



MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS
ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

2ª Procuradoria de Contas

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

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo subscrito, vem, tempestivamente, à presença de V. Ex^a., com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, inciso III, da LC n. 451/2008, art. 152, inciso II, e 166 da LC n. 621/2012, inconformado com o Acórdão TC-503/2018 – Plenário, propor o presente

PEDIDO DE REEXAME

Em vista das razões anexas, requerendo após o cumprimento das formalidades legais e regimentais, seja o presente submetido à apreciação do egrégio Plenário, na forma do art. 9º, inciso XIII, do RITCEES.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Vitória, 12 de setembro de 2018.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS



RAZÕES DO RECURSO DE PEDIDO DE REEXAME

Processo TC: 2357/2016-5
Acórdão: TC-503/2018 - PLENÁRIO

**EGRÉGIO PLENÁRIO,
EMINENTES CONSELHEIROS,**

I – BREVE RELATO

O **Acórdão TC-503/2018 – Plenário**, exarado no Processo TC-2357/2016-5, considerou improcedente a representação em face de licitação que se prestou a relatar irregularidades ocorridas no MUNICÍPIO DA SERRA no Pregão Eletrônico n. 156/2015, objetivando registro de preços com vistas *“a contratação de empresas para implantar e manter solução de tecnologia da informação e comunicação que possibilitem a integração de informações municipais na esfera intramunicipal, através da construção de Backbone Ótico Metropolitano para infraestrutura de rede de dados, voz e imagem”*, nos seguintes termos:

1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. CONSIDERAR IMPROCEDENTE a presente representação, com fundamento no artigo 95, inciso I, c/c art. 99, § 2º, ambos, da Lei Complementar Estadual 621/2012;

1.2. AFASTAR os indicativos de irregularidades tratados nos itens 3.1, 3.2 e 3.3 desta decisão (referentes aos itens 2.1, 2.2 e 2.3 da ITC 3059/2017-1), deixando de instaurar a Tomada de Contas Especial, em razão do afastamento da irregularidade constante do item 2.1 da ITC 3059/2017-1, analisado no item 3.1 desta decisão, em face das razões antes expendidas;

1.3. ARQUIVAR os presentes autos, após ciência dos interessados e o respectivo trânsito em julgado.

2. Por maioria, nos termos do voto do relator. Vencidos o conselheiro em substituição João Luiz Cotta Lovatti, que votou pela procedência parcial com multa R\$ 3.000,00 para cada responsável e instauração de Tomada de Contas Especial, e conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo que acompanhou.

No julgamento objurgado, **mesmo diante de graves irregularidades constatadas pela área técnica**, prevaleceu o entendimento no sentido de afastá-las, **em absoluta contrariedade às provas dos autos e ao ordenamento jurídico**, razão pela qual se insurge esse órgão do Ministério Público de Contas.



II – DO CABIMENTO, DA LEGITIMIDADE E DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Preceitua o art. 166 da LC n. 621/12 que “*cabe pedido de reexame, sem efeito suspensivo, da decisão de mérito proferida em processos de fiscalização e de consulta*”, aplicando-lhe, no que couber “*as disposições dos artigos 164 e 165 desta Lei Complementar*”.

Quanto ao interesse processual, verifica-se que o binômio interesse e adequação está devidamente demonstrado, em razão da decisão do Plenário divergir completamente do parecer ministerial e o recurso admitido ser, nos termos dos dispositivos legais supracitados, o pedido de reexame, sendo, portanto, evidenciado o cabimento e a legitimidade recursal.

Relativo à tempestividade, o art. 408, § 5º, do RITCEES estabelece que “*o prazo para interposição do pedido de reexame é de trinta dias, contados na forma prevista na Lei Orgânica do Tribunal*”.

De seu turno, dispõe o art. 157 da LC n. 621/12 que “*o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de recurso*”, iniciando-se sua contagem com a entrega dos autos com vista ao órgão ministerial (art. 62, parágrafo único).

Assim, denota-se à fl. 2372/verso do Processo TC-2357/2016-5 seu ingresso na Secretaria do Ministério Público no dia 30/07/2018. Logo, a contagem do prazo para a interposição do pedido de reexame iniciou-se no dia 31/07/2018 (terça-feira).

Perfaz-se adequado e tempestivo, portanto, o presente apelo.

III – DAS RAZÕES FÁTICAS E JURÍDICAS

A v. Decisão Definitiva recorrida emoldurou os apontamentos conservados pela Unidade Técnica e pelo *Parquet* de Contas, dispostos nos itens 3.1 – A empresa vencedora apresentou equipamentos que não atendem ao edital, 3.2 – Inclusão posterior de documento que deveria constar originalmente na proposta e 3.3 – Exigência de garantia emitida pelo fabricante especificamente para o certame, de forma torná-los regulares.

Contudo, restou patente a prática de grave infração à Lei de Licitações nos apontamentos acima elencados, razão pela qual se faz imprescindível demonstrar que os embasamentos do v. Acórdão recorrido encontram-se esvaziados de fundamentação fática e jurídica, conforme passa-se a expor:

III.1 – A EMPRESA VENCEDORA APRESENTOU EQUIPAMENTOS QUE NÃO ATENDEM AO EDITAL

Extrai-se do v. Acórdão a supressão do apontamento elencado no item 3.1 (A empresa vencedora apresentou equipamentos que não atendem ao edital) em razão das seguintes argumentações:

Conforme demonstrado, há dois equívocos nas afirmativas do corpo técnico, pois, o equipamento questionado na representação, bem como aquele que foi objeto da consulta feita pelo Subsecretário de IT, é o 4º do Termo de Referência, do Anexo III/Proposta (5.4, fls. 139-140 e 221): Switch Acesso Ethernet – Tipo II – Metro IP – 1GB.



O equipamento mencionado pela **subscritora da Instrução Técnica Conclusiva: Switch Acesso Ethernet – Tipo I – Metro IP – 1GB, é o 3º da proposta/anexo III, que é o 5.3 do Termo de Referência, conforme fls. 135-137 e 221 dos autos.**

Constato da documentação acostada aos autos (fls. 1682-1717), **que a licitação na modalidade de pregão ocorreu normalmente, tendo a representante apresentado, para o “lote I”, a menor proposta inicialmente, ficando classificada em 2º lugar na disputa em sessão pública, sagrando-se vencedora a empresa Netservice, tendo interposto recurso contra a decisão do pregoeiro, em face do mesmo item objeto da presente representação (fl. 1699).**

Em assim sendo, não se apresentando nos autos a informação aventada de possibilidade de lesão ao erário, como mencionou a digníssima subscritora da referida instrução técnica, **entendo que não procede o opinamento pela determinação de instauração de Tomada de Contas Especial - TCE, visando à apuração de responsabilidades.**

Ante todo o exposto, **divirjo** do entendimento técnico e do Órgão Ministerial, **afasto a presente irregularidade**, deixando de acolher a sugestão de determinação de instauração de TCE.

No entanto, não se pode assentir, com base nos rasos fundamentos acima dispostos, que inexistiu qualquer irregularidade.

A priori, imperioso enfatizar que, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União, “*é obrigatória, em observância ao princípio da vinculação ao edital, a verificação de compatibilidade entre as regras editalícias e as propostas de licitantes. Propostas em desacordo com o instrumento convocatório devem ser desclassificadas*” (Acórdão 460/2013 – Segunda Câmara, Rel. Ana Arraes).

Assim, “*a aceitação de proposta ou celebração de ajustes em desacordo com as regras anteriormente fixadas nos instrumentos convocatórios pode comprometer a isonomia e a obtenção da proposta mais vantajosa para o Poder Público*” (TCU, Acórdão 966/2011 – Primeira Câmara, Rel. Marcos Bemquerer).

Nestes termos, rememorando o apontamento, cabe destacar que a irregularidade se referiu, em suma, na aceitação de produto, para atendimento do item 5.4 – Switch Acesso Ethernet – Tipo II – Metro IP – 1 GB, do Anexo I do Termo de Referência, que não atendia às especificações do edital, caracterizando, também, lesão ao erário, uma vez que os valores do produto aceito e aquele exigido apresentam significativas diferenças.

Assim, o produto ofertado pela licitante da Fabricante Datacom, Modelo DmSwitch 3224F2, não atendia às seguintes especificações:

- Capacidade mínima de rotas IPV4: 16K;
- Capacidade de Grupos Multicast L3: 256; e
- Implementar mecanismos automáticos de proteção aos protocolos L2 e L3 contra ataques de rede com limitação de banda para tráfegos de *broadcast-storm* e *multicast*.



Portanto, enquanto a exigência constante no Pregão Eletrônico se referia a modelo que possuía funcionalidades da Camada 3, o produto oferecido pela sociedade empresária NetService S.A. somente trabalhava na camada 2.

Ademais, consoante ressaltado pela Unidade Técnica, em contato com a fabricante do modelo ofertado pela NetService S.A (Datacom) foi possível constatar que os switches da camada 3 (modelo DmSwitch 3324) são até 100% mais caros que os da camada 2 (modelo DmSwitch 3224), de modo que o orçamento estimativo se baseou em valores de equipamento mais oneroso que aquele aceito pelo Município, caracterizando, pois, lesão ao erário que deve ser objeto de apuração por meio de Tomada de Contas Especial.

Ainda, trouxe a Unidade Técnica, na Manifestação Técnica 01187/2016-3, do Processo TC-2357/2016-5, os valores constantes na Ata de Registro de Preços XLVII/2013 do Governo de Piauí:

Para demonstrar isso, cita-se a Ata de Registro de Preços XLVII/2013, do Governo do Estado do Piauí (Anexo 6702/2016-7). No lote 06 desta licitação, o Estado do Piauí conseguiu adquirir o switch DmSwitch 3324F2 por R\$ 4.625,36. Em 18 de outubro de 2012, quando foram feitas as propostas comerciais, o valor do dólar girava em torno de R\$ 2,02. Isso significa que o Piauí adquiriu cada switch pelo valor de US\$ 2.289,78.

Em 08 de outubro de 2015, quando ocorreu a licitação da Serra, o dólar girava em torno de R\$ 3,80. Significa que a Serra adquiriu cada equipamento do modelo DmSwitch 3224F2 (inferior) por US\$ 3.184,21 (sobrepço de 39% sobre o valor do modelo 3324F2 em 2012). Como se sabe, na área de TI, é extremamente incomum que um equipamento aumente seu preço com o passar do tempo, pois os novos equipamentos lançados vão tornando os anteriores obsoletos e, por isso, mais baratos.

Nesta toada, constata-se que o v. Acórdão suprimiu o apontamento diante da constatação de supostos equívocos nas afirmativas do corpo técnico, que seriam: (i) a menção na Instrução Técnica Conclusiva 03059/2017-1, do Processo TC-2357/2016-5, de equipamento distinto daquele que está sendo objeto de análise e (ii) a inoportunidade de nenhuma anormalidade na licitação.

Quanto à suposta imprecisão relatada no v. Acórdão no que se refere ao item analisado na Instrução Técnica Conclusiva 03059/2017-1, insta frisar que o equipamento questionado na representação se refere ao item 5.4 – Switch Acesso Ethernet – Tipo II – Metro IP – 1 GB, do Anexo I do Termo de Referência.

Todavia, a Unidade Técnica, ao analisar os esclarecimentos apresentados pelos responsáveis, transcreveu como produto questionado o Switch Acesso Ethernet – Tipo I – Metro IP – 1 GB, olvidando, assim, de acrescentar que não era o Tipo I e sim o Tipo II.

A propósito, o equipamento Switch Acesso Ethernet – Tipo I – Metro IP – 1 GB seria o descrito no item 5.3 do Anexo I do Termo de Referência.

Não obstante, verifica-se que, ainda que por erro de digitação, tenha a Unidade Técnica se referido a outro equipamento, sua análise indubitavelmente se faz acompanhar com que o foi descrito na Manifestação Técnica 01187/2016-3 e na Instrução Técnica Inicial 01107/2016-4, do Processo Tc-2357/2016-5, **não havendo dúvidas de que o debate**



permaneceu em torno do produto oferecido pela sociedade empresária para atendimento ao item 5.4 do Anexo I do Termo de Referência. Vejamos:

2.1.1 Irregularidade apontada

A representante alegou que a empresa NETSERVICE S.A. (vencedora do lote 1), para atendimento do item 5.4 do Anexo I do Termo de Referência (Switch Acesso Ethernet – Tipo II – Metro IP – 1GB), ofertou um produto que não atende às seguintes especificações (fl. 139 – 142):

[...] 2.1.4 Análise

O Switch Acesso Ethernet – Tipo I – Metro IP – 1 GB deve funcionar tanto na camada 2 quanto na camada 3, conforme previsto no Termo de Referência. No entanto, o equipamento fornecido pela NETSERVICE não atende a essa especificação, conforme resposta fornecida pela fabricante à diligência promovida pela Subsecretaria de TI da PMS. A resposta foi a de que o switch era da camada 2 e indicou o catálogo para consulta das características do produto. Esse tipo de equipamento pode ser descrito objetivamente a partir de suas características, de acordo com as necessidades previstas pela Administração no planejamento da contratação. Essa possibilidade de descrição objetiva do objeto a ser contratado torna-se um dever, primeiro por tratar-se de uma contratação pública, que deve respeitar os princípios da publicidade e da impessoalidade. Segundo, pelo fato de que a contratação é realizada na modalidade de pregão. Então, o objeto é comum, podendo ser descrito objetivamente.

Quanto ao preço do equipamento, se é impossível “uma simples comparação de preços sem que sejam analisadas todas as questões técnicas inerentes a cada projeto” (fl. 2233), a fase de planejamento serve também para avaliação de todas as questões técnicas do projeto e dos equipamentos envolvidos. Assim, a Administração tem condições de alcançar os resultados almejados e entregar serviços com qualidade aos municípios pelo preço justo.

A própria Defesa não questiona o fato do equipamento fornecido atuar apenas na camada 2. Pelo contrário, afirmou que “há que ficar bem claro que o objeto licitado foi de equipamento para trabalhar na camada 2 e não na camada 3”. Em outro momento aponta que a análise da “descrição técnica de fabricação do equipamento só enxerga dados de sua configuração, mas não equivale às possibilidades de sua aplicabilidade dentro de um projeto estruturado”. Essas duas afirmações contradizem os dispositivos do instrumento convocatório, que exigem equipamento com funcionalidades das camadas L2 e L3. A inobservância à exigência prevista no instrumento convocatório afronta a norma prevista no art. 3º, *caput*, da lei 8.666/93. O art. 73, II, da lei 8.666, que trata da verificação da conformidade entre o objeto recebido e o especificado, também foi desrespeitado.

A afirmação da fabricante de que switches da camada 2 e da camada 3 podem apresentar diferença de 100% em seu preço, assim como o valor do switch modelo DmSwitch 3224F2 na Ata de Registro de Preços XLVII/2013, do Governo do Estado Piauí (Anexo 6702/2016) evidenciam a ocorrência de dano ao erário.

Além de Sra. Lauriete Caneva e Sr. Anderson Werdan Fagundes, também é responsável o Sr. Cláudio José Mello de Sousa, conforme ITI 01107/2016-4. Embora o equipamento seja de TI, não cabe a alegação de desconhecimento sobre o tema, pois a Subsecretaria de TI promoveu diligência questionando a fabricante sobre as características do produto em novembro de dezembro de 2015



(fls. 1691-1693). A resposta foi a de que o switch era da camada 2 e indicou o catálogo para consulta das características do produto.

Em fevereiro de 2016, o Sr. Anderson Werdan Fagundes adjudicou a licitação, declarando que a empresa fornecedora atendia a todas as exigências e especificações do edital (fl. 1689), a Sra. Lauriete Caneva recomendou a homologação do certame (fl. 1541) e o Sr. Claudio José Mello de Souza homologou a licitação (fl. 1542). Então não pode ser alegado o desconhecimento sobre as características do equipamento, visto que a discussão sobre o atendimento ou não do equipamento às exigências do edital estava registrada no processo administrativo.

Ao mesmo tempo, também não é possível vislumbrar a regularidade da licitação, já que devidamente delineada na Manifestação Técnica 01187/2016-3 e na Instrução Técnica Inicial 01107/2016-4, do Processo TC-2357/2016-5, e corroborada na Instrução Técnica Conclusiva 03059/2017-1, do Processo TC-2357/2016-5, a irregularidade perpetrada, restando, evidenciada, a todas as luzes, lesão ao ordenamento jurídico e o consectário dano ao erário.

Aliás, robustecendo a gravidade do apontamento, pertinente, ainda, salientar que “a aceitação de proposta de produtos com qualidade ou especificação inferiores à exigidas no edital, inclusive no que respeita aos requisitos de sustentabilidade ambiental, poderá ensejar a anulação dos respectivos atos praticados no certame” (TCU, Acórdão 8482/2013 – Primeira Câmara, Rel Benjamin Zymler).

Além do mais, “é irregular a aceitação de proposta fora das especificações do edital, bem como o pagamento por bens desconformes, diante do atesto e liquidação indevida da despesa, cabendo multa por grave infração à norma legal” (TCU, Acórdão 7870/2011 – Primeira Câmara, Rel. José Múcio Monteiro).

Desta forma, descabidas são as argumentações dispostas no v. Acórdão, devendo, pois, permanecer a irregularidade, **imputando-se responsabilidade ao Pregoeiro, Anderson Werdan Fagundes**, que adjudicou a licitação¹, **a Secretária Municipal de Planejamento Estratégico, Lauriete Caneva**, que recomendou a homologação do certame², e **ao Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos, Claudio José Mello de Sousa**, que homologou a licitação³.

Ainda, havendo notícia de que a irregularidade possa ter ensejado em dano injustificado ao erário, deve ser **determinado** ao atual gestor a instauração de procedimento visando à apuração dos fatos e, constatada a existência de dano, após esgotadas as medidas administrativas sem a elisão do dano, seja instaurada a devida tomada de contas especial, nos moldes do art. 152 e § 1º do RITCEES.

III.2 – INCLUSÃO POSTERIOR DE DOCUMENTO QUE DEVERIA CONSTAR ORIGINALMENTE NA PROPOSTA

Colhe-se do v. Acórdão que inexistiria o indicativo de irregularidade vislumbrado no **item 3.2 (Inclusão posterior de documento que deveria constar originalmente na proposta)**. Vê-se:

¹ Fls. 1529/1533.

² Fl. 1541.

³ Fl. 1542.



Examinando o acervo processual, verifico que a Decisão do TCU apontada pela subscritora da ITC cientificou à Administração de que **caracteriza inobservância à jurisprudência do TCU a inabilitação de licitante em razão de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência facultada pelo artigo 43, § 3º, da Lei 8666/1993, desde que não resulte em inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes, sendo certo que não se informou nos autos qualquer afronta à isonomia entre os licitantes.**

Com relação à documentação prevista no item 6.2.1 do Termo de Referência, como prospectos, catálogos, certificados, manuais técnicos, *folders* ou páginas da internet contendo informações de URL ou demais literaturas fornecidas pelos fabricantes que comprovem as características técnicas mínimas exigidas para todos os equipamentos do lote I e para todos os materiais do lote II, e que integram o item 6 – Exigências para a proposta comercial, deveriam ser apresentados pelas empresas vencedoras da etapa de lances, depois da verificação de possível empate, cuja proposta esteja classificada em 1º lugar, no prazo de 3 dias contados da solicitação, sob pena de desclassificação da proposta, conforme item 6.2 do referido Termo de Referência (fls. 103-104).

Com relação ao subitem 16.5, parte integrante do item 16 - Retirada do cabeamento inutilizado, tal retirada deveria ser feita pela contratada para a execução do projeto, em conjunto com o fabricante dos materiais da nova solução de cabeamento, exigindo-se as certificações desse fabricante.

Quanto aos itens 3 e 4 do Anexo I ao Termo de Referência, consta do item 1, do referido anexo, que todos os materiais fornecidos pela contratada receberão aceite prévio antes de aplicados, inexistindo, portanto, a possibilidade de fornecimento de materiais com características diversas das previstas.

Sendo assim, até o momento da classificação da proposta vencedora do certame, **o licitante somente terá que apresentar sua proposta compatível com o objeto licitado, com especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital, sendo facultado ao pregoeiro, em caso de reprovação da documentação apresentada posteriormente, a desclassificação da proposta vencedora, o que não foi o caso.**

No caso do item 6.2 do Termo de Referência, todas as exigências requeridas seriam solicitadas pela Administração à licitante vencedora do certame, fixando-se o prazo de 3 dias a contar da solicitação, para entrega da documentação, sob pena de desclassificação da proposta.

Não há nestes autos qualquer menção de ausência de documentos ou informações previstas no edital e seus anexos, ainda que solicitados e/ou diligenciados posteriormente, o que não significa inclusão de documento devido, posteriormente, ou afronta à isonomia entre os participantes, pois, a partir da classificação da proposta vencedora, a relação processual fica restrita entre a Administração e a licitante vencedora, observada a possibilidade de desclassificação da mesma e convocação da 2ª colocada.

Ademais, o sistema objeto de análise deve estar em funcionamento desde 2016, não se relatando qualquer irregularidade dele decorrente, significando que não houve prejuízo para o processo licitatório nem para a Administração, sendo compreensível o desconforto da representante com a perda da licitação, havendo busca de uma possível vitória, ainda que sua proposta se mostre de maior valor.



Posto isto, **divirjo** do entendimento técnico e do Órgão Ministerial, **afasto a presente irregularidade.**

O indicativo de irregularidade se refere à realização de diligências pela Administração Pública no Pregão Eletrônico n. 156/2015 para obter documentações relacionadas à comprovação de atendimento dos itens a serem fornecidos, à aptidão técnica dos profissionais responsáveis pela execução do projeto e à licença de operação e certificado ISO 14001, que deveriam ser apresentadas pela licitante vencedora do Lote 2, Peltier Comércio e Indústria Ltda, revelando, pois, expressa violação aos arts. 3º e 43, § 3º, da Lei n. 8.666/1993, por inobservância ao princípio da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, configurando, ainda, inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente da proposta.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 43. [...]

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

No caso vertente, restou inobservada pela licitante vencedora do Lote II as disposições constantes nos itens 6.2.1 e 6.2.3 do Termo de Referência e nos itens 3 e 4 do Anexo I, do Termo de Referência, faltando, pois, a comprovação de atendimento dos itens a serem fornecidos.

Anexo V – Termo de Referência

[...] 6.2. As Empresas vencedoras da etapa de lances e depois da verificação de possível empate, cuja proposta esteja classificada em primeiro lugar deverá no prazo máximo de até 3 (três) dias contado da solicitação, enviar, sob pena de desclassificação da proposta, as seguintes documentações:

6.2.1. Prospecto, certificados, manuais técnicos, catálogos, folders ou páginas da internet contendo a informação de URL ou demais literaturas fornecidas pelos fabricantes (a escolha do material a ser enviado fica a critério da licitante), que comprovem as características técnicas mínimas exigidas para este certame, para todos os equipamentos (Para LOTE I) e para todos os materiais (Para LOTE II), que possuam a coluna para inclusão de informação de Marca e modelo na planilha de formação de preços (Anexo III deste certame) e que, de forma inequívoca, identifiquem e comprovem as configurações cotadas e o atendimento às exigências dos Anexos. Serão aceitas cópias das especificações obtidas em sítios dos fabricantes na internet em que conste o respectivo endereço eletrônico.

[...] 6.2.3. As características técnicas obrigatórias deverão estar grifadas ou destacadas na documentação entregue, além de estarem todas relacionadas em tabela específica indicando o número da página da documentação onde encontrar



sua comprovação, de forma a garantir uma rápida e melhor análise. Caso o licitante não consiga comprovar todas as exigências do edital ou não apresente esta tabela de especificação, a mesma será desclassificada.

Anexo I – Especificações Técnicas Detalhadas

[...] 3. Especificações Técnicas Mínimas dos Componentes do Cabeamento Óptico

3.1. Cabo Óptico CFOA-SM-AS80 12FO e 36FO

- [...] – Possuir atenuação óptica máxima de 1310 nm: 0,37 dB/Km;
- Possuir atenuação óptica máxima de 1550 nm: 0,23 dB/Km;

3.2. DIO (MÓDULO BÁSICO 48 PORTAS LC RACK MOUNT 19" 1U)

- [...] – Ser fornecido com bandejas de acomodação de emendas em material plástico e todos os acessórios necessários para a realização de fusão de 48 fibras;
- [...] – Deve ser fornecido com suportes para adaptadores ópticos, separados de 02 em 02 para uma melhor distribuição dos adaptadores ópticos.

3.3. Cordão Óptico

- [...] – O fabricante deve possuir certificação ANATEL para os conectores ópticos ST / FC / SC / MT-RJ / LC e E2000-APC

[...] 3.4. Extensões Ópticas

- [...] – O fabricante deve possuir certificação ANATEL para os conectores ópticos ST / FC / SC / MT-RJ / LC e E2000-APC

[...] 3.5. Caixa de Emenda Óptica – Aérea/Subterrânea – 48 FO

- [...] – Deve ser fornecida com acessórios de forma a atender no mínimo a 48 fusões de fibras ópticas
- [...] – Deve permitir a instalação em postes ou em cordoalhas (resistência à corrosão e envelhecimento e proteção ultravioleta).
- Deve ser fornecida com válvula para pressurização e com suporte para instalação em poste e parede.

[...] 4. Especificações Técnicas Mínimas dos Componentes de Infraestrutura

4.1. Rack Bastidor Interno Fechado 24U – Padrão 19”:

- O Rack Gabinete deve possuir altura (padrão Rack): 24U
- Dimensões mínimas de altura: 1231.00 mm
- Dimensões mínimas de largura: 600.00 mm
- Dimensões mínimas de profundidade: 900.00 mm
- [...] – 01 porta frontal com vidro temperado cristal, com reforço vertical em aço SAE 1020 espessura 1,5mm e fecho yale;

4.2. Rack Bastidor Externo 600mm – Padrão 19”:

- [...] – Sistema de fechamento das portas com lingueta para cadeado
- [...] – Dimensões aproximadas: Largura 19" X Profundidade 600mm x Altura 600mm
- Ser montado contemplando Conjunto de bornes de alimentação, barra de aterramento e protetor de surto 275V 40 kA;
- Régua de Tomadas interna 220Vac, 5A;
- Canaleta plástica para abrigar o cabeamento;

Além disso, não comprovou a sociedade empresária a aptidão técnica dos profissionais responsáveis pela execução do projeto, consoante previsão o item 8.2.2.a, III a VII, do



Termo de Referência.

8 CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO, HABILITAÇÃO E QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

[...] 8.2 Deve ser comprovada pela Empresa, experiência anterior compatível com o objeto do “lote II”, devendo a mesma ter fornecido pelo menos:

[...] 8.2.2 QUALIFICAÇÃO TÉCNICO PROFISSIONAL, a Empresa deverá comprovar aptidão técnica dos profissionais responsáveis pela execução do projeto e manter atualizada durante toda a vigência do contrato. Para as seguintes aptidões:

a) Atestado(s) de capacidade técnica emitido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado, acompanhado(s) da respectiva certidão de acervo técnico emitida pelo CREA, ou entidade profissional competente do profissional de nível superior, pertencente ao quadro de responsáveis técnicos da LICITANTE junto ao CREA, detentor do atestado de responsabilidade técnica, que comprove que o aludido profissional foi responsável técnico por atividade pertinente e compatível em características semelhantes com o objeto deste projeto, com características mínimas conforme descritas abaixo:

[...] III. Instalação e manutenção na modalidade 24X7 (Vinte e quatro horas por dia e sete dias por semana) com cabos de fibra ótica implantados em vias urbanas;

IV. Instalação e manutenção na modalidade 24X7 (Vinte e quatro horas por dia e sete dias por semana) de pontos de rede elétrica incluindo cabos alimentadores elétricos, quadros elétricos, circuitos de distribuição de energia elétrica e aterramento elétrico;

V. Instalação e manutenção na modalidade 24X7 (Vinte e quatro horas por dia e sete dias por semana) de Link de Rádio do tipo Ponto-a-Ponto.

VI. Instalação e manutenção de torre de telecomunicações

VII. Serviços de engenharia Civil para coordenação técnica e execução de serviços de recomposição de gesso, alvenaria, massa e pintura.

E ainda não apresentou na proposta comercial, conforme exigência do item 16.5 do Termo de Referência, Licença de Operação e ISO 14001.

16 RETIRADA DO CABEAMENTO INUTILIZADO

[...] 16.5 Os processos de tratamento de resíduos deverão ser devidamente certificados pelos respectivos órgãos com responsabilidade ambiental, tais como: Prefeitura, Governo Estadual, IBAMA e Entidades Certificadoras. Os documentos da empresa, tais como, Licença de Operação, Certificado ISO 14001, que realizará o processo de reciclagem, deverão ser apresentados pela LICITANTE juntamente com sua proposta comercial (em versão de cópia autenticada).

Observa-se, assim, o favorecimento dado a sociedade empresária Peltier Comércio e Indústria Ltda de forma a buscar sua manutenção no certame, ainda que deixasse de apresentar as documentações exigidas no Pregão.

Portanto, distintamente do que foi defendido no v. Acórdão, resta revelada expressa afronta



à isonomia entre os licitantes, exorbitando, assim, os responsáveis na promoção das diligências que deveriam, nos termos do art. 43, § 3º, da Lei n. 8.666/1993, somente esclarecer ou complementar a instrução do processo.

A propósito, cabe destacar que *“ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993)”* (TCU, Acórdão 2730/2015 – Plenário, Rel. Bruno Dantas).

No entanto, depreende-se, no caso concreto, que inexistiam incertezas quanto ao cumprimento das disposições editalícias, uma vez que sequer foram apresentadas as sobreditas documentações pela licitante vencedora, o que demonstra que os atos praticados pelos responsáveis abrangem a vedação constante no art. 43, § 3º, da Lei n. 8.666/1993 no que concerne a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta, evidenciando, assim, discricionariedade para o direcionamento de licitação.

Destarte, deve permanecer o apontamento, já que devidamente demonstrada a violação aos princípios da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, em razão das condutas aviltantes praticadas para privilegiar a licitante vencedora do Lote II, incidindo **responsabilidade ao Pregoeiro, Anderson Werdan Fagundes**, que adjudicou a licitação⁴, **a Secretária Municipal de Planejamento Estratégico, Lauriete Caneva**, que recomendou a homologação do certame⁵, e **ao Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos, Claudio José Mello de Sousa**, que homologou a licitação⁶.

III.3 – EXIGÊNCIA DE GARANTIA EMITIDA PELO FABRICANTE ESPECIFICAMENTE PARA O CERTAME

Quanto ao **item 3.3 (Exigência de garantia emitida pelo fabricante especificamente para o certame)**, observa-se que o V. Acórdão se posicionou pela regularidade da cláusula editalícia que exigia garantia emitida pelo fabricante especificamente para o certame. Vejamos:

Verifico da referida Nota Técnica transcrita na ITC, que **faz ela referência a exigências ao fabricante ao invés do licitante, o que não é o caso, pois o edital, no caso concreto, está a exigir do licitante/contratado, que apresente comprovação de que possua as necessárias garantias do fabricante para os equipamentos e materiais empregados no projeto, identificando a licitação para a qual está sendo emitida a declaração do fabricante.**

Observe-se que não se trata de garantia contratual na forma prevista na Lei 8666/1993, esta somente exigível do contratado, mas de garantia do fabricante para os equipamentos e materiais fornecidos para a execução do projeto, **o que se mostra necessário e de suma importância, pois, se não se faz tais**

⁴ Fls. 1529/1533.

⁵ Fl. 1541.

⁶ Fl. 1542.



exigências no processo licitatório, não terá a Administração o direito de exigí-lo posteriormente.

Ademais, não se pode exigir do legislador que contemple todas as situações de fato e de direito que possam ocorrer ao longo do tempo, não se podendo, por isso, julgar irregular a referida exigência editalícia pelo fato de não estar contemplada na lei, sobretudo quando claramente se pretende proteger a Administração Pública quando da execução contratual.

Posto isto, **divirjo** do entendimento técnico e do Órgão Ministerial para **afastar a presente irregularidade.**

Todavia, não se pode concordar com tal posicionamento que vai de encontro aos normativos legais, mais especificamente ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993, que não tolera a violação ao princípio da isonomia com a inserção de cláusulas restritivas à competitividade no certame.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

A propósito, pertinente mencionar o posicionamento do Tribunal de Contas da União de que *“a exigência de declaração emitida por fabricante, no sentido de que a empresa licitante é revenda autorizada, de que possui credenciamento do fabricante ou de que este concorda com os termos da garantia do edital, conhecida como declaração de parceria, contraria o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, aplicado subsidiariamente no âmbito do pregão”* (Acórdão 1350/2015 – Plenário, Rel. Vital do Rêgo).

Deste modo, mostra-se fulgente a irregularidade da Cláusula 4.4.2.1 do Termo de Referência, que traz como exigência a apresentação de declaração de garantia a ser emitida pelo fabricante do produto, específica para o certame, ainda que o vínculo contratual não seja com o próprio.

4.4 SERVIÇOS DE SUPORTE E MANUTENÇÃO ON SITE

[...] 4.4.2 Para os demais materiais e serviços técnicos especializados (montagem e instalações), **lote II.**

4.4.2.1 A empresa a ser contratada pela Prefeitura da Serra, para fornecimento dos demais materiais aplicados e para os serviços técnicos especializados



(montagem e instalações) deste projeto, deverá fornecer garantia total de 12 (doze) meses para todos os materiais e serviços ofertados e instalados, contados da data de aceite das instalações pela Fiscalização. Especificamente para os materiais componentes do Cabeamento Óptico (Cabo óptico CFOA – SM – AS80 12FO e 36FO, DIO (MODULO BÁSICO 48 PORTAS LC RACK MOUNT 19" 1U), Cordão Óptico, Extensões ópticas e Caixa de Emenda Óptica – Aérea/ Subterrânea – 36 FO) ofertados em sua proposta comercial, a licitante deverá comprovar garantia de 12 (doze) meses, para os produtos fornecidos, através de apresentação de declaração de garantia emitida pelo fabricante único destes produtos, **específica para este certame**, indicando possuir tal garantia e a estar contemplando no fornecimento previsto para a licitante proponente.

Ademais, relevante rememorar que, no caso concreto, a própria Administração Pública chegou a esboçar a lesividade da cláusula, conforme registrado na Manifestação Técnica 01187/2016-3, do Processo TC-2357/2016-5, e reafirmado na Instrução Técnica Conclusiva 03059/2017-1, do Processo TC-2357/2016-5:

Manifestação Técnica 01187/2016-3

[...] Cita [...] a Secretaria, a interferência da fabricante dos produtos no processo licitatório (fl. 1676):

[...] restou esclarecido a existência de um procedimento interno adotado pelo Fabricante Furukawa para aceitar e qualificar parceiros comerciais. O que nos causa estranheza e possível caracterização de má fé, foi à negativa do fabricante em fornecer a declaração em uma suposta proteção a representante, uma vez que a Empresa vencedora do certame já possui relação comercial com o fabricante há mais de 10 (dez) anos, possuindo ainda profissionais certificados pela Furukawa, conforme comprovações em anexo, DOC 05, onde pode se observar uma vasta relação comercial entre o fabricante e a Empresa ganhadora do certame. O principal objetivo da administração pública foi o de finalizar o procedimento de diligência quanto à relação comercial do Fabricante X Empresa ganhadora do certame, bem como garantir a eficiência e eficácia no projeto a ser executado.

Diante dos fatos expostos pela representante, **entendemos que há um "certo protecionismo" de Empresas consideradas "integradoras" deste fabricante, criando dificuldade ao licitante vencedor em obter tal garantia exigida no item 9.5.6 e 9.6 alínea "b" do termo de referência. Este comportamento da Fabricante interfere diretamente no princípio da livre concorrência, na medida em que arbitra no resultado do processo licitatório, sendo impeditivo a uma das Empresas.**

[...] A MT 505/2016-4 conclui:

A interferência dos fabricantes de equipamentos e *softwares* já é conhecida pelos técnicos desta Corte e ocorre, por exemplo, quando o fabricante escolhe apenas um licitante para fornecer seus produtos, impedindo assim que haja real concorrência. Sem concorrência, os preços acabam saindo mais elevados e assim o mercado sai ganhando; mas a Administração, e por consequência toda a população, sai perdendo. Por isso, cabe ao poder público tomar todas as medidas necessárias e suficientes para impedir a interferência das fabricantes na licitação.

Concluindo, embora a representante esteja pedindo que a exigência de garantia do fabricante seja cumprida, este núcleo entende que na verdade esta não deveria nem constar no Edital. Por isso, ainda que a representante não tenha razão em sua reclamação, o edital contém cláusulas restritivas e, por isso, irregulares.

[...] É importante neste ponto lembrar que a questão não trata de garantia comum, aquela que é oferecida pelos fabricantes para praticamente todos os



equipamentos comercializados. O edital exigiu uma garantia emitida pelo fabricante **ESPECÍFICA PARA A LICITAÇÃO** do Município da Serra. Este procedimento **NÃO** é “UTILIZADO EM QUASE TODAS AS LICITAÇÕES SEMELHANTES”. Por mais que a Administração afirme que se trata de exigência feita apenas para assinatura do contrato, ela tem caráter habilitatório, pois sem ela o contrato não é assinado. **Assim, na prática, além das licitantes, é incluída no certame a figura do fabricante, que acaba tendo poder de decidir quem ele quer, entre as fornecedoras de seus produtos, que vença a disputa.**

Instrução Técnica Conclusiva 03059/2017-1

[...] A Secretaria Municipal de Planejamento Estratégico da Serra em resposta dada ao TCE (fl.1676) após ser notificada, admitiu que pode ocorrer protecionismo de fornecedor em relação a alguma de suas parceiras/representantes que participam do certame na condição de licitantes. A exigência de garantia do fabricante especificamente para o certame possibilita a ocorrência dessa situação.

Quanto a esse tema, deve ser destacado entendimento contido na Nota Técnica nº 03/2009 da Secretaria de Fiscalização em Tecnologia da Informação do Tribunal de Contas da União (Sefti/TCU), que aponta para o fato das exigências editalícias e contratuais estarem concentradas sobre o contratado e não sobre o fabricante.

Nota técnica Sefti/TCU 03/2009

27. Cumpre notar que o ente contratado é quem deverá executar o objeto. Esse ônus não ficará a cargo do fabricante, mas sim do licitante fornecedor, vencedor do certame. Destarte, as exigências editalícias e contratuais devem ser concentradas sobre a pessoa jurídica do contratado. Excetua-se apenas o caso em que o próprio fabricante participa diretamente da licitação, na qual acumulará o papel de fornecedor e fabricante. [...]

29. [...] não deve o contratante imiscuir-se no relacionamento entre licitante e fabricante, estabelecer regras para esse vínculo, ou mesmo prever tais regras nos editais, por ausência de previsão legal para tal ingerência. Deve apenas certificar-se de estabelecer seus requisitos de qualidade, prazo e outros a serem atendidos pela pessoa do contratado.

30. Portanto, as exigências editalícias não devem se dar sobre o fabricante, tampouco acerca do relacionamento deste com o licitante, mas sim sobre o objeto e a pessoa jurídica a ser contratada, na forma de requisitos técnicos obrigatórios e critérios de habilitação e qualificação.

Pelo exposto, não deve a Administração fazer exigências ao fabricante, com quem sequer manterá vínculo contratual. Esse é o caso da exigência de garantia emitida pelo fabricante exclusivamente para o certame. Por isso tal exigência mostra-se irregular. Deveria a Administração, por outro lado, concentrar-se em requisitos de qualidade, prazo e outros a serem atendidos pela contratada.

Portanto, inexistente a normalidade defendida no v. Acórdão, de modo que a Nota Técnica supracitada relata de forma expressa a situação irregular aqui debatida, por configurar exigência de obrigação que deverá ser cumprida por terceiro que não pertence a relação jurídica estatuida pelo certame.

Assim sendo, deve persistir a irregularidade, incidindo **responsabilidade ao Pregoeiro, Anderson Werdan Fagundes**, que adjudicou a licitação⁷, **a Secretária Municipal de**

⁷ Fls. 1529/1533.



Planejamento Estratégico, Lauriete Caneva, que recomendou a homologação do certame⁸, e ao **Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos, Claudio José Mello de Sousa**, que homologou a licitação⁹.

IV – DO PEDIDO

Ante o exposto, o **Ministério Público de Contas** requer seja o presente pedido de reexame recebido, conhecido e provido para **reformular o v. Acórdão TC-503/2018 – Plenário**, julgando-se parcialmente procedente a representação, na forma do art. 95, inciso II, e 101, parágrafo único, da LC n. 621/2012 c/c art. 178, inciso II, e 186 do RITCEES, para aplicar aos responsáveis, ANDERSON WERDAN FAGUNDES, LAURIETE CANEVA E CLAUDIO JOSÉ MELLO DE SOUSA, multa pecuniária, com espeque no art. 135, inciso II, da LC n. 621/2012 c/c art. 389, inciso II, do RITCEES.

Ainda, nos termos do art. 57, inciso III, da LC n. 621/2012, seja **determinado** ao atual gestor a instauração de procedimento visando à apuração dos fatos delineados no item 3.1 do v. Acórdão TC-503/2018 - Plenário e, constatada a existência de dano, após esgotadas as medidas administrativas sem a elisão do dano, seja instaurada a devida tomada de contas especial, nos moldes do art. 152 e § 1º do RITCEES.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Vitória, 12 de setembro de 2018.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

⁸ Fl. 1541.

⁹ Fl. 1542.