

Processo: 969316
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: SINETEC Empreendimentos e Tecnologia Ltda. - EPP
Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Itajubá
Partes: Rodrigo Imar Martinez Riera, Cleidi Aparecida de Oliveira Adão Silva
MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

SEGUNDA CÂMARA – 18/6/2020

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO E INSTALAÇÃO DE CONJUNTO SEMAFÓRICO. AUSÊNCIA DE PARCELAMENTO DO OBJETO E JUNÇÃO DE FORNECIMENTO E SERVIÇO. ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO EM DESCONFORMIDADE A NORMA ABNT NBR 7995/2013. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO DE ANULAÇÃO DO CERTAME. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. Objeto do certame deve ser parcelado em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. Nada obsta que o fornecimento dos materiais seja licitado em lotes juntamente com os serviços de instalação.
2. Deve-se observar, quando da especificação do objeto do certame, as normas técnicas da ABNT, nos termos do art. 1º da Lei nº 4.150/62.
3. Não sendo a licitação de grande vulto e alta complexidade, a participação de empresas reunidas em consórcio é incabível, de modo que a motivação para a vedação está implícita na natureza do objeto.
4. A anulação do certame eivado de vício insanável é matéria que se impõe, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) julgar parcialmente procedente a Denúncia, em razão da irregularidade apurada no edital de Pregão Presencial n. 118/2015, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Itajubá, para a aquisição e instalação de conjunto semafórico, qual seja, a especificação do objeto, itens 1 a 8, contrária aos padrões impostos pela norma ABNT NBR 7995/2013, em ofensa aos princípios da legalidade e da competitividade, ao art. 1º da Lei n. 4.150/62, a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e inciso I, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93;

- II) deixar de aplicar multa aos responsáveis, na hipótese vertente, uma vez demonstrada a boa-fé dos gestores, considerando que o certame está paralisado, por decisão dos gestores, sem que tenha havido a homologação e, conseqüentemente, a celebração de contrato, ausente, portanto, a produção de efeitos do edital irregular;
- III) determinar a anulação do Pregão Presencial n. 118/2015, uma vez que o vício identificado é insanável, consoante o disposto no art. 49 da Lei n. 8.666/93, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, devendo ser enviada ao Tribunal a publicação do ato, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de aplicação de multa pessoal, nos termos do inciso III do art. 85 da Lei Complementar n.102, de 2008, e, caso persista o interesse da Administração na contratação em exame o edital de licitação deve ser publicado escoimado da irregularidade apontada nesta decisão, dando-se início a novo procedimento;
- IV) recomendar aos responsáveis, que nos próximos procedimentos licitatórios, abstenham-se de inserir em seus editais, especificações técnicas restritivas que prejudiquem a competitividade, e fêrem o inciso I, do § 1º, do art. 3º da Lei n. 8.666/93, observando-se, ainda, a legislação específica, acima citada;
- V) deixar de determinar que os responsáveis encaminhem novo edital que venham a deflagrar, por não vislumbrar a presença dos critérios de materialidade, risco e relevância que, nos termos previstos no parágrafo único do artigo 226, da Resolução n. 12/2008, devem balizar as atividades de controle externo, e que o controle social exercido pelos licitantes minimiza substancialmente o risco de uma contratação viciada;
- VI) determinar a intimação das partes do teor desta decisão, nos termos do art. 166, § 1º, II, do Regimento Interno desta Corte;
- VII) determinar, após tomadas as providências cabíveis, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, I, do RITCMG.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro Gilberto Diniz.

Presente à sessão o Procurador Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 18 de junho de 2020.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente e Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 18/6/2020

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Denúncia, com pedido de liminar, apresentada por SINETEC Empreendimentos e Tecnologia Ltda., em face do Edital de Pregão Presencial nº 118/2015, Registro de Preços, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Itajubá, objetivando a “AQUISIÇÃO E INSTALAÇÃO DE CONJUNTO SEMAFÓRICO – SEMDS, mediante as Especificações Técnicas descritas no Anexo I [...]”, fl. 16.

O denunciante alegou que o edital apresenta as seguintes irregularidades, fls. 01/10:

1- A descrição contida nos itens de 01 a 08 do Anexo I do Edital, que determina que os grupos focais semafóricos sejam fabricados em “fibra light em gel”, em desconformidade com a norma ABNT NBR 7995:2013, que é a única norma vigente que trata de fabricação de sinalização semafórica, especialmente no que tange a grupos focais semafóricos, em alumínio, fl.02;

2- O objeto do Pregão Presencial – itens 01 a 08, não teria adotado o necessário parcelamento, contemplando o fornecimento de material e serviços de instalação e manutenção, podendo dar azo à prorrogação do futuro contrato, ferindo o disposto no art. 57, da Lei de Licitações, que prevê prorrogação apenas para serviços contínuos, e não para fornecimento de materiais, além de restringir a competitividade, uma vez que grandes fabricantes de semáforos e controladores, que não prestam serviços de manutenção (fls.06 a 09);

3- A vedação de participação de consórcios, inserida no item IV – Das Condições de Participação, subitem 2, letra “d”, cerceia a participação de licitantes interessados e restringe a competitividade.

Pede, ao final, a suspensão e anulação do certame.

Junto à petição, vieram os documentos de fls. 11/29v, entre eles, o instrumento convocatório, fls. 16/29v.

A presente Denúncia foi protocolizada neste Tribunal em 02/12/2015, fl. 01, e distribuída à minha relatoria em 04/12/2015, fl. 32, tendo ocorrido a sessão do pregão em 17/11/2015, fl.16.

Às fls. 48/48v, encaminhei os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia e Perícia - CFOSE para análise prévia do instrumento convocatório, quanto ao item 1 da Denúncia, que apontou desconformidade na descrição do objeto, em relação às normas da ABNT, determinando o encaminhamento, em seguida, à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL, para análise dos demais apontamentos, com vistas a subsidiar meu juízo acerca de possível concessão de suspensão liminar do certame.

Em estudo de fls. 49/51v, a CFOSE identificou irregularidade quanto à especificação do material, que estaria fora dos padrões impostos pela norma ABNT NBR 7995/2013, como apontado pelo denunciante.

A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, fls. 53/54v, sugeriu a intimação do Prefeito Municipal de Itajubá, Sr. Rodrigo Imar Martinez Riera e da Pregoeira, Sra. Cleidi Aparecida de Oliveira Adão Filho, para apresentarem a esta Corte de Contas, cópia das fases interna e externa do certame, além de justificarem a aglutinação do fornecimento dos

conjuntos semaforicos e os serviços de instalação, e ainda, sobre a vedação de participação de empresas em consórcio.

Assim, às fls. 56/56v, determinei a intimação dos responsáveis, que apresentaram a documentação juntada às fls. 62 a 290, informando, por meio do Ofício nº 012/2016-SEMUP/DELI (fl. 61), subscrito pelo Diretor do Departamento de Licitações, Sr. Giovani Vinicius Raponi, que o processo licitatório em questão não tinha sido homologado, posto que aguardando parecer final da Procuradoria Jurídica.

Encaminhei os autos à CFEL (fl. 292), para análise da documentação enviada pelos responsáveis, culminando no estudo de fls. 293/295, em que aquela Coordenadoria, em conclusão, entendeu não restar caracterizada irregularidade em relação ao fornecimento do material juntamente com a instalação, pelos fundamentos ali registrados, e reitera a irregularidade quanto à vedação de participação de empresas consorciadas.

Determinei, em 28/04/2016 (fl. 297), o retorno dos autos à CFOSE, para análise da documentação de fls. 62/290, em razão do apontamento do primeiro relatório quanto à especificação do material (fls. 49/52).

Aquela Coordenadoria retornou-me os autos em 27/04/2018 (fls. 298/299), concluindo pela pertinência do apontamento acerca dessa irregularidade, item 1 da Denúncia, uma vez que a especificação dos materiais está em desconformidade com o padrão imposto pela norma da ABNT NBR 7995/2013.

Em seguida, em razão do transcurso do tempo, determinei diligência junto aos responsáveis para informarem e comprovarem se o certame em exame foi homologado, ou o contrato decorrente celebrado, em razão de não termos localizado publicações correspondentes no *site* da Prefeitura (fl. 301).

Em resposta, os responsáveis informaram que o Pregão Presencial nº 118/2015 não fora homologado e, assim, não resultou em celebração de contrato, aguardando uma decisão desta Corte de Contas (fls. 307/309).

Por esse motivo restou prejudicada a concessão da liminar pleiteada pelo denunciante, uma vez que os responsáveis paralisaram o certame, quando receberam diligência por mim determinada, informando que o procedimento encontrava-se paralisado, não tendo havido ato de homologação, tampouco celebração do contrato decorrente.

Em manifestação preliminar, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas não promoveu aditamento à Denúncia, opinando pela citação dos responsáveis e pugnando para posterior retorno dos autos, para parecer conclusivo, fls. 314 a 315.

Vindo-me os autos conclusos, determinei a citação do Sr. Rodrigo Imar Martinez Riera, Prefeito Municipal de Itajubá, e da Sra. Cleidi Aparecida de Oliveira Adão Silva, Pregoeira, para apresentarem defesas e documentos que entendessem pertinentes, em vista dos relatórios de fls. 293/295 e 298/299, produzidos pela Unidade Técnica (fl. 316).

Por meio do Ofício nº 021/2018-SEMUP/DELI, juntado às fls. 320 a 321, os responsáveis apresentaram defesa conjunta, justificando a especificação dos materiais, indicando que fossem fabricados em “fibra light em gel”, explicando que tal material apresenta vários benefícios. Noticiaram, ao final, que o processo não fora homologado, e nem tampouco, foi assinado o contrato dele decorrente.

Em sede de análise da defesa, os autos retornaram às Unidades Técnicas, para que, naquilo que era afeto às respectivas competências, reexaminassem a matéria (fls. 323 a 326 e 328 a 331).

Em seguida, os autos seguiram para o parecer conclusivo do *Parquet* de Contas, de fls. 333 a 335v.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Passo à análise da Denúncia e da defesa, assim como dos estudos da Unidade Técnica, e da manifestação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

II. 1. Ausência de parcelamento do objeto, contemplando o fornecimento de material e serviços de instalação, possibilitando a prorrogação do futuro contrato, ferindo o disposto no art. 57, da Lei de Licitações:

Em defesa os responsáveis alegaram que “o referido processo é um registro de preços e uma ata derivada de tal registro pode exceder o exercício financeiro, mas por outro lado não pode ser prorrogada, o que dessa maneira não infringiria o artigo 57 da lei 8666/93.” [sic] (fls. 320/321).

Justificaram, ainda, que os 8 itens formaram 4 lotes distintos, “tendo em vista que alguns focais semaforicos deverão funcionar simultaneamente para promover a “onda verde” (sistema de gerenciamento da abertura do sinal verde a fim de criar maior fluidez no tráfego) e devem ser compatíveis entre si para garantir eficiência no funcionamento do sistema [...] os itens 1, 2, 3 e 8 formaram o lote 01, os itens 5 e 6 formaram o lote 2 e os itens 4 e 7 por serem independentes formaram um lote cada respectivamente.” [sic]

Noticiaram, ao final, que o processo não fora homologado, e nem tampouco foi celebrado o contrato dele decorrente.

Em sede de reexame, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação produziu o estudo de fls. 323 a 326, mantendo seu posicionamento do relatório inicial (fls. 293v/294).

Registrou a exigência editalícia (fl.16):

1. A presente licitação tem por REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO E INSTALAÇÃO DE CONJUNTO SEMAFÓRICO SEMDS, mediante as especificações técnicas descritas no ANEXO I deste edital independente de transcrição.

E, ainda, que o Anexo I do edital (fls.22/24), em cada um dos itens, especificou os equipamentos a serem fornecidos, bem como o serviço de mão de obra para instalação, programação e teste dos equipamentos, bem como substituição de todo o cabeamento semaforico existente.

Citou seus relatórios iniciais (fls. 53/55 e 293/295):

Ressalte-se, todavia, que no momento da contratação, ainda que em escala, tanto o fornecimento dos produtos quanto sua instalação será simultaneamente, pela mesma empresa contemplada como vencedora do certame, portanto não havendo que se cogitar de prorrogação de contrato, como sugeriu a denunciante.

Há de se frisar que, caso houvesse certames distintos, um para fornecimento de dos conjuntos semaforicos e outro para sua instalação, o custo-benefício poderia ficar comprometido, podendo onerar consideravelmente a despesa. (sic)

Concluiu a Unidade Técnica que “Considerando que preocupação da denunciante versa sobre possibilidade futura de prorrogação contratual, bem como o fato de que os serviços objeto da licitação não englobam manutenção, mas apenas instalação, os quais tem início e fim no tempo, não podendo assim ser caracterizados como serviços de natureza contínua, em princípio, entende-se que o possível enquadramento do respectivo caso como serviços de

natureza contínua não encontra consistência para que possa ser interpretado como irregularidade.”

Em seu parecer conclusivo, de fls. 333 a 335v, o *Parquet* de Contas opinou pela regularidade do edital quanto a forma como o objeto foi parcelado.

Após análise da documentação acostada, entendo não haver irregularidade quanto a esse item da Denúncia, uma vez que o objeto do certame foi parcelado em 4 lotes (nomeados como itens), conforme Anexo I do edital, Relatório de Especificação (fls. 22/24), e, ainda, conforme pesquisa de preços realizada na fase interna do certame (fls. 70/119).

O edital, em sua cláusula X – Do Julgamento, item 1, prevê o critério de julgamento menor valor por item.

Verifico, também, na defesa conjunta dos responsáveis (fls. 320/321) a justificativa em relação à necessária compatibilidade dos equipamentos.

Assim, entendo que restou cumprido o disposto no inciso IV, do art. 15, e o § 1º, do art. 23, ambos da Lei nº 8.666/93.

Quanto à licitação conjunta, do material e dos serviços de instalação, em cada lote, sob o argumento de que poderia ensejar a prorrogação contratual de fornecimento, não sendo possível nos termos do inciso II, do art. 57, da mesma Lei, corroboro o entendimento da Unidade Técnica desta Corte, pois o fornecimento e os serviços de instalação ocorrerão simultaneamente, de forma imediata, não configurando obrigação que se prolonga no tempo. Serviços de manutenção corretiva em determinados equipamentos, por exemplo, é que podem ensejar prorrogação contratual, no entanto, não é essa a situação *in casu*.

Também quanto a este apontamento em seu parecer conclusivo, fls. 333 a 335v, o *Parquet* opinou pela regularidade do edital.

Assim, considero improcedente a Denúncia quanto a este apontamento.

II.2. Especificação do objeto, itens 1 a 8 do Anexo I do Edital, em desconformidade com a norma ABNT NBR 7995/2013, exigindo fabricação em “fibra light em gel”, e não em alumínio como determina a norma:

Em defesa os responsáveis justificaram a especificação dos equipamentos, descritas nos itens 1 a 8, do edital, para que fossem fabricados em “fibra light em gel”, explicando que tal material apresenta os seguintes benefícios, *verbis*:

- 1-Ausência de oxidação;
- 2-Maior durabilidade de sua pigmentação exposta às intempéries naturais;
- 3-Durabilidade e resistência;
- 4-Possui uma condição harmônica entre os elementos semafóricos, elevando os equipamentos a uma forma artística urbanística, objetivando o anseio da Administração Pública;
- 5-Diferentemente do alumínio, a fibra não possui valor mercadológico a terceiros, diminuindo a ação de vândalos, deixando assim o sistema sempre operante;
- 6-Os estudos, bem como a necessidade, foram devidamente apurados e analisados pela Engenharia de Trânsito de Itajubá – DETRANT.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia (fls. 328 a 331), em análise da matéria de sua competência, entendeu pela procedência da Denúncia, e fundamentou no seguinte sentido, vejamos:

Abaixo transcrevemos o Art. 1º da lei 4.150 de 21/11/1962:

Art. 1º Nos serviços públicos concedidos pelo Governo Federal, assim como nos de natureza estadual e municipal por ele subvencionados ou executados em regime de convênio, nas obras e serviços executados, dirigidos ou fiscalizados por quaisquer repartições federais ou órgãos paraestatais, em todas as compras de materiais por eles feitas, bem como nos respectivos editais de concorrência, contratos ajustes e pedidos de preços será obrigatória a exigência e aplicação dos requisitos mínimos de qualidade, utilidade, resistência e segurança usualmente chamados “normas técnicas” e elaboradas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, nesta lei mencionada pela sua sigla “ABNT”.

Extrai-se, do dispositivo legal em tela que, na União Federal, bem como nos demais entes que percebam verbas federais, a observância das normas da ABNT é medida obrigatória.

Acrescente-se ainda, que independentemente de expressa disposição legal, a observância das normas da ABNT é de todo impositiva, haja vista que estas garantem ao consumidor a necessária qualidade e segurança do produto.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, de todo aplicável às compras públicas, em razão do art. 54, da Lei 8.666/93, que estabelece que os contratos administrativos regulam-se pela Lei de Licitações e pelos preceitos de direito público, aplicando-se, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, é bastante claro a vedar o fornecedor de produtos colocar no mercado produtos em desacordo com as normas. Deste modo, transcrevemos as disposições do art. 39 do CDC:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

VIII – colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

Rizzatto Nunes, (NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 5a d. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 582), examinando o dispositivo, observa:

“Evidentemente a função primordial das chamadas normas técnicas é garantir maior qualidade dos produtos e serviços, gerando segurança e padronizando o processo de produção e oferta nos casos em que isso se torne necessário. O fato é que cada vez mais no mundo todo são produzidas normas técnicas, visando a garantia de qualidade, quer para os produtos e serviços produzidos no País, quer para os importados.”

(...)

Assim, e considerando que a finalidade da licitação é a escolha da melhor proposta para o contrato de interesse da Administração, que, em última análise, é o interesse público, concluímos que o objeto licitado deve estar sustentado pela qualidade e segurança e portanto, na necessária observância das normas da ABNT.

É oportuno trazer à baila a posição do professor Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 15a edição atualizada por BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado; FRANCHINI, Luis Fernando Pereira. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 66/67):

“Até o advento do Código de Defesa do Consumidor (1990) a obrigatoriedade das normas técnicas definitivas para obras e serviços públicos era imposta pela Lei 4.150, de 21.11.1962, que instituiu o regime compulsório de preparo e observância dessas normas em todas as construções e materiais empregados no serviço público realizado ou concedido pela União, suas autarquias e empresas governamentais, bem como nas obras e

serviços estaduais e municipais executados, subvencionados, dirigidos ou fiscalizados por repartições federais – motivo pelo qual a inobservância dessas normas dava ensejo à rescisão do contrato pela Administração, uma vez que a lei impunha seu atendimento como condição essencial para regular execução das obras e serviços públicos ou de interesse público.

O art. 39, VIII, do Código de Defesa do Consumidor vedou ao fornecedor de produtos ou serviços ‘colocar no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro).

A Resolução 1 do CONMETRO, de 9.1.1992, definiu como Norma Brasileira toda e qualquer norma elaborada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, ao mesmo tempo em que revogou resoluções anteriores que estabeleciam classes de Normas Brasileira (Definitiva e recomendada), bem como as decisões relativas aos métodos, especificações, padrões e terminologias, como antes se fazia. Agora, toda e qualquer decisão normativa é tomada no âmbito do Foro Nacional de Normalização é uma Norma Brasileira Registrada (NBR), cuja numeração foi alterada, para se tornar seqüencial a partir do número seguinte da última Norma Técnica Brasileira registrada pelo INMETRO (Resolução CONMETRO 7, de 24.9.1992.)

O conhecimento e aplicação dessas normas constituem dever ético-profissional de todos aqueles que projetam, executam ou adquirem para a Administração. Assim, todas as obras, serviços e compras da Administração centralizada, descentralizada e delegada, abrangendo as entidades públicas estatais e autárquicas como também, as empresas governamentais e os serviços concedidos ou subvencionados pelo Poder Público, estão sujeitos às normas técnicas da Associação de Normas Técnicas – ABNT ou outra entidade credenciada pelo CONMETRO.”

(...)

A norma ABNT NBR 7995/2013 especifica em seu item 4 – Requisitos, sub item 4.2.1 – Caixa, abaixo transcrito, que a caixa e seus componentes devem ser de alumínio.

4. Requisitos

[...]

4.2.1 Caixa

A caixa de concepção modular deve possuir dispositivo que permita a ligação externa, de modo a não comprometer sua hermeticidade. A caixa é constituída de portinhola e acessórios.

A caixa e seus componentes devem ser de alumínio fundido, conforme o tipo de fundição:

[...] (g.n.)

O Anexo I do Edital – Relatório de Especificação, especifica a caixa do conjunto semaforico seja construída com o material fibra light em gel.

A Prefeitura Municipal de Itajubá, em sua defesa de fls. 320/321 juntou aos autos, através do ofício nº 021/2018 – SEMUP/DELI os esclarecimentos e justificativas da escolha da especificação utilizada no edital do pregão, do tipo de material da caixa do foco semaforico em “*Fibra Light em Gel*”.

De acordo com a Administração, a escolha deste tipo de material apresenta alguns benefícios comparados ao material especificado pela norma ABNT, elencados à fl. 320.

Verificou-se que a Administração, ao elencar possíveis vantagens de utilização do material especificado no edital (*Fibra Light em Gel*), apenas emitiu uma opinião sem, no entanto, apresentar Estudos / Relatórios Técnicos e Dados Estatísticos que justificassem a

opção pelo material em desacordo com a norma técnica ABNT NBR 7995/2013, que especifica a caixa em alumínio. (g.n.)

Portanto, se verifica, pelas considerações acima, que o edital de licitação foi irregular por não observar os ditames da norma técnica ABNT NBR 7995/2013.

O Órgão Ministerial, em parecer conclusivo (fls. 333 a 335v), opinou pela irregularidade do edital quanto a este apontamento, e “tendo em vista que somente uma empresa participou da disputa, o que pode ser considerado elemento de fato comprobatório de restrição à competitividade do certame”, acatando a manifestação da Unidade Técnica deste Tribunal.

Pois bem, verifico não constar na fase interna do certame, tampouco na defesa dos responsáveis, relatórios técnicos ou dados estatísticos que justificassem a opção por outro tipo de material, diverso do que determina a citada norma ABNT NBR, e, assim, acompanho o estudo da 1ª Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia, uma vez que impõe-se observar o art. 1º da Lei nº 4.150/62, a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e norma técnica ABNT NBR 7995/2013, e, ainda, o inciso I, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93.

Nessa esteira, julgo procedente a Denúncia quanto a este apontamento.

II.3. Vedação da participação de consórcios, inserida no item IV – Das Condições de Participação, subitem 2, letra “d”:

Em defesa conjunta os responsáveis não se manifestaram sobre este ponto da Denúncia.

Em análise da defesa a CFEL retificou seu relatório inicial (fls. 293/295), registrando que, conforme decisões desta Corte de Contas, não há irregularidade quanto à ausência de justificativa para a vedação de participação de empresas consorciadas.

Isso com fundamento no *caput* do art. 33, da Lei nº 8.666/93, que deixa claro que a regra é a participação de empresas isoladamente, com vistas a ganho de competitividade, evitando-se a formação de carteis. À exceção quando o objeto licitado possui complexidade de tal modo que exija a *expertise* de várias empresas reunidas.

Em seu parecer conclusivo, de fls. 333 a 335v, o *Parquet* opinou pela regularidade do edital, nesse aspecto, pelas razões elencadas pela Unidade Técnica.

Vale transcrever o disposto na Lei Federal n. 8.666/1993, que no art. 33 estabelece as normas a serem seguidas pelo gestor, *verbis*:

Art. 33. **Quando permitida** na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (grifo nosso)

[...]

Fica, assim, evidenciada a discricionariedade do Administrador, bem como o caráter excepcional da participação de consórcios: “**Quando permitida** na licitação a participação de empresas em consórcio (...)”. Ou seja, a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração.

Evidencia-se na questão ora tratada a possibilidade, ou não, de vedar a participação de empresas consorciadas.

Pois bem, na esteira das decisões desta Corte, venho proferindo votos no sentido de que, nas hipóteses de licitações de grande vulto e maior complexidade do objeto¹, quando a vedação puder prejudicar a ampla participação e comprometer a competitividade do certame, ocorrendo à vedação, essa deverá estar devidamente justificada no processo administrativo.

Assim, surge a questão da necessidade da justificativa nos autos da licitação.

Isso porque a permissão à participação de empresas reunidas em consórcio só se justifica nas hipóteses em que seja necessário à garantia da competitividade, quando individualmente não são capazes de prestar os serviços ou fornecer o bem, ou, ainda, quando necessitam reunir experiência técnica, o que não se verifica no caso em tela.

Corroborando esse entendimento a decisão proferida pelo Tribunal Pleno, em 03/08/2016, nos autos do Recurso Ordinário nº 952058, da Relatoria do Conselheiro José Alves Viana, em que o nobre Conselheiro pronunciou no seguinte sentido:

(...) nego provimento ao recurso, tendo em vista que a licitação em exame não é de grande vulto e alta complexidade, e, portanto, a participação de empresas reunidas em consórcio não seria cabível, razão pela qual entendo que a motivação para a vedação está implícita na natureza do objeto.

Na mesma ocasião manifestou-se o Conselheiro em Substituição Hamilton Coelho:

(...) se nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns a participação de consórcio é excepcional, algum sentido faria em exigir justificativa para a sua permissão, mas jamais quanto à sua restrição.

Por sua vez, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão:

(...) a leitura do disposto no art. 33 da Lei n. 8.666/93 deixa claro que a justificativa deve ser apresentada apenas quando da autorização da participação das empresas consorciadas (...).

Vale ressaltar que o voto do Relator foi aprovado por unanimidade.

A partir de então firmou-se posicionamento, no Plenário desta Corte, de que não se tratando de objeto de grande vulto e alta complexidade desnecessária se faz a justificativa para a vedação de empresas em consórcio no certame, eis que “já está implícita na natureza do objeto”.

Quanto à possibilidade de vedar os consórcios resta claro constituir previsão legal.

E, quanto ao objeto da aquisição em tela verifico que esse não encarta nenhuma complexidade que levasse à necessidade de reunião de empresas para fornecê-lo ou instalá-lo, ou somar qualificações econômico-financeiras e qualificações técnicas, ao contrário.

Tampouco se poderia cogitar da necessidade de justificativa para a sua vedação, pois essa se encontra expressa na própria natureza do objeto, eximindo o gestor de apresentar motivação para a proibição de consórcio de empresas.

Cito, também, trecho do voto proferido pelo Conselheiro Gilberto Diniz, Denúncia nº 944741, aprovado em sessão da Segunda Câmara de 28/04/2016:

¹ Denúncia nº 912322 e outros de minha relatoria. No mesmo sentido Denúncia nº 944741, Rel. Conselheiro Gilberto Diniz.

Quanto à ausência de motivação para a vedação de participação de empresas em consórcio, constante no subitem 2.2.3 do instrumento convocatório, entendo que não houve ilegalidade na condução do procedimento licitatório, nesse ponto. **Não se pode afirmar que houve restrição à competitividade, tampouco afirmar que a participação de empresas em consórcio no certame em exame atrairia novos interessados.**

Quanto a esse apontamento, embora considere que o caráter discricionário do administrador público é relativo, e não absoluto, conforme Acórdão nº 1678/2006 do Plenário do TCU, no caso concreto, verifiquei que **o objeto do certame** (contratação de empresa especializada em transporte escolar dos alunos da rede municipal de ensino) **não esbarra em questões de maior vulto e de maior complexidade técnica, a justificar a necessidade de formação de consórcio para participação na licitação**, de forma a unir esforços para se conseguir somar qualificações econômico-financeiras e qualificações técnicas.

[...]

Conclui-se, dessa forma, que a motivação devidamente fundamentada e expressa se faz necessária quando a permissão ou vedação se mostrarem, em um cotejamento com a regra geral, restritivas à competitividade do certame.

Nesse aspecto, Marçal Justen Filho² ensina que:

(...) há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) a complexidade do objeto tornam problemática a competição.

(...) isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação.

Nesse caso, o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes.

Quando a natureza do objeto da contratação já justifica a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio no certame, em razão de não se revestir de alta complexidade técnica e grande vulto³, não se justificando, de fato, a necessidade de formação de consórcios entre empresas para que o interesse público seja alcançado, tampouco há necessidade de justificativa para a vedação constar do processo administrativo, pois já implícita.

Entendo, também, que esse não fora o motivo da participação de somente 1 (uma) empresa na licitação, conforme ata de julgamento à fl. 252. Mas ao fato de que, em pesquisa de mercado junto a 4 (quatro) empresas, somente 2 (duas) atenderam à especificação “caixa fibra lighth em gel” (fls. 70/119)

Ademais, em simples pesquisa na rede mundial de computadores verifica-se um grande número de fabricantes, levando a crer que há no mercado grande número de fornecedores⁴.

² Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 12.^a ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 463.

³ R\$282.625,70. Embora a pesquisa de preços realizada, conforme Quadro Comparativo de Prévias (fls. 115/119, tenha como parâmetro somente 2 (dois) preços de mercado, tendo em vista que somente duas empresas atenderam às especificações (caixa de fibra lighth em gel).

⁴ <https://www.directindustry.com/pt/fabricante-industrial/semaforo-138403.html>

Tendo em mente essas considerações, estou convencido de que a vedação à participação de empresas consorciadas não restringiu a participação no certame, e, assim, considero improcedente a Denúncia quanto a esse apontamento.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto pela **procedência parcial** da Denúncia, em razão da irregularidade apurada, no edital de Pregão Presencial nº 118/2015, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Itajubá, para a aquisição e instalação de conjunto semafórico, qual seja, a especificação do objeto, itens 1 a 8, contrária aos padrões impostos pela norma ABNT NBR 7995/2013, em ofensa aos princípios da legalidade e da competitividade, ao art. 1º da Lei nº 4.150/62, a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e inciso I, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93.

Reputo não ser cabível, na hipótese vertente, a cominação de multa aos responsáveis, considerando que o certame está paralisado, por decisão dos gestores, ao tomarem conhecimento da presente Denúncia, sem que tenha havido a homologação e, conseqüentemente, a celebração de contrato, demonstrando-se a boa-fé dos gestores, ausente, portanto, a produção de efeitos do edital irregular.

Determino a anulação do Pregão Presencial nº 118/2015, uma vez que o **vício identificado é insanável**, consoante o disposto no art. 49 da Lei nº 8.666/93, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, enviando ao Tribunal a publicação do ato, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de aplicação de multa pessoal, nos termos do inciso III do art. 85 da Lei Complementar nº102, de 2008. E, caso persista o interesse da Administração na contratação em exame o edital de licitação deve ser publicado escoimado da irregularidade apontada neste voto, dando-se início a novo procedimento.

Recomendo aos responsáveis que nos ulteriores procedimentos licitatórios, abstenham-se de inserir em seus editais especificações técnicas restritivas que prejudicam a competitividade, ferindo-se o inciso I, do § 1º, do art. 3º da Lei nº 8.666/93, observando-se, ainda, a legislação específica, acima citada.

Deixo de determinar que os responsáveis encaminhem novo edital que venham a deflagrar, por não vislumbrar a presença dos critérios de materialidade, risco e relevância que, nos termos previstos no parágrafo único do artigo 226, da Resolução nº 12/2008, devem balizar as atividades de controle externo. Ademais, o controle social exercido pelos licitantes minimiza substancialmente o risco de uma contratação viciada.

Intimem-se as partes da presente decisão nos termos do art. 166, § 1º, II, do Regimento Interno desta Corte.

Após tomadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do RITCMG.

* * * * *