

COMUNICAÇÃO

Senhor Presidente,

Senhores Ministros,

Senhor Procurador-Geral,

Na forma do art. 276, § 1º, do Regimento Interno, submeto a este Colegiado medida cautelar por mim adotada, no dia 25/9/2012, nos autos do TC-035.358/2012-2.

Trata o aludido processo de Representação, com pedido de cautelar, formulada pela empresa Iaccino e McGrif Indústria, Comércio de Importação e Exportação Ltda. (CNPJ 72.626.153/0001-50), versando sobre possíveis irregularidades no âmbito do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012, realizado pelo Departamento da Merenda da Secretaria Municipal da Educação de São Paulo. O certame está previsto para ser realizado no dia 26/9/2012, às 10:00, e tem por objeto a aquisição de suco de laranja integral pasteurizado congelado e de néctar de frutas congelado tipo menor preço unitário por item, a, razão pela qual a representante pede concessão de medida cautelar para suspender o certame.

O valor previsto, de R\$ 2.200.000,00, está incluído nas dotações orçamentárias indicadas no edital do pregão (peça 2, p. 1) são: 16.24.12.306.1128.6.553.3.3.90.30.00.02, referentes a recursos federais do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), e 16.24.12.306.1128.6.552.3.3.90.30.00.00, relativa ao Programa Municipal de Alimentação Escolar (peça 4, p. 1), razão pela qual a matéria é de competência tanto do TCU, quanto do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

Em exame de cognição sumária, entendi estar caracterizado o **fumus boni iuris**, consubstanciado nas irregularidades elencadas pela unidade técnica no item 6.9.3 da análise constante da instrução à peça 6 dos autos. No mesmo sentido, tendo em vista a realização do pregão presencial em 26/9/2012, julguei restar evidenciado o **periculum in mora**. Registro, também, que não se identificou o **periculum in mora** ao reverso.

A cautelar deferida determina a suspensão dos procedimentos relativos ao Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012 e dos atos dela decorrentes, até que este Tribunal decida sobre o mérito das questões suscitadas, promovendo-se a oitiva do Departamento da Merenda da Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, consoante previsto no art. 276, § 3º do Regimento Interno.

A matéria está detalhadamente relatada na Decisão que acompanha esta comunicação, onde consta também a fundamentação completa da medida adotada.

Ante o exposto, submeto a referida decisão à apreciação deste Plenário.

Brasília, 26 de setembro de 2012.

RAIMUNDO CARREIRO

Relator

TC 035.358/2012-2

Natureza: Representação com pedido de cautelar

Unidade Jurisdicionada: Prefeitura Municipal de São Paulo - SP.

DECISÃO

Trata-se de Representação, com pedido de cautelar, formulada pela empresa Iaccino e McGrif Indústria, Comércio de Importação e Exportação Ltda. (CNPJ 72.626.153/0001-50), versando sobre possíveis irregularidades no âmbito do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012, realizado pelo Departamento da Merenda da Secretaria Municipal da Educação de São Paulo. O certame está previsto para ser realizado no dia 26/9/2012, às 10:00, e tem por objeto a aquisição de suco de laranja integral pasteurizado congelado e de néctar de frutas congelado tipo menor preço unitário por item, a, razão pela qual a representante pede concessão de medida cautelar para suspender o certame.

2. A unidade técnica registra que a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade.

3. O valor previsto, de R\$ 2.200.000,00, está incluído nas dotações orçamentárias indicadas no edital do pregão (peça 2, p. 1) são: 16.24.12.306.1128.6.553.3.3.90.30.00.02, referentes a recursos federais do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), e 16.24.12.306.1128.6.552.3.3.90.30.00.00, relativa ao Programa Municipal de Alimentação Escolar (peça 4, p. 1), razão pela qual a matéria é de competência tanto do TCU, quanto do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

4. Transcrevo a seguir, a análise técnica e a proposta de encaminhamento, elaboradas de forma uníssona pela Secex-SP.

EXAME TÉCNICO

6. *A representante se insurge quanto aos seguintes pontos do edital:*

6.1. Fato impugnado: Utilização de Pregão Presencial em vez da modalidade pregão eletrônico

6.1.1 *O representante declara que a utilização de pregão eletrônico é obrigatória nos termos do Decreto Municipal de São Paulo 45.689/2005, que dispõe:*

*Art. 1º. Os contratos celebrados pelo Município de São Paulo para aquisição de bens e serviços comuns (...) serão precedidos, **obrigatoriamente**, por licitação pública, na modalidade de pregão, preferencialmente eletrônico, que se destina a garantir, por meio de disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura e eficiente.*

(...)

*§ 2º A **obrigatoriedade** prevista no "caput" deste artigo será alterada para "**pregão eletrônico**", a partir de **um ano da data de publicação deste decreto**.*

Art. 2º. Os contratos celebrados pelo Município de São Paulo para aquisição de bens e serviços comuns, nos casos em que houver a possibilidade de dispensa de licitação nos termos do inciso II do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, a partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação deste decreto, serão precedidos, obrigatoriamente, de cotação eletrônica de preços, que se destina a garantir, por meio de disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura e eficiente.

6.1.2. *Acrescenta que o art. 4º do Decreto Federal 5.450/2005, que obriga a adoção de pregão eletrônico para as aquisições com recursos da União, dispõe:*

Art. 4º. Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1º. O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

6.1.3. Registra que, no dia 3/9/2012, ocorreu o pregão eletrônico 12/2012, na plataforma Comprasnet, promovido pela Secretaria de Educação do Município de São Paulo, comprovando a inexistência de inviabilidade técnica para levar adiante o pregão, na forma eletrônica, sendo injustificável a adoção de pregão na forma presencial.

Exame técnico

6.1.4. Assiste razão à representante quanto a este ponto. O pregão presencial restringe indevidamente o número de competidores na licitação, além de infringir o art. 4º do Decreto Federal 5.450/2005 e os arts. 1º e 2º do Decreto Municipal de São Paulo 45.689/2005.

6.1.5. Ante o exposto, considera-se irregular a utilização da modalidade pregão presencial, razão pela qual cabe proposta de oitiva do Departamento da Merenda da Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, para que se pronuncie, no prazo de 5 (cinco) dias, quanto à irregularidade.

6.2. Fato impugnado: Exigência de embalagem não usual no mercado, contida no item 3.1 do anexo I edital, com possível favorecimento de determinada competidora.

6.2.1. A representante registra que o item 3.1 do anexo I do edital exige que os sucos e néctares devam ser entregues embalados em saquinhos plásticos com capacidade de 200 ml, podendo ser do tipo “stand up pouch” (sachê de fundo estável) (peça 2, p. 22), o que corresponderia a retrógradas embalagens conhecidas como “tipo dim-dim, chupa-chupa, sacolé”, sendo que, em outro recipiente, deveriam vir os canudos correspondentes aos quantitativos de saquinhos com os produtos e que o suco de laranja e o néctar deverão ser entregues congelados.

6.2.2. Acrescenta que o item 1 do objeto da licitação é o produto da categoria estabelecida por regulamento do Ministério da Agricultura como sendo suco e o item 2 foi estipulado na categoria néctar, sendo que, conforme o anexo I do edital, item 1, o suco é o produto integral, enquanto ao néctar são adicionados água e açúcar, sendo que o néctar de uva deverá conter, no mínimo, 50% de suco de uva, o de manga, no mínimo, 40% de suco de manga, e o de goiaba, 35% de suco de goiaba (peça 2, p. 17).

6.2.3. A licitante declara que:

- há 56 indústrias brasileiras habilitadas para fornecer o suco e o néctar por embalagem usual de mercado em caixas tetrapak assépticas de 200 ml e canudo já acoplado individualmente e que é melhor assim, sem a necessidade de refrigeração;
- causa espécie que, durante 16 anos, a mesma empresa que ininterruptamente forneceu o suco de laranja congelado em sacolas plásticas de 200ml congelado, numa demonstração de influência, emplaque um edital com néctar em 200 ml congelado afastando dezenas de indústrias que se adaptaram tecnologicamente com as caixas Tetrapak de 200ml;
- não é usual de mercado suco ou néctar embalados em sacolinhas plásticas de 200ml e congeladas;
- o cidadão vai ao supermercado e encontra dezenas de marcas de suco e néctar de 200 ml em caixas de tetrapak;
- o art. 1º do parágrafo único da Lei 10.520/2002 considera bem comum aquele padrão cuja especificação é usual de mercado e o padrão do objeto do edital não é comum, nem usual de mercado, sendo a embalagem usual de mercado a tetrapak de 200ml, com canudo e sem refrigeração.

Exame técnico

6.2.4. Existem fortes indícios de que o padrão de embalagem estabelecido para os itens objeto da licitação não seja o usual de mercado.

6.2.5. Há tempos as embalagens tetrapak têm sido adotadas como usuais de mercado, pelas vantagens que proporcionam, indicadas à peça 5, p. 1, extraída do sítio eletrônico da Tetra Pak. Conforme informação extraída do referido sítio:

A embalagem da Tetra Pak é composta por várias camadas de materiais. Estas criam uma barreira que impede a entrada de luz, ar, água e microorganismos e, ao mesmo tempo, não permitem que o aroma dos alimentos deixe a embalagem. A proteção contra luz é fundamental pois evita a destruição de importantes vitaminas dos alimentos (Vitamina C e Vitamina B), principalmente no caso de leite e sucos. Já o oxigênio, presente no ar, poderia produzir nos alimentos uma reação de oxidação e causar uma redução das suas qualidades.

Essas embalagens são feitas de papel (cartão), plástico (polietileno de baixa densidade) e alumínio.

Um dos objetivos das embalagens é proteger o seu conteúdo, e neste sentido, a Tetra Brik Aseptic ou embalagem Longa Vida é muito eficiente pois mantém bactérias e outros microorganismos longe de alimentos como leite, iogurtes e suco de frutas, preservando-os por muitos meses. Nenhum conservante artificial é adicionado, sendo, portanto, um alimento 100% natural.

6.2.6. *Ante o exposto, considera-se irregular a exigência de padrão de embalagem não usual no mercado, o que acaba por restringir indevidamente o número de competidores, em infringência ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, razão pela qual se propõe oitiva do Departamento da Merenda da Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, para que se pronuncie, no prazo de 5 (cinco) dias, quanto à exigência indevida.*

6.3. Fato impugnado: Exigência de amostras de todas as licitantes, sob pena de vedação da participação das licitantes.

6.3.1. *A representante alega que o item 3.2 do edital e o item 6 do anexo I do edital, reproduzidos a seguir, implicam violação do sigilo das propostas (peça 2, p. 25):*

3.2. Será vedada a participação de empresas:

(...)

f) Que não tenham apresentado amostras, nos termos do Anexo I do Edital.

6. APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS (ITENS 01 E 02):

As empresas licitantes deverão entregar amostras dos produtos até o último dia útil que anteceder a data da sessão de abertura do certame, sendo que para o item 02, no mínimo 2 (dois) dos três sabores deverão ser encaminhados, conforme abaixo: (...)

6.3.2. *A licitante considera que a divulgação de relação dos licitantes que entregaram as amostras antes da sessão de disputa, segundo item 6.6 do anexo I do edital (peça 2, p. 26), combinada com a vedação prevista no item 3.2, inciso f, do edital, retrocitada, configuram violação do conteúdo das propostas, eis que as marcas serão conhecidas, ensejando a possibilidade de ajuste prévio entre as empresas, potencializando prejuízos aos cofres da União, e que o art. 3º, § 3º, da Lei 8.666/1993 determina que o conteúdo das propostas deva ser sigiloso até a respectiva abertura do certame e que, conhecer a marca um dia antes do certame seria violar o conteúdo dos envelopes de preço.*

Exame técnico

6.3.3. *A jurisprudência consolidada do TCU é no sentido de que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório (Acórdãos 1.291/2011-TCU-Plenário, 2.780/2011-TCU-2ª Câmara, 4.278/2009-TCU-1ª Câmara, 1.332/2007-TCU-Plenário, 3.130/2007-TCU-1ª Câmara e 3.395/2007-1ª Câmara).*

6.3.4. *Tal entendimento também se estende às licitações feitas na modalidade pregão, desde que a exigência de amostra do vencedor do certame não comprometa a celeridade de todo o processo. Aplica-se à aquisição de produtos que possam ter sua qualidade aferida rapidamente, sem necessidade de emissão de pareceres técnicos de especialistas, havendo assim a prevalência do princípio da eficiência,*

sem prejuízo à celeridade (Acórdãos 1.554/2009-TCU-Plenário, 2.407/2006-TCU-Plenário, 2.558/2007-TCU- Plenário e 1.113/2008-TCU-Plenário).

6.3.5. *Ante o exposto, considera-se indevida a exigência de amostras de todas as licitantes como condição para participação no pregão, razão pela qual cabe proposta de oitiva do Departamento da Merenda da Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, para que se pronuncie, no prazo de 5 (cinco) dias, quanto à irregularidade.*

6.4. **Fato impugnado:** *ausência de licitação por itens, possibilitando jogo de planilha.*

6.4.1. *A representante declara que o item 6.1 do edital (peça 2, p. 6) dispõe que o preço será unitário para os itens 1 e 2.*

6.4.2. *Em síntese, a licitante se insurge quanto ao fato de o item 2 ser composto por três produtos (néctar de uva, néctar de goiaba e néctar de manga), prever a aquisição de 2.200.000 (dois milhões e duzentas mil unidades de néctar) e o sistema de Ata de Registro de Preços possibilitar tanto a aquisição de 2.200.000,00 divididas em 733.000 unidades de cada sabor, ou 2.200.000 unidades de um mesmo sabor, ou não pedir nada.*

6.4.3. *Isso implicaria na possibilidade de jogo de planilha por meio do registro de preços em referência, já que a compra de todas as unidades do sabor mais barato a um preço mais caro, já que os sucos possuem variação de preço, conforme a representante.*

Exame técnico

6.4.4. *A existência de sabores diferentes de néctar já justificaria que, para cada tipo de néctar, fossem apresentados preços diferenciados pelas licitantes, pois frequentemente ocorrem variações de preços entre itens.*

6.4.5. *A separação dos três néctares em subitens no pregão se torna mais importante considerando que o néctar de goiaba é mais diluído em água que o de manga, que, por sua vez, é mais diluído em água que o de uva, conforme as descrições dos três tipos de néctar integrante do anexo I do edital, reproduzidas a seguir (peça 2, p. 17):*

- néctar de uva é o “produto obtido pela diluição em água potável da parte comestível da uva (Vitis spp.) e açúcares, destinado ao consumo direto, podendo ser adicionado de ácidos. Deverá conter no mínimo 50% (50 g/100 g) de suco ou polpa de uva”;

- néctar de manga é o “produto obtido pela diluição em água potável da parte comestível da manga (Mangifera indica, L.) e açúcares, destinado ao consumo direto. Deverá conter no mínimo 40% (40 g/l 00 g) de suco ou polpa de manga”;

- néctar de goiaba é o “produto obtido pela diluição em água potável da parte comestível da goiaba (Psidium guajava, L) e açúcares, destinado ao consumo direto, podendo ser adicionado de ácidos. Deverá conter no mínimo 35% (35 g/l 00 g) de suco ou polpa de goiaba”.

6.4.6. *Além das variações de preços das commodities uva, manga e goiaba, há uma variação de preços decorrente da quantidade de água adicionada no produto e da quantidade de suco das frutas, sendo provável que uma maior diluição do néctar em água resulte num menor preço para o néctar mais diluído.*

6.4.7. *A Lei 8.666/1993 estabelece que:*

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

6.4.8. *Ante o exposto, cabe proposta de oitiva do Departamento da Merenda da Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, para que se pronuncie, no prazo de 5 (cinco) dias, quanto à irregularidade.*

6.5. **Fato impugnado:** ausência de estipulação e definição de quantitativos a serem adquiridos em função do consumo e utilização provável mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação

6.5.1. A representante reproduz o art. 15, § 7º, inciso II, da Lei 8.666/1993, que dispõe:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

§ 7º. Nas compras deverão ser observadas, ainda:

II- a definição (..) das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação.

6.5.2. Reproduz ainda o art. 13 da Lei Federal 11.947/2009, que estabelece:

Art. 13. A aquisição dos gêneros alimentícios, no âmbito do PNAE, deverá obedecer ao cardápio planejado pelo nutricionista (...).

6.5.3. O item 2 do edital prevê a aquisição de quantidade estimada de 2.220.000 unidades, por mês, de cada item, para os Programas de Alimentação (peça 2, p. 2).

6.5.4. A representante considera pertinente indagar aos gestores se o cardápio já planejado pela nutricionista responsável pela alimentação escolar do Município de São Paulo comporta esses quantitativos mensais de 2.200.000 unidades de suco integral de laranja em 200 ml e mais 2.200.000 de néctar de frutas.

Exame técnico

6.5.5. O item 7.14.1 do edital estabelece como exigência para qualificação técnica das licitantes a apresentação de (peça 2, p. 9):

7.14.1. Certidão(ões) ou atestados de capacidade técnica fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado que comprovem a aptidão da licitante para desempenho de atividade pertinente e compatível, em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação, indicando o local, natureza, volume, quantidades, prazos e outros dados característicos dos serviços. Entende-se por pertinente e compatível o(s) atestado(s) que comprove(m) capacidade de fornecimento de 30 % (trinta por cento) ou mais dos objetos ora requisitados, em um único fornecimento ou em diversos fornecimentos durante um mês.

6.5.6. Tendo em vista que as quantidades de suco e néctar objeto da licitação são elevadas (2.220.000 unidades de suco integral de 200 ml por mês e 2.220.000 unidades de néctar de 200ml por mês) e que essas quantidades são a base para definição das quantidades exigidas de comprovação de capacidade de fornecimento pelas licitantes, propõe-se que seja feita oitiva do Departamento da Merenda da Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, para que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente estudo que comprove a adequação das quantidades de suco e néctar licitadas, de forma a comprovar o atendimento do art. 15, § 7º, inciso II, da Lei 8.666/1993 e do 13 da Lei Federal 11.947/2009.

6.6. **Fato impugnado:** edital com previsão de ata com validade de dois anos

6.6.1. A representante reproduz o item 11.9 do edital, que estabelece (peça 2, p. 12):

11.9. À PMSP, demonstrado o interesse público, é assegurado o direito de exigir que as empresas detentoras, conforme o caso, prossigam na execução do ajuste, mediante aditamento da ata, pelo período de até 90 (noventa) dias, a fim de evitar brusca interrupção nos fornecimentos, observando, porém, o prazo limite de vigência de 24 (vinte e quatro) meses.

Exame Técnico

6.6.2. O art. 15, § 3º, inciso III, da Lei 8.666/1993 determina:

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

(...)

III. validade do registro não superior a um ano.

6.6.3. *A jurisprudência do TCU é no sentido da impossibilidade de vigência de ata de registro de preços por mais que um ano (Acórdão 991/2009-TCU-Plenário, Acórdão 3028/2010-TCU-2ª Câmara, 2.140/2010-TCU-2ª Câmara, dentre outros).*

6.6.4. *Ante o exposto, propõe-se oitiva do Departamento da Merenda da Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, para que, no prazo de 5 (cinco) dias, pronuncie-se quanto ao disposto no item 11.9 do edital, em infringência ao art. 15, § 3º, inciso III, da Lei 8.666/1993.*

6.7. **Fato impugnado:** *possibilidade de julgamento subjetivo mediante análise das amostras dos produtos.*

6.7.1. *A representante se insurge contra a previsão de que uma comissão de adultos detenha o veredito quanto à aprovação ou reprovação das amostras e de que o eventual competidor que tiver a sua amostra reprovada pelos degustadores será aliado processo.*

6.7.2. *Novamente, registra que é impertinente a análise de amostras constar da fase habilitatória, o que já foi analisado no item 5.3 desta instrução.*

6.7.3. *Considera que a avaliação sensorial já é exigida objetivamente no Anexo I do edital em seus itens 2.2 e 5.2 por intermédio documento científico realizado por laboratórios credenciados pelo Ministério da Saúde e Ministério da Agricultura, o denominado laudo bromatológico.*

6.7.4. *Por essa razão, entende que não haveria justificativa plausível e nem suporte legal para levar a efeito o julgamento do objeto por intermédio de degustação individual de uma equipe auxiliar da Representada eis que tais atos afrontam ao disposto no art. 32 da Lei 8.666/1993, ao qual é garantido o julgamento objetivo em certames licitatórios.*

6.7.5. *Credita que essa exigência de equipe auxiliar de degustação e aprovação guarde relação com possível direcionamento da licitação com o propósito de garantir a permanência do fornecedor atual que há 16 anos teria esse contrato.*

6.7.6. *Entende que, pela Resolução FNDE 38/2009, o aluno de escola pública teria o direito indelegável ao teste de aceitabilidade podendo reprovar ou não o produto a ser adquirido, sendo certo que um grupo de 5 pessoas adultas não poderiam executar uma ação de degustação em nome da comunidade estudantil, razão pela qual recomenda que a degustação prevista por auxiliares da Representada seja retirada do edital.*

Exame Técnico

6.7.7. *A Resolução FNDE 38/2009 não prevê que as amostras de produtos de licitantes sejam submetidas a testes de aceitabilidade por crianças.*

6.7.8. *A referida resolução dispõe:*

Art. 25. Os produtos adquiridos para a clientela do PNAE deverão ser previamente submetidos ao controle de qualidade, na forma do Termo de Compromisso (Anexo VI), observando-se a legislação pertinente.

(...)

§ 5º A EE aplicará teste de aceitabilidade aos alunos, com exceção daqueles matriculados na educação infantil na faixa etária de 0 a 3 anos (creche), sempre que ocorrer, no cardápio, a introdução de alimento novo ou quaisquer outras alterações inovadoras, no que diz respeito ao preparo, ou para avaliar a aceitação dos cardápios praticados frequentemente.

6.7.9. *Considerando que o suco não constitui alimento novo nem implica em inovação do cardápio, não há previsão normativa para a aplicação de teste de aceitabilidade às crianças.*

6.7.10. O § 4º do art. 25 da Resolução FNDE 38/2009 não estabelece como será feita a avaliação de amostras, conforme a seguir:

§ 4º A EE deverá prever em edital de licitação ou na chamada pública a apresentação de amostras para avaliação e seleção do produto a ser adquirido, as quais deverão ser submetidas a testes necessários, imediatamente após a fase de habilitação.

6.7.11. Assim, considera-se não ser o caso de vedar que o Departamento da Merenda Escolar de emitir parecer conclusivo referente à avaliação das amostras apresentadas, o que é necessário para evitar a aquisição de produtos de má qualidade, sendo improcedente a representação quanto a esse ponto.

6.8. **Fato impugnado:** exigência de atestado de capacidade técnica com demonstração de fornecimento anterior, prevista no item 7.14.1 do edital.

6.8.1. A representante argumenta que o art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993 limita a comprovação de aptidão para desempenho de atividade, não havendo amparo legal para a exigência de atestados de fornecimentos de quantitativos anteriores.

6.8.2. Alega que a comprovação de mediante atestados de execuções anteriores só seria admissível para objetos de alta complexidade.

Exame Técnico

6.8.3. A Lei 8.666/1993 dispõe:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

6.8.4. Tendo em vista que a própria Lei de Licitações e Contratos prevê a comprovação de aptidão para fornecimento de quantidades compatíveis com as objeto da licitação e que esta Corte de Contas reconhece essa possibilidade, vedando apenas exigências de comprovações de quantitativos desproporcionais ao objeto a ser executado, considera-se improcedente a representação quanto a esse ponto.

Do pedido de suspensão cautelar do certame

6.9. Ante os fatos denunciados, a representante solicita que seja determinado, cautelarmente, ao Departamento da Merenda, da Secretaria Municipal da Educação, do Município de São Paulo, que se abstenha de levar adiante o pregão presencial 20/SME/DME/2012, até que o TCU julgue o mérito da representação.

6.9.1. Consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

6.9.2. Analisando os elementos apresentados pelo representante, verifica-se que há, nos autos, os pressupostos acima mencionados.

6.9.3. Os fatos indicados a seguir, relatados nos itens 6.1 a 6.6 desta instrução, caracterizam o instituto do *fumus boni iuris* e devem ser analisados com maior profundidade por esta unidade técnica, em vista da real possibilidade de ter havido distorções no Pregão Presencial para Registro de Preços

20/SME/DME/2012, realizada pelo Departamento de Merenda da Secretaria Municipal da Educação de São Paulo:

- a) realização de pregão presencial em vez de pregão eletrônico, em infringência ao art. 4º do Decreto Federal 5.450/2005 e aos arts. 1º e 2º do Decreto Municipal de São Paulo 45.689/2005;
- b) exigência de embalagem não usual no mercado, contida no item 3.1 do anexo I do edital, em desacordo com o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993;
- c) exigência de amostras de todas as licitantes, sob pena de vedação da participação das licitantes no pregão, o que contraria jurisprudência consolidada do TCU no sentido de que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório (Acórdãos 1.291/2011-TCU-Plenário, 2.780/2011-TCU-2ª Câmara, 4.278/2009-TCU-1ª Câmara, 1.332/2007-TCU-Plenário, 3.130/2007-TCU-1ª Câmara e 3.395/2007-1ª Câmara);
- d) licitação conjunta no item 2 do objeto da licitação de diferentes tipos de néctar, os quais deveriam ser precificados separadamente, tendo em vista a possível diferença de preços entre eles, em infringência ao art. 15, inciso IV, da Lei 8.666/1993;
- e) ausência de estipulação e definição de quantitativos a serem adquiridos em função do consumo e utilização provável mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação, em possível desobediência ao art. 15, § 7º, inciso II, da Lei 8.666/1993 e ao art. 13 da Lei Federal 11.947/2009;
- f) possibilidade prevista no item 11.9 do edital de validade da ata de registro de preços por dois anos, em infringência ao art. 15, § 3º, inciso III, da Lei 8.666/1993 e à jurisprudência do TCU (Acórdão 991/2009-TCU-Plenário, Acórdão 3028/2010-TCU-2ª Câmara, 2.140/2010-TCU-2ª Câmara, dentre outros).

6.9.4. A proximidade da data de realização do pregão presencial (26/9/2012) evidencia o *periculum in mora* e poderá ensejar prejuízo ao Departamento da Merenda da Secretaria Municipal da Educação de São Paulo e/ou ao interesse público e comprometer a eficácia da decisão de mérito que vier a ser proferida pelo Tribunal, com todos os transtornos decorrentes de uma possível decisão do TCU pela anulação do certame.

(omissis)

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

11. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

- a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993;
- b) determinar, em razão do pedido formulado pela representante, cautelarmente, nos termos do art. 276, caput, do Regimento Interno/TCU, ao Departamento da Merenda da Secretaria Municipal da Educação de São Paulo que suspenda o Pregão Presencial para Registro de Preços 20/SME/DME/2012, tendo como objeto Registro de Preços para aquisição de suco de laranja integral pasteurizado congelado e de néctar de frutas congelado;
- c) determinar, nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno/TCU, a oitiva do Departamento da Merenda da Secretaria Municipal da Educação de São Paulo, para, no prazo de cinco dias, manifestar-se sobre os fatos a seguir indicados, apontados na representação formulada pela empresa Iaccino e McGrif Indústria, Comércio de Importação e Exportação Ltda. (CNPJ 72.626.153/0001-50), especialmente quanto aos fatos a seguir indicados, alertando-o quanto à possibilidade de o Tribunal vir a determinar a anulação do Pregão Presencial para Registro de Preços 20/SME/DME/2012:

I) *realização de pregão presencial em vez de pregão eletrônico, em infringência ao art. 4º do Decreto Federal 5.450/2005 e aos arts. 1º e 2º do Decreto Municipal de São Paulo 45.689/2005;*

II) *exigência de embalagem não usual no mercado, contida no item 3.1 do anexo I do edital, em desacordo com o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993;*

III) *exigência de amostras de todas as licitantes, sob pena de vedação da participação das licitantes no pregão, o que contraria jurisprudência consolidada do TCU no sentido de que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório (Acórdãos 1.291/2011-TCU-Plenário, 2.780/2011-TCU-2ª Câmara, 4.278/2009-TCU-1ª Câmara, 1.332/2007-TCU-Plenário, 3.130/2007-TCU-1ª Câmara e 3.395/2007-1ª Câmara);*

IV) *licitação conjunta no item 2 do objeto da licitação de diferentes tipos de néctar, os quais deveriam ser precificados separadamente, tendo em vista a possível diferença de preços entre eles, em infringência ao art. 15, inciso IV, da Lei 8.666/1993;*

V) *ausência de estipulação e definição de quantitativos a serem adquiridos em função do consumo e utilização provável mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação, em possível desobediência ao art. 15, § 7º, inciso II, da Lei 8.666/1993 e ao art. 13 da Lei Federal 11.947/2009;*

VI) *possibilidade prevista no item 11.9 do edital de validade da ata de registro de preços por dois anos, em infringência ao art. 15, § 3º, inciso III, da Lei 8.666/1993 e à jurisprudência do TCU (Acórdão 991/2009-TCU-Plenário, Acórdão 3028/2010-TCU-2ª Câmara, 2.140/2010-TCU-2ª Câmara, dentre outros).*

d) comunicar ao representante a decisão que vier a ser adotada nestes autos.

5. Passo a decidir.

6. Em exame de cognição sumária, entendo que está caracterizado o **fumus boni iuris**, consubstanciado nas irregularidades elencadas pela unidade técnica no item 6.9.3 da análise acima transcrita. No mesmo sentido, tendo em vista a realização do pregão presencial em 26/9/2012, julgo estar evidenciado o **periculum in mora** o que pode comprometer a eficácia da decisão de mérito que vier a ser proferida pelo Tribunal. Registro que não se identificou o **periculum in mora** ao reverso.

7. Sendo assim, DECIDO:

7.1. conheço da presente representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93;

7.2. nos termos do art. 276, caput, do Regimento Interno/TCU, determinar, cautelarmente, ao Departamento da Merenda da Secretaria Municipal da Educação de São Paulo que suspenda o Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012, tendo como objeto Registro de Preços para aquisição de suco de laranja integral pasteurizado congelado e de néctar de frutas congelado;

7.3. determinar, nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno/TCU, a oitiva do Departamento da Merenda da Secretaria Municipal da Educação de São Paulo, para, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre os fatos a seguir indicados, apontados na representação formulada pela empresa Iaccino e McGrif Indústria, Comércio de Importação e Exportação Ltda. (CNPJ 72.626.153/0001-50), alertando-o quanto à possibilidade de o Tribunal vir a determinar a anulação do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012:

a) *realização de pregão presencial em vez de pregão eletrônico, em infringência ao art. 4º do Decreto Federal 5.450/2005 e aos arts. 1º e 2º do Decreto Municipal de São Paulo 45.689/2005;*

b) *exigência de embalagem não usual no mercado, contida no item 3.1 do anexo I do edital, em desacordo com o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993;*

c) exigência de amostras de todas as licitantes, sob pena de vedação da participação das licitantes no pregão, o que contraria jurisprudência consolidada do TCU no sentido de que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório (Acórdãos 1.291/2011-TCU-Plenário, 2.780/2011-TCU-2ª Câmara, 4.278/2009-TCU-1ª Câmara, 1.332/2007-TCU-Plenário, 3.130/2007-TCU-1ª Câmara e 3.395/2007-1ª Câmara);

d) licitação conjunta no item 2 do objeto da licitação de diferentes tipos de néctar, os quais deveriam ser precificados separadamente, tendo em vista a possível diferença de preços entre eles, em infringência ao art. 15, inciso IV, da Lei 8.666/1993;

e) ausência de estipulação e definição de quantitativos a serem adquiridos em função do consumo e utilização provável mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação, em possível desobediência ao art. 15, § 7º, inciso II, da Lei 8.666/1993 e ao art. 13 da Lei Federal 11.947/2009;

f) possibilidade prevista no item 11.9 do edital de validade da ata de registro de preços por dois anos, em infringência ao art. 15, § 3º, inciso III, da Lei 8.666/1993 e à jurisprudência do TCU (Acórdão 991/2009-TCU-Plenário, Acórdão 3028/2010-TCU-2ª Câmara, 2.140/2010-TCU-2ª Câmara, dentre outros);

7.4. alertar os responsáveis pelo Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012, no âmbito do Departamento da Merenda da Secretaria Municipal da Educação de São Paulo, inclusive a autoridade designada pela sua homologação e assinatura do respectivo contrato, de que eventual consumação de irregularidades em razão do prosseguimento dos atos decorrentes do certame em análise sujeitará os respectivos agentes às sanções legais previstas na Lei nº 8.443/92;

7.5. encaminhar cópia desta Decisão ao Secretário de Educação do Município de São Paulo;

8. Restituam-se os autos à Secex-SP para as providências necessárias.

Brasília, 25 de setembro de 2012.

(Assinado Eletronicamente)

RAIMUNDO CARREIRO

Relator