



Acórdão 00265/2020-6 - Plenário

Processo: 14760/2019-7

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PML - Prefeitura Municipal de Linhares

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: SERGIO CARLOS NASCIMENTO

Responsável: GUERINO LUIZ ZANON, BRUNO MARGOTTO MARIANELLI, MARCIO PIMENTEL MACHADO

**REPRESENTAÇÃO – CONHECER – JULGAR
IMPRODECENTE – CIENTIFICAR O
REPRESENTANTE ACERCA DA DECISÃO –
ARQUIVAR.**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SERGIO MANOEL NADER BORGES:

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pelo Sr. Sergio Carlos Nascimento, em face do Pregão Presencial nº 041/2019, realizado pela Prefeitura Municipal de Linhares, visando “contratação de empresa especializada em locação de sistemas de Gestão Pública destinado a atender todos os departamentos da Prefeitura Municipal de Linhares”.

Alega, em síntese, o Representante irregularidades no pPregão Presencial:

- (i) O impedimento de participação de empresas em recuperação judicial;
- (ii) A exigência de atestado de capacidade técnica de todo objeto;
- (iii) O direcionamento da licitação;

- (iv) A impossibilidade da administração deixar de efetuar o pagamento de serviços já prestados;
- (v) A incorreção do objeto da licitação;
- (vi) A faculdade da visita técnica;
- (vii) Sanções divergentes “no Item 11 do Edital e Cláusula 10” .

Por meio da Decisão Monocrática 730/2019-2, foi determinada a notificação dos Senhores Guerino Luiz Zanon, Prefeito Municipal de Linhares, Bruno Margotto Marianelli, Secretário Municipal de Finanças e Planejamento e Márcio Pimentel Machado Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos , para que no prazo de 05 (cinco) dias improrrogáveis, nos termos do art. 125, §3º, da LC 621/2012, se manifestassem quanto à representação interposta e encaminhassem cópia integral digitalizada do processo administrativo referente ao procedimento licitatório questionado.

Em seguida, após o envio das defesas/justificativas:1025/2019-4 e 1030/2019-5 (eventos eletrônicos 15 e 12 respectivamente), os autos foram encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Tecnologia da Informação e Comunicação- NTI , onde foi elaborada a Instrução Técnica Conclusiva 03291/2019-1, na qual opinou-se conhecer da representação e julgar improcedente.

O Ministério Público Especial de Contas, em seu Parecer 00235/2020-5, da lavra do Procurador Dr. Luciano Vieira manifesta-se:

“à guisa dos argumentos fáticos e jurídicos contidos na Manifestação Técnica 03291/2019-1, oficia pela IMPROCEDÊNCIA da representação, nos termos dos arts. 95, inciso I, e 101, parágrafo único, da LC n. 621/2012 c/c arts.178, inciso I, e 186 do RITCEES.”

Após, os autos retornaram a este Gabinete.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Nos termos do art. 177 do RITCEES, são requisitos para admissibilidade da denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

- I - ser redigida com clareza;
 - II - conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;
 - III - estar acompanhada de indício de prova;
 - IV - se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;
 - V - se pessoa jurídica, prova de sua existência e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.
- § 1º A denúncia não será conhecida quando não observados os requisitos de admissibilidade previstos neste artigo.
- § 2º Caberá ao Relator o juízo de admissibilidade da denúncia.
- § 3º Na hipótese de não conhecimento, a decisão deverá ser submetida ao Plenário.
- § 4º Comprovada, pelo Tribunal, a má fé do denunciante, o fato será comunicado ao Ministério Público para as medidas legais cabíveis.

Acerca dos requisitos de admissibilidade da representação, a LC nº 621/2012 em seus artigos 94 c/c 99, §2º estabelecem, *verbis*:

Art. 94. São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

- I - ser redigida com clareza;
- II - conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;
- III - estar acompanhada de indício de prova;
- IV - se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;
- V - se pessoa jurídica, prova de sua existência e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

No art. 186 do RITCEES, aplicam-se às representações em face de licitação, ato e contrato, no que couber, as normas relativas à denúncia.

Da análise do acervo processual, verifico que a representação contém informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção, está acompanhada de indício de prova, bem como contém o nome completo, qualificação e endereço do representante, motivo pelo qual a representação deve ser recebida e processada.

2.2. DOS PRESSUPOSTOS DA CAUTELAR

O art. 124 da Lei 621/2012, ao tratar das medidas cautelares no âmbito deste Tribunal de Contas, preceitua que:

Art. 124. No início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares.

Nesse mesmo contexto, vale citar o art. 376 do RITCEES, que assim diz:

Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e

II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

Na mesma linha, o art. 306 do RITCEES, ao tratar do rito sumário no âmbito deste Tribunal de Contas estabelece o seguinte:

Art. 306. Os processos em que houver fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão observarão o rito sumário previsto neste Regimento.

Nota-se que em todos os dispositivos supracitados identificam-se os requisitos que necessariamente deverão ser ponderados e analisados para a eventual concessão de medida cautelar, vale dizer, o *fumus boni iuris* consubstanciado no fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e o *periculum in mora*, identificado no risco de ineficácia da decisão de mérito ao final.

Nessa linha, são pressupostos genéricos e essenciais para a concessão de qualquer espécie de tutela antecipada: a existência de prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre alegações aliado ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Consoante **Instrução Técnica Conclusiva 03291/2019-1**, elaborada pela área técnica deste Tribunal de Contas foram analisados os indícios de irregularidades narrados na representação, onde foi verificado a ausência de indícios de ocorrência das irregularidades alegadas, do que restou prejudicada a análise dos pressupostos da medida cautelar e, conseqüentemente, pela improcedência da representação, vejamos:

[...]

DO IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Segundo o representante, a vedação à participação no certame de empresas em recuperação judicial, contida no item 7.2.2.1 do Edital, contraria a Lei Federal 11.101/2005, bem como posicionamento STF, TCU e deste TCE-ES, conforme julgados e Parecer/Consulta TC-008/2015 transcritos na petição inicial.

Os notificados prestaram os seguintes esclarecimentos:

(...) O Representante argumenta, com base no item 7.2.2.1 do Edital de Pregão Presencial nº 041/2019, que há impedimento de participação de empresas em recuperação judicial no referido certame.

Ocorre que **o citado item 7.2.2.1 não veda a participação de empresas em recuperação judicial**, tendo em vista que tal item é tão somente de documentos que devem ser apresentados pelas licitantes como requisitos de qualificação econômico—financeira.

O subitem que efetivamente prevê os **impedimentos** de participação na licitação e o subitem 2.2 do item 2 do Edital, que declara:

2.2 - Não será admitida nesta licitação a participação de empresas:

2.2.1 - Que estejam com o direito de licitar e contratar com a Administração Pública suspenso, ou que por esta tenham sido declaradas inidôneas;

2.2.2 - Que estejam reunidas em consórcio e sejam controladoras, coligadas ou subsidiárias entre si, ou ainda, qualquer que seja sua forma de constituição;

2.2.3 - Estrangeiras que não funcionem no País;

2.2.4 - Empresas cujo objeto social não seja pertinente e compatível com o objeto deste Pregão.

2.2.5 - Que tenha entre seus dirigentes, gerentes, sócios, responsáveis e técnicos, alguém que mantenha vínculo empregatício com o Município.
2.2.6 - Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, atuando nessa condição.

Nota-se, com base no item acima citado, que **o Edital, em nenhum momento, impede a participação de empresas em recuperação judicial.**

Além disso, o item 7.2.2.1 citado pela Representante demonstra o seguinte documento que deve ser apresentado pela licitante:

7.2.2. Qualificação Econômico-Financeira.

7.2.2.1. Certidão negativa de pedido de falência, recuperação judicial, ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede da licitante em data não superior a 30 (trinta) dias da data da abertura do certame, se outro prazo não constar do documento.

Diante de tal requisito de habilitação, verifica-se que este segue o que está descrito no inciso II do artigo 31 da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), artigo este que prevê os documentos que devem ser exigidos das licitantes para fins de qualificação econômico-financeira.

Com isso, percebe-se que **o Município apenas obedece ao que está previsto na Lei que rege o processo licitatório, não vedando a participação de empresas em recuperação judicial, mas apenas exigindo a certidão negativa das empresas que não se encontram nessa situação.**

Oportuno ressaltar que **a empresa que se encontra em recuperação judicial não terá condições de apresentar essa certidão negativa e NÃO estará impedida de participar do certame, vez que a mesma apresentará um documento que comprove a sua situação atual.**

Ademais, a situação da empresa em recuperação judicial NÃO se encontra elencada no rol dos impedidos de participarem do certame, conforme item 2.2.1 do Edital.

Por fim, vale ressaltar que **a sessão desse certame aconteceu no dia 13/08/2019**, sendo que o Representante não compareceu a sessão, optando apenas por apresentar a Representação em referência ao TCE/ES, **sem ao menos ter participado da sessão, ou até mesmo impugnado o Edital, para se certificar se poderia ou não participar do certame, caso estivesse em recuperação judicial, o que dá a entender que o mesmo apenas quer atrasar a licitação.**

Além das alegações referentes ao mérito apresentadas por todos os notificados, na peça Defesa/Justificativa 1025/2019 o Prefeito Municipal argumenta sua responsabilização é indevida por força do disposto na Lei nº 3.675/2017, que dispõe sobre a desconcentração administrativa da Administração Direta do Poder Executivo Municipal, sendo os responsáveis pelos atos os Secretários de Finanças e Planejamento e o de Administração e Recursos Humanos.

Passando-se à análise preliminar, nota-se que o representante contesta a seguinte disposição editalícia:

[...]

7.2.2. Qualificação Econômico-Financeira.

7.2.2.1. Certidão negativa de pedido de falência, recuperação judicial, ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede da licitante em data não superior a 30 (trinta) dias da data da abertura do certame, se outro prazo não constar do documento.

Tal como alegado pelo representante, já é pacífico nesta Corte de Contas que a existência de processo de recuperação judicial não impede, por si só, a participação da empresa no certame, desde que o juízo da tramitação processual certifique a situação econômico-financeira para contratar com a Administração. Inclusive, esse entendimento foi recentemente sumulado por esta Corte de Contas, conforme Súmula 003:

Súmula 003

LICITAÇÃO - HABILITAÇÃO - QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA - EMPRESA - RECUPERAÇÃO JUDICIAL

É ilegal vedar a participação, em licitação, de empresa em recuperação judicial. Entretanto, deve ser exigida certidão da instância judicial competente atestando a capacidade econômico-financeira da empresa em recuperação.

PUBLICAÇÃO: ACÓRDÃO TC 1315/2018, DOEL - TCEES 10.12.2018, SÚMULA Nº 003, DOEL - TCEES 18.03.2019.

Por outro lado, os notificados esclareceram que o item 7.2.2.1 do Edital segue a documentação relativa à qualificação econômico-financeira disposta no inciso II do artigo 31 da Lei nº 8.666/93, de modo que o Município apenas obedece ao que está previsto na Lei que rege o processo licitatório, não vedando a participação de empresas em recuperação judicial, mas apenas exigindo a certidão negativa das empresas que não se encontram nessa situação.

De fato, como alegam os notificados, a situação da empresa em recuperação judicial não se encontra elencada no rol dos impedidos de participarem do certame disposto no item 2.2.1 do Edital.

Dessa forma, verifica-se que os elementos trazidos aos autos indicam que **não houve vedação à participação no certame de empresas em recuperação judicial** - embora se reconheça que a Administração pudesse exigir expressamente certidão da instância judicial competente atestando a capacidade econômico-financeira da empresa em recuperação judicial, a fim de conferir maior clareza ao instrumento convocatório.

Ante o exposto, entende-se que **não há indício de irregularidade**, restando prejudicada a análise dos requisitos para concessão da medida cautelar pleiteada. (grifo nosso)

DA EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA DE TODO OBJETO

Alega o representante que é ilegal a exigência de atestado de capacidade técnica comprovando o fornecimento de todo o objeto licitado para fins de qualificação técnica,

contida no item 10.1 do Termo de Referência. Isso porque o Tribunal de Contas da União já entendeu que só é admissível a exigência de 50% a 60% do objeto que se pretende contratar.

Dessa forma, a Prefeitura Municipal de Linhares estaria frustrando a competitividade do certame e ferindo os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade.

Os notificados apresentaram a seguinte justificativa:

Acerca do assunto, importante esclarecer que o referido item 10.1 previsto no Termo de Referência, que repete a redação prevista no subitem 7.2.5.1 do item 7 do Edital, prevê o seguinte:

10. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

10.1 - Atestado(s) de capacidade técnica fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, para os quais já tenha o licitante prestado serviços similares do objeto constante neste termo de referência, ou seja, sejam compatíveis em características, quantidades e prazos(art. 30, II) e de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior ado objeto da licitação (art. 30, §3º), da Lei 8. 666/93.

Nota-se que o item citado apenas prevê o que define o artigo 30, inciso II da Lei nº8.666/93, vejamos:

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

(...)

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

Dessa forma, percebe-se que o Edital apenas previu o que a própria Lei de Licitações determina, não tendo sido exigido nada além do que é previsto na referida Lei, o que demonstra que houve atendimento aos Princípios que regem a Administração Pública e, principalmente, as licitações públicas.

Nota-se que, em suas justificativas preliminares, os notificados defendem que o Edital apenas previu o que a própria Lei de Licitações determina em seu art. 30, inciso II, *in verbis*:

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

I- registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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

[...]

De fato, verifica-se que o item 10. 1 do Termo de Referência não exige atestado de capacidade técnica para todos os módulos do sistema que se pretende contratar, mas tão somente a comprovação de que a licitante tenha prestado serviços similares do objeto constante no termo de referência, “compatíveis em características, quantidades e prazos(art. 30, II) e de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior do objeto da licitação (art. 30, 5 3 °), da Lei 8. 666/93”.

Portanto, pela análise da documentação trazida aos autos, entende-se que não há indício de irregularidade neste ponto, restando prejudicada a análise dos requisitos para concessão da medida cautelar pleiteada. (grifo nosso)

DO DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO

O representante alega que há direcionamento da licitação em razão da descrição do Sistema de Serviços da Administração ao Cidadão na Internet, Módulo I - Características Gerais, item 1: “Funcionar em rede com servidores GNU/Linux, Windows Servers, FreeBSD e estações de trabalho com sistema operacional Windows 98, NT, 2000, XP ou GNU/Linux, simultaneamente”.

Segundo ele, não há necessidade de o sistema funcionar em todos esses servidores simultaneamente para atender ao objeto da licitação.

Os notificados apresentaram a seguinte justificativa:

[...]

Na Representação, o Sr. Sergio citou dois Acórdãos do TCU, sendo um deles o Acórdão 2829/2015, mas apenas citou a parte que lhe cabe, que lhe beneficia na licitação. Entretanto, é válido citar outro trecho constante no precitado Acórdão, que se enquadra no caso proposto, vejamos:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO PARA REGISTRO DE PREÇOS.EQUIPAMENTOS DE REDES. S UPOSTO DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO.AUDIENCIA DOS GESTORES. CONSIDERACOES ACERCA DA DESCRIÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO E DAS HIPÓTESES DE

DIRECIONAMENTO. EXISTENCIA DE OUTRAS MARCAS E MODELOS QUE PODERIAM ATENDERAO OBJETO. NÃO COMPROVAÇÃO DE DIRECIONAMENTO. OUTRAS FALHAS QUE DEVEM SER PREVENIDAS. CIENCIA AO ÓRGÃO. PROCEDENCIA PARCIAL. (...) **5. A descrição do objeto de forma a atender às necessidades específicas da entidade promotora do certame não configura direcionamento da licitação, mormente quando não há no edital injustificada indicação ou mesmo menção de marca específica** e quando se verifica no mercado a existência de outros modelos que poderiam atender completamente as especificações ali descritas. (grifamos e negritamos)

Nota-se, portanto, que quando a descrição do objeto e de forma a atender as necessidades da entidade do certame, não há qualquer direcionamento do objeto, **tendo em vista que essa descrição é apenas para demonstrar as especificações básicas que devem ser atendidas pela licitante vencedora.**

Tem-se que o Sistema em Gestão Pública é uma arquitetura de software que facilita o fluxo de informação entre todas as funções dentro de um ente público, automatizando os processos com a finalidade de integrar as informações, eliminando interfaces complexas entre sistemas não projetados para conversarem entre si, tais como: Planejamento de Governo, Contabilidade Pública e Tesouraria, Controle Interno, Gestão de Contratações Públicas, Gestão de Almoxarifado, Gestão de Patrimônio Público, Gestão de Frotas, Gestão Tributaria, Gestão de Pessoal e Folha de Pagamentos, Gestão de Processos — Protocolo, dentre outros.

De outra forma, esse mesmo sistema que pode abranger vários subsistemas, tem o objetivo de facilitar a remessa de dados, agilizando o fluxo das informações na rede de serviços, melhorando as condições de trabalho no atendimento do interesse público primário e secundário.

Nesse sentido notório que os sistemas do Município de Linhares devem atender tanto a demanda interna quanto a externa (administração pública, órgãos de controle, cidadãos, etc.) tendo em vista que a limitação de um ou outro poderá inviabilizar o uso do mesmo, podendo inclusive dificultar a utilização de vários serviços públicos como: ouvidoria, emissão de notas fiscais, portal da transparência, entre outros.

Fica claro que o edital não faz direcionamento de licitação, pois a descrição do sistema informando, expressa o que, de fato, a Prefeitura de Linhares necessita para “executar” os programas exigidos, sem que haja

limitações no andamento dos serviços internos da administração pública, assim como a prestação desse a sociedade.

A finalidade da inclusão deste item no edital buscou atender o Princípio da Supremacia do Interesse Público que preceitua o interesse da coletividade em detrimento do particular.

Diante do exposto, não assiste razão o reclamante.

Embora os notificados não tenham esclarecido especificamente o motivo da utilização do termo "simultaneamente" na especificação do Sistema de Serviços da Administração ao Cidadão na Internet, depreende-se das suas justificativas que não se exigiu que o sistema funcionasse em todos os servidores GNU/Linux, Windows Servers, FreeBSD simultaneamente, como entendeu o representante.

O que a Prefeitura Municipal exigiu foi que o sistema funcionasse em estações de trabalho com qualquer dos sistemas operacionais mencionados (Windows 98, NT, 2000, XP ou GNU/Linux), com vistas a atender tanto a demanda interna quanto a externa, e viabilizar a utilização de vários serviços públicos, como a ouvidoria, emissão de notas fiscais e o portal da transparência.

Por ser característica usual de sistemas web, como é o caso do Sistema de Serviços da Administração ao Cidadão na Internet, não se vislumbra indício de irregularidade neste ponto, restando prejudicada a análise dos requisitos para concessão da medida cautelar pleiteada. (grifo nosso)

DA IMPOSSIBILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO DEIXAR DE EFETUAR O PAGAMENTO DE SERVIÇOS JÁ PRESTADOS

O representante questiona o item 14 do Edital, que assim dispõe:

"O pagamento será feito mediante depósito bancário na conta corrente da CONTRATADA, no banco e respectiva agência mencionadas em sua proposta, até 30 (trinta) dias após a apresentação da Nota Fiscal/Fatura correspondente, caso haja a aceitabilidade do bem, cumprindo o fornecedor as etapas estabelecidas no Edital/Empenho, cabendo ao contratado comprovar sua regularidade fiscal, conforme solicitado para a habilitação no certame licitatório"

O representante alega que a Administração não pode deixar de efetuar o pagamento dos serviços já prestados, por ser considerada tal prática um enriquecimento ilícito.

Os notificados apresentaram os seguintes esclarecimentos:

O Representante argumenta com base no item 14 do Edital do Pregão Presencial nº 041/2019, que a Administração não pode deixar de efetuar o pagamento dos serviços já prestados, uma vez que a referida prática

seria considerada um enriquecimento ilícito. Sobre o assunto, vejamos o que prevê o referido item 14:

14 - DO PAGAMENTO

14.1 O pagamento será feito mediante depósito bancário na conta corrente da CONTRATADA, no banco e respectiva agência mencionadas em sua proposta, até 30 (trinta) dias após a apresentação da Nota Fiscal/Fatura correspondente, caso haja a aceitabilidade do bem, cumprindo o fornecedor as etapas estabelecidas no Edital/Empenho, cabendo ao contratado comprovar sua regularidade fiscal conforme solicitado para habilitação no certame licitatório.

Verifica-se que os demais subitens desse item 14 prevêem as condições necessárias de pagamento, até mesmo quando houver atraso no pagamento, sem culpa da Contratada. É possível notar que tais condições estão de acordo com o que descreve o inciso XIV do artigo 40 da Lei nº 8.666/93, a saber:

Art. 40 O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XIV - condições de pagamento, prevendo:

- a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;*
- b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;*
- c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;*
- d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;*
- e) exigência de seguros, quando for o caso;*

Em comparação ao que está previsto no Edital e na Lei de Licitações, observa-se que o Edital apenas seguiu o que determina a Lei, mas isso não significa que a Administração deixará de efetuar o pagamento dos

serviços ia prestados, pois o item 14 do Edital prevê de forma expressa como se dará o pagamento dos serviços, seguindo o que prevê a Lei maior.

Em sede de análise preliminar, verifica-se que não há previsão de retenção de pagamentos, mas tão somente a exigência de comprovação da regularidade fiscal, o que não configura qualquer infringência à lei. Pelo contrário, consiste em medida salutar a fim de verificar a manutenção, pela contratada, das condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação durante toda a execução contratual, em consonância com o art. 55, XIII, da Lei 8.666/93.

Dessa forma, não se vislumbra qualquer indicio de irregularidade neste ponto, restando prejudicada a análise dos requisitos para concessão da medida cautelar pleiteada. (grifo nosso)

DA INCORREÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO

Alega o representante que o edital deve ser retificado a fim de constar “licença de uso” e não “locação” de sistemas de Gestão Pública, uma vez que a Lei de Software determina que seja utilizada a modalidade de licença de uso, e o aluguel trata do uso e gozo de coisa não fungível, enquanto o software é bem fungível.

Os notificados assim se manifestaram:

(...)em sua Representação, o Sr. Sergio informa que a necessidade de constar a “licença de uso” como objeto da licitação deve-se ao que está previsto nos artigos 7º e 9º da Lei de Software, os quais expõem:

Artigo 7º - O contrato de licença de uso de programa de computador, o documento fiscal correspondente, os suportes físicos do programa ou as respectivas embalagens deverão consignar, de forma facilmente legível pelo usuário, o prazo de validade técnica da versão comercializada.

Artigo 9º - O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença.

Os precitados artigos referem-se a programa de computador, sendo que a contratação em análise não é apenas de programa de computador, **mas sim de diversos sistemas e programas, que juntos integram a Gestão Pública, razão pela qual fora utilizada a nomenclatura “locação de sistemas de Gestão Pública” no Edital, não devendo ser alterado o disposto no Edital**, conforme pontuado na Representação.

Em sede de análise preliminar, verifica-se que não procede a justificativa apresentada pelos notificados, uma vez que o objeto do certame consiste em diversos programas de computador e, portanto, regido pela Lei 9.606/1998 (Lei de Software).

Contudo, embora tecnicamente incorreto, entende-se que o termo “locação” adotado no edital não tem o condão de acarretar prejuízos à Administração, sobretudo porque as disposições editalícias deixam claro que se trata de contratação de licença de uso dos softwares, inclusive utilizando a expressão “licença de uso” em diversas cláusulas.

Vale notar que licenças e cessões de uso de programas podem ser celebradas com pagamentos mensais, assemelhando seus efeitos práticos aos do aluguel, sem que sejam considerados aluguéis ou submetam-se a qualquer tipo de legislação já existente específica sobre aluguéis (CERQUEIRA, 2011) ¹.

Ante o exposto, na prática, o Pregão Presencial 041/2019 tem por objeto a contratação de licença de uso dos softwares especificados no edital, razão pela qual **não se vislumbra qualquer indício de irregularidade neste ponto**, restando prejudicada a análise dos requisitos para concessão da medida cautelar pleiteada. (grifo nosso)

DA FACULDADE DA VISITA TÉCNICA APENAS PARA A VENCEDORA

O representante afirma que, para que efetivamente a Administração obtenha uma proposta vantajosa e que atenda às necessidades, deve retificar o Edital, uma vez que “a visita técnica facultativa deve ocorrer antes da licitação e a entrega da Declaração constante no item 10.2.2 pelas licitantes que desejam participar do certame”.

Os notificados alegaram o seguinte:

[...]

Sobre o assunto, insta ressaltar que a visita técnica pode ser obrigatória ou facultativa, bem como pode ser solicitada como requisito de qualificação técnica (desde que justificado pelo Ordenador da Despesa), ou apenas da empresa vencedora, de forma facultativa.

O TCE/ES editou a Súmula 002 no sentido de que “*A visita técnica somente pode ser exigida, se devidamente justificada pela Administração Pública, quando as peculiaridades do objeto não possam ser expressas de modo detalhado e específico no instrumento convocatório, sendo vedada a obrigatoriedade de visita técnica conjunta*”.

Em análise ao Edital, vê-se que a **visita técnica fora facultada** e exigido apenas da empresa vencedora (jurisprudência do TCU), pois, de acordo com entendimento do Secretário da pasta, pelo objeto do certame, não teria necessidade de ser exigida uma visita técnica preliminar, razão pela qual tal previsão não constou como exigência de habilitação (qualificação técnica), não devendo, portanto, irregularidades no Edital.

¹ CERQUEIRA, Tarcisio Queiroz. **Produtores devem licenciar e não locar programas**. Revista Consultor Jurídico, 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-set-23/distribuidores-software-nao-autorizados-locar-programa>>. Acesso em 22 ago. 2019.

Assiste razão aos notificados. Por entender que a visita técnica não seria indispensável considerando o objeto da licitação, a Administração inseriu no edital a possibilidade de visita técnica facultativa por parte da vencedora, nos seguintes termos:

10 - DAS OBRIGAÇÕES DA EMPRESA VENCEDORA

[...]

10.2.2 Facultada a visita técnica às instalações, para conhecimento da infraestrutura de hardware e softwares atualmente disponível na Prefeitura, emitido pela Administração. Necessária a **declaração da Licitante atestando que:**

a) Está ciente das condições de licitação, que tem pleno conhecimento do ambiente tecnológico da Prefeitura Municipal, que fornecerá quaisquer informações complementares solicitadas pelo Município e que assume responsabilidade pela autenticidade e veracidade de todos os documentos apresentados, sujeitando-se às penalidades legais e à sumária desclassificação da licitação.

Tal previsão se encontra em consonância com a Súmula 002 deste TCE, segundo a qual:

A visita técnica somente pode ser exigida, se devidamente justificada pela Administração Pública, quando as peculiaridades do objeto não possam ser expressas de modo detalhado e específico no instrumento convocatório, sendo vedada a obrigatoriedade de visita técnica conjunta.

Ou seja, a realização de visita técnica é, em regra, facultativa – e assim procedeu a Prefeitura de Linhares, pois as peculiaridades do objeto poderiam ser expressas de modo detalhado e específico no instrumento convocatório, disponível a todas as licitantes. Uma vez que não havia necessidade de visita técnica no caso concreto, não há que se falar em irregularidade ao prever a visita facultativa apenas para a licitante vencedora.

Portanto, não se vislumbra qualquer indício de irregularidade neste ponto, restando prejudicada a análise dos requisitos para concessão da medida cautelar pleiteada (grifo nosso).

DAS SANÇÕES DIVERGENTES

Segundo o representante, “as sanções previstas no Item 11 do Edital e na Cláusula 10 estão divergentes, motivo pelo qual o Instrumento de Convocação deve ser retificado a fim de que sejam claras as penalidades em caso de infrações”.

Os notificados assim se manifestaram:

[...]

Sobre o assunto, verifica-se que realmente constam diferentes sanções entre os itens citados, entretanto, nem mesmo a Lei de Licitações prevê sanções iguais para o Edital e para o Contrato, pois o Edital faz referência

as sanções que podem ser aplicadas aos licitantes como um todo, por atos geralmente anteriores a formalização contratual, já o Contrato prevê sanções apenas para a empresa já declarada vencedora.

Dessa forma, vê-se que não é errado constarem diferentes sanções no Edital e no Contrato, pois cada um ocorre em um momento específico do certame, sendo que no Edital o Município ainda não possui vínculo direto com as empresas, e a partir da formalização do Contrato, passa a possuir.

Ademais, as sanções previstas nos dois documentos estão seguindo ao previsto no artigo 40, inciso III e nos artigos 86 a 88 da Lei nº 8.666/93, motivo pelo qual não devem alegações da Representação, também sob esse aspecto, serem aceitas.

Da análise preliminar do edital e da minuta do contrato (Docs. 03 e 04), verifica-se que não merece prosperar a justificativa apresentada pelos notificados, uma vez que, tanto as sanções previstas no item 11 do Edital, quanto as sanções previstas na Cláusula Décima da minuta do contrato, se referem às penalidades aplicáveis antes e depois da celebração do contrato.

Embora o representante não tenha explicitado quais seriam as divergências entre o edital e a minuta do contrato, nota-se que o item 11 do edital apenas está mais detalhado do que a cláusula décima do contrato, informando a gradação de cada sanção.

Porém, observa-se que a multa por atraso injustificado na execução do contrato apresenta percentuais distintos nos dois documentos: enquanto a minuta do contrato estabelece o limite máximo de 10% do valor global do contrato, o edital prevê a possibilidade de a multa alcançar 15% do valor contratado, caso o atraso injustificado seja superior a 30 dias:

11. DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

11.1 - Se o licitante desistir de sua proposta ou não a mantiver após a abertura dos envelopes de proposta de preço, falharem ou fraudarem na execução do contrato/ordem de fornecimento, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa no certame, comportarem-se de modo inidôneo, fizerem declaração falsa ou cometerem fraude fiscal, poderão ser aplicadas, conforme o caso, as seguintes sanções, sem prejuízo da reparação dos danos causados à Administração

Pública Municipal.

11.1.1 Advertência - nos casos de:

- a) Desistência parcial da proposta, devidamente justificada;
- b) Cotação errôneo parcial ou total da proposta, devidamente justificada;

11.1.2 Multa - nos seguintes casos e percentuais:

- a) Por atraso injustificado na execução do Contrato/Ordem de Fornecimento até 30 (trinta) dias: 0,3% (três décimos por cento) ao dia sobre o valor total contratado;
- b) **Por atraso injustificado na execução do Contrato/Ordem de Fornecimento**, superior a 30 (trinta) dias: **15%** (quinze por cento) sobre o valor global contratado, com possibilidade de cancelamento da Nota de Empenho ou rescisão contratual;
- c) Por desistência da proposta, após ser declarado vencedor, sem motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pelo Pregoeiro: 15% (quinze por cento) sobre o valor global da proposta;
- d) Recusa do adjudicatário em receber o contrato/ordem de fornecimento, dentro de 05 (cinco) dias úteis contados da data da convocação: 15% (quinze por cento) sobre o valor global da proposta;
- e) Por inexecução total ou parcial injustificada do Contrato/Ordem de Fornecimento: 20% (vinte por cento) sobre o valor total da proposta ou sobre a parcela não executada, respectivamente.

11.1.2.1 As multas serão descontadas, de imediato, do pagamento devido ou cobradas judicialmente, se for o caso.

[...]

CLÁUSULA DÉCIMA - DAS PENALIDADES E RECURSOS ADMINISTRATIVOS

10.1. Se a Contratada descumprir as condições deste Contrato ficará sujeita às penalidades estabelecidas nas Leis n. 10.520/2002 e 8.666/1993 e no Decreto n. 3.555/2000.

10.2. Nos termos do artigo 7º da Lei n.º 10.520/2002 e do Decreto n.º 3.555/2000, se a Contratada, convocada dentro do prazo de validade de sua proposta, não assinar contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução do seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, garantido o direito prévio da citação e da ampla defesa, ficará, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no Edital e no contrato e das demais cominações legais:

- a) Impedida de licitar e contratar com o Município de Linhares; e,

10.2.1. As sanções acima estabelecidas são de competência da autoridade máxima deste Município.

10.3 Para os casos não previstos poderão ser aplicadas à Contratada, conforme previsto no artigo 87 da Lei n. 8.666/1993, nas hipóteses de inexecução total ou parcial deste Contrato, as seguintes penalidades:

- a) advertência;
- b) multa de 10% (dez por cento) sobre o valor do Contrato;
- c) suspensão temporária de participação e m licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
- d) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que a Contratada ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

10.3.1 A penalidade de multa pode ser aplicada cumulativamente com as demais sanções.

10.3.2. A sanção estabelecida nas alíneas "c" e "d" do item 10.2 é de competência do Prefeito Municipal e as demais pelo Gestor/Fiscal do contrato.

10.4. Em conformidade com o artigo 86 da Lei n. 8.666/1993, **o atraso injustificado na consecução dos serviços objeto deste Contrato sujeitará a Contratada**, a juízo da Administração, à multa de 0,05% (zero vírgula zero cinco por cento) ao dia, sobre o valor proposto, a partir do dia imediato ao vencimento do prazo estipulado para a entrega dos produtos, **até o limite de 10%** (dez por cento).

10.5. Da aplicação das penalidades definidas , alíneas "a", "b" e "c", do item 10.3 caberá recurso no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da data da intimação.

10.6 O recurso será dirigido a autoridade competente que poderá rever a sua decisão em 5 (cinco) dias úteis.

10.7. Da aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade, prevista na alínea "d" do item 10.3, caberá pedido de reconsideração, apresentado a autoridade competente, no prazo de 10 (dez) dias úteis a contar da data da intimação do ato.

10.8 A aplicação de qualquer das penalidades previstas realizar-se-á em processo administrativo que assegurará o contraditório e a ampla defesa ao licitante/adjudicatário, observando-se o procedimento previsto na Lei nº 8.666, de 1993, e subsidiariamente na Lei nº 9.784, de 1999.

Todavia, entende-se que a contradição ora identificada se trata de mero erro formal que poderia facilmente ser solucionado mediante apresentação de pedido de esclarecimento ou impugnação pelo interessado.

Outrossim, vale notar que **a divergência entre as sanções previstas no edital e na minuta do contrato não ensejam a atuação desta Corte**, uma vez que não visa o resguardo do interesse público, mas sim amparar o direito subjetivo do representante. Nesse sentido dispõe o art. 184 do Regimento Interno do TCEES:

Art. 184. Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos **visando a resguardar o interesse público, sendo vedada sua interposição para amparar direito subjetivo do representante.**

A equipe técnica desta corte de Contas de contas concluiu o Instrução Técnica Conclusiva 3291/2019-1 com a seguinte proposta de encaminhamento:

[...]

Em face das análises procedidas nesta instrução técnica, conclui-se pela **ausência de indícios de ocorrência das irregularidades alegadas, razão pela qual restou prejudicada a análise dos pressupostos da medida cautelar.** Portanto, sugere-se:_(grifo nosso)

- 4.1. **CONHECER** da presente representação, vez que preenche os requisitos de admissibilidade, na forma do artigo 94 c/c o parágrafo único do artigo 101, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012;
- 4.2. Julgar **IMPROCEDENTE** a Representação, nos termos do art. 95, I da Lei Complementar Estadual nº 621/2012;
- 4.3. **DAR CIÊNCIA** da decisão ao representante;
- 4.4. **ARQUIVAR** o feito, ante o preconizado no artigo 330 inciso IV do Regimento Interno desta Corte de Contas.

Ante todo o exposto, acompanhando integralmente o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO:

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

1.1. CONHECER a Representação, na forma do artigo 94 c/c o parágrafo único do artigo 101, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012;

1.2. Julgar **IMPROCEDENTE** a Representação, nos termos do art. 95, I da Lei Complementar Estadual nº 621/2012;

1.3. DAR CIÊNCIA da decisão ao representante;

1.4. ARQUIVAR os autos, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 07/05/2020 – 4ª Sessão Extraordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICIOLITTI DA CUNHA

Fui presente:

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das sessões