TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

RECURSO ORDINÁRIO N. 924072

Recorrente: Edna Figueira Sena

Processo referente: **812546**, Denúncia, Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Teófilo Otoni.

Procuradores: Francisco Galvão de Carvalho, OAB/MG 8.809; Júlia Amélia Duarte Euzébio, OAB/MG 119.214; Patrícia Cançado Guimarães, OAB/MG 115.940; Joyce Janine Figueiredo Ornelas Braz, OAB/MG 106.983; Igor Almeida Resende, OAB/MG 159.113 e outros.

Interessada: Célia de Souza Franco

MPTC: Maria Cecília Borges

RELATOR: CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO. PROCESSO LICITATÓRIO. TOMADA DE PREÇOS. CONCESSÃO DE LICENÇA DE USO E MANUTENÇÃO DE SOFTWARE. IRREGULARIDADES MANTIDAS EM PARTE. REDUÇÃO DA MULTA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A possível exigência implícita de atestados que somente podem ser emitidos por pessoas jurídicas de direito público deve ser analisada de acordo com as disposições do edital.

2. O tipo de licitação "técnica e preço" não é adequado para a aquisição, locação ou licenciamento de *software* padronizado.

3. A pontuação dos critérios técnicos e a atribuição de pesos distintos à nota técnica e ao preço devem ser justificadas adequadamente.

4. O orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários deve constituir anexo do edital na tomada de preços.

5. Os serviços de manutenção, suporte técnico e correlatos são acessórios à concessão de licença de uso de *software*, não sendo possível distinguir serviços de trato sucessivo e de prestação instantânea.

6. A configuração do dano não é elemento indispensável para que sejam julgados irregulares atos realizados sem a observância das normas legais e, consequentemente, seja cominada multa ao responsável nos termos da lei.

Tribunal Pleno
24ª Sessão Ordinária – 23/08/2017

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos do recurso ordinário interposto por Edna Figueira Sena, então Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Teófilo Otoni, em face da decisão proferida pelo Colegiado da Primeira Câmara, na Sessão de 17/12/2013, conforme

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1358146

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

Acórdão de fls. 1309 a 1322 dos autos da Denúncia nº 812.546, disponibilizado no Diário Oficial de Contas – DOC de 28/4/2014, vazado nos seguintes termos:

> Vistos, relatados e discutidos estes autos de n. **812546,** relativos à denúncia oferecida pela Empresa Netsoft Sistemas Integrados e Host Ltda. em face de supostas irregularidades no Processo Licitatório – Tomada de Preços n. 001/2010, promovido pelo Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Teófilo Otoni/MG, tendo por objeto a concessão de uso de *softwares*, bem como implantação, conversão de dados (se necessária), treinamento, testes e serviços de manutenção que garantam as alterações legais, corretivas e evolutivas nos *softwares* contratados, atendimento e suporte técnico, para estes *software*s, quando solicitado pelo Instituto, no valor de R$52.897,26 (cinquenta e dois mil oitocentos e noventa e sete reais e vinte e seis centavos), **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas, incorporado neste o relatório, na conformidade das Notas Taquigráficas, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em aplicar multa à Sra. Edna Figueira Sena, então Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Teófilo Otoni, e à Sra. Célia de Souza Franco, então Presidente da Comissão Permanente de Licitação, no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) para cada uma delas, nos termos previstos no art. 85, inciso II, da Lei Complementar n. 102/08, em razão das irregularidades constatadas no Edital da Tomada de Preços n. 001/2010, quais sejam: (i) exigência de atestados que somente podem ser emitidos por pessoas jurídicas de direito público, em afronta ao disposto no artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei Federal n. 8.666/93; (ii) inadequada escolha do tipo de licitação "técnica e preço", pois os serviços não são de natureza predominantemente intelectual, nos termos do art. 46, *caput*, da Lei 8.666/1993; (iii) falta de razoabilidade para a pontuação dos critérios técnicos, bem como desproporção na valoração do julgamento em 70% de técnica e 30% de preço; (iv) ausência de pormenorização dos custos unitários do objeto editalício, em inobservância ao disposto no § 2º, inciso II, do artigo 40 da Lei de Licitações; (v) falta de distinção entre os serviços de trato sucessivo e os de prestação instantânea em relação ao prazo de duração do contrato e à possibilidade de sua renovação, desconsiderando, desta forma, a transparência e a objetividade, ao arrepio do artigo 40, I, da Lei Federal de Licitações; (vi) falta de desagregação na proposta comercial dos custos relativos aos serviços de trato sucessivo e ao de prestação instantânea, em inobservância do inciso IV do artigo 43 da Lei n. 8.666/93. Acordam, ainda, em determinar ao atual Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Teófilo Otoni que se abstenha de prorrogar o Contrato n. 002/2010, celebrado com a Empresa Universalprev Software e Consultoria Ltda., em 29/03/2010, em razão das irregularidades verificadas na Tomada de Preços n. 001/2010. Cumpridas as disposições regimentais pertinentes, arquivem-se os autos.

A recorrente alegou, em síntese, que a Tomada de Preços nº 001/2010 foi realizada em obediência aos comandos legais pertinentes e que o serviço contratado foi devidamente executado, sem a ocorrência de dano ao erário.

Sustentou que não foi exigido que os atestados a serem fornecidos fossem emitidos por pessoa jurídica de direito público, mas que deveriam guardar consonância com o objeto do edital, em conformidade com o art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993, e o entendimento do Tribunal de Contas da União.

Segundo a recorrente, o objeto da licitação não poderia ter sido satisfeito por meio da contratação de *software* padronizado, pois se tratava de sistema específico para uso de institutos de previdência de servidores públicos e, tendo em vista a adjudicação do objeto com preço inferior ao da estimativa, não foi constatada onerosidade em virtude da escolha da modalidade e do tipo da licitação.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1358146

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

Argumentou que os percentuais de pontuação dos critérios de técnica e preço foram estabelecidos em conformidade com o entendimento do Tribunal de Contas da União, para assegurar à Administração serviços de qualidade. Para corroborar o argumento, citou o entendimento do Colegiado da Primeira Câmara deste Tribunal, nos autos do Processo nº 808.165, no qual foi afastado apontamento semelhante.

Em relação à ausência de pormenorização dos custos unitários do objeto editalício, a recorrente defendeu que a obrigatoriedade de definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários se aplica apenas às contratações de obras e serviços de engenharia. Ainda, alegou que o critério de julgamento de preço foi global, tendo em vista que se tratou de serviço único de sistema de informática, incluindo diversos módulos indivisíveis.

Para a recorrente, uma vez que os sistemas objeto da licitação eram indivisíveis, relacionados à ideia de gestão integrada, não existia a possibilidade de distinção entre os serviços de trato sucessivo e os de prestação instantânea, nem de desagregação da proposta comercial. Ainda, invocou o entendimento adotado por este Tribunal no Processo nº 812.285, no qual se assentou que a solução tecnológica pretendida pela municipalidade inviabilizava a divisão do objeto em serviços imediatos e sucessivos.

Por fim, tendo em vista que o processo licitatório foi conduzido em conformidade com a Lei nº 8.666, de 1993, e por inexistir dano ao erário, alegou que a multa aplicada não possui amparo legal. Também aduziu que a multa foi desproporcional ao valor do contrato e das supostas irregularidades constatadas.

Ao final, requereu o conhecimento e o provimento do recurso, para declarar a legalidade do edital da Tomada de Preços nº 001/2010 e excluir a multa aplicada. Eventualmente, pugnou pela redução do valor cominado para R$500,00 (quinhentos reais).

O recurso foi inicialmente distribuído ao Conselheiro Wanderley Ávila, que declarou suspeição para continuar a relatar o processo, por motivo de foro íntimo (fl. 55). Em razão disso, conforme decisão do então Conselheiro Presidente, acostada à fl. 56, o processo foi a mim redistribuído, em 11/6/2015 (fl. 57).

Instada a se manifestar, a Unidade Técnica, no relatório de fls. 61 a 69-v, concluiu que o recurso interposto não apresentou qualquer fato novo capaz de modificar a decisão recorrida.

O Ministério Público junto ao Tribunal, à fl. 71 e 71-v., acompanhou os apontamentos realizados pela Unidade Técnica e destacou que a multa é aplicada diante da prática de atos ilegais, ainda que formais e sem a comprovação de prejuízo ao erário, dolo ou má-fé. Ao final, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

À vista da certidão passada pela Secretaria do Pleno, acostada à fl. 36, e dos demais elementos dos autos, verifico que a recorrente tem legitimidade para interpor recurso, pois foi alcançada pela decisão, o recurso é próprio, pois ataca decisão proferida pelo Colegiado da Primeira Câmara, e é tempestivo, porquanto a decisão recorrida foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas – DOC de 28/4/2014, para ciência dos responsáveis, e a petição recursal protocolizada em 28/5/2014, dentro, portanto, do trintídio estabelecido no art. 335 da Resolução nº 12, de 2008.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1358146

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

MÉRITO

Apreciados os autos, passo à análise das razões apresentadas pela recorrente.

1. Exigência de atestados que somente podem ser emitidos por pessoas jurídicas de direito público

A decisão recorrida assentou que o edital da Tomada de Preços nº 001/2010 continha exigência implícita de que os atestados fossem emitidos por pessoas jurídicas de direito público, uma vez que, para a comprovação de capacidade técnica e experiência anterior, a licitante precisaria ter prestado serviços dos sistemas integrados de gestão pública.

A recorrente aduziu que não houve exigência de que os atestados fossem emitidos por pessoas jurídicas de direito público, mas da comprovação de prestação de serviços relacionados ao objeto da licitação. Salientou que havia previsão, no edital, de que os atestados de capacidade técnica poderiam ser emitidos por órgãos públicos ou privados, comprovando o fornecimento e execução dos itens compatíveis aos solicitados no objeto do ato convocatório.

No exame do recurso, o Ministério Público junto ao Tribunal acatou o apontamento feito pela Unidade Técnica, que esclareceu, colacionando trecho da minuta de contrato, anexa ao edital, que o objeto da licitação tratava especificamente de "Sistema de Gestão Pública Integrado" (fl. 62-v.).

Não há dúvida de que pode a Administração exigir do licitante a comprovação de experiência anterior. No entanto, essa experiência não pode estar condicionada à execução de objeto idêntico àquele licitado, salvo se devidamente justificado e se não comprometer a competitividade. Em realidade, basta que exista vínculo de pertinência entre o requisito de experiência anterior e o objeto licitado.

Este Tribunal já analisou outros casos em que se entendeu ter havido violação à competitividade do certame em razão de exigência implícita de que os atestados de capacidade técnica não poderiam, em verdade, ser emitidos por particulares.

Cito, a título exemplificativo, a decisão proferida nos autos da Denúncia nº 812.190, de minha relatoria, na qual votei pela irregularidade da regra editalícia impugnada, porquanto, embora o ato convocatório permitisse a apresentação de atestados dados por pessoas jurídicas de direito público ou privado, havia previsão específica no item de qualificação técnica para habilitação de que os documentos deveriam comprovar experiência nas atividades de Planejamento Institucional PPA, LDO e LOA, Licitações, Patrimônio Público e Gestão das Receitas Próprias e Tributos. Ou seja, de fato, os atestados somente poderiam ser emitidos por pessoa jurídica de direito público, restringindo a ampla participação no certame.

Entretanto, entendo que o caso em tela apresenta peculiaridades que o distingue de outros já examinados por este Tribunal de Contas, como o do exemplo citado.

É que o edital da Tomada de Preços nº 001/2010 previu, na alínea "b" do subitem 7.4 (fl. 32), a apresentação de "atestado(s) de capacidade técnica que comprove a prestação de serviços objeto desta licitação", que, nos termos do item 3 do edital (fl. 28), consistia na:

> [...] concessão de Licença de Uso, de Softwares, bem como Implantação, Conversão de Dados (se necessária), Treinamento, Testes e Serviços de Manutenção que garantam as alterações legais, corretivas e evolutivas nos softwares contratados, atendimento e suporte técnico, para estes softwares (anexo VII), quando solicitado pelo Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Teófilo Otoni/MG.

Aliado a isso, como suscitado pela recorrente, o subitem 8.2 do instrumento (fl. 33 do processo principal), por sua vez, dispôs que a proposta técnica deveria ser consubstanciada

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1358146

por “a) atestados de capacidade técnica, devidamente documentado, emitido por órgãos públicos ou privados, comprovando o fornecimento e execução dos **itens compatíveis aos solicitados no objeto** deste Edital” (grifo meu).

In casu, a descrição do objeto da licitação não contemplou a contratação de sistemas de gestão pública ou de qualquer outra atividade exercida exclusivamente pela Administração Pública. Isso significa que, nesse caso específico, a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto do certame, nos termos do inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993, não estava necessariamente vinculada à prestação de serviços a pessoas jurídicas de direito público.

Deveras, como anteriormente exposto, o instrumento expressamente previu que os atestados de capacidade técnica, emitidos por órgãos públicos ou privados, deveriam comprovar o fornecimento e execução de itens **compatíveis** àqueles descritos no objeto, o qual, repito, não se restringiu a *software* de gestão pública.

A meu ver, não houve exigência implícita em quaisquer dos itens mencionados de que os atestados fossem emitidos somente por pessoas jurídicas de direito público, para fins de comprovação de experiência e qualificação técnica. Os dispositivos pertinentes, em verdade, apenas exigiram a comprovação de prestação de objeto semelhante, sem direcionar o objeto à prestação de serviços à Administração Pública.

Também entendo que não procede a conclusão da Unidade Técnica, à fl. 62-v., de que ficou implícito que a capacidade técnica e experiência anterior seriam comprovadas, apenas, para serviços de sistemas integrados de Gestão Pública e, consequentemente, por meio de atestados fornecidos por pessoas de direito público, pelo fato de a minuta do contrato, constante no anexo I do edital, ter descrito como objeto da contratação a “concessão ao CONTRATANTE da licença de uso de Sistemas de Gestão Pública Integrada...”. É que, tal previsão destoou do próprio instrumento convocatório.

Ademais, considerando que o contrato somente seria assinado depois de homologado o resultado do certame, etapa subsequente à abertura e ao julgamento das propostas, e que não há nos autos comprovação de que teria havido inabilitação de licitantes que apresentaram atestados emitidos por particulares, entendo que a previsão na minuta do contrato, tão somente, não seria suficiente para restringir a competitividade do certame.

Dessa forma, tendo em vista que o edital não restringiu, expressa ou implicitamente, a apresentação de atestados emitidos por pessoa jurídica de direito privado, entendo que a decisão recorrida merece reforma quanto a esse aspecto.

2. Inadequada escolha do tipo de licitação “técnica e preço”

O Colegiado da Primeira Câmara entendeu que a utilização do tipo “menor preço” seria próprio para o certame, pois, a despeito da complexidade do objeto e eventuais adaptações necessárias, existiam várias sociedades empresárias que poderiam prestar os serviços licitados, de forma que as tarefas poderiam ser executadas mecanicamente ou segundo protocolos. Ainda, recomendou a utilização da modalidade “pregão”.

Nas razões apresentadas, a recorrente afirmou que o § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666, de 1993, obriga o gestor a optar pelo tipo “técnica e preço” para a contratação de bens e serviços de informática, e que o § 3º do art. 3º da Lei nº 8.248, de 1991, faculta ao administrador a escolha pela modalidade “pregão”. Afirmou que o objeto da licitação se referia a “serviços especializados e não de software de prateleira” (fl. 13) e que seria de “suma importância atribuí-los a qualidade de serviços intelectuais”.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1358146

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

No relatório de fls. 61 a 69-v, a Unidade Técnica entendeu que o tipo de licitação "técnica e preço" não seria correto para a locação ou o licenciamento de sistemas de gestão pública e que não foi apresentado argumento no recurso capaz de reformar a decisão recorrida.

Pois bem. Ao comentar o § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666, de 1993, Marçal Justen Filho aduz que:

> O § 4º do art. 45 reflete um estágio inicial da evolução tecnológica, em que a inovação se traduzia na ausência de bens e serviços padronizados. O dispositivo perdeu (se é que algum dia o teve) sua razão de ser. Com a evolução e o progresso, os bens e serviços na área de informática inseriram-se no processo de produção em massa. Perderam suas especificidades.
>
> [...]
>
> Ora, é evidente que essa espécie de bens e serviços não demanda licitação de técnica e preço, eis que não há nem sequer possibilidade de cogitação de variação técnica apta a satisfazer de modo mais adequado o interesse sob a tutela do Estado. Aliás, o reconhecimento da procedência do raciocínio conduziu à possibilidade de utilização de pregão para contratação nessa área. (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 714)

Esta Corte de Contas, em harmonia com o entendimento doutrinário apresentado, já se manifestou pela inadequação do tipo de licitação "técnica e preço" para a contratação de *software*, como, por exemplo, nos autos da Denúncia nº 811.828.

O fato de o sistema licitado ser específico para os atos de gestão de institutos de previdência de servidores públicos, como alegado pela recorrente, não significa que o produto possuía variações técnicas ou qualidades especiais tão incomuns ou singulares. É possível inferir que à época da licitação já existiam sistemas específicos para atender às demandas de institutos de previdência de servidores públicos, como demonstram os atestados de experiência apresentados pela vencedora do certame, acostados às fls. 459 e 460 do processo principal.

Dessa forma, a recorrente não logrou êxito em demonstrar especificidades técnicas do *software* a ser contratado, capazes de erigi-lo como produto que apresentasse características tão excepcionais e diversificadas. E, embora os serviços licitados possam ser complexos, não são predominantemente intelectuais, nos termos do *caput* do art. 46 da Lei nº 8.666, de 1993, razão pela qual o uso do tipo "técnica e preço" não foi, de fato, adequado ao caso.

A alegação de a adjudicação do objeto ter sido realizada em preço inferior ao estimado também não é suficiente para afastar a irregularidade, até porque, consoante se vê da planilha de "Balizamento de Preços para Licitação Pública", acostada à fl. 188 da denúncia, houve discrepância entre os preços apresentados pelas sociedades empresárias que realizaram as cotações (a proposta mais baixa foi de R$42.000,00 e a mais alta de R$83.700,00), o que, por conseguinte, ensejou a elevação do preço médio e o valor estimado da contratação.

Assim, não acolho as razões da defesa em relação a esse ponto.

3. Falta de razoabilidade para a pontuação dos critérios técnicos, bem como da desproporção na valoração do julgamento em 70% de técnica e 30% de preço

No acórdão recorrido, assentou-se o entendimento de que a escolha de valorar 70% a técnica e 30% o preço poderia culminar no aumento indevido de preços em decorrência de pequenas vantagens técnicas e poderia prejudicar a competitividade do certame. Portanto, concluiu-se que a fixação de peso maior para o critério técnico, da forma estabelecida no edital, não foi razoável.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1358146

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

Não obstante a questão examinada no tópico anterior, pertinente à adoção equivocada do tipo de licitação, ter sido elementar para a ocorrência da irregularidade ora evidenciada, uma vez que sequer havia a necessidade de se aferir a técnica dos serviços, examino, individualmente, os dois apontamentos, pelo fato de a decisão recorrida ter apontado as duas irregularidades separadamente.

A recorrente alegou que os percentuais de pontuação utilizados, além de estarem em consonância com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, bem como o entendimento adotado por este Tribunal nos autos do Processo nº 808.165, foram estabelecidos para assegurar contratação de qualidade.

A Unidade Técnica, no exame do recurso, entendeu que os argumentos não são capazes de sanar a irregularidade, uma vez que é necessário justificar adequadamente a diferença dos critérios de valoração. Salientou que, por ser o objeto comum no mercado, o critério deveria ser o de menor preço para ampliar a concorrência e garantir à Administração contratação menos onerosa.

Em relação à ponderação das notas, nos processos licitatórios que adotam o tipo técnica e preço, Marçal Justen Filho diz que:

> A valoração da proposta técnica e o valor da proposta de preço deverão ser transformados em valores numéricos, produzindo-se a partir daí uma média. Existe uma margem de discricionariedade para a Administração dispor sobre isso no edital. Faculta-se que o edital inclusive reconheça importância maior para a nota técnica. Todavia, essa autonomia não autoriza reconhecer predominância tão intensa à nota técnica que a proposta econômica deixaria de apresentar relevância. Em termos concretos, a solução mais equilibrada é reconhecer que a proposta vencedora será determinada por uma fórmula que reconheça peso igual para as notas técnica e de preço. Pode-se admitir a atribuição de peso maior à nota técnica mediante justificativa adequada. Mas se afigura desarrazoado atribuir à nota técnica peso superior a 7 e à nota de preço peso inferior a 3. (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 732)

Como asseverou Justen Filho, a solução mais equilibrada seria reconhecer peso igual para ambas as notas. Eventualmente, mediante prévia e adequada justificativa, ressalta-se, poder-se-ia admitir a atribuição de pesos distintos às notas. Contudo, conforme o próprio entendimento do autor, o qual possui amparo em julgado do TCU, citado pela recorrente, a imputação de peso superior a 70% para a nota técnica não seria razoável. Assim, estabeleceu-se espécie de limite ao juízo de conveniência e oportunidade do gestor no que tange à valoração da proposta técnica e da proposta de preço.

A levar em conta o limite estabelecido pelo doutrinador e defendido como razoável pela recorrente, tem-se que a diferenciação de peso das notas, no caso em exame, foi a maior possível. Entretanto, como exposto no tópico anterior, não foi comprovado, nos autos, que o sistema (*software*) demandado pela entidade contemplasse atributos tão incomuns ou diferenciados.

Dessa forma, creio que a decisão recorrida deve ser mantida incólume em relação ao item examinado, diante da evidente falta de razoabilidade para a pontuação dos critérios técnicos, bem como da desproporção na valoração do julgamento em 70% de técnica e 30% de preço.

Em relação ao entendimento invocado pela recorrente, relativamente à decisão proferida pelo Colegiado da Primeira Câmara nos autos do Processo nº 808.165, destaco que naquela oportunidade se considerou que a irregularidade havia sido justificada pelo interessado, o que entendo não ter ocorrido neste caso.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1358146

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

Posto isso, não merecem amparo as razões subscritas pela recorrente.

4. Ausência de pormenorização dos custos unitários do objeto do edital

Na decisão recorrida, foi considerada irregular a ausência de pormenorização dos custos unitários, tendo que em vista que não constava do edital da Tomada de Preços nº 001/2010 "orçamento detalhando os custos unitários da manutenção de cada sistema de informática, bem como os custos de conversão de dados, parametrização do sistema, treinamento, acompanhamento, assessoria técnica, elementos esses considerados imprescindíveis à formulação das propostas e à demonstração do valor estimado das despesas que envolvem a futura contratação".

A recorrente alegou que não havia a obrigatoriedade de constar no edital a "Planilha de Preços Unitários e Global" (fl. 18), uma vez que, invocando a Súmula nº 259 do TCU, a obrigatoriedade da definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global se aplica apenas às contratações de obras e serviços de engenharia.

Sustentou que o critério de julgamento de preço foi global, por se tratar de contratação de um único sistema, contendo módulos indivisíveis, e que, durante a fase interna do certame, foi realizada pesquisa de mercado e previsão do preço de referência.

A Unidade Técnica concluiu que os argumentos trazidos pela recorrente são incapazes de modificar a decisão recorrida, porquanto "não basta a Administração fazer a cotação junto aos fornecedores que atuam no mercado, como alega a recorrente ter realizado pesquisa na fase interna do certame, tendo assim a previsão do preço de referência. É necessário que conste do edital, como anexo, a planilha de estimativa de preços unitários, com base nesta cotação de preços".

A estimativa prévia constitui meio de a Administração Pública verificar se os preços propostos nas licitações são realizáveis, exequíveis ou compatíveis com aqueles praticados pelo mercado, de forma a cumprir as exigências da Lei nº 8.666, de 1993.

A cotação de preços deve ser precedida de ampla pesquisa de mercado, nos termos do inciso V do art. 15 da Lei nº 8.666, de 1993. É importante ressaltar que, quanto maior for o número de propostas oriundas das pesquisas e quanto mais diversificadas forem as fontes de pesquisa utilizadas, a tendência é que o preço médio a ser aplicado como referência no certame seja mais fiel ao praticado no mercado.

In casu, a recorrente demonstrou que realizou a cotação de preços de mercado, acostando aos autos principais as propostas oferecidas por diferentes fornecedores, as quais integraram a fase interna do certame (fls. 161 a 187 e 734 a 760 dos autos da denúncia), bem como a planilha de "Balizamento de Preços para Licitação Pública" (fls. 188 e 761).

Porém, em se tratando de licitação na modalidade tomada de preços, não basta a realização de cotações com sociedades empresárias do ramo. Deve, também, ser observada a disposição contida no inciso II do § 2º do art. 40 da Lei de Licitações, que assim prevê:

> Art. 40. (...)
>
> § 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:
>
> (...)
>
> II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

Entretanto, a planilha de preços de referência somente integrou a fase interna do certame e, como apontado na decisão recorrida, não constou do edital o detalhamento dos custos

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1358146

unitários da manutenção mensal e do suporte técnico dos sistemas de informática das variadas áreas.

O quadro demonstrativo que permite a especificação do orçamento da contratação consiste em importante baliza orientadora na formulação das propostas e no julgamento de sua aceitabilidade, evitando a classificação de propostas com valores excessivos ou inexequíveis, razão pela qual os argumentos da recorrente não merecem prosperar.

Em relação a isso, confira-se trecho da decisão do Colegiado da Primeira Câmara, na Sessão de 16/5/2017, nos autos da Denúncia nº 932.254:

> Com efeito, em se tratando de pregão, este Tribunal vem se posicionando no sentido de que a Administração não está obrigada a anexar ao edital o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, devendo constar, obrigatoriamente, apenas da fase interna do certame, nos termos do inciso III do art. 3º da Lei nº 10.520/02, conforme entendimento esposado nos votos proferidos nos processos nos 862.794, 887.858, 896.368 e 896.531.
>
> Ocorre que o entendimento pela não obrigatoriedade da publicação da planilha de custos unitários e do valor estimado da contratação é aplicável apenas para os procedimentos licitatórios da modalidade pregão. Em se tratando das modalidades regidas pela Lei de Licitações, como é o caso do convite, por força de seu inciso II do § 2º da do art. 40, o órgão licitante deverá fazer constar do edital, como anexo, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.
>
> Assim sendo, considerando que o edital do Processo Licitatório n. 0045/2014, Convite n. 0001/2014, não foi instruído com o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários e não contém cláusula que fixe o valor estimado da contratação, julgo procedente o apontamento do Ministério Público junto ao Tribunal.

Ademais, acerca da alegação de que o critério de julgamento de preços foi global, verifico que o subitem 9.1.3 do edital da Tomada de Preços nº 001/2010, à fl. 34 dos autos do processo principal, expressamente exigiu a apresentação de preços unitários na proposta comercial, motivo pelo qual o argumento não merece ser acolhido:

> 9.1.3 – A Proposta de Preços deverá apresentar o valor total para o fornecimento do objeto deste Edital, devendo conter, obrigatoriamente, a composição de todos os preços rateados, em conformidade com todos os itens apresentados no cronograma de execução.

Em relação à alegação de que se tratava de módulos indivisíveis, entendo que à recorrente não assiste razão. Isso porque, na proposta técnico-comercial acostada aos autos da denúncia, constante da fase interna do certame, e que foi oferecida pela sociedade empresária que posteriormente venceu a licitação (fl. 663), existe a previsão de que "os módulos apresentados podem ser contratados individualmente ou em conjunto, sendo o módulo de cadastro um pré-requisito para a contratação de qualquer outro módulo" (fl. 186, processo principal).

Por fim, destaco que o entendimento consubstanciado na Súmula nº 259 do TCU sequer pode ser aplicado ao caso. Com efeito, consta do acórdão que a irregularidade apontada pelo Colegiado da Primeira Câmara foi fundamentada na inobservância ao disposto no inciso II do § 2º do art. 40 da Lei de Licitações. O entendimento sumulado do TCU, por sua vez, possui como fundamento legal o inciso X do art. 40 da Lei nº 8.666, de 1993, portanto, dispositivo legal diverso, insuficiente para afastar a irregularidade.

Destaco que apenas uma licitante participou do certame, o que não afasta a ocorrência de possível comprometimento da competitividade e da isonomia no procedimento.

Entendo, assim, mantida a irregularidade.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1358146

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

5. Falta de distinção entre os serviços de trato sucessivo e os de prestação instantânea em relação ao prazo de duração do contrato e à possibilidade de sua renovação e falta de desagregação na proposta comercial dos custos relativos aos serviços de trato sucessivo e ao de prestação instantânea

As irregularidades relacionadas à ausência de distinção entre serviços de trato sucessivo e de prestação instantânea e à falta de desagregação na proposta comercial dos serviços foram tratadas no mesmo tópico da petição recursal, razão pela qual as examinarei em conjunto.

A decisão recorrida assentou que não era possível, pela leitura do edital, concluir com precisão quais eram os serviços de trato sucessivo e quais eram de prestação instantânea, destacando que:

> Além de não ser possível identificar com clareza a diferenciação apontada, no edital estão ausentes os elementos que dimensionam a escala dos serviços acessórios, tais como: números de máquinas nas quais o software será instalado, número de horas/aula de treinamento, número estimado de horas de suporte técnico e assessoria técnica que não em loco, dentre outros. Acontece que tais informações já deveriam estar previstas no termo de referência, pois são indispensáveis para a formulação da proposta de comercial.
>
> Diante disso, entende-se, s.m.j., que procede a irregularidade quanto à falta de distinção entre os serviços de trato sucessivo e os de prestação instantânea em relação ao prazo de duração do contrato e da possibilidade sua renovação e quanto à falta de desagregação na proposta comercial dos custos relativos aos serviços de trato sucessivo e ao de prestação instantânea.

A recorrente aduziu que os sistemas objeto da licitação eram indivisíveis e, em virtude de sua natureza integrada e complexa, não existia a possibilidade de desagregação da proposta comercial. Invocou o entendimento exarado nos autos do Processo nº 812.285 deste Tribunal e sustentou que, pela identidade de objeto, o caso ora examinado deveria ser decidido da mesma forma.

A Unidade Técnica, ao examinar o recurso, entendeu que o edital do processo licitatório analisado descumpriu os "requisitos de distinção e desagregação dos serviços de trato sucessivo e instantâneo pois não discriminou o prazo de prestação dos serviços nem seus custos, de forma cronológica e clara, em inobservância do inciso IV do artigo 43 da Lei nº 8.666/93".

Compulsando os autos da denúncia e o instrumento convocatório, em relação à possível falta de individualização dos serviços de trato sucessivo e dos de prestação instantânea, não vislumbrei a irregularidade apontada na decisão recorrida, porquanto, diante da peculiaridade do objeto licitado, as obrigações acessórias dele decorrentes seguem a principal, incluído o prazo de vigência.

No meu entendimento, a concessão de licença de uso de *software* se refere à obrigação principal, de modo que os outros serviços previstos no objeto da licitação (item 3 do edital, fl. 28 dos autos principais) são acessórios. Dessa forma, pode-se entender que os serviços de conversão de dados, treinamento, testes, manutenção, atendimento e suporte técnico perdurariam enquanto vigesse o contrato, não sendo possível distinguir serviços de trato sucessivo e prestação instantânea.

Nesse sentido, cito o entendimento adotado pelo Colegiado da Primeira Câmara, na Sessão de 7/10/2014, nos autos da Denúncia nº 798.913:

> **12. Da ausência de distinção entre os serviços de trato sucessivo e os de prestação instantânea e da falta de desagregação na proposta comercial dos custos relativos aos serviços de trato sucessivo e aos de prestação instantânea.**

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1358146

> Apontou o parecer do MPTC a ausência de objetividade e de transparência diante da falta de distinção entre os serviços de trato sucessivo e os de prestação instantânea, em relação ao prazo de duração do contrato e da possibilidade de sua renovação, em afronta ao art. 40, I, da Lei de Licitações. Anotou, ademais, a ocorrência de falta de desagregação na proposta comercial dos custos relativos aos serviços de trato sucessivo e instantâneo, em inobservância ao inc. IV do art. 43 da Lei n. 8.666/93. O objeto da licitação está inserido no item 2 e no Anexo X, Requisitos Gerais para o Software, os quais, analisados sistematicamente, levam, no meu sentir, à descrição adequada dos serviços propostos, que convergem, em última análise, à viabilização da efetiva implantação dos 7 (sete) sistemas informatizados relacionados no edital. Com a devida vênia, os serviços descritos no Anexo XI são inúmeros e bastante complexos, sempre interligados entre si e demandantes de coordenação severa, por estarem vinculados à ideia de implementação de gestão integrada de todos os sistemas informatizados de controle no Município, o que se revela, sem dúvida, moderna e poderosa ferramenta de comando. Não vislumbro, dessa forma, a possibilidade de se considerarem instantâneos alguns dos serviços demandados, sendo o objeto licitado uma ferramenta de natureza sistêmica que requer responsabilidade continuada. Assim, no caso dos autos, entendo que a solução tecnológica pretendida pelo Município não prescinde da operacionalização integrada, inviabilizando a divisão do objeto em serviços imediatos e sucessivos, e, por consequência, sua desagregação na proposta comercial. Entrementes, recomendo ao Município que estabeleça – neste certame e nos futuros, cuja obrigação seja complexa e abarque obrigação principal (concessão de licença de uso) e obrigações acessórias (assessoria, treinamento, manutenção, etc.) – o cronograma físico e financeiro dos serviços, para fins de delimitação dos prazos de para efetivação de cada etapa, propiciando, assim, melhor estimativa dos custos de execução pela contratada e fiscalização eficiente da Administração. ” Acórdão nº 798913/2014 –Primeira Câmara, TCEMG.

Dessa forma, entendo que a decisão recorrida deve ser reformada em relação aos itens ora examinados.

6. Ausência de amparo legal da sanção pecuniária imposta pelo Tribunal e inexistência de dano ao erário

Em virtude das irregularidades constatadas no exame do edital da Tomada de Preços nº 001/2010, foi aplicada multa de R$5.000,00 (cinco mil reais) à ora recorrente, bem como à então Presidente da Comissão Permanente de Licitação.

A recorrente alegou que a multa não tem amparo legal, pois o processo licitatório foi conduzido em conformidade com a Lei nº 8.666, de 1993, além de terem sido disponibilizados a este Tribunal todos os documentos pertinentes.

Sustentou que o objeto da licitação foi adjudicado por valor inferior ao preço de referência e que não houve dano ao erário. Por fim, alegou que a multa, além de ilegal, seria exorbitante e desproporcional ao valor do contrato e das supostas irregularidades apontadas.

A Unidade Técnica mencionou os dispositivos da Lei Complementar nº 102, de 2008, que fundamentaram a aplicação da penalidade e salientou que a multa foi imputada em virtude das irregularidades constatadas nos autos do processo principal.

O inciso I do art. 83 da Lei Complementar 102, de 2008, expressamente prevê que o Tribunal poderá, ao constatar irregularidade ou descumprimento de obrigação por ele determinada em processo de sua competência, aplicar multa aos responsáveis.

Neste caso, em face das irregularidades verificadas no processo licitatório denunciado nos autos do Processo nº 812.546, foi aplicada sanção à ora recorrente com base no inciso II do art. 85 da Lei Complementar nº 102, de 2008, ou seja, por ato praticado com grave infração a

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1358146

norma legal ou regulamentar, de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

A propósito da matéria, o fato de as ilegalidades constatadas no acórdão recorrido não terem causado prejuízo ao erário, conforme alegado pela recorrente, não afasta a exigibilidade do recolhimento da multa fixada pelo Tribunal. Isso porque a configuração do dano não é elemento indispensável para que sejam julgados irregulares atos realizados sem a observância das normas legais e, consequentemente, seja cominada multa com fundamento no inciso II do art. 85 da Lei Complementar nº 102, de 2008.

Acerca da reprodução do argumento de que o objeto do edital foi adjudicado por valor inferior ao preço de referência, novamente destaco que o fundamento não é suficiente para afastar nenhuma das irregularidades apontadas, sobretudo porque a planilha de "Balizamento de Preços para Licitação Pública" (fl. 188 da denúncia) foi confeccionada considerando preços com acentuada divergência (a proposta mais baixa foi de R$42.000,00 e a mais alta de R$83.700,00), o que, por conseguinte, ensejou a elevação do preço médio e o valor estimado da contratação.

Entretanto, entendo que o valor da multa cominada deve ser reduzido, tendo em vista que, a meu ver, a decisão recorrida deve ser reformada em relação aos itens 1 e 5, nos termos constantes nesta fundamentação de voto. Mantenho somente as irregularidades relativas à: (i) inadequada escolha do tipo de licitação "técnica e preço", pois os serviços não são de natureza predominantemente intelectual, nos termos do *caput* do art. 46 da Lei nº 8.666, de 1993; (ii) falta de razoabilidade para a pontuação dos critérios técnicos, bem como desproporção na valoração do julgamento em 70% de técnica e 30% de preço, a qual, embora corolária da anterior, foi apreciada em particular, diante da sua individualização na decisão recorrida; e (iii) ausência de pormenorização dos custos unitários do objeto editalício, em inobservância ao disposto no inciso II do § 2º do art. 40 da Lei de Licitações.

Ressalto que as irregularidades apontadas são graves e, por conseguinte, capazes de ensejar a aplicação de multa, independentemente de ter havido configuração de dano ao erário ou dolo do agente.

Nesse sentido, considerando que o exame empreendido nestes autos é fundado em motivos que não têm caráter exclusivamente pessoal, na esteira de entendimentos do Tribunal Pleno em casos análogos, *v. g.*, na decisão prolatada no Recurso Ordinário nº 862.500, na Sessão do dia 21/5/2014, entendo ser o caso de estender os efeitos da decisão à Sra. Célia de Souza Franco, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, à época, para afastar as irregularidades analisadas nos itens 1 e 5, nos termos constantes nesta fundamentação de voto e reduzir o valor da multa a ela aplicada.

Por fim, acerca do destaque feito pela recorrente de que a denunciante, Netsoft Sistemas Integrados e Host Ltda., apresentou outras denúncias a este Tribunal com objetos semelhantes, entendo, assim como a Unidade Técnica, que o fato é irrelevante para o deslinde da questão, pois o exame dos fatos denunciados é de competência desta Corte.

III – DECISÃO

Diante de todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso ordinário interposto pela Sra. Edna Figueira Sena, Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Teófilo Otoni, à época, para excluir as irregularidades examinadas nos itens 1 e 5 da fundamentação deste voto e, por conseguinte, reduzir o valor da multa a ela aplicada para R$2.000,00 (dois mil e reais), mantida a decisão recorrida no que diz respeito aos itens 2, 3 e 4.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1358146

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

Pelas razões expendidas na fundamentação, estendo os efeitos da decisão à Sra. Célia de Souza Franco, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, à época, para excluir as irregularidades examinadas nos itens 1 e 5 da fundamentação deste voto e, por conseguinte, reduzir o valor da multa a ela aplicada para R$2.000,00 (dois mil reais), mantida a decisão recorrida no que diz respeito aos itens 2, 3 e 4.

Cumpram-se as disposições regimentais pertinentes, em especial as do art. 365, bem como as medidas consignadas na Resolução nº 13, de 2013, e, ao final, arquivem-se os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** preliminarmente, conhecer do recurso, uma vez preenchidos os pressupostos de admissibilidade; **II)** no mérito, dar parcial provimento, para excluir as irregularidades examinadas nos itens 1 e 5 da fundamentação e, por conseguinte, reduzir o valor da multa aplicada à Sra. Edna Figueira Sena, Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Teófilo Otoni, à época, para R$2.000,00 (dois mil reais), mantida a decisão recorrida no que diz respeito aos itens 2, 3 e 4; **III)** estender os efeitos da decisão à Sra. Célia de Souza Franco, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, à época, reduzindo o valor da multa a ela aplicada para R$2.000,00 (dois mil reais); **IV)** determinar o cumprimento das disposições regimentais pertinentes, em especial as do art. 365, bem como as medidas consignadas na Resolução nº 13, de 2013, e, ao final, o arquivamento dos autos.

Votaram nos termos acima, a Conselheira Adriene Andrade, o Conselheiro Sebastião Helvecio, o Conselheiro José Alves Viana e o Conselheiro Presidente, em exercício, Mauri Torres. Declarada a suspeição do Conselheiro Wanderley Ávila.

Presente à Sessão o Procurador-Geral Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 23 de agosto de 2017.

MAURI TORRES
Presidente em exercício

GILBERTO DINIZ
Relator

(assinado eletronicamente)

RB/ms

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/_____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/_____.

_____

Coord. Sistematização, Publicação das Deliberações e Jurisprudência

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1358146