 1º do art.113 da Lei Federal nº 8.666/93, em face do Edital de Pregão Presencial nº 046/2020-FMS, promovido pela Prefeitura Municipal de Navegantes, visando ao registro de preços para a aquisição de materiais ambulatoriais e equipamentos de proteção individual (EPI) para atender todas as unidades de saúde da Secretaria de Saúde de Navegantes, através do fundo municipal de saúde de Navegantes/SC, no valor previsto de R\$5.183.581,10, por atender os requisitos para a sua apreciação, previstos na Instrução Normativa nº TC-21/2015 do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, no tocante ao seguinte fato:

1.1 Exigência de amostra de 192 (cento e noventa e dois) itens na sessão de abertura e julgamento prevista no item 4.14.1.4 do Edital, cláusula que pode restringir a participação no certame, fato que se enquadra nas vedações previstas no inciso I do § 1º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93 (item 2.2 Relatório DLC 766/2020).

2 Não conceder a medida cautelar de sustação do Pregão Presencial nº 46/2020-FMS promovido pela Prefeitura Municipal de Navegantes, por não estarem presentes os requisitos necessários ao seu deferimento;

3 Determinar a audiência da Sra. **Claudete Maria Hermógenes** – Secretária Municipal de Saúde e subscritora do Edital, nos termos do art. 29, § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 202, de 15 de dezembro de 2000, para, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da deliberação, com fulcro no art. 46, I, b, do mesmo diploma legal c/c o art. 124 do Regimento Interno do Tribunal de Contas

do Estado (Resolução nº TC-06, de 28 de dezembro de 2001), apresentar justificativas, adotar as medidas corretivas necessárias ao exato cumprimento da lei ou promover a anulação do Pregão Presencial nº 046/2020-FMS, promovido pela Prefeitura Municipal de Navegantes, se for o caso, em razão da irregularidade descrita no item 1.1 (item 3.1.1 da Conclusão do Relatório DLC nº 766/2020).

4 Solicitar, no mesmo prazo, que a Unidade remeta as atas de julgamento das propostas em conformidade como o artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/93.

5 Dar ciência desta decisão aos procuradores da Representante e ao Responsável pelo Controle Interno da Unidade.

6 Submeta-se a apreciação da medida cautelar ao Plenário na próxima Sessão, nos termos do § 1º do artigo 114-A do Regimento Interno desta Corte de Contas.

O Plenário do Tribunal de Contas em Sessão Ordinária – Virtual, nos termos do §1º do Art. 114- A do Regimento Interno deste Tribunal, ratificou a supracitada Decisão Singular, conforme publicação no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal em 24/09/2020.

Após as notificações, os responsáveis encaminharam suas justificativas de defesa, ensejando a apreciação das alegações de defesa, a DLC emitiu o Relatório nº 1046/2020, concluindo nos seguintes termos:

3.1. Considerar parcialmente procedente a representação, formulada pela empresa ALTERMED Material Médico Hospitalar Ltda., com fundamento no §1º do art.113 da Lei Federal nº 8.666/93, contra o Edital de Pregão Presencial nº 046/2020-FMS, promovido pela Prefeitura Municipal de Navegantes, visando o registro de preços para a aquisição de materiais ambulatoriais e equipamentos de proteção individual (epi) para atender todas as unidades de saúde atendidas pela Secretaria de Saúde de Navegantes, através do fundo municipal de saúde de Navegantes/SC, no valor previsto de R\$5.183.581,10, no tocante ao seguinte fato:
3.1.1. A exigência de amostra de 192 (cento e noventa e dois) itens na sessão de abertura e julgamento prevista no item 4.14.1.4 do Edital, não foi uma cláusula que restringiu a participação (item 2 do presente Relatório), apesar de contrariar os julgados do TCU e desta Corte de Contas.

3.2. Recomendar a Unidade que altere o Decreto Municipal nº 114/2018 que trata do prazo de amostra, para se adequar as recomendações do TCU e desta Corte de Contas.

3.3. Determinar o arquivamento.

3.4. Dar ciência aos interessados.

Na sequência, o Representante Ministerial, senhor Procurador Aderson Flores, por meio do Parecer nº MPC/AF/2117/2020, manifestou-se por acompanhar as conclusões do relatório técnico.

É o relatório.

2. DISCUSSÃO

Superada a discussão sobre a admissibilidade do presente processo, conhecida por este Relator na Decisão Singular nº GAC/LRH – 1000/2020, passo à análise da irregularidade apontada pelo corpo instrutivo e que foi objeto de audiência da responsável Sra. Claudete Maria Hermógenes – Secretária Municipal de Saúde e subscritora do Edital.

O escopo da representação é a verificação de possíveis irregularidades no Edital de Pregão Presencial nº 046/2020-FMS, lançado pela Prefeitura Municipal de Navegantes, que possui como objeto o registro de preços para a aquisição de materiais ambulatoriais e equipamentos de proteção individual (epi) para atender todas as unidades de saúde atendidas pela Secretaria de Saúde de Navegantes, através do fundo municipal de saúde de Navegantes.

A irregularidade pode ser assim sintetizada:

- Exigência de amostra de 192 (cento e noventa e dois) itens na sessão de abertura e julgamento prevista no item 4.14.1.4 do Edital, cláusula que pode restringir a participação no certame, fato que se enquadra nas vedações previstas no inciso I do § 1º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93.

A subscritora do Edital, senhora Claudete Maria Hermógenes – Secretária Municipal de Saúde, apresentou justificativa, afirmando que a exigência de amostra após a sessão está fundamenta no artigo 1º do Decreto Municipal nº 114/2018 que prescreve:

Art. 1º A entrega e análise das amostras das licitações do Município de Navegantes acontecerão no mesmo dia da correspondente licitação, ocorrendo exceções em casos especiais.
[...]. (Grifou-se)

Informou que 12 (doze) empresas participaram do certame, não havendo questionamento sobre o apontado na presente representação.

Contudo, a DLC em seu relatório registra que "...segundo orientações do Tribunal de Contas da União, nos certames em que a avaliação de amostras for necessária, devem constar do instrumento convocatório, pelo menos, os seguintes itens:"

Nota Técnica nº 04/2009 - Sefti/TCU – versão 1.0

- a) prazo adequado para entrega da amostra pelo licitante;
- b) a possibilidade e a forma de participação dos interessados, inclusive dos demais licitantes, no acompanhamento do procedimento de avaliação da amostra;
- c) a forma de divulgação, a todos os licitantes, do período e do local da realização do procedimento de avaliação de amostras e do resultado de cada avaliação;
- d) o roteiro de avaliação, detalhando todas as condições em que o procedimento será executado, além dos critérios de aceitação da amostra e, conseqüentemente, da proposta do licitante;
- e) cláusulas que especifiquem a responsabilidade do ente contratante quanto ao estado em que a amostra será devolvida e ao prazo para sua retirada após a conclusão do procedimento licitatório.

Percebe-se que o citado Decreto Municipal está em descompasso com as orientações e decisões dos tribunais de contas. Nesse sentido decidiu o TCU:

[...]

A exigência de apresentação de amostras em pregão presencial é admitida apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar

[...]

Precedentes mencionados: Acórdãos nº 1.291/2011-Plenário, nº 2.780/2011-2ª Câmara, nº 4.278/2009-1ª Câmara, nº 1.332/2007-Plenário, nº 3.130/2007-1ª Câmara e nº 3.395/2007-1ª Câmara. Acórdão nº 3269/2012-Plenário, TC-035.358/2012-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 28.11.2012. (Grifou-se)

O Tribunal de Contas da União manifestou-se quanto ao prazo para apresentação de amostras, trazendo a seguinte orientação:

Fixe o prazo para apresentação de amostras suficiente a não restringir a participação de potenciais competidores situados em outros Estados da Federação, de modo a não restringir a competitividade e a isonomia da licitação. (Acórdão 808/2003 Plenário) (Grifou-se)

Esta Corte já se manifestou em relação ao tema em diversas oportunidades como bem destacou a DLC:

a) Em 2018:

a.1) nos autos da REP-18/00384359 da Prefeitura de Porto Belo, de Relatoria do Conselheiro Substituto Cleber Muniz Gavi, o prazo de 5 (cinco) dias para apresentação das amostras também foi questionado. No entanto, a Unidade alterou para 25 dias;

a.2) nos autos da REP-18/00045066 da Prefeitura de Massaranduba, o prazo era também de 05 (cinco) dias, mas a Unidade anulou o Edital;

a.3) nos autos da REP- 18/00507370 da Prefeitura de São Cristóvão do Sul, de Relatoria do Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall, o prazo era de 03 (três) dias, mas a Unidade também anulou o Edital; e

a.4) nos autos da @REP-18/00860908 da Prefeitura de São Francisco do Sul, de Relatoria do Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall, o prazo questionado foi de 5 (cinco) dias. A Unidade informou, à fl. 98 do citado processo, que “acata a solicitação de alteração, para o prazo de 25 dias consecutivos, conforme precedentes”.

b) Em 2020:

b.1) nos autos da @REP-20/00331747 da Prefeitura de Monte Carlo, de Relatoria da Conselheiro Substitua Sabrina Nunes Locken, o prazo questionado foi de 3 (três) dias úteis.

A Relatora, mediante Decisão Singular nº COE/SNI 550/2020, acolheu a representação e determinou a sustação do certame por duas irregularidades, sendo uma delas por:

2.2. Exigência de apresentação dos laudos técnicos juntamente com as amostras dos produtos no prazo de 3 (três) dias úteis após a realização do certame, previstos nos itens 7.1 e 7.2 do Edital, se enquadra no inciso I do § 1º do artigo 3º da Lei Federal n. 8.666/93 (item 2.2.2 do Relatório n. DLC-490/2020).

Contudo, esta exigência depende muito do objeto, tendo em vista que a Unidade não exigiria amostra para o mesmo dia da sessão quando se trata de aquisição de móveis, peças de veículos, pneus, escavadeira hidráulica e outros.

Cita-se ainda do TCE de Minas Gerais as palavras Relator Conselheiro Sebastião Helvécio:

862779, DENÚNCIA, Prefeitura de Governador Valadares.

Parte(s): Elisa Maria Costa e Ranger Belisário Duarte Viana

Procurador(es) constituído(s): Schinyder Exuperly Cardoso – OAB/MG
91452 E outros

MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Melo

Relator: Conselheiro Sebastião Helvecio

[...] Então, com esteio nos princípios da razoabilidade e da economicidade, uma vez que a exigência questionada pode impor ônus excessivo aos licitantes e desestimular a presença de potenciais interessados, concluo que, para as modalidades de licitação previstas na Lei n. 8.666/93, **caso necessária a exigência de amostras, esta deve ser imposta somente ao licitante que se classificar em primeiro lugar e em prazo razoável.** Constatado, em vista disso, **como irregular a necessidade de preparação de amostras para os licitantes que não os vencedores, conforme previsto no item 7.2 do edital, a qual deve ser sanada pela Administração em certames futuros.**

Contudo, não vislumbro a necessidade de sanção pecuniária, mesmo diante da irregularidade constatada, uma vez que não houve provas de prejuízo ao erário e não há indícios de má-fé por parte dos jurisdicionados. A boa-fé, aliás, se corrobora diante da dúvida razoável quanto à exigência de amostra para todos os licitantes na modalidade pregão.

Como visto, a posição doutrinária e jurisprudencial é vacilante a respeito, não estando o assunto sedimentado de modo a caracterizar a má-fé de quem interpreta pela possibilidade da exigência de amostra para todos os licitantes, sendo que o jurisdicionado, conforme alegado pela defesa, fl. 75, exigiu a amostra com escopo de evitar propostas aventureiras e insatisfatórias, privilegiando o princípio da eficiência.

Assim, tenho por bem que se proceda apenas à Recomendação ao Prefeito e Pregoeiro do Município de Governador Valadares para que em futuros procedimentos licitatórios na modalidade Pregão, caso haja seja indispensável exigir amostras ou protótipos dos produtos a serem licitados, que imponha essa obrigação somente ao licitante provisoriamente em primeiro lugar.

VOTO

Com fulcro nas considerações expostas na fundamentação, VOTO:

A) Pela extinção do processo com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, I, CPC, diante da procedência parcial dos apontamentos de irregularidades apresentados nos autos;

B) Pela não aplicação de multa aos gestores, diante das circunstâncias do caso como a boa-fé e a ausência de provas de dano ao erário;

C) Pela expedição de recomendação, via postal, ao Prefeito e Pregoeiro de Governador Valadares para que em futuros procedimentos licitatórios na modalidade Pregão, caso haja seja indispensável exigir amostras ou protótipos dos produtos a serem licitados, que imponha essa obrigação somente ao licitante provisoriamente em primeiro lugar.

D) Pelo arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, IV, do Regimento.

(Fonte: <https://tcnotas.tce.mg.gov.br/tcjuris/Nota/BuscarArquivo/784669>)

(Grifou-se)

A Diretoria Técnica conclui que no presente caso “...o objeto da licitação constituía de 192 (cento e noventa e dois) itens de materiais ambulatoriais e equipamentos de proteção individual que deveriam ser apresentados na sessão do

pregão, e a exigência quanto ao prazo da amostra não impediu que 12 (doze) participantes apresentassem propostas conforme as atas de fls. 279/280 e de fls. 283/284.” Considerou assim, a representação como parcialmente procedente.

De fato apesar da irregularidade restar configurada, verificou-se que não ocorreu restrição à participação de interessados no certame, posto que 12 propostas foram apresentadas, contudo é necessário recomendar que o Município altere o Decreto Municipal nº 114/2018 que trata do prazo de amostra, para se adequar as recomendações do TCU e desta Corte de Contas.

Embora o município tenha competência residual para disciplinar matéria relativa às licitações e contratações para melhor atender suas necessidades, não pode estabelecer normas desconformes com as normas gerais de competência da União.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, proponho ao Egrégio Tribunal Pleno a adoção da seguinte deliberação:

3.1 Pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da presente representação interposta pela empresa ALTERMED Material Médico Hospitalar Ltda., na qual noticia possíveis irregularidades contra o Edital de Pregão Presencial nº 046/2020-FMS, promovido pela Prefeitura Municipal de Navegantes, visando ao registro de preços para a aquisição de materiais ambulatoriais e equipamentos de proteção individual (EPI) para atender todas as unidades de saúde atendidas pela Secretaria de Saúde de Navegantes, através do fundo municipal de saúde de Navegantes, em razão da exigência de amostra de 192 (cento e noventa e dois) itens na sessão de abertura e julgamento prevista no item 4.14.1.4 do Edital, cláusula que pode restringir a participação no certame, em afronta ao inciso I do § 1º

do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93, e entendimento do TCU e desta Corte de Contas.

3.2. Afastar a necessidade de anulação da licitação Pregão Presencial nº 046/2020-FMS, da Prefeitura Municipal de Navegantes, tendo em vista que, no caso concreto, não restou comprovada o que a regra do edital tenha resultado em restrição à competitividade, bem como ante ao atual período de pandemia da Covid-19, quando o município deve dispor de materiais para o seu enfrentamento.

3.3. Recomendar ao Município de Navegantes que altere o Decreto Municipal nº 114/2018 com relação ao prazo para apresentação de amostra, para evitar restrição à participação de interessados no certame, em afronta ao inciso I do § 1º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/1993.

3.4. Determinar o arquivamento dos autos.

3.5. Dar ciência da decisão, do Relatório e Voto do Relator que o fundamentam e do Relatório nº DLC 1046/2020, ao representante, à Prefeitura Municipal de Navegantes e ao seu Controle Interno, bem como, aos senhores Procuradores constituídos nos autos.

Florianópolis, em 14 de dezembro de 2020.

LUIZ ROBERTO HERBST
CONSELHEIRO RELATOR
