



Acórdão 01415/2021-3 - Plenário

Processo: 04574/2020-6

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: PMS - Prefeitura Municipal de Serra, SEAD - Secretaria Municipal de Administração e Recursos Humanos de Serra

Relator: Marco Antônio da Silva

Interessado: ANTONIO SERGIO ALVES VIDIGAL, VICTOR LEITE WANICK MATTOS, HARLEN MARCELO PEREIRA DE SOUZA

Representante: T M A SOLUCOES TECNOLOGICAS EIRELI

Responsável: ANDERSON BORGES PINHEIRO, ANCKIMAR PRATISSOLLI, AUDIFAX CHARLES PIMENTEL BARCELOS, ALESSANDRO BERMUDES GOMES, DAYSE MARIA OSLEGHER LEMOS, ALESSANDRA BAPTISTA LYRIO, MUNIRA MASRUHA BORTOLINI

Terceiro interessado: OSIRIS COMERCIO E SERVICOS LTDA

Procuradores: ISABELLE ALBUQUERQUE RIBEIRO MARETO (OAB: 14017-ES), LUCAS PASSOS DE SOUSA (OAB: 24003-ES), IZABELLA DAYANNA BUENO CAVALCANTI (OAB: 20640-ES)

**REPRESENTAÇÃO – LICITAÇÃO – PREGÃO
ELETRÔNICO – PARCIALMENTE PROCEDENTE –
AFASTAR E MANTER IRREGULARIDADE –
MANTER A CAUTELAR – DAR CIÊNCIA –
ARQUIVAR.**

1. A Administração Pública, em editais de licitação, apenas deve exigir a presença de escritório da Contratada no município do Contratante quando houver justificava necessária para tanto.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, formulada pela pessoa jurídica T M A SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS EIRELI, perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face do Município de Serra, em que alega irregularidade no **Pregão Eletrônico nº 168/2020**, realizado por intermédio da Secretaria Municipal de Administração e Recursos Humanos, cujo objeto é a escolha da melhor proposta para o registro de preços e contratação de empresa especializada no fornecimento de software de gestão de impressão e solução de impressões e cópias, compreendendo a cessão de direito de uso de equipamentos, com manutenção preventiva e corretiva, fornecimento de peças e suprimentos necessários (com fornecimento de papel), visando atender as necessidades da Secretaria Municipal de Educação do Município de Serra.

Alega a Representante, em síntese, que “o presente instrumento possui cláusulas que limita o universo de competidores, cerceando com isso o caráter competitivo do certame”.

Por essa razão, requer:

I- DOS PEDIDOS

Nesse sentido, tendo em vista os inúmeros atos ilícitos praticado no pelo Município da Serra/ES, em face do Pregão Eletrônico nº 168/2020, Processo nº 30357/2020, Requer o Denunciant:

a) Seja concedida Tutela de Urgência, inaudita altera parte, determinando em caráter de URGÊNCIA, a suspensão IMEDIATA dos efeitos do Pregão Eletrônico nº 168/2020, Processo nº 30357/2020, do Município da Serra/ES, e que o Município da Serra se abstenha de celebrar, assinar e publicar qualquer contrato proveniente do Pregão Eletrônico nº 168/2020, bem como se abstenha de autorizar qualquer adesão à ata de registro de preços até que o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo delibere sobre a matéria.

b) Seja citado o Secretário da Secretaria Municipal de Administração e Recursos Humanos- SEAD bem como o Prefeito do Município da Serra, para, querendo, apresentarem razões de justificativas;

c) Por fim, seja julgada procedente a presente denúncia, confirmado a tutela de urgência concedida, determinado a anulação o certame referente ao Pregão Eletrônico 168/2020, Processo nº 30357/2020, do Município da Serra/ES;

d) Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial prova documental.

Denota-se que por meio da Decisão Monocrática 00720/2021-2 (evento 09) determinei a notificação do Senhor Anderson Borges Pinheiro, Pregoeiro Oficial SEAD, Anckimar Pratissolli, Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos de Serra, e Audifax Barcelos, Prefeito Municipal de Serra, para apresentarem a esta Corte de Contas cópia integral do processo administrativo pertinente ao Edital de Pregão Eletrônico nº 168/2020 e justificativas prévias, bem como outros documentos/informações que entendessem necessários para melhor apreciação do feito, acerca dos questionamentos constantes da representação em questão.

Por intermédio dos Termos de Notificação 01024/2020, 01025/2020 e 01026/2020, os responsáveis foram devidamente notificados, e em resposta às estas encaminharam a Resposta de Comunicação 737/2020 e as Peças Complementares (eventos 22 e 26 a 28).

Em sua manifestação os gestores argumentam, em conjunto, ilegitimidade passiva e inexistência de qualquer ato irregular.

Por meio da Petição Intercorrente 0999/2020 (evento 33) a representante reiterou o pedido de deferimento da cautelar.

Na Decisão Monocrática 00322/2021 (evento 39), conheci da representação e remeti os autos à Secretaria Geral de Controle Externo para os impulsos necessários.

O Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, procedeu-se à elaboração da Manifestação Técnica Cautelar 0056/2021 (evento 42), que concluiu, dentre outras, pela proposta de expedição de provimento cautelar. Essa sugestão foi acatada pela Decisão Plenária 2120/2021-8 (evento 46), consubstanciada pelo Voto nº 3387/2021 (evento 44).

Notificados, os gestores apresentaram documentação constantes nas Respostas de Comunicação (eventos 65 e 93) e as Peças Complementares (eventos 66-87), sendo os autos encaminhados à área técnica.

Considerando as ocorrências constantes da Instrução Técnica Inicial 239/2021-1 (evento 97), subsidiadas pela Manifestação Técnica 1954/2021-7 (evento 96) foi expedida a Decisão Segex 343/2021-1 (evento 99).

Após devidamente citados, apresentaram a Defesa/Justificativa tempestivamente, a Sra. Alessandra Baptista Lyrio - Gerente de Gestão de Contratos da Secretária Municipal de Educação de Serra (eventos 109-111) e a Sra. Munira Masruha Bortolini - Secretária Municipal de Educação de Serra (evento 112). O Sr. Anderson Borges Pinheiro (Pregoeiro) não se manifestou, sendo declarado revel conforme despachos 40.693/2021-1 e 40.737/2021-1 (eventos 113-114).

Com o retorno dos autos ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações - NOF, para análise e instrução, foi elaborada a Instrução Técnica Conclusiva 4825/2021 (evento 116), com a seguinte proposta de encaminhamento:

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto e de acordo com o art. 319, § 1º, inciso IV, do RITCEES, submetemos à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

4.1. Após a análise dos fatos constantes dos autos, que versam sobre **Representação com pedido de cautelar** em face da Prefeitura Municipal de Serra, opina-se por considerar parcialmente procedente a representação, na forma do art. 178, II, do RITCEES, tendo em vista a constatação da seguinte irregularidade:

a) Edital Contendo Cláusulas Restritivas a Competitividade (item 2.1 desta ITC)

Base legal: Art.3º §1º da Lei 8.666/93, art. 3º, II da Lei nº 10.520/2002 e art. 37, inciso XXI, da CF.

4.2. **Acolher as razões de justificativa, excluindo a responsabilidade da Sra. Alessandra Baptista Lyrio e da Sra. Munira Masruha Bortolini** quanto a irregularidade disposta no item 2.1 desta Instrução Técnica Conclusiva;

4.3. **Cientificar o representante** da decisão a ser proferida por esta Corte de Contas nos termos do art. 307, § 7º, do RITCEES.

O *Parquet* de Contas, por meio do Parecer nº 05367/2021 (evento 120), da lavra do Procurador Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, anuiu à proposição técnica.

É o relatório. Passo a fundamentar.

VOTO

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

O presente processo abarca duas irregularidades, quais sejam: a) Edital Contendo Cláusulas Restritivas à Competitividade e; b) Indícios de Direcionamento no Certame Licitatório.

Em relação à primeira irregularidade, ela foi caracterizada em razão de a Cláusula 15.11.2.2 do Edital do Pregão prever que a contratada instalará escritório na cidade de Serra, ou em um raio máximo de até 25 km da cidade de Serra:

15.11.2.2 Declaração de que instalará escritório na cidade de Serra, ou em um raio máximo de até 25 km da cidade de Serra (adequada ao item para o qual apresentar proposta) a ser comprovado no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contado a partir da vigência do contrato. Caso a licitante já disponha de matriz, filial ou escritório no local definido, deverá declarar a instalação/manutenção do escritório.

O ato irregular consta em cumular tal exigência com a previsão de prazos definidos para cumprir com as ocorrências contratuais, pois eles seriam os mesmos caso a empresa tivesse escritório instalado nos moldes exigidos pelo edital, de modo a ser irrelevante a localização da empresa.

Ponto importante é que apesar de haver irregularidade, os responsáveis citados no processo não podem ter imputação no caso concreto, vejamos resumidamente a razão antes de mostrar a fundamentação da Instrução Técnica Conclusiva, pela qual acompanhamos.

a) Senhora Alessandra Baptista Lyrio (Gerente de Gestão Contratos da Secretaria Municipal de Educação de Serra à época): restou comprovada sua autoria somente no Termo de Referência sem a cláusula restritiva.

b) Senhor Anderson Borges Pinheiro (Pregoeiro à época): Não se deve responsabilizar o pregoeiro por irregularidade em edital de licitação porque sua elaboração não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas.

c) Senhora Munira Masruha Bortolini (Secretária Municipal de Educação de Serra à época): Conforme apontado na Instrução Técnica Conclusiva: “não há elementos que apontem a responsabilidade da Secretária Municipal de Educação de Serra à época, pela existência da cláusula restritiva no edital (15.11.2.2), já que houve parecer jurídico pela regularidade do edital, bem como argumentos favoráveis à manutenção da referida cláusula emitidos no âmbito da Secretaria de Administração, além de não haver manifestação da Secretaria de Educação nos trâmites processuais após a elaboração do TR”.

Ou seja, os agentes públicos que poderiam eventualmente serem responsabilizados não foram citados.

Em relação à segunda irregularidade, conforme Manifestação Técnica 1954/2021-7, ela estaria presente em razão de diligência que desclassificou a empresa Ampla Services devido a atestados de capacitação técnica apresentados estarem em desacordo com as exigências do edital, pois fundamentada em subjetividade, rigorismo e suposições não comprovadas, que afrontaram os princípios da isonomia e da impessoalidade para contratação dispostos no art. 3º da Lei 8.666/93.

Acontece que, como apontado na Instrução Técnica Conclusiva 4825/2021: conforme registrado no sistema do pregão (doc. 74, p. 92-93) e na ata (doc. 74, p. 97), a desclassificação se deu fundamentada pelo Parecer da Diretora de Contabilidade (doc. 74, p. 58-59), porque a empresa não atendeu à qualificação econômico-financeira prevista nos itens 15.10.5.1 e 15.10.5.2 do edital (doc. 68, p. 97):

Mostra-se abaixo a fundamentação da Instrução Técnica Conclusiva 4825/2021, a qual acompanhamos integralmente:

[...]

2. ANÁLISE DOS INDICATIVOS DE IRREGULARIDADE DESCRITOS NA ITI 239/2021-1, SUBSIDIADA PELA MANIFESTAÇÃO TÉCNICA 1954/2021-7

2.1 Edital Contendo Cláusulas Restritivas a Competitividade

Base legal: Art.3º §1º da Lei 8.666/93, art. 3º, II da Lei nº 10.520/2002 e art. 37, inciso XXI, da CF.

Responsáveis

Identificação: **Alessandra Baptista Lyrio** – Gerente de Gestão de Contratos da Secretaria Municipal de Educação de Serra

Conduta: Elaborar Edital e Termo de Referência para contratação de serviços de locação de impressoras/copiadoras contendo cláusulas restritivas de competitividade ao impor que a empresa vencedora deveria instalar escritório na cidade da Serra ou em um raio máximo de até 25 km da cidade da Serra, bem como estipulou prazos máximo para substituição de suprimentos e prazos para resposta às solicitações, **nesse sentido incorreu em erro grosseiro.**

Nexo: A imposição para que a empresa vencedora instalasse escritório na cidade de Serra em um raio máximo de até 25 km da cidade de Serra, bem como a estipulação de prazos máximos para substituição de suprimentos e para resposta às solicitações, **não caracteriza exigência indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.**

Culpabilidade: É razoável afirmar que a Gerente Gestão Contratos da SEDU não foi diligente em incluir no Edital e Termo de Referência cláusulas restritivas à competição, pois agindo dessa forma limitou o direito de várias empresas participarem do certame.

Identificação: **Munira Masruha Bortolini** – Secretária Municipal de Educação – SEDU

Conduta: Adjudicar e homologar licitação para contratação de serviços de locação de impressoras/copiadoras contendo cláusulas restritivas a competitividade, nesse sentido **incorreu em erro grosseiro.**

Nexo: Ao Adjudicar e homologar licitação para contratação de serviços de locação de impressoras/copiadoras contendo cláusulas restritivas competitividade infringiu ao disposto no art.3º §1º da Lei 8.666/93 e art. 3º, II da Lei nº 10.520/2002 e art. 37, inciso XXI, da CF

Culpabilidade: É razoável afirmar que a Secretária Municipal de Educação não foi diligente em adjudicar e homologar licitação contendo cláusulas restritivas à competição, pois agindo dessa forma limitou o direito de várias empresas participarem do certame.

Nos termos da manifestação técnica 1954/2021-7 foi imputado aos responsáveis os seguintes fatos:

Alega a Representante, em síntese, que o presente instrumento possui cláusulas que limitam o universo de competidores, cerceando com isso o caráter competitivo do certame, que se consubstanciam em:

Exigência (cláusula 15.11.2.2), a título de qualificação técnica, de uma declaração comprometendo a instalar um escritório na cidade de Serra ou a um raio de 25 km de distância que será comprovado em até 60 dias após vigência do contrato, sem que se motive ou justifique o benefício (interesse público) à Administração. Ademais, tal exigência possui potencial para afastar possíveis interessados no certame.

Cláusula (3.7) do Termo de Referência (anexo II do Edital), ofensiva aos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, já que impõe prazo para substituição de suprimentos (6 horas) e para resposta das solicitações abertas pelo canal do cliente (4 horas).

Nesse caso, não se compreende a exigência de instalação de escritório em uma distância de até 25 km do Município.

Ora, se está definido um prazo para cumprir com as ocorrências contratuais e se existem cláusulas que impõe sanção para eventuais descumprimentos, torna-se irrelevante e carente de interesse público onde o escritório da empresa esteja localizado. O prazo de cumprimento das obrigações serão os mesmos.

Em resposta a citação (*sic*) os responsáveis alegam que a necessidade de manutenção de escritório ou filial num raio de até 25km da cidade de Serra irá influenciar diretamente na qualidade dos serviços a serem prestados, bem como nos prazos máximos para atendimento das solicitações de informações e substituições de peças e suprimentos.

Com efeito, essa necessária agilidade que de fato requer a execução de serviços de assistência técnica, poderia ter sido assegurada somente com a exigência contida na Cláusula (3.7) do Termo de Referência (anexo II do Edital), que impõe prazo exíguo para substituição de suprimentos (6 horas) e para resposta das solicitações, o que certamente seria mais eficiente do que a vaga exigência de localização física que, na prática, não garante de fato que os serviços serão prestados em tempo razoável, pois dependendo da estrutura de determinada empresa, uma com sede no norte do País pode ser muito mais ágil e eficiente na solução de problemas do que uma empresa localizada no mesmo Município da Unidade Gestora.

A alegação posta de que somente se instalaria o escritório 60 dias após o contrato não possui a importância necessária para convertê-la em justificativa, pelo contrário, impõe um custo capaz de majorar o valor contratual, e conseqüentemente, frustrar eventuais interessados em participar do certame.

Ora, as alegações dos responsáveis não merecem ser acolhidas. É elementar à ideia de licitação o respeito ao princípio da isonomia, do qual decorre a igualdade de condições entre quaisquer interessados em participar do certame, ressalvadas, por óbvio, eventuais restrições expressamente previstas em lei ou devida e inequivocamente justificadas no processo licitatório.

Portanto, restaria configurada afronta ao inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, segundo o qual as exigências do processo de licitação devem se limitar àquelas "indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações", bem como ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.663/93 e art. 3º, II da Lei nº 10.520/2002, *in verbis*:

Lei.8666/93

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.

Lei nº 10.520/2002

Art. 3º. A fase Preparatória do Pregão observará o seguinte:

[...]

II - A definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, **vedada especificações que, por serem excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição.**

Nesse sentido o TCU se manifestou por meio do Acórdão 1176/2021 – Plenário:

9. Acórdão:

[...]

9.2. Com fulcro no art. 9º, inciso I, da Resolução/TCU 315/2020, dar ciência ao Comando Militar da Amazônia das seguintes falhas identificadas no Pregão Eletrônico 12/2020, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes:

9.2.1. exigência de que os licitantes instalem escritório na cidade de Porto Velho/RO, ou em raio máximo de até 50 km da cidade, no prazo máximo de sessenta dias a partir da vigência do contrato, estabelecida no item 9.11.2 do Edital do Pregão Eletrônico 12/2020, sem a devida demonstração de que seja imprescindível para a garantia da adequada execução do objeto licitado, e/ou, considerando os custos a serem suportados pela contratada, sem avaliar a sua pertinência frente à materialidade da contratação e aos impactos no orçamento estimativo e na competitividade do certame que, entre outros exames, tem o potencial de restringir o caráter competitivo da licitação, afetar a economicidade do contrato e ferir o princípio da isonomia, em ofensa ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993;

Insta ressaltar que consta no Evento Eletrônico nº 67 às Fls.61, a informação de que a Srª Alessandra Baptista Lyrio – Gerente Gestão Contratos – SEDU elaborou o Termo de Referência.

Alegações da Sra. Alessandra Baptista Lyrio – Gerente de Gestão Contratos da Secretaria Municipal de Educação de Serra

A defendente apresentou a Defesa/Justificativa 01099/2021-1 (doc. 109) acompanhada das Peças Complementares 44240/2021-5 e 44241/2021-1 (docs. 110-111).

Em síntese, reconheceu ser de sua competência enquanto Gerente de Gestão de Contratos, elaborar Termos de Referência para subsidiar a contratação ou aquisição de algum produto ou serviço e após o certame, realizar a respectiva gestão contratual.

Nesse sentido, afirmou ter elaborado as versões do Termo de Referência sob análise, porém, em nenhuma delas constou a exigência de instalar um

escritório na cidade de Serra ou a um raio de 25 km de distância em até 60 dias após vigência do contrato, conforme peças complementares (docs. 110-111).

Tal exigência foi incluída a partir do edital da licitação, extrapolando o limite de sua competência. Inclusive, corroborou com a representante no entendimento de que houve afronta aos preceitos legais elencados.

Alegações da Sra. Munira Masruha Bortolini - Secretária Municipal de Educação de Serra

A defendente apresentou a Defesa/Justificativa 01144/2021-1 (doc. 112) na qual alegou, em síntese, que a contratação do serviço objetivou imprimir as apostilas de “**Atividades Pedagógicas Não Presenciais (APNPS)**”¹ em tempo hábil e sem interrupção, para serem retiradas e posteriormente devolvidas nas escolas, durante a suspensão das aulas presenciais em decorrência da pandemia da Covid-19, a fim de cumprir a carga horária mínima obrigatória de 800 h para a Educação Básica, imposta pela Lei 14.040/2020².

Por fim, acrescentou que (doc. 112, 9. 15):

Por tais razões, não vislumbrei quaisquer irregularidades no certame em comento, razão pela qual promovi a adjudicação e homologação do contrato.

Ademais, ressalto que por força da decisão cautelar proferida por esta egrégia Corte de Contas, inexistiu qualquer prejuízo ao erário.

Por fim, saliento que, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, "O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro", o que, como visto inexistiu na presente hipótese.

Análise Técnica

A irregularidade aqui tratada refere-se à Cláusula 15.11.2.2 do **edital do pregão**, exigida a título de **qualificação técnica** para habilitação (doc. 68, p. 35) e que segundo a representante, limitou o caráter competitivo do certame, sem que se motive ou justifique o benefício (interesse público) à Administração, a saber:

15.11.2.2 Declaração de que instalará escritório na cidade de Serra, ou em um raio máximo de até 25 km da cidade de Serra (adequada ao item para o qual apresentar proposta) a ser comprovado no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contado a partir da vigência do contrato. Caso a licitante já disponha de matriz, filial ou escritório no local definido, deverá declarar a instalação/manutenção do escritório.

Em razão dos riscos advindos pela possível interrupção dos serviços, o **Termo de Referência** – TR (doc. 68, p. 52) também previu a seguinte cláusula impondo prazo para solução:

¹ Conjunto de atividades realizadas com ou sem mediação tecnológica a fim de garantir atendimento acadêmico durante o período de restrições, para realização de atividades escolares quando não for possível a presença física de estudantes nas Unidade de Ensino.

² Lei 14.040, de 18/8/2020 - Estabelece normas educacionais excepcionais a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009.

3.7 Todas as solicitações e atendimentos técnicos envolvidos e descritos no escopo deste Termo de Referência devem ocorrer conforme os prazos citados abaixo:

- O prazo máximo para correção ou substituições de peças e/ou equipamentos será de 24 (vinte e quatro) horas;
- O prazo máximo para substituições de suprimentos será de até 06 (seis) horas;
- 80% das solicitações abertas pelo Canal do Cliente terão de ser respondidas em até 4 (quatro) horas, após a sua abertura;
- Nenhuma solicitação aberta pela central de Canal do Cliente ficará sem resposta depois de decorridos 48 (quarenta e oito) horas, após sua abertura.

Considerando que os prazos definidos para cumprir com as ocorrências contratuais seriam os mesmos caso a empresa tivesse escritório instalado nos moldes exigidos pelo edital, bem como as sanções para eventuais descumprimentos, de antemão, concorda-se ser irrelevante e carente de interesse público a localização da empresa.

A **Sra. Alessandra Baptista Lyrio** (Gerente de Gestão Contratos da Secretaria Municipal de Educação de Serra à época) admitiu ser a autora somente do Termo de Referência - TR, e compulsando os autos do **Processo Administrativo 30357/2020** (docs. 67-75), restou comprovado que quanto à **qualificação técnica da empresa** (item 9) do TR original (doc. 67, p. 100 e doc. 68, p. 1) reproduzido no Anexo II do **Edital – versão 3 retificado** (doc. 70, p. 25) não se encontra elencada a exigência descrita na cláusula 15.11.2.2 do edital (doc. 70, p. 3).

O TR original foi encaminhado (doc. 68, p.18) para o Departamento de Administração de Materiais (DAM) da Secretaria Municipal de Administração e Recursos Humanos (Sead), e na sequência, constam a **estimativa de preço global da ordem de R\$ 2.383.550,04** (19-20), a designação do Pregoeiro e da Equipe de apoio (p. 21-24) e o Edital do Pregão Eletrônico 168/2020 - versão 1 (p. 25-68).

Até esse ponto, não houve a identificação do responsável pela elaboração do edital do Pregão Eletrônico 168/2020 com cláusula restritiva (15.11.2.2) e nem a justificativa para essa inclusão.

O Edital - versão 1 foi submetido ao Sr. Gilberto José de Santana Júnior (Procurador do Município de Serra) que proferiu **parecer pela regularidade do instrumento convocatório** (doc. 68, p. 69-70).

Em 17/8/2020 foi publicado o **primeiro aviso de licitação** prevista para **21/8/2020** (doc. 68, p. 77). A partir daí, por motivo de adequações do TR, foi suspensa “*sine die*” e remarcada em duas ocasiões (doc. 68, p. 82 e 87; doc. 69, p. 90), prevalecendo o dia **15/9/2020** (doc. 70, p. 40-41).

Nesse ínterim, foram divulgadas **a segunda e a terceira versões do edital** (doc. 68, p. 88 a doc. 69, p. 31 e doc. 69, p. 93 a doc. 70, p. 36) desencadeadas por solicitação de esclarecimentos (doc. 69, p.32-33) e impugnações (doc. 69, p. 35-42; doc. 69, p. 64-74 e doc. 70, p. 42-47).

As alterações sofridas não impactaram as exigências para a qualificação técnica da empresa referenciadas na cláusula 15.11.2.2 (doc. 70, p. 3) do

edital e no item 9 do TR (doc. 70, p. 25), ambas questionadas somente pela representante (empresa TMA) que solicitou, inclusive, a impugnação ao edital nesse sentido (doc. 70, p. 42-47).

Do que se extraiu dos autos, pode-se inferir que o edital com a referida cláusula restritiva surgiu no âmbito da Secretaria de Administração, especialmente com a participação do **Sr. Bernardo Soares Corrêa**, Diretor do Departamento de Administração de Materiais (DAM) à época e com a anuência da **equipe do pregão**, conforme demonstrado nas seguintes manifestações durante o trâmite processual:

- ✓ Esclarecimentos prestados no dia 25/8/2020 pela **Sead/licitação** à empresa Fênix Gráfica e *Outsourcing* (doc. 69, p.32-34) após a divulgação da segunda versão do edital;
- ✓ Esclarecimentos prestados no dia 8/9/2020 pelo **Sr. Bernardo Soares Corrêa** para a equipe de pregoeiros (doc. 69, p. 91-92) orientando acerca da publicação de novo edital, em razão das impugnações à segunda versão do edital apresentadas pelas empresas Simpress Comércio, Locação e Serviços LTDA (doc. 69, p. 35-42) e Bradock Soluções Corporativas Eireli (doc. 69, p. 64-74), não relacionadas à cláusula restritiva 15.11.2.2;
- ✓ Esclarecimentos prestados no dia 14/9/2020 pelo **Sr. Bernardo Soares Corrêa** para a equipe de pregoeiros (doc. 70, p. 52-54) com **argumentos favoráveis à cláusula restritiva 15.11.2.2** mediante impugnação ao edital - versão 3 retificada, apresentada pela empresa TMA (representante) - doc. 70, p. 42-47;
- ✓ Resposta proferida no dia 14/10/2020 pelo **Sr. Bernardo Soares Corrêa** e pelo **Sr. Anderson Borges Pinheiro** (Pregoeiro) para a equipe de pregoeiros (doc. 74, p. 90-91) referente ao recurso administrativo impetrado pela Ampla Services, em razão de sua desclassificação³ (doc. 74, p. 88-89).

Quanto à justificativa para a permanência da **cláusula restritiva 15.11.2.2**, o **Sr. Sr. Bernardo Soares Corrêa** apresentou a seguinte argumentação (doc. 70, p. 53-54):

Sobre o tema já se manifestou o Tribunal de Contas da União –TCU por meio dos acórdãos 1214/2013 e 273/2014, aduzindo, em síntese, a vedação da exigência de Instalação escritório no local da prestação do serviço como critério de habilitação no certame, mas admite que tal exigência pode ser feita a partir da assinatura do contrato desde que respaldada em análise técnica fundamentada.

Com efeito, a constatação de que a futura contratada deve dispor de escritório em Serra, **fundase na experiência prática da fiscalização dos contratos administrativos no âmbito municipal, mormente quanto às substituições de colaboradores em caráter de urgência, o que prejudica sobremaneira a execução de serviços que são imprescindíveis para a rotina administrativa.**

(...)

³ O Relatório de Diligência elaborado pela Comissão Permanente de Licitação entendeu pela desclassificação da empresa Ampla Services (doc. 74, p. 60-77) por não atender à qualificação técnica. Já o Parecer da Diretora de Contabilidade (doc. 74, p. 58-59) concluiu por não atender a qualificação econômico-financeira, conforme registrado no sistema do pregão (doc. 74, p. 92-93) e na ata (doc. 74, p. 97).

Com isso, verifica-se que caso a contratada não disponha de uma estrutura adequada no local de prestação dos serviços, **a prática tem mostrado que isso causa dificuldades para a boa execução do serviço...**

Como verificado, a argumentação para a instalação do escritório nas proximidades do local de prestação dos serviços, ao invés de basear-se em “análise técnica fundamentada” como manifestado pelo TCU, se deu por “experiência prática”, sem quaisquer documentações comprobatórias.

Na Resposta de Comunicação 737/2020-8 (doc. 21) apresentada previamente, o Sr. Audifax Charles Pimentel Barcelos (Prefeito à época), o Sr. Anckimar Pratissolli (Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos à época) e o Sr. Anderson Borges Pinheiro (Pregoeiro à época), por sua vez, argumentaram (doc. 21, p. 6):

A instalação de escritório ou filial no local indicado no Edital, após a efetivação da assinatura do contrato, permite a participação de quaisquer interessados no presente certame, haja vista a inexistência de dispêndio de recursos financeiros antes do resultado final da licitação.

(...)

A necessidade de manutenção de escritório ou filial num raio de até 25km da cidade de Serra irá influenciar diretamente na qualidade dos serviços a serem prestados, bem como nos prazos máximos para atendimento das solicitações de informações e substituições de peças e suprimentos.

Nota-se que embora legítima a preocupação com a qualidade dos serviços a serem prestados e o atendimento ao prazo estipulado, no caso concreto, não se vislumbrou que a instalação do escritório nas proximidades seja fundamental para garantir a efetividade da prestação dos serviços, haja visto que o essencial é o cumprimento do prazo, que independe da localização da empresa. Portanto, tais argumentos não devem prosperar e a cláusula se apresenta como restritiva ao caráter competitivo.

De acordo com a Ata da Sessão Pública do Pregão 168/2020 (doc. 74, p. 94-98) apenas duas empresas participaram do certame: Ampla Services Eireli –ME (sediada em Ipatinga, MG) e Osiris Comércio e Serviços LTDA (sediada em Vitória/ES⁴), sendo inicialmente arrematado pela Ampla (posteriormente desclassificada) por **R\$ 2.157.660,00** enquanto a proposta final da empresa **Osiris** (vencedora) foi de **R\$ 2.287.998,00**, ou seja, R\$ 130.338,00 (6,04%) a mais em relação à concorrente, mas ainda assim, R\$ 95.552,04 (4,01%) a menos do que o **valor global estimado (R\$ 2.383.550,04)**.

Pelas justificativas apresentadas, entendeu-se por afastar a responsabilidade da **Sra. Alessandra Baptista Lyrio**, visto que restou comprovada sua autoria somente no TR sem a cláusula restritiva.

A jurisprudência também aponta no sentido de não responsabilizar o pregoeiro por irregularidade em edital de licitação porque sua elaboração não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas, conforme transcrito:

⁴ A sede está localizada a 21,7 km do município de Serra (doc. 72, p. 4).

Acórdão TCE-ES 1212/2018 - Plenário (Processo TC 5571/2016):

(...)

Acerca da atuação do pregoeiro, é pacífico, como regra geral, que o mesmo não será responsabilizado por irregularidades acometidas na fase de elaboração do edital, sobretudo porque a ele caberá atuar na **fase externa** do certame.

Acórdão TCU 2.389/2006 – Plenário

(...)

2. O pregoeiro não pode ser responsabilizado por irregularidade em edital de licitação, já que sua elaboração não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas.

(...)

4.1.2 Ressaltou, ainda, as competências de um Pregoeiro, demonstrando que nelas não está inserido o estabelecimento das regras do edital, mas, tão-somente, a operacionalização do certame, conforme dispõe o Manual Normativo da (...) (AD 022/002), que estaria, segundo ele, em consonância com a legislação aplicável ao caso.

Assim, do que se extraiu dos autos, poderia caber a hipótese da responsabilização do **Sr. Bernardo Soares Corrêa**, Diretor do Departamento de Administração de Materiais à época, por elaborar o edital com cláusula restritiva, causando potencial prejuízo ao erário municipal, o que careceria de reabertura de instrução processual para oportunizar sua manifestação.

A **Sra. Munira Masruha Bortolini** (Secretária Municipal de Educação de Serra) por sua vez, apresentou justificativa para a contratação do serviço em si (impressão das apostilas), fato não questionado nos autos, porém, não fez qualquer menção específica sobre a cláusula restritiva envolvendo a localização da contratante.

Quanto a ter afirmado que “por força da decisão cautelar proferida por esta egrégia Corte de Contas, inexistiu qualquer prejuízo ao erário”, não se pode admitir, haja vista que a decisão foi no sentido de suspender a ARP 328/2020, o que se deu em 27/7/2021 (doc. 66, p. 20) e **não prorrogar os contratos decorrentes**.

Entretanto, o **Contrato 230/2020 está vigente até 9/11/2021** (doc. 77, p. 1) e os serviços estão sendo prestados e pagos conforme processos de pagamento de dezembro/2020 a junho/2021 (docs. 76-87). E em consulta ao Portal de Transparência do Município de Serra verificou-se que **a despesa continua ocorrendo**⁵.

Portanto, diante da falta de justificativa para a cláusula restritiva sob análise, não se pode afirmar que foi possível selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, logo, houve potencial prejuízo ao erário.

Ainda compulsando os autos do Processo Administrativo 30357/2020, verificou-se que após a elaboração do TR, não houve manifestação da

⁵ Pagamento referente ao mês de agosto/2021, realizado em 21/9/2021.

<http://transparencia.serra.es.gov.br/ctbEmpenho.Detalhes.aspx?MunicipioID=1&exercicio=2021&ctbUnidadeGestoral=1&pagamentoID=480512> – Acesso em 6/10/2021.

Secretaria Municipal de Educação de Serra, retornando os autos apenas ao final, para que a Secretária homologasse o procedimento licitatório (doc. 75, p. 3 e 5).

Acerca da responsabilização de quem homologa a licitação, a jurisprudência tem se posicionado no sentido da necessidade de serem configuradas situações em que tenha sido alertado, mesmo não referente a atos praticados diretamente por ele, e não tenha tomado as devidas providências saneadoras ou tenha obtido vantagens, conforme transcrito:

ACÓRDÃO TCE-ES - 1333/2018 – PRIMEIRA CÂMARA (Processo: 05473/2013-8)

Importa ressaltar que a responsabilidade do prefeito neste caso foi apontada em virtude da homologação do procedimento licitatório, por ser um ato administrativo de controle, como bem salientou a área técnica.

Ocorre que o Edital de licitação da Concorrência 05/2011 (fls. 134/141) foi elaborado pelo Sr. Conrado Barbosa Zorzanelli - presidente da Comissão Permanente de Licitação e foi devidamente analisado pelo procurador municipal, Sr. Amauri P. Marinho, que por intermédio de fundamentado Parecer de fls. 129/134, deixou de apresentar qualquer ressalva quanto à irregularidade apontada neste tópico.

Ademais, o procedimento licitatório foi ao final avaliado pelo procurador municipal, Sr. Amauri P. Marinho, sem que este novamente apresentasse qualquer ressalva quanto ao cumprimento das exigências legais no procedimento, conforme Parecer de fls. 193/196, permitindo que o gestor o homologasse naqueles termos (fls. 192).

Nestas circunstâncias, entendo que resta configurada uma excludente de culpabilidade decorrente de atos de terceiros que, ao se omitirem em relação às falhas apresentadas no edital, conduziu a erro o gestor que homologou o certame, no caso o prefeito à época.

Neste caso, portanto, a conduta do prefeito veio respaldada por quem teria competência e legitimidade para alertá-lo sobre as inconsistências verificadas no edital, contudo, assim não procederam, e nessa linha, verifico razão para afastar sua responsabilidade e, por consequência, pelo afastamento da aplicação de sanção ao prefeito, Sr. Amadeu Boroto.

Do que se extraiu dos autos, não há elementos que apontem a responsabilidade da Secretária Municipal de Educação de Serra à época, pela existência da cláusula restritiva no edital (15.11.2.2), já que houve parecer jurídico pela regularidade do edital, bem como argumentos favoráveis à manutenção da referida cláusula emitidos no âmbito da Secretaria de Administração, além de não haver manifestação da Secretaria de Educação nos trâmites processuais após a elaboração do TR.

Portanto, sugere-se **acolher as razões de justificativa e afastar a responsabilidade da Sra. Munira Masruha Bortolini** (Secretária Municipal de Educação de Serra à época).

Assim, não houve justificativa aceitável para que a empresa vencedora possuísse um escritório no município de Serra ou em uma distância de até 25km, pois a partir do momento em que o Edital de Licitação definiu um prazo para que sejam cumpridas as ocorrências contratuais (com sanção em caso de descumprimento), pouco importa onde se encontra o escritório da empresa.

Diante do exposto, sugere-se **manter a irregularidade**, entretanto, **acolher as razões de justificativa apresentadas e afastar a responsabilidade da Sra. Alessandra Baptista Lyrio** (Gerente de Gestão Contratos da Secretaria Municipal de Educação de Serra à época) e da **Sra. Munira Masruha Bortolini** (Secretária Municipal de Educação de Serra à época).

2.2 Índícios de Direcionamento no Certame Licitatório

Base legal: Art. 3º da Lei 8.666/93

Responsável:

Identificação: **Anderson Borges Pinheiro** – Pregoeiro Oficial – Nomeado pela Portaria nº 086/2020

Conduta: Conduzir o procedimento licitatório, efetuando diligência, incorrendo em **erro grosseiro** por ter dado tratamento diferenciado a empresa vencedora do certame em detrimento da segunda colocada

Nexo: Ao Conduzir o procedimento licitatório, efetuando diligência, dando tratamento diferenciado a empresa vencedora do certame em detrimento da segunda colocada, infringiu ao disposto no art.3º da Lei 8.666/93

Culpabilidade: É razoável afirmar que o Pregoeiro Oficial não foi diligente ao direcionar o certame, pois agindo dessa forma limitou o direito de outras empresas terem tratamento igualitário no certame.

Nos termos da manifestação técnica 1954/2021-7 foi imputado ao responsável os seguintes fatos:

Alega ainda a Representante em síntese que o presente certame, “em razão das injustificadas limitadoras da competitividade, teve a participação de duas empresas, sendo que a empresa que apresentou a proposta mais vantajosa para a administração pública, Ampla Services Eireli ME, foi desclassificada conforme se extrai das folhas 17 do Arquivo 28 – Peça Complementar 28413/2020-1, levando o município a contratar com a proposta mais onerosa da empresa Osiris Comércio e Serviços Ltda.”.

“Portanto, os indícios decorrentes do processo administrativo, apontam para uma simulação e direcionamento da contratação, com o intuito de inviabilizar a competição, por meios de exigências desnecessárias, que afastou (sic) os competidores, bem como uma simulação de competição, que resultou na contratação da proposta mais onerosa. Portanto, fica evidente que a administração pública está direcionando o certame, para a empresa Osiris Comércio e Serviços Ltda., e conseqüentemente agindo contra o interesse público”

Após análise dos documentos acostados aos autos verifica-se que o pregoeiro efetuou diligência a fim de verificar se os documentos apresentados pela empresa Ampla Services Eireli –ME vencedora do certame eram verídicos, para tanto, identifica-se uma verdadeira devassa e minuciosa análise nos atestados daquela que traria menor despesa ao jurisdicionado e nenhuma observação a respeito dos atestados da 2ª colocada, com preços registrados naturalmente mais custoso.

O que se percebe é que o mesmo tratamento dado a empresa licitante que ofereceu menor preço e foi desclassificada não se deu em relação 2ª colocada que resultou contratada

Sob uma interpretação estritamente literal/gramatical, a Lei Geral de Licitações confere à comissão e também ao pregoeiro, visto que a regra se aplica subsidiariamente ao pregão, o direito de efetuar diligência para complementar a instrução do processo licitatório.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

§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.

A questão, muitas vezes, se mostra mais complexa do que aparentemente pode se imaginar. É que a aplicação inadequada dessa importante ferramenta processual prevista na Lei Geral de Licitações pode acarretar violação aos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, a partir de um tratamento excepcional a uma licitante em detrimento das demais concorrentes.

O Pregoeiro valeu-se da faculdade do que estabelece o art. 43 § 3º da Lei 8.666/93, para efetuar a diligência a empresa vencedora do Certame, porém estabeleceu tratamento desigual com a segunda colocada pelo motivo de que a empresa Osiris Comércio e Serviços Ltda., já prestava serviços em outras secretarias para a prefeitura municipal de Serra.

A empresa Osiris Comércio e Serviços Ltda. apresentou somente 01 (um) atestado de capacidade técnica da Prefeitura Municipal da Serra, fornecido pelo Sr. Anckimar Pratissolli – Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos (Evento eletrônico 071 – Fls. 86)

Apesar de os serviços prestados pela empresa Osiris ter (*sic*) sido na Prefeitura Municipal de Serra, não justifica o tratamento dado a empresa vencedora em detrimento da segunda colocada.

As exigências cobradas da empresa Ampla Services Eireli –ME foi (*sic*) de um preciosismo exagerado, tais como a solicitação de envio de todas as Notas Fiscais e Contratos referentes aos atestados apresentados (Evento Eletrônico 72 Fls.18), documentos do CAGED.

Consta nos autos que a empresa Ampla Services Eireli –ME, apresentou todos os documentos solicitados pelo Pregoeiro Municipal, conforme demonstrado no **Evento Eletrônico 72 Fls.23/100**, **Evento Eletrônico 73 Fls. 01/100** e **Evento Eletrônico 74 Fls. 01/52**.

A Comissão Permanente de licitação emitiu relatório de diligência onde conclui o seguinte:

Conclusão:

Os atestados apresentados pela empresa Ampla Services Eireli- ME não atendem a nenhuma das exigências do referido edital e do objeto da presente licitação.

Não comprovaram 50% da Produção de Páginas, não demonstraram a inclusão do papel na prestação de serviço, a maioria das pessoas que assinam não tem relação comprovações levando a acreditar em um possível cometimento de fraude ao processo licitatório nº 168/2020.

A alegação da Comissão de licitação de que muitos atestados não atendem, ao objeto licitado, não prospera, tendo em vista que não é plausível seja cobrado das proponentes que demonstrem 100% de compatibilidade com o objeto licitado, mas sim similaridade e de forma compatível.

Ao apresentar todas as notas fiscais e os contratos com as empresas que emitiram Atestado de Capacidade Técnica, a empresa Ampla Services Eireli - ME, já demonstra que o serviço foi prestado. Mas apesar de devidamente comprovada a aptidão e capacidade para a execução do objeto, a Comissão de Licitação, fundada em subjetividade e em excesso de rigorismo, emitiu parecer alegando que os atestados foram simulados.

A Comissão de Licitação ao apresentar Relatório de Diligência afirmando que a maioria das pessoas que assinam os atestados não comprovam ter relação com a empresa que as emitiu, levando a acreditar em um possível cometimento de fraude ao processo licitatório nº 168/2020, não é o mais adequado, contudo, os acontecimentos, sob qualquer ângulo, levam ao caminho da ofensa aos Princípios da Isonomia e da Impessoalidade para contratação

O que se extrai do Relatório de Diligência é que o Pregoeiro Oficial da Prefeitura Municipal de Serra, norteou sua decisão em meras suposições, uma vez que ao informar que os documentos apresentados pelos atestantes são falsos, não apresentou provas, ficando no campo das suposições

Neste norte é que a Lei, através do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, condena a referida conduta do pregoeiro conforme previsto no art. 3º da Lei 8.666/93, senão vejamos:

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.

Diante do exposto fica claro que a discricionariedade da Administração encontra limites, não podendo ser exercida de forma livre e sem critérios.

O **Sr. Anderson Borges Pinheiro** (Pregoeiro) não apresentou razões de justificativa, sendo declarado **revel** conforme despachos 40693/2021-1 e 40737/2021-1 (docs. 113 e 114).

Análise Técnica

Quanto à **qualificação técnica**, destacam-se as seguintes cláusulas editalícias (doc. 70, p. 2-3):

15.11.2 Comprovação de aptidão para a prestação dos serviços em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, ou com o item pertinente, mediante a apresentação de atestado (os) fornecido (s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado;

(...)

15.11.2.1.6 É facultada à comissão de licitação ou ao pregoeiro realizar diligências para verificar a fidedignidade dos documentos apresentados pela licitante, através de solicitação das notas fiscais dos serviços descritos no atestado de capacidade técnica, notas fiscais de insumos ou quaisquer outros documentos hábeis para comprovação da veracidade do serviço atestado. TCU – Acórdão 1385/2016 – Plenário.

Em **Relatório de Diligência** (doc. 74, p. 60-77), a Comissão Permanente de Licitação entendeu pela **desclassificação da empresa Ampla Services em razão dos atestados de capacitação técnica apresentados estarem em desacordo com as exigências do edital.**

Nesse sentido, anui-se com o entendimento proferido na Manifestação Técnica 1954/2021-7 de que embora facultada ao pregoeiro, conforme art. 43 § 3º da Lei 8.666/93 e prevista no edital, a diligência fundamentou-se em subjetividade, rigorismo e suposições não comprovadas, que afrontaram os princípios da isonomia e da impessoalidade para contratação dispostos no art. 3º da Lei 8.666/93 e podem ter impossibilitado a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração.

Por outro lado, conforme registrado no sistema do pregão (doc. 74, p. 92-93) e na ata (doc. 74, p. 97), a **desclassificação se deu fundamentada pelo Parecer da Diretora de Contabilidade** (doc. 74, p. 58-59), porque a empresa não atendeu à qualificação econômico-financeira prevista nos itens 15.10.5.1 e 15.10.5.2 do edital (doc. 68, p. 97):

15.10.5 As empresas deverão ainda complementar a comprovação da qualificação econômico-financeira por meio de;

15.10.5.1. Comprovação de possuir Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação ou item pertinente, tendo por base o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis já exigidas na forma da lei;

15.10.5.2 Comprovação de patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da apresentação da proposta.

De acordo com o parecer (doc. 74, p. 58-59) o Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante-Passivo Circulante) que a empresa apresentou no balanço Patrimonial foi de **5,08%**, ou seja, inferior ao mínimo previsto no edital (16,66%). E o Patrimônio Líquido foi de **1,34%** do valor estimado da contratação, quando deveria ser de 10%.

Se a qualificação técnica (cláusula 15.11.2) tivesse sido preponderante para a desclassificação da empresa Ampla Services, restaria claro o direcionamento do certame licitatório em razão da diligência. Todavia, considerando que houve o descumprimento da qualificação econômico-financeira (cláusulas 15.10.5.1 e 15.10.5.2), não se pode confirmar o direcionamento.

Diante dos fatos narrados, da documentação comprobatória dos autos e da ausência de novos argumentos e/ou documentos por parte do responsável, sugere-se **afastar a irregularidade** e consequentemente, a responsabilidade do **Sr. Anderson Borges Pinheiro** (Pregoeiro à época).

Dessa forma, acompanhando o entendimento técnico e ministerial, entendo por ser mantida a irregularidade de Edital Contendo Cláusulas Restritivas a Competitividade (item 2.1 da Instrução Técnica Conclusiva 4825/2021), sem imputação de responsabilidade aos citados, e afastamento da irregularidade de Índícios de Direcionamento no Certame Licitatório (item 2.2 da Instrução Técnica Conclusiva 4825/2021).

No que pese não haver imputação de responsabilidade aos citados, a manutenção da irregularidade acima é importante para que seja confirmada em definitivo a cautelar deferida pela Decisão Plenária 2120/2021-8.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Diante do exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que os eminentes Conselheiros aproveem a seguinte minuta de Acórdão que submeto à consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-1415/2021 – PLENÁRIO:

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 então relator, senhor conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, em:

1.1. RATIFICAR o Conhecimento da Representação, realizado pela Decisão Monocrática 322/2021;

1.2. ACOLHER as razões de justificativas apresentadas pelas senhoras **Alessandra Baptista Lyrio e Munira Masruha Bortolini, afastando-se** suas responsabilidades, em relação a irregularidade disposta no item 2.1 (Edital contendo cláusulas restritivas a competitividade) da Instrução Técnica Conclusiva 4825/2021;

1.3. AFASTAR a irregularidade constante do item 2.2 (Indícios de Direcionamento no certame licitatório) da Instrução Técnica Conclusiva 4825/2021 e consequentemente a responsabilidade do senhor **Anderson Borges Pinheiro**

1.4. CONSIDERAR PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente representação, nos termos do art. 178 do RITCEES, em razão da manutenção da irregularidade disposta no item 2.1 (Edital contendo cláusulas restritivas a competitividade) da Instrução Técnica Conclusiva 4825/2021;

1.5. MANTER em definitivo a cautelar deferida na Decisão Plenária 2120/2021-8;

1.6. DAR CIÊNCIA aos interessados, bem como ao representante, conforme mandamento do art. 307, § 7º da Resolução TC 261/2013,

1.7. ARQUIVAR os presentes autos, na forma do art. 330, IV, da Resolução TC 261/2013.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 02/12/2021 - 62ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

4.2. Conselheiro substituto: Marco Antonio da Silva (em substituição/relator nos termos do artigo 86, § 4º, Regimento Interno TCEES).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição / Relator nos termos do artigo 86, § 4º, Regimento Interno TCEES

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões