

Voto do Relator 00672/2019-3

Processos: 07521/2018-8, 02357/2016-5

Classificação: Pedido de Reexame

Setor: GAC - Carlos Ranna - Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Criação: 20/02/2019 13:06

UG: PMS - Prefeitura Municipal de Serra

Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Interessado: CLAUDIO JOSE MELLO DE SOUSA, 7LAN COMERCIO E SERVICOS LTDA, LAURIETE CANEVA, ANDERSON WERDAN FAGUNDES

Recorrente: Membros do Ministério Público de Contas (LUCIANO VIEIRA)

Procuradores: GUILHERME GUERRA REIS (OAB: 10983-ES, OAB: 182006-MG, OAB: 324497-SP), LUCIANA DRUMOND DE MORAES (OAB: 9538-ES), NATALIA LOSS DE ALMEIDA (OAB: 25495-ES), NELSON WILIAN FRATONI RODRIGUES (OAB: 3600-AC, OAB: 9395A-AL, OAB: A598-AM, OAB: 1551A-AP, OAB: 24290-BA, OAB: 16599A-CE, OAB: 25136-DF, OAB: 15111-ES, OAB: 27024-GO, OAB: 9348A-MA, OAB: 107878-MG, OAB: 13043A-MS, OAB: 11065A-MT, OAB: 15201A-PA, OAB: 128341A-PB, OAB: 00922-PE, OAB: 8202-PI, OAB: 30916-PR, OAB: 136118-RJ, OAB: 725A-RN, OAB: 4875-RO, OAB: 372A-RR, OAB: 80025A-RS, OAB: 23729-SC, OAB: 484A-SE, OAB: 128341-SP, OAB: 4.923A-TO), RAFAEL SGANZERLA DURAND (OAB: 3594-AC, OAB: 10132A-AL, OAB: A737-AM, OAB: 1873A-AP, OAB: 26552-BA, OAB: 24217A-CE, OAB: 27474-DF, OAB: 15112-ES, OAB: 28610-GO, OAB: 10348A-MA, OAB: 131512-MG, OAB: 14924A-MS, OAB: 12208A-MT, OAB: 16637A-PA, OAB: 211648A-PB, OAB: 01301-PE, OAB: 8204A-PI, OAB: 42761-PR, OAB: 144852-RJ, OAB: 856A-RN, OAB: 4872-RO, OAB: 387A-RR, OAB: 80026A-RS, OAB: 30932-SC, OAB: 642A-SE, OAB: 211648-SP, OAB: 4925-TO), STEFANO POVEGLIANO, FERNANDO ALVES AMBROSIO (OAB: 4508-ES)

Processo TC: 7521/2018-8

Jurisdicionado: Prefeitura Municipal de Serra

Assunto: Pedido de Reexame

Recorrente: Ministério Público Especial de Contas

Recorridos: Anderson Werdan Fagundes - Pregoeiro

Lauriete Caneva - Secretária Municipal de Planejamento Estratégico

Cláudio José Mello de Sousa – Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos

Procuradores: Guilherme Guerra Reis – OAB/ES - 10983

Luciana Drumond de Moraes – OAB/ES - 9538

Natália Loss de Almeida – OAB/ES - 25495

Nelson Wilians Fratoni Rodrigues – OAB/ES - 15111

Rafael Sganzerla Durand – OAB/ES - 15112

Fernando Alves Ambrósio – OAB/ES - 4508

**PEDIDO DE REEXAME – PREFEITURA MUNICIPAL DE SERRA -
– PROVIMENTO - DETERMINAÇÃO**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

1 RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público de Contas em face do **Acórdão TC 503/2018 - Plenário**, proferido nos autos do processo TC 2357/2016, relativo a Representação em face da Prefeitura Municipal de Serra, sob a responsabilidade dos senhores Anderson Werdan Fagundes, Lauriete Caneva e Cláudio José Mello de Sousa.

O Acórdão TC 503/2018 - Plenário considerou improcedente a Representação referente ao Pregão Eletrônico nº 156/2015, cujo objeto é o 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”.

O douto Órgão Ministerial pugna pela reforma do julgado no sentido de julgar parcialmente procedente a Representação com aplicação de multa aos responsáveis e determinação ao gestor para que seja instaurado procedimento para apuração dos fatos delineados no item 3.1 do Acórdão recorrido.

Por meio da **Decisão Monocrática 1612/2018** conheci do recurso e determinei a notificação dos responsáveis para apresentação de contrarrazões recursais (fls. 21-23).

Regulamente notificados (Certidão 4699/2018 – fls. 24), os recorridos não apresentaram contrarrazões (fls. 26).

Os autos foram encaminhados ao Núcleo de Recursos e Consultas, que remeteu o feito ao Núcleo de Tecnologia da Informação - NTI, dada a especificidade da matéria.

Desta forma o NTI exarou a **Manifestação Técnica 1384/2018** (fls.30 – 34), opinando pela existência de irregularidade, tendo em vista que a empresa vencedora apresentou equipamentos que não atendiam ao edital.

O Núcleo de Recursos e Consultas, por meio da **Manifestação Técnica de Recurso 7/2019** corroborou o entendimento do NTI, analisou os demais itens do recurso e concluiu pelo provimento (fls. 36 – 53).

No mesmo sentido o **Parecer 201/2019** elaborado pelo Ministério Público de Contas, da lavra do Procurador Luciano Vieira (fls. 57).

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Analisando os autos, verifico que o feito se encontra devidamente instruído, portanto, apto a um julgamento, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais.

Ratifico integralmente o posicionamento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas para **tomar como razão de decidir a fundamentação** exarada na **Instrução Técnica de Recurso 7/2019**, abaixo transcrita:

“(…) 3. ANÁLISE DAS RAZÕES RECURSAIS

3.1 Empresa vencedora apresentou equipamentos que não atendem ao edital

O recorrente alega que:

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, dirijo 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-storme 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 incoerência 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 munícipes 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 conseqüente 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 licitação, a Secretária Municipal de Planejamento Estratégico, Lauriete Caneva, que recomendou a homologação do certame, e ao Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos, Claudio José Mello de Sousa, que homologou a licitação.

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.

Pois bem.

Conforme já aqui noticiado, a matéria tratada no presente item é afeta à área de informática. Desta forma, o NTI, através da Manifestação Técnica 1384/2018-1, analisou cuidadosamente a presente irregularidade e assim concluiu:

2 Análise

Inicialmente é preciso frisar que **o equipamento questionado na representação é aquele previsto no item 5.4 – Switch Acesso**

Ethernet – Tipo II – Metro IP – 1GB, do Anexo I do Termo de Referência.

Não foi apresentada e nem analisada irregularidade relacionada ao item 5.3 – Switch Acesso Ethernet – Tipo I – Metro IP – 1 GB, do Anexo I do Termo de Referência. Todavia, houve um erro de digitação na edição da Instrução Técnica Conclusiva 03059/2017-1 do Processo TC 2357/2016-5, quando faltou inserir, na descrição do switch, o segundo algarismo romano “I” após o termo “Tipo”, para indicar que se tratava do Tipo II e não do Tipo I.

Acrescenta-se que, como apontado na Petição Recurso 302/2018-1 (Peça 02), é preciso considerar aquilo que foi descrito na Manifestação Técnica 01187/2016-3 e na Instrução Técnica Inicial 01107/2016-4, em que a discussão fazia referência ao produto oferecido para atendimento ao item 5.4 do Anexo I do Termo de Referência.

Dito isto, ratificamos o posicionamento apresentado na Instrução Técnica Conclusiva 03059/2017-1. A representante havia alegado que a sociedade empresária vencedora, para atendimento do item 5.4 - Switch Acesso Ethernet – Tipo II – Metro IP – 1GB, do Anexo I do Termo de Referência, ofertou um produto que não atende às seguintes especificações:

- Capacidade mínima de rotas IPV4: 16K;
- Capacidade de Grupos Multicast L3: 256;
- 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*.

Na Manifestação Técnica 00505/2016-4 (peça 17 do Processo TC-2357/2016-5), este NTI apontou que a sociedade empresária NETSERVICE S.A. ofereceu switch que trabalha na camada 2, mas o edital exigia um modelo que também trabalhasse na camada 3. Em contato com a empresa Datacom, fabricante dos equipamentos ofertados pela vencedora, constatou-se que os equipamentos da camada 3 custam até o dobro daqueles que operam na camada 2.

Nesse contexto e, considerando as justificativas trazidas pelos responsáveis no Processo TC 2357/2016-5, entende-se que o **Switch Acesso Ethernet – Tipo II – Metro IP – 1GB (item 5.4 do Anexo I do Termo de Referência)** 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. Houve, então, inobservância à exigência prevista no instrumento convocatório, tendo sido afrontadas as normas previstas no art. 3º, caput, da lei 8.666/93 e no art. 73, II, da lei 8.666

3 conclusão

Ante o exposto, opinamos pela existência da irregularidade decorrente de que a empresa vencedora apresentou equipamentos que não atendiam ao edital.

Nesse sentido, corrobora-se o entendimento esboçado na referida peça, adotando-se *in totum* os fundamentos ali expostos, a fim de opinar pela manutenção da presente irregularidade, bem como que seja 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.

3.2 Inclusão posterior de documento que deveria constar originalmente na proposta

Conforme se verifica da ITI 1107/2016 (processo TC 2357/2016, em apenso), os documentos e informações a seguir relacionados deveriam constar inicialmente na proposta comercial da empresa vencedora do Pregão Eletrônico nº156/2015, contudo foram obtidos posteriormente, por meio de diligências realizadas pela Administração, em afronta ao estabelecido no §3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93.

Os documentos que foram incluídos posteriormente foram os seguintes: comprovação de atendimento dos itens a serem fornecidos; aptidão técnica dos profissionais responsáveis pela execução do projeto; licença de operação e certificado ISO 14001.

As justificativas apresentadas pelos responsáveis foram devidamente analisadas por meio da Instrução Técnica Conclusiva ITC 3059/2017, que opinou pela manutenção da irregularidade.

Em seguida, corroborando as análises feitas na ITC 3059/2017, manifestou-se o Ministério Público de Contas.

O Plenário, nos termos do Acórdão TC 503/2018, entendeu por afastar a presente irregularidade em razão de não ter restado configurado *“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”

Em sede recursal, aduz o recorrente que a sociedade empresária Peltier Comércio e Indústria Ltda. foi favorecida pela Administração, uma vez que, mesmo deixando de apresentar as documentações exigidas no Pregão Eletrônico 156/2015, a Administração buscou a sua manutenção no certame realizando diligências 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.

Destaca que 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

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.

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

Segundo afirma o recorrente houve afronta ao princípio da isonomia entre os licitantes, eis que houve 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.

Aduz que os atos praticados pelos responsáveis abrangeram a vedação estabelecida no §3º do art. 43 da Lei 8.666/93, eis que houve a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta, evidenciando, assim, discricionariedade para o direcionamento de licitação.

Análise

O §3º do art. 43 da Lei 8.666/93 assim dispõe:

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.

Conforme se depreende do dispositivo acima transcrito é facultado ao pregoeiro, à comissão de licitação ou à autoridade superior a realização de diligência objetivando reunir todas as informações necessárias a fim de tomar a melhor decisão. Desta forma, sempre que se entender necessário esclarecer ou complementar informações poderá ser determinada a diligência, em qualquer fase ou etapa da licitação.

Importante destacar a última parte do § 3º do art. 43, uma vez que proíbe a utilização da diligência para oportunizar a inserção de documento ou informação que deveria ter sido apresentado tempestivamente pelo licitante, e não o foi.

Assim, caso os requisitos de habilitação e de julgamento das propostas estabelecidos no edital não sejam atendidos, o licitante deverá ser inabilitado ou a sua proposta deverá ser desclassificada.

Tal vedação objetiva obstar que a Administração permita que o licitante inclua ou complemente uma informação que já deveria compor a proposta desde a sua apresentação, ou seja, os documentos e as informações posteriormente juntadas não podem corresponder a dados inéditos no certame, devendo se limitar a esclarecer e a complementar as informações que já foram apresentadas tempestivamente pelo licitante.

Pois bem.

Inicialmente é importante destacar que os próprios responsáveis admitem a realização de diligências para a comprovação de condições estabelecidas no edital, no entanto entendem que a sua realização estaria fundamentada no §3º, do art. 43, da lei 8.666/93 e não o afrontaria.

A documentação que foi juntada por meio de diligência encontra-se prevista nos itens 6.2.1, 6.2.3, 8.2.2, alínea 'a' e 16.5 do Termo de Referência - Anexo V do Edital de Pregão Eletrônico 156/2015, fls. 104-106-107, conforme segue:

6. EXIGENCIAS PROPOSTA COMERCIAL

[...]

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 sites 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.

[...]

8. CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO, HABILITAÇÃO E QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

[...]

8.2.2 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA-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 desse projeto, com características mínimas conforme descritas abaixo.

[...]

16. RETIRADO 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 ISSO 14001, que realizará o processo de reciclagem, deverão ser apresentados pela LICITANTE juntamente com sua proposta comercial (em versão de cópia autenticada). (g.n)**

Também não ficou comprovado o atendimento das exigências constantes dos itens 3 e 4 do Anexo I do Termo de Referência (fls. 121 a 126).

Como se vê dos itens acima citados, a documentação deveria ser apresentada junto com a proposta da licitante e não o foi. Logo, fácil concluir que as diligências **não** foram realizadas para esclarecer ou complementar informações apresentadas tempestivamente pelo licitante. Ao contrário, tratava-se de documentação inédita, em clara afronta ao estabelecido no §3º do art. 43 da Lei 8.666/93.

Por todo o exposto, opina-se pelo provimento do recurso, no sentido de manter a irregularidade.

3.3 EXIGÊNCIA DE GARANTIA EMITIDA PELO FABRICANTE ESPECIFICAMENTE PARA O CERTAME

Conforme se verifica da ITI 1107/2016 (processo TC 2357/2016, em apenso), a exigência de garantia emitida pelo fabricante especificamente para o certame constante do Edital de Pregão Eletrônico 156/2015 seria indevida, pois afrontaria o art. 3º, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/93.

Destacou, ainda, que tal exigência acaba por incluir no certame a figura do fabricante, conferindo-lhe, mesmo que indiretamente, o poder de decidir quem ele quer, entre os fornecedores de seus produtos, que vença a disputa.

Por fim ressaltou os termos da Nota Técnica nº 03/2009 da Secretaria de Fiscalização em Tecnologia da Informação do Tribunal de Contas da União (Sefti/TCU), ao estabelecer que as exigências editalícias e contratuais devem ser concentradas sobre o contratado e não sobre o fabricante.

As justificativas apresentadas pelos responsáveis foram devidamente analisadas por meio da Instrução Técnica Conclusiva ITC 3059/2017, que opinou pela manutenção da irregularidade.

Em seguida, corroborando as análises feitas na ITC 3059/2017, manifestou-se o Ministério Público de Contas.

O Plenário, nos termos do Acórdão TC 503/2018, entendeu por afastar a presente irregularidade em razão de não se tratar “*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 exigências no processo licitatório, não terá a Administração o direito de exigí-lo posteriormente**”.*

Destacou, ainda que “*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*”.

Em sede recursal, aduz o recorrente que o Acórdão ora recorrido se posicionou pela regularidade da cláusula editalícia, que exigia garantia emitida pelo fabricante especificamente para o certame.

Todavia, entende o recorrente que 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.

Cita o Acórdão 1350/2015 – Plenário do Tribunal de Contas da União que posicionou-se no sentido 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”.

Deste modo, afirma o recorrente que se mostra 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.

Destaca, ainda, 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

Assim, conclui o recorrente que deve persistir a irregularidade, incidindo responsabilidade ao Pregoeiro, Anderson Werdan Fagundes, que adjudicou a licitação⁷, a Secretária Municipal de 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 licitação.

Análise

A cláusula 4.4.2.1 do Termo de Referência do Edital de Pregão Eletrônico 156/2015 assim estabelece:

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.

Como se pode depreender do dispositivo supratranscrito, a exigência, embora pareça ser direcionada ao licitante, deverá ser cumprida, em última análise, pela empresa fabricante do produto, havendo, portanto, a inclusão de uma obrigação que deverá ser cumprida por terceiro que não participou do certame.

Assim, entende-se que tal exigência tem caráter restritivo e fere o princípio da isonomia entre os licitantes haja vista que deixa ao arbítrio do fabricante a indicação de quais representantes poderão participar do certame.

Ressalta-se, conforme já apontado na Instrução Técnica Conclusiva 6059/2017, que a Secretaria Municipal de Planejamento Estratégico da Prefeitura da Serra, em atendimento ao termo de notificação 835/2016, admitiu que pode ocorrer protecionismo de fornecedor em relação a alguma de suas parceiras/representantes que participam do certame na condição de licitantes, senão vejamos:

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 (fl. 1676, processo TC 2357/2016)

É importante enfatizar que, de fato, a Administração precisa se resguardar com relação à garantia dos serviços contratados. Entretanto, isso não a autoriza a inserir no edital exigências que possuem o potencial de restringir a competitividade.

Por fim, destaca-se que a administração possui outros meios para garantir a qualidade do serviço ou do produto, como por exemplo¹:

1. fixar prazos para o reestabelecimento do serviço em caso de avarias, que, se forem descumpridos, acarretariam multas à empresa contratada;
2. especificar o objeto licitado de forma precisa e clara;
3. incluir cláusula editalícia obstando o fornecimento de produtos remanufaturados, recondicionados ou recarregados, caso seja demonstrado o prejuízo em sua utilização[17];
4. impor apresentação de atestados de capacidade técnica, nos termos do art. 30, inc. II, em harmonia com o disposto no art. 30, § 1º, inc. I, ambos da Lei nº 8.666/1993; e
5. determinar, no edital, a prestação de garantia para a execução contratual, de acordo com o art. 56 da Lei nº 8.666/1993.

¹ vide Acórdão TCU nº 1805/2015- Plenário

Diante do exposto, opina-se pelo provimento do recurso, no sentido de manter a irregularidade.

4. CONCLUSÃO

4.1 Diante das razões fáticas e jurídicas expostas na presente Instrução Técnica de Recurso opina-se pelo **PROVIMENTO** do presente recurso, para que seja reformado 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.

Sugere-se, ainda que, 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. (...)"

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, **subscrevendo em todos os seus termos, o entendimento técnico e do Ministério Público de Contas, VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Deliberação que submeto à sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

ACORDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, DELIBERAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1 DAR PROVIMENTO ao presente recurso, para que seja reformado o Acórdão TC-503/2018 – Plenário, julgando-se parcialmente procedente a representação, na forma do art. 95, inciso II, e 101, parágrafo único, da Lei Complementar nº 621/2012 c/c art. 178, inciso II, e 186 do Regimento Interno (Resolução nº 261/2013), e aplicar aos responsáveis, **ANDERSON WERDAN FAGUNDES, LAURIETE CANEVA E CLAUDIO JOSÉ MELLO DE SOUSA**, multa pecuniária individual no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), com fulcro no art. 135, inciso II, da Lei Complementar nº 621/2012 c/c art. 389, inciso II, do Regimento Interno (Resolução nº 261/2013);

2 DETERMINAR ao atual gestor a **instauração de procedimento visando à apuração dos fatos** delineados no item 3.1 do Acórdão TC-503/2018 - Plenário e, constatada a existência de dano, após esgotadas as medidas administrativas sem a sua elisão, seja **instaurada a devida tomada de contas especial**, nos moldes do art. 152 e § 1º do Regimento Interno (Resolução nº 261/2013).