



Decisão 01613/2023-6 - 2ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 01706/2023-4

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PRODNORTE - Consórcio Público Prodnorte

Relator: Domingos Augusto Taufner

Interessado: MAXSUEL NOVAIS OLIVEIRA, ANDRE DOS SANTOS SAMPAIO

Representante: RORIZ COMERCIO E IMPORTACAO LTDA

Procuradores: BRUNA OLIVEIRA (OAB: 42633-SC, OAB: 114449A-RS, OAB: 101184-PR),
TIAGO GRIEBELER SANDI (OAB: 35917-SC), WANDERSON DE OLIVEIRA LOURENCO
(OAB: 18333-ES)

**REPRESENTAÇÃO – PRODNORTE – INDEFERIR
CAUTELAR – RITO ORDINÁRIO – OITIVA DAS
PARTES - RATIFICAR DECISÃO MONOCRÁTICA
000704/2023-8.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

1 RELATÓRIO

A presente documentação refere-se à Representação, em face do Consórcio Público PRODNORTE – Município de Pinheiros, noticiando possíveis irregularidades no Edital Pregão Eletrônico 002/2023, que tem por objeto o registro de preços na forma de licitação compartilhada para a futura e eventual contratação de empresa especializada para o fornecimento, de kit amplificador profissional de voz, em case EVA rígido para utilização em sala de aula.

Alega o Representante:

- 1) especificação técnica que imotivadamente vincula a fornecimento de uma marca;

- 2) da necessidade de alteração de exigências de qualificação técnica (atestado com 50% do quantitativo previsto para a licitação);
- 3) da necessidade de alteração de exigência de habilitação para viabilizar a participação de empresas de pequeno porte e/ou microempresas;
- 4) diminuição da concorrência por estipulação de prazos irrazoáveis para apresentação de certidões e entrega dos produtos;
- 5) da exigência de amostras e
- 6) da necessidade de exclusão de exigências restritivas (laudos, certificações e amostras).

Através da Decisão Monocrática 529/2023 a representação foi conhecida e os responsáveis foram notificados.

Devidamente notificados, apresentaram em conjunto, suas justificativas (evento 19), acompanhadas de Peça Complementar (evento 21).

Registra-se o recebimento de documentações complementares enviadas pelo representante (eventos 16-17), bem como pelos representados (eventos 23-28).

Os autos foram encaminhados ao Núcleo de Outras Fiscalizações – NOF que elaborou a Manifestação Técnica Cautelar nº 00057/2023-1 opinando pelo indeferimento da medida cautelar, rito ordinário e notificação dos responsáveis.

FUNDAMENTAÇÃO

Em acordo com o que estabelece o inciso X, do art. 71 da CF/88, o Tribunal de Contas tem poder de sustar a execução de atos. Assim também estabelece o inciso XI da CE/89.

Os pressupostos de concessão da cautelar são aqueles dispostos no artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Res. 261/13:

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 ofensa ao interesse público; e
II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

Para que seja concedida uma medida suspensiva de determinado procedimento, se faz necessário à presença de dois requisitos, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Passarei à análise preliminar, própria das medidas cautelares, da presença dos requisitos ensejadores da medida.

1. ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA QUE IMOTIVADAMENTE VINCULA A FORNECIMENTO DE UMA MARCA

Alega o representante que os seguintes subitens das especificações técnicas do Anexo II – Termo de Referência, direcionam para a marca “Totem”, sem quaisquer justificativas:

- 5.1.2.2 Conexão UHF com no mínimo 19 canais de frequência.
- 5.1.2.3 Tempo operação mínima do amplificador: 8 horas.
- 5.1.2.7 Portas: USB, Micro SD (suporte de armazenamento até 32GB), MIC e auxiliar P2 3.5mm.
- 5.1.2.8 Visor LED digital com indicativo de funções.
- 5.1.2.9 Gabinete construído em ABS e TPU Injetado (material de alta resistência) com resistência a quedas de aproximadamente 70cm.
- 5.1.2.10 IPX5 ou superior, sendo resistente a jatos d'água.
- 5.1.2.14 Tecnologia TWS (True Wireless Stereo) para pareamento simultâneo e sincronizado de dois ou mais equipamento no intuito de formar uma concha acústica em ambientes internos ou externos de maior extensão
- 5.1.2.15 Peso aproximado do amplificador com bateria: 580 gramas, visando a portabilidade para o professor
- 5.1.2.17 Número de série impresso a laser diretamente no gabinete do amplificador para controle de inventário do patrimônio público.
- 5.1.3.3 Conexão UHF com no mínimo 19 canais de frequência compatíveis com o amplificador.
- 5.1.3.5 Visor digital com indicativo de frequência
- 5.2.2.15 Peso aproximado do amplificador com bateria: 400 gramas, visando a portabilidade para o professor.

Segundo o representante, houve afronta ao art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/93:

Art. 7º [...]

§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

Os gestores em suas justificativas alegaram que alguns dos subitens das especificações técnicas questionados e argumentaram sobre o juízo discricionário

do Administrador acerca do produto que pretende adquirir, que no caso, pautou-se em resguardar o interesse público a fim de receber um equipamento que atenda às necessidades básicas e sem direcionamento para uma única marca.

A suposta irregularidade consiste em especificações técnicas direcionadas, injustificadamente, para determinada marca de produto.

Ao analisar as justificativas dos gestores de que pelo menos, quatro marcas de produtos - TSI, CSR, 3ATECH e TOTEM - atendem às especificações do edital, não se comprovando, portanto, o direcionamento alegado.

Com isso, não vislumbro o fumus boni iuris para concessão da medida pleiteada.

2. DA NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DE EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

O representante alega que o atestado de capacidade técnica para habilitação, nos moldes exigidos no item 11.3.1 do edital (evento 4, p. 12), se mostra irregular:

11.3.1. Atestado de capacidade técnica, fornecido por pessoa jurídica, de direito público ou privado, em papel timbrado, que **comprove a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características e quantidades e prazos com o objeto**, demonstrando que a empresa licitante executa ou executou, fornecimento, no mínimo, **50% (cinquenta por cento) dos itens constantes nos respectivos lotes.**
(grifei)

A irregularidade se dá tanto pela quantidade mínima exigida (50% do quantitativo licitado) quanto pelo objeto “compatível”, ao invés de “similar”.

Argumenta que tal exigência contraria ainda o Art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993:

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. [\(Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010\)](#) [\(Regulamento\)](#)

§ 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](#); [\(Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010\)](#)

Os gestores em suas justificativas esclareceram que o certame prevê a aquisição de 20 mil equipamentos e o atestado visa resguardar que a empresa tenha “porte para fornecer o material adequado e necessário”, e há respaldo no art. 30. II, da Lei nº 8.666/93:

Art. 30. A documentação relativa à 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 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.

Justificaram também que a quantidade mínima exigida (50%) afirmam estar “abaixo do limite legal e jurisprudencial aceitável” e quanto ao termo “compatível”, entenderam estar “observada a literalidade legal, inexistindo quaisquer irregularidades”.

Em que pese a quantidade percentual mínima exigida em edital ser elevada (50%), está no limite aceitável indicado pelo TCU. Seria irregular, exigência mínima **superior a 50%**.

Em suas justificativas os gestores justificam que embora o produto seja considerado comum para justificar tamanha exigência, eles queriam avaliar justamente a capacidade de entrega da licitante para grande quantidade contratada, ainda que seja parcelada.

Com isso, entendo não estar presente o *fumus boni iuris* para concessão da medida pleiteada.

3. DA NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DE EXIGÊNCIA PARA HABILITAÇÃO

O representante alega que embora o edital permita a participação de micro e pequenas empresas, a exigência do atestado de capacidade técnica com 50% do quantitativo do item, restringe tal participação, “uma vez que para o lote 01 50%

significam o valor total de R\$ 7.881.500,00 e para o lote 02 o valor total de R\$ 7.431.250,00”, sendo necessário o fracionamento dos itens.

Os gestores em suas justificativas argumentaram que para este certame não se aplica o tratamento diferenciado às pequenas empresas e microempresas por entenderem estar presente a exceção prevista no art. 49, III, da Lei 8.666/93:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

(...)

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

Mencionaram ainda os gestores em suas justificativas a Súmula 247 do TCU, na qual “a regra para aquisições com critério de julgamento menor preço por item pode ser relativizado quando ficar comprovado que o parcelamento dos itens trará prejuízo para o conjunto:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

De acordo com os esclarecimentos dos gestores a necessidade de padronização e gerenciamento único, por tratar-se de consórcio, dificultando o fracionamento dos itens. Nesse sentido, considera-se razoável a ausência de aplicação de tratamento diferenciado às pequenas empresas e microempresas, enquadrando-se na exceção prevista no art.49, inciso III, da lei de licitações.

Com isso, entendo não estar presente o *fumus boni iuris* para concessão da medida pleiteada.

4. DIMINUIÇÃO DA CONCORRÊNCIA POR ESTIPULAÇÃO DE PRAZOS IRRAZOÁVEIS

O representante alega que os prazos para certidões e entrega previstos nos itens 11.7 (Habilitação) e 3.7 (Anexo V – Minuta da Ata de Registro de Preço) do edital (evento 4, p. 14 e p. 38), “não coadunam com a razoabilidade”:

11.7. As certidões que não possuem especificação a respeito do prazo de validade serão aceitas com até 30 (trinta) dias da data de sua expedição.

(...)

3.7. O prazo de entrega dos materiais será de até 60 (sessenta) dias a contar da nota de empenho ou ordem de fornecimento.

Alegam que a manutenção desses prazos poderá comprometer a participação de possíveis licitantes que se encontrem mais distantes do Órgão contratante, em afronta ao art. 3º, §1º, I, da Lei de Licitações.

Os gestores afirmaram que os prazos são legais e razoáveis, e visam resguardar a supremacia do interesse público. Mencionaram como exemplo, a certidão do FGTS, cuja validade é de 30 dias.

Alegaram ainda que as certidões são inseridas no sistema eletrônico, e o prazo “em nada prejudicaria o licitante”. E a extensão do prazo de entrega dos produtos para 90 dias úteis (“quase seis meses”), sugerida pelo representante, prejudicaria alunos e professores, além de não resguardar o interesse da administração.

A vigência dos documentos sem prazo de validade deve ser definida pelo edital.

Entendo que os prazos são aceitáveis, tendo em vista que os gestores esclareceram que a entrega das certidões se dá de forma eletrônica, bem como a flexibilização do prazo de entrega, mediante parcelamento.

Desta forma, entendo não estar presente o *fumus boni iuris* para concessão da medida pleiteada.

5. DA EXIGÊNCIA DE AMOSTRAS

O representante alega contradição entre os seguintes itens do edital quanto à obrigatoriedade da apresentação de amostras (evento 4, p. 19 e p. 26):

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

(...)

19.1.1. O pregoeiro poderá solicitar amostras dos produtos/itens que compõem os lotes e também os respectivos laudos técnicos.

(...)

ANEXO II – TERMO DE REFERÊNCIA

(...)

11.2. Será convocada inicialmente a licitante detentora da melhor proposta para apresentar 2 (duas) amostras do produto no prazo de em até 03 (três) dias úteis atendendo a todos os requisitos estabelecidos no termo de referência.

Os gestores e, suas justificativas confirmaram que o edital solicita duas amostras, no intuito de “reduzir riscos e possibilitar a quem julga a certeza de que o objeto proposto atenderá à necessidade da Administração”.

Apesar da aparente contradição no edital, os gestores esclareceram que a amostra é obrigatória, no entanto, ainda que restasse dúvida, a possibilidade da exigência da amostra foi prevista no edital. Desta forma, entendo não ter prejudicado o entendimento pelos licitantes, que poderiam também ter solicitado esclarecimentos oportunamente.

Com isso, entendo não estar presente o *fumus boni iuris* para concessão da medida pleiteada.

6. DA NECESSIDADE DE EXCLUSÃO DE EXIGÊNCIAS RESTRITIVAS

O representante alega que as seguintes exigências do termo de referência, além de não se mostrarem indispensáveis, restringem a competição:

06. Laudo de comprovação de potência sonora em RMS realizado em laboratório credenciado pela INMETRO para o amplificador de voz, anexado junto a proposta de preços.

07. Certificação: ANATEL anexada junto a proposta de preços

(...)

11.3. A amostra que não se constatar qualidade, mesmo atendendo as especificações, será reprovada

(...)

11.5. As amostras deverão ser entregues [...] que serão analisados tecnicamente por equipe formada por servidores da Secretaria de Educação avaliando-se:

- I. Apresentação de laudo de laboratório acreditado pelo INMETRO, referente a potência sonora medida em RMS
- II. Apresentação de Certificação ANATEL, referente ao Bluetooth do amplificador.
- III. Apresentação de Certificação ANATEL, referente a conexão UHF do headset.
- IV. Verificação visual da capacidade da bateria, abertura do equipamento

(...)

11.8. A apresentação de amostra poderá ser dispensada quando se tratar de produto oriundo de linha industrial de produção cujo exemplar já tenha sido aprovado em análise anterior realizada por esta administração.

O representante questiona a base legal do item 6, o tipo de certificado Anatel a ser apresentado (item 7), a ausência de critérios objetivos para análise das amostras, bem como a dispensa da amostra no caso de aprovação anterior.

Os gestores em suas justificativas acostaram entendimentos do TCU que retratam a adoção de precauções pelo gestor no tocante à exigência de laudos e certificações, para os quais entenderam assemelhar-se ao caso em discussão, a fim de resguardar a Administração acerca da qualidade do produto.

Os gestores em suas justificativas demonstraram que as exigências do edital, em especial o laudo, se justificam na tentativa de garantir a qualidade esperada do produto, para melhor atender à demanda.

No caso da certificação da Anatel, comprovaram a obrigatoriedade legal.

Observa-se que os critérios para avaliação das amostras estão estabelecidos no edital, notadamente no item 11.2, bem como no detalhamento exposto no item 11.5.

Importante destacar que não se vislumbra óbice legal para a dispensa da apresentação de amostra no caso de produto já aprovado pela administração.

Assim sendo, entendo não estar presente o *fumus boni iuris* para concessão da medida pleiteada.

Para a concessão da medida cautelar, é necessário demonstrar a existência dos dois requisitos autorizadores, previstos no art. 376 do Regimento Interno desta Corte.

Considerando não estar presente o primeiro requisito, resta prejudicada a análise deste segundo requisito.

Diante destes fatos, na forma do disposto no artigo 124 da Lei Orgânica desta Corte de Contas, proferi a Decisão Monocrática 000704/2023-8 no dia 15/05/2023 acompanhando a equipe técnica e indeferindo a medida cautelar, para:

1. **Indeferir a medida cautelar**, em razão da ausência dos pressupostos para a sua concessão, previstos no art. 376 do RITCEES.
2. Determinar que os autos caminhem sob o **rito ordinário**
3. Notificar os Srs. **Maxsuel Novaes Oliveira** – Pregoeiro e **André dos Santos Sampaio** – Presidente PRODNORTE para que se pronuncie no prazo de até 10 dias quanto à decisão a ser prolatada, nos termos do art. 307, § 3º, do RITCEES e **encaminhem** a cópia integral do **processo administrativo 56/2023** - referente ao **Pregão Eletrônico 2/2023**;
4. **Dar ciência** ao representante do teor desta decisão.

Ante todo o exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER
Relator

1. DECISÃO TC-1613/2023-6

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas:

1.1. RATIFICAR os fundamentos e a decisão, exarados monocraticamente, submetendo-os ao referendo deste Colegiado, de acordo com o parágrafo único do Regimento Interno c/c art. 124 § único da Lei Complementar 621/2012.

1.2. DAR CIENCIA aos interessados e ao representante.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 07/06/2023 – 20ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara

4. Especificação do quórum:

4.1 Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente), Domingos Augusto Taufner (relator) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

5. Membro do Ministério Público de Contas: procurador de contas Luciano Vieira, em substituição ao procurador-geral.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente