



Parecer Jurídico nº 347/2022

Processo Licitação nº 20/2022 - Pregão Presencial

Autoridade Solicitante: Setor de Compras, Licitações e Contratos

Assunto: Minuta de edital de Pregão para aquisição parcelada e contínua de cestas básicas

Ementa: ANÁLISE DE MINUTA DE EDITAL E ANEXOS. FORNECIMENTO PARCELADO E CONTÍNUO DE CESTAS BÁSICAS.

1. Necessidade de adequação dos requisitos de qualificação técnica à Súmula nº 24 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, devendo a minuta de edital prever de forma precisa e inequívoca, o quantitativo e prazo para fins de atestado de capacidade técnica, limitado a 50% (cinquenta por cento) ou 60% (sessenta).

2. A necessidade de se exigir amostras no procedimento licitatório deve ser justificada nos autos. Além disso, a minuta de edital deve prever critérios objetivos de avaliação e deve definir um prazo adequado e razoável para que o licitante vencedor apresente a amostra.

3. Quanto à possibilidade de prorrogação de contrato nos casos que envolvam fornecimento contínuo por interpretação extensiva do art. 57, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93, há divergência jurisprudencial, havendo precedentes do TCE/SP e do TCE/PR pela possibilidade e precedentes do TCU pela impossibilidade.

4. Parecer pela aprovação condicionada à adoção das providências discriminadas na conclusão.

RELATÓRIO

Trata-se de procedimento licitatório visando a aquisição de cestas básicas com o intuito de providenciar cestas básicas aos servidores desta Casa de Leis, conforme benefício previsto na Resolução nº 08/2007.

O procedimento veio anteriormente à apreciação no dia 19/10/2022, tendo sido emitido o Parecer Jurídico nº 337/2022, sendo exigidas alterações, em especial, para que o certame tivesse como objeto apenas as cestas básicas suficientes para atender os cargos efetivamente providos e estagiários efetivamente contratados, em atendimento ao que dispõe o art. 7º, §4º, da Lei federal nº 8.666/93.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

A minuta anterior previa a aquisição de 45 (quarenta e cinco) cestas básicas, incluindo, cargos em comissão não providos. A nova minuta, todavia, foi corrigida a partir de informação encaminhada pelo Setor de Recursos Humanos (Documento Licitação nº 13), segundo a qual existem 30 (trinta) beneficiários efetivamente lotados na Câmara Municipal, sendo 20 (vinte) servidores efetivos, 08 (oito) servidores em comissão e 02 (dois) estagiários.

As alterações solicitadas foram atendidas, culminando nesta nova apreciação.

O procedimento está assim instruído:

1. Solicitação;
 - 1.1. Solicitação 96;
 - 1.2. Portaria 97 - Cestas básicas;
 - 1.3. Resolução nº 8/2007;
 - 1.4. Petição – Pedido de Cestas.
2. Quadro de cotações 96;
 - 2.1. Orçamento Supermercado São Roque;
 - 2.2. Orçamento Comercial João Afonso;
 - 2.3. Orçamento Estância Supermercados;
 - 2.4. Quadro de Cotações 96;
 - 2.5. Quadro de fornecedores 96;
 - 2.6. Resultado médio 96;
 - 2.7. Solicitação Antunes e Ruivos;
 - 2.8. Solicitação Cesta Nobre;
 - 2.9. Solicitação Nutricesta;
 - 2.10. Solicitação – Nutricionale.
3. Justificativa de Preço;
 - 3.1. Contrato Campos do Jordão;
 - 3.2. Contrato – CMSR Cestas Básicas;
 - 3.3. Justificativa de preço;
 - 3.4. Ata de preço – Prefeitura de Monte Mor;
 - 3.5. Piracicaba – Pregão Presencial nº 14/2022 – Cesta Básica;
 - 3.6. Itens BEC;

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

3.7. Prefeitura Municipal Novo Horizonte.

4. Autorização Presidente;
5. Ofício Contabilidade;
6. Reserva Orçamentária;
7. Certificado Pregoeiro;
8. Portaria da Mesa nº 105/2022;
9. Minuta de Edital PP 112022;
10. Ofício ao Jurídico;
11. Parecer Jurídico nº 337/2022;
12. Diligências ao Setor de Recursos Humanos;
13. Justificativa de alteração de quantidade;
 - 13.1. Ofício Câmara nº 89 – Quantidade de Servidores;
 - 13.2. Resolução nº 16/2021;
 - 13.3. Justificativa de alteração de quantidade
14. Nova Solicitação 96;
15. Novo quadro de cotações 96;
 - 15.1. Orçamento Estancia Supermercados;
 - 15.2. Orçamento – Supermercado São Roque;
 - 15.3. Orçamento – Comercial João Afonso;
 - 15.4. Quadro de Fornecedores 96.1;
 - 15.5. Resultado médio 96.1;
 - 15.6. Quadro de Cotações 96.1.
16. Novo Ofício à Contabilidade;
17. Nova Reserva Orçamentária;
18. Nova Minuta de Edital;
19. Novo Ofício – Parecer Jurídico.

A tramitação para este procurador ocorreu no dia 27/10/2022.

É o relatório.



Passo a opinar.

ANÁLISE JURÍDICA

I – DA PRESENÇA DOS DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS EXIGÍVEIS ATÉ A PRESENTE ETAPA DA LICITAÇÃO

Pois bem, em sede de exame prévio do edital, via de regra, consiste em verificar nos autos, no estado em que se encontra o procedimento licitatório, e nesse sentido, observar a norma geral de licitação (Lei federal nº 8.666/93) e também a norma específica (Lei federal nº 10.520/02), que traz as diretrizes quanto a fase interna do procedimento licitatório e verificar se o procedimento atende a legislação.

O art. 3º da Lei federal nº 10.520/02 dispõe sobre a fase interna do pregão:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Nesta fase inicial, observo que a definição do objeto se encontra descrito no Termo de Referência (Anexo I da Minuta da Edital). A justificativa da necessidade da contratação pode ser verificada da própria solicitação e demais documentos juntados, como a cópia de Resoluções (Anexas ao Documento Licitação nº 1), a Justificativa de alteração da quantidade de cestas básicas e a informação relativa aos quantitativos de beneficiários efetivamente lotados na Câmara (anexos ao Documento Licitação nº 13).

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

No que toca ao disposto no inciso IV do art. 3º da Lei federal nº 10.520/02, o pregoeiro e equipe de apoio foram designados na Portaria da Mesa nº 105/2022 (Documento Licitação nº 08).

Por fim, o art. 3º, inciso III, da Lei federal nº 10.520/02 exige que conste dos autos o orçamento estimado.

O orçamento estimado consta em anexo do Documento Licitação nº 2 (resultado da cotação e quadro demonstrativo de preços e média – cotação nº 00096/22 – Documento Licitação nº 15), sendo que a pesquisa foi realizada junto a potenciais fornecedores, parcialmente a partir de resposta a solicitação formal de cotação (por *e-mail*) e parcialmente por meio de visitas *in loco*, conforme documentos anexos aos quadros de cotações.

O setor técnico responsável já havia juntado, inclusive, ao Documento Licitação nº 2 solicitação formal de cotação a outros potenciais fornecedores, o que demonstra esforço do agente público responsável em localizar cotações formais.

A pesquisa de preços deve buscar parâmetros em outras fontes além das cotações obtidas junto a potenciais fornecedores. Neste sentido, é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e também do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

“A pesquisa de preços para elaboração do orçamento estimativo da licitação não deve se restringir a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, devendo ser utilizadas outras fontes como parâmetro, a exemplo de contratações públicas similares, sistemas referenciais de preços disponíveis, pesquisas na internet em sítios especializados e contratos anteriores do próprio órgão” (TCU, Acórdão 3224/2020-Plenário, Sessão: 02/12/2020).

“É recomendável que a pesquisa de preços para a elaboração do orçamento estimativo da licitação não se restrinja a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, adotando-se, ainda, outras fontes como parâmetro, como contratações similares realizadas por outros órgãos ou entidades públicas, mídias e sítios eletrônicos especializados, portais oficiais de referenciamento de custos etc” (TCE-SP, Plenário, TC-016697.989.21-8 (ref. TC-001357.989.21-9, TC027625.989.20-7 e TC-001707.989.21-6), Recursos Ordinários, Sessão: 17/11/2021).

Nos anexos ao Documento Licitação nº 3, juntou cópia de diversos contratos de outras Administrações e informações da Bolsa Eletrônica de Compras (BEC SP).

O setor técnico, no documento “Justificativa de preço (Anexo ao Documento Licitação nº 3) justificou que o preço colhido em outras fontes não seria aceitável:

“A fim de instruir o procedimento, foi feito levantamento de preço junto a outros órgãos públicos, não encontrando preço referencial já que há

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E: www.camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

divergências de itens, seja em tipo, volume ou quantidade, que compõem cada cesta que atende a necessidade da Administração. Para ampliar a pesquisa preço, buscou-se preço referencial no painel de preço BEC – Bolsa Eletrônica de Compras do Estado de São Paulo, e cabe observar que não foram encontrados padrões de cestas que atendiam a necessidade desta Câmara, e verificando diversos itens fica demonstrado preços defasados incapazes de refletir o preço praticado no mercado”.

Relatou, ainda, a dificuldade em obter a pesquisa de preços por meio de cotações formais:

“Buscou-se ampla pesquisa de preço de mercado com solicitações a fornecedores, conforme e-mails anexos, tendo retorno somente de um fornecedor com a cotação válida para instruir o procedimento.

Tendo em vista a celeridade do procedimento, e visando a continuidade dos serviços públicos, pois o benefício de entrega de cestas básicas aos servidores desta Casa de Leis é de caráter continuado, de acordo com a Resolução 08-L de 06/03/2007, e na impossibilidade de outras fontes que dão suporte a pesquisa, este setor buscou levantamento de preço in loco, em mercados locais, inclusive considerando o histórico do órgão, para buscar um preço médio referencial que refletisse o segmento de mercado, de forma a evitar sobrepreço e preços inexequíveis, e também para ampliar a competitividade”.

Por tratar-se de justificativa técnica, descabe a este parecerista aferir a verossimilhança da motivação em seu aspecto técnico e econômico por fugir à análise jurídica da contratação, podendo todavia, realizar recomendações de acolhimento discricionário, conforme enunciado da Advocacia-Geral da União¹.

A preferência pelas pesquisas realizadas por outras fontes que não os potenciais fornecedores surgiu da experiência prática das grandes Administrações, em especial, da esfera da União, culminando em recomendações dos Tribunais de Contas. A experiência mostra que não é satisfatório que a Administração dependa da boa vontade de fornecedores para realizar suas pesquisas de mercado. Neste sentido, a Lei federal nº 14.133/21 claramente afirma a importância de outras fontes de pesquisa no §1º do art. 23.

Neste ponto, cabe aqui realizar recomendação para que o órgão providencie curso de capacitação para a realização de pesquisa de preços, que atualize o setor técnico responsável dos instrumentos e técnicas atualmente

¹ “A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento” (BPC nº 7).

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

adotados pelos entes de esferas maiores para a realização de suas pesquisas de mercado.

Por fim, cabe analisar a questão orçamentária. A presente contratação não onerará o exercício financeiro em curso, pois a vigência do futuro contrato se iniciará somente no exercício de 2023, motivo pelo qual o setor contábil juntou aos autos declaração afirmando que será suportada no Exercício de 2023 pelo Programa 0003 – Processo Legislativo – Ação 6002 – Manutenção das Atividades do Legislativo, conforme Lei nº 5.494, de 29/07/2022 - LDO/2023 (Documento Licitação nº 17).

A LOA 2023, até o presente momento, não foi aprovada. **Informação que deverá ser atualizada no momento oportuno.**

Cabe aqui recomendar que a Administração, no momento da abertura do orçamento de 2023, apostile ao futuro contrato a informação relativa aos créditos e empenhos para a sua cobertura. Neste sentido, é o item 10 do Anexo IX da Instrução Normativa SEGES nº 5/2017:

“10. Nos contratos cuja duração, ou previsão de duração, ultrapasse um exercício financeiro, deverá ser indicado o crédito e respectivo empenho para atender à despesa no exercício em curso, bem como cada parcela da despesa relativa à parte a ser executada em exercício futuro, com a declaração de que, em termos aditivos ou apostilamentos, indicar-se-ão os créditos e empenhos para sua cobertura”.

A Lei federal nº 14.133/21 (Nova Lei de Licitações) parece, inclusive, ter seguido esta tendência ao estabelecer em seu art. 106, inciso II, que “a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção”, sendo, que, nos termos do art. 136, inciso IV, o termo de apostilamento é o instrumento formal adequado para este fim.

Deste modo, é salutar que a Administração já implemente esta sistemática no início de 2023 em relação a este contrato e demais contratos de serviços e fornecimentos contínuos, considerando a disposição mencionada na Instrução Normativa SEGES nº 5/2017.



II. ANÁLISE DA MINUTA DO EDITAL

Para análise precisa e objetiva da minuta de edital e do contrato, este parecer jurídico dará prioridade para as disposições editalícias que fogem do padrão de outros editais² ou que apresentem algum equívoco.

a) Correção do requisito de qualificação técnica

Os requisitos de habilitação previstos no Edital são aqueles mesmos previstos nos arts. 27 a 31 da Lei federal nº 8.666/93, com exceção da Declaração sobre Segurança do Trabalho que possui previsão no art. 117 da Constituição do Estado de São Paulo e da declaração da ausência de impedimentos previstos nos §§4º e seguintes do art. 3º da Lei Complementar federal nº 123/06.

Relativamente à Cláusula 9.3.1 (qualificação técnica), primeiramente, é necessário adequá-la à disposição literal do art. 30, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93, para nela fazer constar que a prova de aptidão visa provar a capacidade técnica em atividade pertinente e compatível *em características, quantidades e prazos*. Por isso, sugiro a seguinte redação:

“9.3.1. Prova de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação, por meio da apresentação de **Atestado(s)** ou **Certidão(ões)**, expedido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, necessariamente em nome do licitante, no(s) qual(is) se indique(m) o fornecimento de cestas básicas”.

A minuta de edital deve ser precisa quanto às características, quantidades e prazos necessária para fins de comprovação de qualificação técnica, fixando critérios objetivos³.

² Neste sentido, é a nova Lei de Licitações (Lei federal nº 14.133/21): “Art. 53. [...] § 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá: I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade”.

³ “É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha prestado serviços e fornecido bens pertinentes

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E: www.camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

Em relação às quantidades, deverá ser alterada para prever que a qualificação técnica ficará limitada a 50 (cinquenta) ou 60 (sessenta)% dos quantitativos licitados, nos termos da Súmula 24 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo⁴. O edital precisa ser preciso quanto ao percentual adotado, não deixando qualquer margem para dúvida.

Assim, recomendo a inclusão da seguinte cláusula:

“9.3.1.2 Para os fins do atestado exigido pela Cláusula 9.3.1, considera-se quantidade compatível com o objeto da licitação o fornecimento total mínimo de __ (__) cestas básicas, equivalente a __ % (___ por cento) do objeto desta licitação **ou** o fornecimento mensal mínimo de __ (__) cestas básicas, equivalente a __ % (___ por cento) do objeto desta licitação”.

A Súmula 24 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo deve ser aplicada também, por analogia, para aferir a compatibilidade de prazos. Assim, recomendo a inclusão da seguinte cláusula:

“9.3.1.3 Para os fins do atestado exigido pela Cláusula 9.3.1, considera-se prazo compatível com o objeto da licitação o fornecimento pelo prazo mínimo de __ (__) meses, equivalente a __ % (___ por cento) do prazo de vigência da minuta de contrato, constante do Anexo III deste Edital”.

A Administração deve inserir os espaços “__” com a quantidade e prazos que entender pertinente, desde que dentro dos limites admitidos pela Súmula 24 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. A Administração pode adotar outra redação, desde que adequue a exigência de qualificação técnica ao que dispõe a Súmula mencionada.

b) Da exigência de amostras

e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993)” (TCU, Acórdão 18144/2021-Segunda Câmara).

Neste sentido, também: “É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha fornecido bens pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993)” (TCU, Acórdão 914/2019-Plenário).

⁴ **SÚMULA Nº 24** - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

O edital de licitação prevê a exigência de amostra na Cláusula 1.2 e 1.2.2, embora de maneira bastante discreta.

De acordo com o Manual de “Licitações e Contratos: Principais aspectos da fase preparatória e gestão contratual”, a exigência de amostras tem fundamento nos incisos IV e V da Lei federal nº 8.666/93 e incisos X e XI da Lei federal nº 10.520/02⁵.

A Corte de Contas Paulistas alerta que, quanto à exigência de amostra, “a Administração deve instruir o processo de licitação com justificativa da necessidade de sua apresentação para efeitos de avaliação da proposta comercial, e o edital deve estabelecer parâmetros objetivos para verificação de conformidade e o momento de apresentação, não anterior ao de abertura das propostas, sendo que, quando sua produção causar ônus ou dificuldade aos licitantes, a apresentação e a análise deverão se realizar após prazo razoável”⁶.

O exame de amostras, visa, dentre outras possibilidades, verificar a adequação do objeto oferecido pelo licitante com as disposições previstas no edital.

A Cláusula 1.2.2 justifica que a amostra visa avaliar a capacidade de resistência das caixas de transporte. Deste modo, aparentemente, no caso, a exigência de amostra não visa a aferir “um padrão permanente e uniforme de produção” das cestas básicas, mas apenas verificar se as caixas de transporte resistem ao total de itens que nela se inserirão.

A exigência de amostra, nos limites do que a lei e a jurisprudência admitem, é ato discricionário, no entanto, é dever da Administração juntar aos autos a devida justificativa, conforme orienta o Manual mencionado.

Neste sentido, cabe à Administração juntar aos autos justificativa sobre a necessidade de se exigir amostra, bem como revisar se há necessidade de conferir maior prazo para a apresentação das amostras.

Cabe, ainda, incluir, no edital, no tópico “10 PROCEDIMENTO E JULGAMENTO DAS PROPOSTAS”, para maior clareza, a previsão da exigência de apresentação de amostras **somente** quanto ao licitante vencedor, bem como o prazo para

⁵ Cf. TCE/SP. **Licitações e Contratos: Principais aspectos da fase preparatória e gestão contratual.** São Paulo, 2021, p. 54. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/licita%C3%A7%C3%B5es%20e%20contratos%20novo.pdf>. Acesso em: 31 out. 2022.

⁶ TCE/SP, 2021, p. 54.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

sua apresentação e ainda os critérios objetivos para aferição da adequação das cestas básicas ao edital.

Para os fins do prazo, deve ser facultado ao licitante prazo adequado para que este providencie a amostra. O edital tal como elaborado não fixa qualquer prazo, levando a crer que o licitante deve obrigatoriamente apresentar a amostra imediatamente após a fase de habilitação, o que leva, por consequência, a uma obrigatoriedade de todos os licitantes estarem presentes na sessão pública em posse das amostras, o que, seguindo o entendimento citado no Manual mencionado, é indevido.

Assim, o edital de licitação deve facultar ao licitante a possibilidade de apresentar a amostra em prazo razoável, devendo, se for o caso, ser suspensa a sessão e convocada para continuidade em data oportuna⁷.

Além disso, a fase de verificação da amostra ocorra na fase de aceitabilidade, em atendimento ao art. 4º, inciso XI, da Lei federal nº 10.520/02, ou seja, ainda, na fase de classificação. No sentido do exame das amostras ser exigido apenas do licitante vencedor e na fase de classificação, já se manifestou o Tribunal de Contas da União por diversas vezes⁸.

Levando em conta as considerações realizadas aqui e ausência de detalhamento das regras para a apresentação e exame das amostras, sugiro a alteração da cláusula 1.2, bem como a inclusão das cláusulas abaixo transcritas:

“1.2 É obrigatória, sob pena de desclassificação, a entrega de amostra da Cesta Básica pela licitante vencedora na Sessão Pública conforme previsto no item 10.13 e subitens deste edital”.

[...]

10.13.1. Para fins de aceitação do objeto, o Pregoeiro exigirá que o licitante classificado em primeiro lugar apresente amostra, sob pena de não aceitação da proposta.

10.13.2. O licitante classificado em primeiro lugar poderá, a seu critério, apresentar a amostra imediatamente ou, facultativamente, no prazo de ____ (____) dias úteis.

⁷ Alerta-se que o exame das propostas deve ser realizada em sessão pública. Neste sentido: “Em licitações que requeiram prova de conceito ou apresentação de amostras, deve ser viabilizado o acompanhamento dessas etapas a todos licitantes interessados, em consonância com o princípio da publicidade” (TCU, Acórdão 1823/2017-Plenário).

⁸ Exemplificativamente: “É lícita a exigência de apresentação de amostras apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar” (TCU, Acórdão 2933/2016-Plenário). Com o mesmo posicionamento são os Acórdãos 1948/2019-Plenário e 3144/2012-Plenário.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - Fone: (11) 4784-8444 - Fax: (11) 4784-8447

E: www.camarasaoroque.sp.gov.br | E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

10.13.3. Caso o licitante classificado em primeiro lugar opte por entregar imediatamente, a sessão pública prosseguirá, sendo realizado o exame de aceitabilidade e demais etapas subsequentes.

10.13.4. Caso o licitante classificado opte por apresentar a amostra no prazo de __ (__) dias úteis, o Pregoeiro suspenderá a sessão e a remarcará para data posterior.

10.13.5. Na hipótese do item 10.13.4, o Pregoeiro informará a data e local para prosseguimento da sessão pública, sendo a convocação publicada no endereço eletrônico oficial da Câmara Municipal www.camarasaoroque.sp.gov com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis.

10.13.6. As amostras serão avaliadas sob os seguintes aspectos:

a)

b)

10.13.7. A amostra deverá ser entregue acondicionada em duas caixas na forma do item 3 do Termo de Referência e identificadas conforme dispõe a cláusula 1.2.1 deste Edital.

10.13.8. No caso de não haver entrega da amostra ou ocorrer atraso na entrega, sem justificativa aceita pelo Pregoeiro, ou havendo entrega de amostra fora das especificações previstas neste Edital, a proposta do licitante será recusada.

10.13.9. A decisão que aceitar ou rejeitar a amostra será formalizada por despacho fundamentado”.

As cláusulas acima propostas visam a permitir a maior competitividade possível, deixando a critério do licitante vencedor a opção de apresentar a amostra no mesmo dia da sessão pública ou em data posterior.

Se adotadas as inserções sugeridas, os critérios objetivos para aferição das amostras deverão ser incluídos pelo setor técnico competente na Cláusula 10.13.6. O setor técnico também deve preencher o prazo para entrega da amostra, devendo este ser razoável e compatível com a complexidade da amostra⁹.

Caso a Administração verifique que não há justificativa para a exigência de amostra, devem ser suprimidas as Cláusulas 1.2 e 1.2.2, bem como ignoradas as sugestões realizadas.

c) Correção do prazo para convocação de nova sessão para assinatura do contrato

Recomendo a revisão da Cláusula 12.2.1 para aumentar o prazo para convocação de nova sessão pública para a celebração de contrato em caso do primeiro

⁹ “Os prazos da licitação devem ser fixados conforme a complexidade do objeto licitado” (TCU, Acórdão 1339/2011-Plenário).



colocado não assinar o contrato. Neste caso, deve a publicação ser realizada também na imprensa oficial. Assim, inspirado na minuta-padrão da PGE-SP, sugiro a seguinte redação para a Cláusula 12.2.1:

“12.2.1 A nova sessão pública do pregão será realizada em prazo não inferior a **03 (três) dias úteis**, contados da divulgação do respectivo aviso no site oficial da Câmara Municipal de São Roque, no endereço eletrônico: www.camarasaoroque.sp.gov.br”, bem como no Diário Oficial do Estado de São Paulo e/ou no Diário Oficial do Município.

12.2.2. Na nova sessão, respeitada a ordem de classificação, observar-se-ão as disposições dos itens 10.12 em diante deste Edital”.

III. ANÁLISE DA MINUTA DO CONTRATO

a) Do prazo de vigência e possibilidade de prorrogação do contrato

A minuta de edital e de contrato, respectivamente nas Cláusulas 13.1 e 8.1 preveem o prazo de vigência de 12 (doze) meses de contrato com possibilidade de prorrogação até o limite de 60 (sessenta) meses com fundamento no art. 57, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em precedente célebre e clássico, entendeu pela possibilidade de interpretação extensiva do art. 57, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93 de modo a ampliar a sua abrangência e abarcar contratos de fornecimento contínuo, permitindo inclusive a prorrogação contratual. Confira trecho do precedente:

“...após a análise de cada caso em particular, poderão ser reconhecidas situações em que há um contexto de fornecimento contínuo, nas quais poderá haver uma interpretação extensiva do art.57, II, da Lei de Licitações, para o fim de ser admitida a prorrogação de prazo prevista naquele dispositivo legal, desde que essas situações sejam devidamente motivadas pela Administração...” (TCE/SP, TC-000178/026/06, *apud* TCE/SP, Tribunal Pleno, TC-000119/003/04, Sessão: 18/03/09).

Exemplificativamente, em casos concretos, a Corte de Contas paulista já admitiu prorrogações contratuais em casos de fornecimento de cestas básicas¹⁰ e combustíveis.

Em verdade, o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que flexibiliza a regra da duração dos contratos de fornecimento contínuo é

¹⁰ Cf. TCE-SP, Segunda Câmara, TC-015307/989/17 (ref. TC-005882/989/17), Sessão: 27/11/2018.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

bastante visionário, considerando que a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei federal nº 14.133/21) prevê expressamente os contratos de fornecimento contínuo e a possibilidade de vigência além do exercício financeiro em que foi celebrado, bem como a possibilidade de sua prorrogação¹¹.

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná também acompanhou este entendimento:

“Consulta. Interpretação extensiva do art. 57, inc. II, da Lei n.º 8.666/93. Possibilidade de prorrogação de contratos de fornecimento de bens de uso continuado. Conhecimento e resposta

[...]

Ocorre que os mesmos motivos que possibilitam a prorrogação de contratos de prestação de serviços contínuos podem ser utilizados em relação aos de fornecimento contínuo, quais sejam, a necessidade ininterrupta do fornecimento e o comprometimento do funcionamento estatal adequado caso ocorra a sua descontinuidade. Em verdade, não parece existir razão suficiente (salvo a literalidade da lei) para negar a possibilidade de prorrogação em razão da natureza do contrato que se pretende aditar. A necessidade contínua da prestação do serviço ou do fornecimento do bem se impõe indistintamente.

[...]

A necessidade contínua do serviço ou do fornecimento é suficiente para autorizar a prorrogação. A essencialidade não se encontra prevista em lei, admitindo-se apenas que o serviço ou o fornecimento seja, para usar a expressão da lei, executado de forma contínua” (TCE-PR, Consulta, Processo nº: 706690/18, Acórdão nº 440/20 - Tribunal Pleno).

A questão, todavia, sob a vigência da Lei federal nº 8.666/93, é polêmica.

O Tribunal de Contas da União já considerou excepcionalmente possível a prorrogação de contrato de fornecimento contínuo com base em interpretação

¹¹ “Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XV - serviços e fornecimentos contínuos: serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas;

[...]

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

[...]

III - determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função de consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas, admitido o fornecimento contínuo;

[...]

Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes: [...]

[...]

Art. 107. Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.



ampliativa do art. 57, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93 (Cf. Acórdão nº 766/2010–Plenário¹²). Entretanto, em condições normais, o Tribunal de Contas da União não admite a prorrogação de contratos de fornecimento contínuo com fundamento no art. 57, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93¹³.

A Lei federal nº 14.133/21 espanca qualquer dúvida, pois equivale serviços e fornecimentos contínuos para fins de duração de contrato e prorrogações. Todavia, sob a vigência da Lei federal nº 8.666/93, a questão não é pacificada, pois há entendimentos divergentes nos Tribunais de Contas.

A Administração pode seguir a trilha da jurisprudência mais progressista e que admite a prorrogação com base em interpretação extensiva do art. 57, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93, mantendo as disposições editalícias e contratuais que permitem a prorrogação, ou seguir o caminho mais conservador e retirar a previsão da possibilidade de prorrogação com base no art. 57, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93, realizando nova licitação no próximo ano com fundamento na Lei federal nº 14.133/21, oportunidade que será tranquila e indubitável a legitimidade de se prever a possibilidade de prorrogação.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, manifesto-me pela **APROVAÇÃO da minuta de edital e seus anexos**, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei federal nº 8.666/93, **CONDICIONADA à adoção das providências abaixo discriminadas:**

1. Quanto ao procedimento, é necessária a juntada de justificativa quanto à exigência de amostras, motivando a sua necessidade e os critérios objetivos adotados, devendo, ainda, fixar prazo para apresentação da amostra compatível com a complexidade do objeto licitado.

¹² “9.3. admitir, em caráter excepcional, com base em interpretação extensiva do disposto no inciso II do artigo 57 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que as contratações para aquisição de fatores de coagulação sejam consideradas como serviços de natureza contínua” (TCU, Acórdão nº 766/2010–Plenário).

¹³ “Evite realizar prorrogações indevidas em contratos e observe rigorosamente o disposto no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, considerando que a excepcionalidade de que trata o aludido dispositivo está adstrita à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, não se aplicando aos contratos de aquisição de bens de consumo” (TCU, Acórdão 1512/2004 Primeira Câmara).

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - Fone: (11) 4784-8444 - Fax: (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

a) Alternativamente, caso a Administração conclua pela desnecessidade de se exigir amostras, deve suprimir da minuta de edital as disposições que exigem amostra.

2. Quanto à minuta de edital:

a) Adequação da Cláusula 9.3.1 ao art. 30, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93 e Súmula 24 do TCE/SP, limitando os prazos e quantitativos a 50 (cinquenta) ou 60 (sessenta) por cento do objeto licitado, indicando o percentual de forma precisa e expressa, ficando sugerida as seguintes redações:

“9.3.1. Prova de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação, por meio da apresentação de **Atestado(s)** ou **Certidão(ões)**, expedido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, necessariamente em nome do licitante, no(s) qual(is) se indique(m) o fornecimento de cestas básicas.

[...]

9.3.1.2 Para os fins do atestado exigido pela Cláusula 9.3.1., considera-se quantidade compatível com o objeto da licitação o fornecimento total mínimo de __ (___) cestas básicas, equivalente a __ (%) do objeto desta licitação ou o fornecimento mensal mínimo de __ (___) cestas básicas, equivalente a __ (%) do objeto desta licitação.

9.3.1.3 Para os fins do atestado exigido pela Cláusula 9.3.1, considera-se prazo compatível com o objeto da licitação o fornecimento pelo prazo mínimo de __ (___) meses, equivalente a __ % (___ por cento) do prazo de vigência da minuta de contrato, constante do Anexo III deste Edital”.

b) Detalhamento do procedimento relativo ao exame de amostras, caso a Administração entenda necessária a manutenção do procedimento:

“**1.2** É obrigatória, sob pena de desclassificação, a entrega de amostra da Cesta Básica pela licitante vencedora na Sessão Pública conforme previsto no item 10.13 e subitens deste edital”.

[...]

10.13.1. Para fins de aceitação do objeto, o Pregoeiro exigirá que o licitante classificado em primeiro lugar apresente amostra, sob pena de não aceitação da proposta.

10.13.2. O licitante classificado em primeiro lugar poderá, a seu critério, apresentar a amostra imediatamente ou, facultativamente, no prazo de __ (___) dias úteis.

10.13.3. Caso o licitante classificado em primeiro lugar opte por entregar imediatamente, a sessão pública prosseguirá, sendo realizado o exame de aceitabilidade e demais etapas subsequentes.

10.13.4. Caso o licitante classificado opte por apresentar a amostra no prazo de __ (___) dias úteis, o Pregoeiro suspenderá a sessão e a remarcará para data posterior.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

10.13.5. Na hipótese do item 10.13.4, o Pregoeiro informará a data e local para prosseguimento da sessão pública, sendo a convocação publicada no endereço eletrônico oficial da Câmara Municipal www.camarasaoroque.sp.gov.br com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis.

10.13.6. As amostras serão avaliadas sob os seguintes aspectos:

a) _____;

b) _____.

10.13.7. A amostra deverá ser entregue acondicionada em duas caixas na forma do item 3 do Termo de Referência e identificadas conforme dispõe a cláusula 1.2.1 deste Edital.

10.13.8. No caso de não haver entrega da amostra ou ocorrer atraso na entrega, sem justificativa aceita pelo Pregoeiro, ou havendo entrega de amostra fora das especificações previstas neste Edital, a proposta do licitante será recusada.

10.13.9. A decisão que aceitar ou rejeitar a amostra será formalizada por despacho fundamentado”.

c) Correção da Cláusula para prever pra maior de antecedência para convocação de nova sessão pública em caso de não assinatura de contrato pelo licitante vencedor, ficando sugerida a seguinte redação:

“12.2.1 A nova sessão pública do pregão será realizada em prazo não inferior a **03 (três) dias úteis**, contados da divulgação do respectivo aviso no site oficial da Câmara Municipal de São Roque, no endereço eletrônico: www.camarasaoroque.sp.gov.br”, bem como no Diário Oficial do Estado de São Paulo e/ou no Diário Oficial do Município.

12.2.2. Na nova sessão, respeitada a ordem de classificação, observar-se-ão as disposições dos itens 10.12 em diante deste Edital”.

Recomendo, por fim, que a Administração verifique se deseja manter a possibilidade de prorrogação do contrato, considerando que há divergência jurisprudencial sobre sua possibilidade, conforme item III, a, deste Parecer.

Havendo dúvidas, reencaminhe a minuta retificada para nova análise.

É o parecer.

São Roque, 01 de novembro de 2022.

Jônatas Henriques Barreira
Procurador Jurídico