

Processo: 1088782
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Eicon Controle Inteligente de Negócios Ltda.
Denunciada: Prefeitura Municipal de Ubá
Responsáveis: Agilis Consultoria E Tecnologia da Informação Eireli, Cícero Mateus de Oliveira, Edson Teixeira Filho, Eduardo Rinco, Nádia Silva Melo Gomes
Procuradores: Morghana Nayara de Paiva, OAB/MG 140.918; Wederson Advíncula Siqueira, OAB/MG 102.533; Mateus de Moura Lima Gomes, OAB/MG 105.880
MPC: Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO

PRIMEIRA CÂMARA – 10/5/2022

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LICENCIAMENTO DE *SOFTWARE*. ALEGAÇÃO DE VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO. FALTA DE PREVISÃO NO EDITAL. REGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA. AGLUTINAÇÃO DOS SERVIÇOS DE DATA CENTER E DE LICENÇA E USO DE *SOFTWARE*. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. NÃO VERIFICAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. VEDAÇÃO DE SUBCONTRATAÇÃO DO DATA CENTER. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. IRREGULARIDADES TÉCNICAS. SUPOSTO IMPEDIMENTO À EXECUÇÃO DO OBJETO LICITADO E À APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS. MATÉRIA ATINENTE À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA MUNICIPAL. IMPROCEDÊNCIA. APONTAMENTOS COMPLEMENTARES. MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS. FALTA DE DADOS A RESPEITO DA DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA DE MELHOR PREÇO. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO. ATENDIMENTO INSUFICIENTE. PROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO. NEGOCIAÇÃO DIRETA DE PREÇO. PREGOEIRO E EMPRESA CLASSIFICADA EM PRIMEIRO LUGAR. INEXISTÊNCIA DE NEGOCIAÇÃO. PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. A exigência de apresentação de certidão negativa de falência e recuperação judicial, que, com o advento da Lei 11.101/2005, substituiu a certidão de falência e concordata, não implica a imediata inabilitação do licitante, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação realizar diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira da licitante.
2. A falta de previsão no edital acerca da vedação à participação de empresas em consórcio não conduz, automaticamente, à permissão de participação no certame em tal condição, pois, caso o edital seja omissivo, presume-se a impossibilidade da participação de empresas em consórcio, em consonância com o disposto no art. 33 da Lei n. 8.666/1993.
3. Tratando-se de contratação de serviço de licença e uso de *software* e data center, mostra-se razoável o não parcelamento do objeto da licitação, haja vista que os sistemas informatizados

pretendidos guardam interconexão entre si e um único fornecedor poderia gerar melhores condições técnicas de interconectividade entre os *softwares*, facilitando sua manutenção, treinamento, atualizações e customizações; além da possibilidade de ganhos de economia de escala.

4. É possível à Administração Pública vedar a subcontratação, medida excepcional regulada pelo art. 72 da Lei n. 8.666/1993, tendo em vista se tratar de ato discricionário em que se observam os princípios da conveniência e do interesse público, e cuja motivação é razão de permissibilidade, e não de impedimento.
5. As alegações da denunciante acerca de questões eminentemente técnicas executadas no sistema de gerenciamento eletrônico do ISSQN estão diretamente atreladas, por força constitucional, às respectivas legislações do município que devem ser observadas pela Administração Tributária, não tendo a denunciante se desincumbido do ônus de fazer prova de suas alegações, deixando de mencionar qualquer fundamento legal, doutrinário ou jurisprudencial que pudesse embasar a argumentação referente ao tema.
6. O princípio da motivação impõe à Administração Pública a obrigatoriedade de fundamentar o ato praticado, bem como o dever de indicação dos pressupostos fáticos, técnicos e jurídicos que determinaram a decisão que ensejou a desclassificação da empresa detentora da proposta de melhor preço, razão pela qual a motivação incompleta acerca das exigências analisadas se mostra insatisfatória ao cumprimento do referido princípio.
7. A negociação entre o pregoeiro e a empresa responsável pela proposta classificada em primeiro lugar trata-se de poder-dever da Administração Pública, visando a contratação mais vantajosa, ainda que o preço encontrado após a disputa seja inferior àquele objeto da pesquisa de preços constante da fase interna da licitação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

- I) julgar improcedentes os apontamentos da denúncia e procedentes os apontamentos complementares apresentados pelo Ministério Público de Contas, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno, c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil, sem a aplicação de penalidades aos responsáveis, diante das circunstâncias do caso delineadas na fundamentação.
- II) recomendar ao atual pregoeiro da Prefeitura Municipal de Ubá para que, nos futuros procedimentos licitatórios realizados na modalidade pregão:
 - a) justifique, de forma suficientemente detalhada, o motivo do não atendimento da proposta aos termos dispostos no edital, a fim de conferir maior grau de cumprimento ao princípio da motivação dos atos administrativos, especialmente no que diz respeito à desclassificação de licitantes em procedimentos licitatórios;
 - b) realize a negociação prevista no art. 4º, XVII, da Lei n. 10.520/2002, visando obter proposta mais vantajosa para a Administração, ainda que os preços encontrados após a disputa sejam inferiores àqueles da pesquisa de preços realizada na fase interna da licitação;
- III) determinar a comunicação à empresa denunciante e intimação dos responsáveis pelo DOC, bem como do Ministério Público de Contas, na forma regimental;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Processo 1088782 – Denúncia
Inteiro teor do acórdão – Página 3 de 16

IV) determinar, após promovidas as medidas cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Presidente Gilberto Diniz.

Presente à sessão o Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de maio de 2022.

GILBERTO DINIZ

Presidente

ADONIAS MONTEIRO

Relator

(assinado digitalmente)

PRIMEIRA CÂMARA – 10/5/2022

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada por Eicon Controle Inteligente de Negócios Ltda. (código do arquivo n. 2113681, peça n. 33) em face do Pregão Eletrônico n. 25/2020, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Ubá, destinado à “contratação de empresa especializada na prestação de serviços de licenciamento de *software* por prazo determinado destinado a soluções de *software* integrada, cujo o objetivo direto é promover o gerenciamento e o incremento do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN), acompanhado de garantias técnicas que irão apoiar a operacionalização da referida Solução de *software* e dos serviços de implantação, capacitação técnica e suporte [...]”, com valor estimado em R\$ 341.728,80.

Em síntese, os apontamentos da denúncia circunscrevem-se à: (i) restrição à competitividade do certame com a vedação indevida à participação de empresas em recuperação judicial, contida nos itens 5.1 e 10.2.11 do edital; (ii) inexistência de motivação para vedação de participação no certame de empresas reunidas em consócio; (iii) restrição à competitividade do certame, com a aglutinação dos serviços de data center e de licença e uso de *software*, em lote único, e a indevida vedação de subcontratação do data center, visto que muitos dos licitantes não ofereceriam ambos os serviços; (iv) irregularidades técnicas que impediriam a execução do objeto licitado e apresentação de propostas previstas nos itens 7.1.26, 7.1.27, 7.1.73, 7.1.147, 7.1.170, 7.1.172 e 7.1.173, todos do instrumento convocatório. O denunciante requereu, como medida cautelar, a suspensão do certame.

Em juízo de cognição sumária, determinei a intimação do prefeito de Ubá, Sr. Edson Teixeira Filho, bem como da pregoeira e subscritora do edital, Sra. Nádia Silva Melo Gomes, e do secretário municipal de Finanças e subscritor do termo de referência, Sr. Cícero Mateus de Oliveira, para que enviassem cópia dos documentos atualizados relativos às fases interna e externa do certame e, ainda, apresentassem as justificativas e documentos que entendessem cabíveis acerca das alegações da denúncia, o que foi cumprido pelos gestores (documento eletrônico n. 6063911/2020, código do arquivo n. 2095214, peça n. 6).

Em seguida, à míngua de demonstração de efetivo prejuízo à competitividade e ao erário e, ainda, por visualizar prejuízos concretos com a deflagração de outros atos ou procedimentos, indeferi o pleito liminar (código do arquivo n. 2102594, peça n. 22).

Após, os autos foram encaminhados à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – Cfel, que entendeu (código do arquivo n. 2112298, peça n. 30) pela improcedência da denúncia. Assim, concluiu pelo arquivamento do feito.

A seu turno, o Ministério Público de Contas (código do arquivo n. 2198187, peça n. 35) constatou que (v) haveria falta de dados a respeito da desclassificação da proposta de melhor preço e (vi) inexistiria, neste caso, negociação direta na ata de julgamento, em afronta ao art. 4º, XVII, da Lei n. 10.520/2002. Assim, requereu a citação do Sr. Édson Teixeira Filho, prefeito de Ubá; da Sra. Nádia Silva Melo Gomes, pregoeira e subscritora do edital, responsável pelo julgamento das impugnações ao edital e condutora da “Ata de Julgamento”; do Sr. Eduardo Rinco, procurador-geral do município, por ter aderido às razões constantes do julgamento das impugnações ao edital; e da Agilis Consultoria e Tecnologia da Informação Eireli, empresa contratada.

Em despacho disponível à peça 36, código do arquivo n. 2211016, acolhendo a manifestação do *Parquet* Especial, determinei a citação dos responsáveis mencionados, para que

apresentassem defesa e/ou documentos que entendessem pertinentes sobre os apontamentos constantes da denúncia, do estudo da Unidade Técnica e do parecer ministerial.

O representante da empresa Agilis Consultoria e Tecnologia da Informação Eireli apresentou defesa às peças n. 43 e 53, acompanhada dos documentos às peças n. 42, 44, 52 e 54 do SGAP, enquanto os Srs. Edson Teixeira Filho, Eduardo Rinco e Nádia Silva Melo Gomes apresentaram defesa conjunta disponível às peças n. 46, 47, 50 e 51.

Após a análise das defesas, a 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios (códigos dos arquivos n. 2679285 e 2679310, peças n. 59 e 60) concluiu pela “manutenção do entendimento fundamentado na peça n. 30 pela Cfel, acerca da improcedência dos apontamentos suscitados na peça inaugural da presente denúncia”. Opinou, ainda, pelo “acolhimento integral das razões de defesa apresentadas pela sociedade empresária Agilis Consultoria e Tecnologia da Informação Eireli no que tange aos apontamentos supracitados e aos aditamentos realizados pelo MPC, devendo a empresa seguir no processo apenas como parte interessada, sem integrar, contudo, o polo passivo da denúncia”. Por fim, sugeriu a emissão de recomendações.

Em parecer conclusivo, o Ministério Público de Contas (código do arquivo n. 2716292, peça n. 61), acolheu parcialmente as razões de defesa apresentadas quanto ao aditamento relativo à falta de dados a respeito da desclassificação da proposta de melhor preço, entendendo que subsistiria “a incompletude acerca da motivação do ato de desclassificação, sem que isso, contudo, tenha ocasionado qualquer prejuízo para a Administração Municipal”. No tocante ao aditamento referente à ausência de negociação direta, concluiu que não deveriam ser acolhidas as justificativas apresentadas pelos defendentes, devendo ser aplicada multa aos responsáveis.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Vedação à participação no certame de empresas em recuperação judicial

Consoante relatado, a denunciante alegou que a vedação à participação de empresas em recuperação judicial, constante dos itens 5.1 e 10.2.11 do edital, seria indevida, pois iria de encontro ao princípio da função social das empresas.

Em sede de defesa, a empresa Agilis Consultoria e Tecnologia da Informação Eireli afirmou que, ao contrário do que teria apontado a denunciante, a Administração Municipal, no julgamento da impugnação do edital, teria deixado claro que as empresas em recuperação judicial poderiam participar do certame, indicando, como fundamento, o item 10.2.11 do instrumento convocatório. No mesmo sentido, os Srs. Edson Teixeira Filho, Eduardo Rinco e a Sra. Nádia Silva Melo Gomes pugnaram pela regularidade da exigência contida no referido item editalício, por entenderem que ele se encontraria em consonância com a jurisprudência e a legislação de regência.

Após análise das defesas, a Unidade Técnica concluiu pela improcedência do apontamento, corroborando a análise inicial realizada pela Cfel (código do arquivo n. 2112298, peça n. 30), sendo que a fundamentação desta se deu nos seguintes termos:

Compulsando os autos, verifica-se, conforme bem salientado pelos responsáveis e pelo relator, que o item 5.2 veda a participação de empresas que estejam com falência decretada, dissolução ou liquidação, não havendo qualquer menção às que estejam em recuperação judicial. Por sua vez, o item 10.2.11 permite que, para fins de qualificação econômico-financeira, a licitante apresente certidão de recuperação judicial, não havendo qualquer vedação nesse sentido.

Melhor esclarecendo o item 5.2 do edital, a dissolução é o ato de encerramento das atividades da empresa, e a liquidação, ato posterior à dissolução, é a etapa que visa à finalização dos negócios, como o pagamento de dívidas, a cobrança de devedores e a partilha entre os sócios [1], o que difere da recuperação judicial.

Registre-se que, no entender desta Unidade Técnica, em uma interpretação sistemática do edital, a certidão negativa mencionada no item 10.2.11 se refere apenas à falência e à concordata, sendo permitida a apresentação de certidão de regime de recuperação judicial.

Pelas mesmas razões esposadas pela Unidade Técnica, o Ministério Público de Contas entendeu pela improcedência do apontamento.

Conforme ponderei na decisão pelo indeferimento do pleito liminar, compulsando o edital do Pregão Eletrônico n. 25/2020 (documento eletrônico n. 6063911/2020, código do arquivo n. 2095233, peça n. 17) verifiquei que o item 10.2.11 exigiu, como critério de qualificação econômico-financeira, “certidão negativa de falência, concordata ou regime de recuperação judicial, expedida pelo Distribuidor Judicial da sede da empresa, datada de até noventa dias anteriores à data de encerramento do prazo para a entrega dos envelopes”. No entanto, diante de tal previsão, não se pode afirmar que tenha havido vedação indevida à participação de empresas em recuperação judicial, uma vez que tal exigência não implicaria imediata inabilitação do licitante, sendo possível ao pregoeiro realizar diligências para avaliar a situação da capacidade econômico-financeira da licitante. Esse entendimento vem sendo adotado pela jurisprudência deste Tribunal. Nesse sentido, tem-se o julgamento da Denúncia n 1072438, de minha relatoria, sessão de 12/3/2020, da Segunda Câmara.

Destaco, ainda, que, como bem pontuaram a Unidade Técnica e o *Parquet* Especial, dentre as hipóteses de vedação à participação no certame, previstas no item 5.2¹ do instrumento convocatório, a alínea “c”, especificamente, que dispõe sobre a inadmissão dos candidatos sob regime de falência, concordata ou liquidação, não faz referência às empresas que estejam em recuperação judicial.

Por fim, vale ressaltar que, da análise da ata da sessão do pregão, constatei que nenhum dos participantes foi inabilitado por este motivo, não havendo, portanto, prejuízo ao certame e aos licitantes.

Diante do exposto, em sintonia com o entendimento da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas, proponho que este apontamento seja julgado improcedente.

2. Inexistência de motivação para vedação de participação no certame de empresas reunidas em consórcio

A denunciante afirmou que o edital não seria claro quanto à vedação de participação de empresas reunidas em consórcio, uma vez que a mencionada hipótese não constaria no item 5.2 do edital, contrariando entendimento já esposado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

¹ 5.2 - Não serão admitidos interessados que se enquadrem nas situações a seguir:

- a) Estejam cumprindo a penalidade de suspensão temporária imposta pelo Município;
- b) Sejam declarados inidôneos em qualquer esfera de Governo;
- c) Estejam sob regime de falência, concordata, dissolução ou liquidação;
- d) Todos aqueles casos proibidos pela legislação vigente;
- e) Possuam proprietário titular de mandato eletivo no Município;
- f) Estejam descumprindo o disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.
- g) Que não explorem atividade compatível com o objeto da licitação.

A empresa Agilis Consultoria e Tecnologia da Informação Eireli, em sua defesa, pugnou pela improcedência do apontamento, diante da discricionariedade do órgão responsável pela licitação acerca da decisão “pela participação ou não de empresas consorciadas”. Já os Srs. Edson Teixeira Filho, Eduardo Rinco e a Sra. Nádia Silva Melo Gomes argumentaram que o objeto do certame não apresentaria “qualquer atuação complexa” e considerando, ainda, a discricionariedade pública pontuaram que se mostraria idônea a ausência de previsão de participação de consórcios.

Em reexame, a Unidade Técnica também corroborou, neste ponto, a análise inicial realizada pela Cfel, que, naquela oportunidade, destacou que a previsão no edital de participação de empresas em consórcio insere-se no âmbito do poder discricionário do administrador público, que, por sua vez, deve averiguar se o objeto da licitação, em função de sua complexidade ou do seu vulto, comporta ou não a execução por meio de empresas consorciadas. Assim, no caso em tela, não vislumbrou a irregularidade apontada, por entender que a ausência de previsão específica no edital seguiria os termos do art. 33 da Lei n. 8.666/1993.

O *Parquet* Especial, no mesmo sentido, não vislumbrou afronta ao ordenamento jurídico, por entender que, além de ter sido observado o dever de motivação, o objeto licitado realmente não se revestiria “de elevada complexidade, a ponto de demandar a obrigatória permissão da participação de empresas reunidas em consórcio”.

Inicialmente, vale destacar que, de fato, tal como pontuou a denunciante, o item 5.2 do edital, colacionado em nota de rodapé no item 1.1 desta proposta de voto, não previu, dentre as hipóteses de inadmissão dos candidatos, a vedação à participação de empresas em consórcio. Todavia, a falta de previsão no edital acerca da vedação à participação de empresas em consórcio não conduz, automaticamente, à permissão de participação no certame em tal condição, pois, caso o edital seja omissivo, presume-se a impossibilidade da participação de empresas em consórcio, em consonância com o disposto no art. 33 da Lei n. 8.666/1993.

Isso porque, tal como destaquei na decisão de indeferimento da liminar, consoante disposto no art. 33 da Lei n. 8.666/1993, é possível depreender que a participação de empresas reunidas em consórcios está na margem de discricionariedade do administrador, devendo ser avaliado, em cada caso, a conveniência e a oportunidade de se ampliar a competição do certame por meio da participação de consórcios. Além disso, conforme entendimento consolidado deste Tribunal, a vedação ou permissão de participação de empresas reunidas em consórcio na licitação deve ter como parâmetro a conjugação de elementos como vulto, dimensão e complexidade. Cito, neste sentido, a decisão exarada no âmbito do Recurso Ordinário n. 952058, de relatoria do conselheiro José Alves Viana, apreciado na sessão do Tribunal Pleno do dia 3/8/2016.

Ademais, consoante expus em sede de juízo inicial, bem como pontuaram a Unidade Técnica e o Ministério Público de Contas, não verifiquei, no objeto do Pregão Eletrônico n. 25/2020, questões de complexidade elevada ou de maior vulto, razão pela qual reputo facultativa a exposição de justificativas acerca da opção administrativa em vedar à participação no certame de empresas reunidas em consórcio.

Diante do exposto, em sintonia com o entendimento da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas, proponho que este apontamento seja julgado improcedente.

3. Aglutinação dos serviços de data center e de licença e uso de *software*, em lote único, e a suposta vedação indevida de subcontratação de data center

A denunciante apontou que seria irregular a aglutinação dos serviços de data center e de licença e uso de *software*, sendo vedada a subcontratação daqueles por parte do contratado, destacando,

ainda, que a Administração deveria subdividir o objeto em tantos itens quanto forem possíveis, com vistas a ampliar a competitividade do procedimento licitatório.

Em sede de defesa, a empresa Agilis Consultoria e Tecnologia da Informação Eireli colacionou excerto da decisão liminar proferida nestes autos para pugnar pelo afastamento do apontamento de irregularidade. Já os Srs. Edson Teixeira Filho, Eduardo Rinco e a Sra. Nádia Silva Melo Gomes alegaram que o objeto do certame não apresentaria peculiaridades que demandariam o seu fracionamento, e pontuaram, ainda, que “a aglutinação contribuiu para atingir os objetivos da Lei n. 8.666/1993”.

Em reexame, a Unidade Técnica também corroborou, neste ponto, a análise inicial realizada pela Cfel, que, naquela oportunidade, colacionou excerto da análise técnica da Diretoria de Tecnologia da Informação desta Corte, no caso dos autos da Denúncia n. 1007605, “que apresentava o mesmo apontamento ora analisado” e concluía que “a divisão do objeto em parcelas não se comprova técnica e economicamente viável, haja vista as características específicas do objeto”. Assim, a Cfel entendeu que não procederiam os argumentos do denunciante quanto à aglutinação dos serviços de data center e de licença e uso de *software*. Quanto à alegação de irregularidade do edital em face da vedação à subcontratação, a análise inicial pontuou que “a permissão ou não à subcontratação é decisão da Administração Pública, cabendo a ela o juízo de admissibilidade, sendo analisado oportunidade e conveniência, e, com isso, a possibilidade de viabilizar a subcontratação”.

O Ministério Público de Contas também concluiu pela improcedência do apontamento, destacando que, “embora teoricamente fosse possível a divisão do objeto licitado em dois lotes, isso poderia acarretar contrariedade ao interesse público”. Pontuou, ademais, que, “no intuito de que utilizem a mesma linguagem técnica, afigura-se altamente desejável que a empresa detentora dos direitos do *software* utilizado seja a mesma que controle os serviços de datacenter”.

Nos termos da decisão pelo indeferimento da liminar e, ainda, na esteira dos entendimentos da Unidade Técnica e do *Parquet* Especial, ressalto que, embora a regra seja a divisibilidade do objeto, há de se considerar que os sistemas informatizados pretendidos guardam interconexão entre si e que um único fornecedor poderia gerar melhores condições técnicas de interconectividade entre os *softwares*. É que, em licitações que envolvem diversidade de serviços, o parcelamento ou não do objeto deve ser aferido em cada caso, considerando-se a viabilidade técnica, o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado, a ausência de perda de economia de escala e a ausência de prejuízo ao conjunto a ser contratado. Cito, nessa linha, o entendimento² exarado pela Segunda Câmara, em 5/12/2019, nos autos da Denúncia n. 1031671, também de minha relatoria.

Noutro giro, acerca da alegação da denunciante de que a subcontratação dos serviços de data center seria vedada, cabe destacar que a disposição prevista na cláusula V – obrigações da contratada, constante do Anexo VII – minuta do contrato, especificamente no subitem 5.1.8, estabeleceu que é vedada a subcontratação “sem prévia e formal anuência da contratante”. O subitem 5.1.8.1, por sua vez, permite “excepcionalmente, a subcontratação dos serviços descritos no item 6.1 do Termo de Referência”³, referentes, tão somente, aos “requisitos

² 2. A falta de fracionamento do objeto da licitação deve ser justificada, a fim de demonstrar que não seria a opção mais vantajosa para a Administração, uma vez que o fracionamento é a regra. No caso, tendo a justificativa apresentada sido consistente, haja vista que os sistemas informatizados pretendidos guardam interconexão entre si e um único fornecedor poderia gerar melhores condições técnicas de interconectividade entre os softwares, facilitando sua manutenção, treinamento, atualizações e customizações; além da possibilidade de ganhos de economia de escala.

³ ANEXO VII MINUTA DE CONTRATO

técnicos da solução de *software*”. Verifica-se, portanto, que, de fato, a Administração Municipal não admitiu a subcontratação dos serviços de data center.

Não obstante, releva salientar que é possível à Administração Pública vedar a subcontratação, medida excepcional regulada pelo art. 72 da Lei n. 8.666/1993, tendo em vista se tratar de ato discricionário em que se observam os princípios da conveniência e do interesse público, e cuja motivação é razão de permissibilidade, e não de impedimento, não havendo, portanto, que se falar em irregularidade neste ponto.

Por fim, destaco que, embora a denunciante tenha alegado “que muitos dos licitantes não ofereceriam ambos os serviços”, não constatei, nos autos, demonstração de que o fracionamento do objeto permitiria economia e elevação da competitividade, tampouco que a definição do objeto, tal como descrita, tenha prejudicado a disputa ou tenha se configurado potencial ou efetivo prejuízo ao interesse público ou ao erário. Isso porque, compulsando os autos (documento eletrônico n. 6063911/2020, código do arquivo n. 2095232, peça n. 7) verifiquei que o valor total estimado para a contratação foi de R\$ 341.728,80, ao passo que o menor lance ofertado na sessão do pregão (documento eletrônico n. 6063911/2020, código do arquivo n. 2095250, peça n. 12), foi de R\$ 199.000,00. Além disso, da leitura do gerenciamento da classificação do pregão eletrônico, observa-se que o certame obteve relativa competitividade, com a participação de duas empresas.

Diante do exposto, em sintonia com o entendimento da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas, proponho que estes apontamentos sejam julgados improcedentes.

4. Irregularidades técnicas que impediriam a execução do objeto licitado

A denunciante aduziu que foram verificadas irregularidades técnicas que impossibilitariam a composição das propostas e a execução do objeto, mostrando-se demasiadamente restritivos os seguintes subitens⁴ do item 7 do Anexo I – Termo de Referência Técnico, que dispõe sobre os “requisitos de negócio da solução de software”:

Item 7.2.5: A data de vencimento está vinculada à guia de recolhimento. De acordo com o padrão ABRASF, não há campo para ser informada a data de vencimento;

Item 7.2.6: Da forma como está solicitado, os contribuintes com a situação de encerrado e/ou suspenso não podem realizar a consulta do seu livro fiscal. As declarações são do contribuinte e pode realizar a consulta a qualquer momento;

tem 7.2.7: Da forma como está solicitado, o contribuinte não poderá realizar a emissão de uma guia vinculada a uma única nota fiscal, impossibilitando o contribuinte de realizar a antecipação do pagamento do imposto; Item

7.4.3: Quando a nota for rejeitada pelo tomador ou quando o valor do ISSQN for retido, como deverá proceder para que seja cobrado o valor do ISSQN? As notas fiscais rejeitadas não deverão fazer parte do livro fiscal?;

Item 7.6: Como serão identificados os contribuintes prestadores de serviços da área contábil? A contratante vai enviar uma lista? Será realizada pelo enquadramento do

[...]

5.1.8. Não ceder ou subcontratar, inteira ou parcialmente, os direitos e obrigações deste Contrato ou os dele resultantes, sem prévia e formal anuência da CONTRATANTE.

5.1.8.1. Excepcionalmente, será permitida a subcontratação dos serviços descritos no item 6.1 do Anexo I - Termo de Referência nos termos do artigo 72 da Lei 8.666/93.

⁴ Destaca-se, nesse ponto, que os itens impugnados pela denunciante constam com numeração diversa dos previstos no Termo de Referência. Assim, na análise elaborada pela Unidade Técnica, nos pareceres ministeriais e nesta proposta de voto foram colacionados os itens com a numeração correta.

contribuinte? Se esses contribuintes devem ter um comportamento diferencial dos outros contribuintes, é necessário identificar esses contribuintes;

Item 7.9.4: Os valores de dedução devem estar em decretos ou leis, permitir que um auditor faça essa configuração de forma manual tira a impessoalidade do sistema;

Item 7.11.15: Essa funcionalidade tira a impessoalidade do sistema, que tem de ser responsável em identificar o valor dos juros e multas de acordo com a lei do município;

Item 7.11.17: Essa ação tem que ser da pessoa física. Porque não contrata a emissão da nota fiscal avulsa, desse modo a emissão da nota fiscal só é disponibilizada mediante o pagamento do imposto?;

Item 7.11.18: Por qual motivo um contribuinte estaria impedido de realizar a emissão da guia? Essa função deverá ser atendida quando for realizada uma ação fiscal, e não uma funcionalidade em que o auditor possa indicar uma empresa em qualquer momento. Mais uma funcionalidade que tira a impessoalidade do sistema.

Em sede de defesa, a empresa Agilis Consultoria e Tecnologia da Informação Eireli alegou que os itens impugnados pela denunciante não existiriam no termo de referência, apontando, ademais, que, em relação aos “requisitos do módulo destinado aos prestadores de serviço na área contábil”, conforme pontuou a municipalidade, “as questões técnicas executadas no sistema de gerenciamento eletrônico do ISSQN estão diretamente vinculadas às respectivas legislações do município e aos procedimentos administrativos praticados pela Administração Tributária”. No mesmo sentido, os Srs. Edson Teixeira Filho, Eduardo Rinco e a Sra. Nádia Silva Melo Gomes destacaram que o art. 91 da Lei Complementar Municipal n. 62/2001 considera fato gerador do ISSQN os “serviços de informática e congêneres”, como é o caso do objeto licitado. Afirmaram, ainda, que não é “possível verificar provas que sustentem a tese aduzida pela denunciante e que seja suficiente a afastar as regras estabelecidas pela Administração Pública.

A Unidade Técnica, em reexame, concluiu pela improcedência do apontamento, corroborando a análise inicial da Cfel, que, por sua vez, se deu nos seguintes termos:

Nos termos da Constituição da República, compete aos municípios legislar o tributo “ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza)”, *in verbis*:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

[...]

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Em pesquisa realizada na internet, foi possível encontrar a Lei Complementar Municipal nº 62/2001 [1], que dispõe sobre as receitas do Município de Ubá, sejam elas tributárias ou não. Em seu art. 91, consta como um dos fatos geradores do ISSQN os “serviços de informática e congêneres”, como é o caso do objeto ora licitado.

No entanto, em análise da denúncia, verifica-se que a denunciante não se incumbiu de fazer prova de suas alegações, não tendo mencionado qualquer embasamento legal, doutrinário ou jurisprudencial.

Ademais, consoante manifestação dos responsáveis e entendimento esposado pelo relator, entende-se que os itens impugnados são matéria atinente à Administração Tributária do Município de Ubá, considerando as normas municipais sobre o tema.

Reforce-se, também, que a outra impugnação apresentada, pela empresa Sigmix Tecnologia da Informação Ltda., não faz qualquer menção aos itens ora apontados, além de ter havido a participação de duas empresas no certame (Simpliss Sistema de Informação Ltda. e Agilis Consultoria e Tecnologia da Informação Eireli), o que demonstra relativa

competitividade, nos dizeres do próprio relator. Nesse sentido, registre-se o posicionamento de Jacoby Fernandes [2] sobre o princípio da competitividade:

[...]

Diante do exposto, considerando, também, que o menor lance ofertado (R\$ 199.000,00 - cento e noventa e nove mil reais) foi bastante inferior ao valor estimado no edital (R\$ 341.728,80 - trezentos e quarenta e um mil, setecentos e vinte e oito reais e oitenta centavos), esta Unidade Técnica entende que não houve demonstração de prejuízo *in casu*, podendo ser declarada improcedente a denúncia.

Pelas mesmas razões apresentadas pela Unidade Técnica, o Ministério Público de Contas entendeu pela improcedência deste apontamento.

Consoante indicado pela Unidade Técnica e pelo *Parquet* Especial, as questões eminentemente técnicas executadas no sistema de gerenciamento eletrônico do ISSQN estão, de fato, diretamente atreladas aos procedimentos administrativos realizados pela Administração Tributária, bem como às respectivas legislações do município, notadamente à Lei Complementar Municipal n. 62/2001⁵, que dispõe sobre as receitas do Município de Ubá, sejam elas tributárias ou não. No art. 91 do diploma legal mencionado, consta como um dos fatos geradores do ISSQN os “serviços de informática e congêneres”, como é o caso do objeto ora licitado.

Destaca-se, portanto, que as impugnações formuladas pela denunciante se referem a matérias que, por força constitucional, competem à Administração Municipal de Ubá. Além disso, tal como destacaram a Unidade Técnica e o Ministério Público de Contas, a denunciante não se desincumbiu de fazer prova de suas alegações, deixando de mencionar qualquer fundamento legal, doutrinário ou jurisprudencial que pudesse embasar a sua argumentação de que os referidos itens editalícios impossibilitariam a composição das propostas e a execução do objeto. Tal argumentação não merece prosperar, considerando, especialmente, que o certame obteve relativa competitividade, com a participação de duas empresas, que apresentaram suas propostas, tendo o menor lance ofertado alcançado valor expressivamente inferior ao valor estimado, tal como mencionei anteriormente.

Diante do exposto, em sintonia com o entendimento da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas, proponho que este apontamento seja julgado improcedente.

5. Falta de dados a respeito da desclassificação da proposta de melhor preço

O Ministério Público de Contas apresentou aditamento à denúncia, segundo o qual, em data posterior ao encaminhamento da documentação requisitada neste processo, no dia 1º/6/2020, a proposta de melhor preço apresentada pela empresa Simpliss Sistema de Informação Ltda. teria sido declarada “sem aderência/compatibilidade com o que fora licitado”. Destacou, todavia, que a Administração não teria detalhado de maneira clara a natureza da referida incompatibilidade.

Em sede de defesa, a empresa Agilis Consultoria e Tecnologia da Informação Eireli argumentou que não se mostrariam necessárias “explicações da natureza da incompatibilidade que se teria verificado, pois o próprio representante da empresa Simpliss Sistemas de Informação Ltda. solicitou o encerramento da sessão quando verificou que o sistema não foi compatível com o que foi licitado”. No mesmo sentido se deu a defesa dos Srs. Edson Teixeira Filho, Eduardo Rinco e da Sra. Nádia Silva Melo Gomes, sob a alegação de que “é perceptível pela própria ata

⁵ Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uba/lei-complementar/2001/6/62/lei-complementar-n-62-2001-dispoe-sobre-as-receitas-do-municipio-tributarias-e-outras-sobre-as-quais-lhe-competete-legislar>>. Acesso em: 18/4/2022.

de julgamento referente ao pregão que a motivação decorreu por ausência de atendimento às exigências mínimas do edital”.

Em reexame, a 3ª CFM concluiu pelo acolhimento parcial das razões de defesa, nos seguintes termos:

Quanto ao aditamento relativo à “falta de dados a respeito da desclassificação da proposta de melhor preço”, esta Unidade Técnica entende que os motivos que levaram à desclassificação foram apresentados de forma clara, ou seja, a licitante “Simpliss Sistema de Informação LTDA” não conseguiu atender aos requisitos mínimos previstos no edital e o próprio representante da empresa solicitou o encerramento da sessão, em razão do sistema proposto não ter sido compatível com o exigido.

No entanto, seria mais adequado que a motivação fosse mais completa, informando na ata quais foram os requisitos editalícios que não foram atendidos pela participante do certame e o porquê.

Portanto, nesse ponto, acolhe-se parcialmente as razões de defesa apresentadas, pois subsiste a incompletude acerca da motivação do ato de desclassificação, sem que isso, contudo, tenha ocasionado qualquer prejuízo para a Administração Municipal.

Sugere-se, assim a adoção de recomendação para que nos futuros certames, o princípio da motivação dos atos administrativos, especialmente no que diz respeito à desclassificação em procedimentos licitatórios, seja cumprido em sua integralidade, isto é, justificando-se de forma suficientemente detalhada o porquê do não atendimento da proposta aos termos dispostos no edital.

Em parecer conclusivo, o Ministério Público de Contas acolheu parcialmente as razões de defesa apresentadas, por entender que “subsiste a incompletude acerca da motivação do ato de desclassificação, sem que isso, contudo, tenha ocasionado qualquer prejuízo para a Administração Municipal”.

De início, vale colacionar as informações consignadas na ata de julgamento do Pregão Eletrônico n. 25/2020⁶, acerca da desclassificação da empresa Simpliss Sistema de Informação Ltda., *verbis*:

ATA DE JULGAMENTO REFERENTE AO PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 025/2020
PROCESSO ADMINISTRATIVO 0177/2020

[...]

No dia doze do mês de maio do ano de dois mil e vinte, foi convocada a empresa SIMPLISS SISTEMA DE INFORMAÇÃO LTDA, que apresentou o menor preço global para este certame, para apresentação da demonstração técnica no salão de reuniões da Prefeitura, cujo resultado foi lavrado em ata e assinada por todos os presentes, onde constatou-se que a empresa não atendeu as exigências mínimas do edital, vindo a ser encerrada a sessão, por pedido do próprio representante da empresa, vez que o sistema não deu aderência/compatibilidade com o que fora licitado. Na oportunidade, informamos que a sessão foi acompanhada pelo representante da licitante AGILIS, segunda colocada no certame.

Dando prosseguimento ao processo, conforme o disposto no subitem 8.33.5. do edital, que no caso do não atendimento de pelo menos um requisito dos exigidos ensejará em desclassificação do licitante, devendo o Pregoeiro convocar a empresa classificada

⁶ Disponível em:

<https://www.uba.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Pregao_Eletronico_25_2020_ata_julgamento?cdLocal=3&arquivo={BE0DEEBB-7084-6AAC-5EEB-B6CCC8E1CA1B}.pdf&cdLicitacaoArquivo=106316>. Acesso em: 18/4/2022.

subsequente para realizar sua demonstração e assim sucessivamente até que se obtenha o vencedor.

[...] (Grifei)

Observa-se, pois, que, de fato, a Administração Municipal tão somente indicou que a empresa desclassificada não teria atendido às exigências mínimas do edital, fato que teria ocasionado a incompatibilidade do sistema apresentado com o que fora licitado. Não obstante, em observância ao princípio da motivação, entendo que caberia à Administração Pública a obrigatoriedade de fundamentar o ato praticado, bem como o dever de indicação dos pressupostos fáticos e técnicos que determinaram a decisão, ou seja, caberia a ela consignar em ata quais foram os requisitos editalícios que não foram atendidos pela participante do certame e o respectivo motivo. Por essa razão, entendo que uma motivação incompleta acerca das exigências analisadas, tal qual a dos autos, não se mostra satisfatória ao cumprimento do princípio da motivação.

Ante o exposto, na esteira do entendimento esposado pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público de Contas, por entender insuficiente a motivação apresentada pela Administração Municipal acerca dos fundamentos que levaram à desclassificação da empresa Simpliss Sistema de Informação Ltda., proponho que este apontamento de irregularidade seja julgado procedente.

Todavia, considero que não foi possível constatar prejuízo concreto e comprovado ao certame ou ao erário, razão pela qual entendo que a aplicação de sanção pecuniária aos responsáveis se mostraria como medida desarrazoada.

Portanto, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, entendo ser suficiente a atuação pedagógica desta Corte, com a emissão de recomendação ao atual pregoeiro da Prefeitura Municipal de Ubá, para que, nos futuros procedimentos licitatórios realizados na modalidade pregão, justifique, de forma suficientemente detalhada, o motivo do não atendimento da proposta aos termos dispostos no edital, a fim de conferir maior grau de cumprimento ao princípio da motivação dos atos administrativos, especialmente no que diz respeito à desclassificação de licitantes em procedimentos licitatórios.

6. Falta de negociação direta

Em sua manifestação preliminar (código do arquivo n. 2198187, peça n. 35), o *Parquet* Especial destacou que a Administração Pública não mencionou, na “ata de julgamento” do certame, qualquer tentativa do poder-dever que seria a ela atribuído acerca da negociação prevista no art. 4º, XVII, da Lei n. 10.520/2002⁷.

Em sede de defesa, a empresa Agilis Consultoria e Tecnologia da Informação Eireli destacou que o lance realizado por ela, vencedora do certame, “está R\$ 127.728,80 [...] abaixo do valor estimado, sendo que qualquer proposta menor do que esta seria inexequível, se tornando verdadeira armadilha para a administração pública, levando o fracasso na execução do objeto”. Já os Srs. Edson Teixeira Filho, Eduardo Rinco e a Sra. Nádia Silva Melo Gomes alegaram que

⁷ Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

XVII - nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

o pregoeiro não estaria “obrigado a realizar a negociação, principalmente quando se observa que mesmo com o abate do valor o objeto da licitação estaria seriamente prejudicado”.

Em reexame, a Unidade Técnica concluiu pela procedência do apontamento, nos seguintes termos:

Por fim, no que tange ao aditamento relativo à falta de negociação direta, esta Unidade Técnica entende que o verbo “poderá” previsto na Lei n. 10.520/2002, art. 4º, inciso XVII, deve ser entendendo como poder-dever e não objeto de discricionariedade do pregoeiro.

Esse, inclusive vem sendo o entendimento adotado por este Tribunal de Contas, conforme se depreende a partir da leitura da ementa do acórdão proferido pela Segunda Câmara no bojo da Denúncia n. 932563, julgada em 10/05/2018, sob relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila:

3. A negociação entre o Pregoeiro e a licitante vencedora é obrigatória por representar em poder-dever da Administração Pública em realizar a contratação mais vantajosa, não obstante o preço encontrado após a disputa seja inferior aquele objeto da pesquisa de mercado constante na fase interna, estes são os precedentes do Tribunal de Contas da União nos Acórdãos 3037/2009 e 694/2014 e 2637/2015.

Ademais, este também vem sendo o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União, conforme citado pelo voto do relator na denúncia acima elencada e também citado no artigo escrito na Revista Zênite, sob o título “Qual a orientação do TCU sobre a negociação nos casos em que o preço vencedor seja inferior ao orçado?”:

[...] o Tribunal de Contas da União vem consolidando sua jurisprudência no sentido de ser um dever do pregoeiro intentar negociação ao final da fase de lances.

No Acórdão nº 694/2014 – Plenário, por exemplo, o Min. Relator fez constar de seu Voto que, apesar “de o mencionado normativo estabelecer que o pregoeiro ‘poderá’ encaminhar contraproposta, me parece se tratar do legítimo caso do poder-dever da Administração”. Segundo o raciocínio adotado, uma vez concedida a prerrogativa legal para adoção de determinado ato, deve a administração adotá-lo, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, até porque tal medida em nada prejudica o procedimento licitatório, apenas ensejando a possibilidade de uma contratação por valor ainda mais interessante para o Poder Público.

No Acórdão nº 1.401/2014, foi a vez de a 2ª Câmara do TCU decidir ser aplicável, na busca da proposta mais vantajosa para a Administração, a prerrogativa administrativa da negociação em todas as modalidades licitatórias.

[...] para o TCU, mesmo naqueles casos em que a proposta mais bem classificada atende ao critério definido no instrumento convocatório para sua aceitabilidade, cumpre ao pregoeiro intentar negociação visando à redução do preço. Esse tema havia sido objeto de recomendação feita no Acórdão nº 3.037/2009 – Plenário e foi novamente tratado no Acórdão nº 720/2016 – Plenário, quando a Corte de Contas deu ciência ao órgão jurisdicionado de que:

(...), sobre a ausência de negociação com o licitante vencedor, visando obter melhor proposta de preços, identificada no Pregão Eletrônico 9/2014, dado que essa providência deve ser tomada mesmo em situação na qual o valor da proposta seja inferior ao valor orçado pelo órgão licitante, considerando o princípio da indisponibilidade do interesse público e o disposto no art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/2005, com a interpretação dada pelo TCU mediante os Acórdãos 3.037/2009 e 694/2014, ambos do Plenário, com vistas à adoção de controles internos que mitiguem a possibilidade de ocorrência de outras situações semelhantes; (Grifamos.)

Em vista dessas razões, conclui-se que o Tribunal de Contas da União, com base no princípio da indisponibilidade do interesse público e no disposto no art. 24, § 8º, do Decreto nº 5.450/05, vem consolidando seu entendimento no sentido de que é dever, e não mera faculdade, do pregoeiro intentar negociação de preços com o licitante vencedor, mesmo naquelas situações em que o valor da proposta atenda ao critério de aceitabilidade fixado no instrumento convocatório.

Portanto, outra posição não cabe senão a conclusão pela rejeição das razões apresentadas.

Sugere-se, todavia, que a medida adotada seja a recomendação, tendo em vista que não houve prejuízo direto aos cofres municipais.

Em parecer conclusivo, o Ministério Público de Contas reiterou os termos da fundamentação do seu aditamento, apresentado na manifestação preliminar, e concluiu pela aplicação de multa aos responsáveis.

Destaca-se que, consoante assinalado pela Unidade Técnica e pelo *Parquet* Especial em seu parecer conclusivo, com fulcro no princípio da indisponibilidade do interesse público e no disposto no art. 24, § 8º, do Decreto Federal n. 5.450/2005⁸ – atualmente revogado pelo Decreto Federal n. 10.024/2019, que contém disposição semelhante em seu art. 38⁹ –, o Tribunal de Contas da União – TCU tem o entendimento de que é dever do pregoeiro, e não mera faculdade, intentar negociação de preços com o licitante vencedor, mesmo naquelas situações em que o valor da proposta atenda ao critério de aceitabilidade fixado no instrumento convocatório. Nesse sentido, registro os Acórdãos n. 3.037/2009 e 694/2014, citados no estudo da Unidade Técnica.

Vale mencionar, ainda, que, na decisão proferida no âmbito da Denúncia n. 932563, de relatoria do conselheiro Wanderley Ávila, sessão do dia 10/5/2018 da Segunda Câmara deste Tribunal, foi adotado o referido entendimento do TCU, diante da inobservância, pelo pregoeiro, do dever de negociação com o objetivo de diminuir o valor dos itens previstos em licitação em que foi adotado o sistema de registro de preços.

Nessa esteira, considero que, com vistas à realização da finalidade da licitação referente à seleção da proposta mais vantajosa, se trata de poder-dever atribuído ao pregoeiro a negociação prevista no art. 4º, XVII, da Lei n. 10.520/2002, que remete, expressamente, às hipóteses previstas nos incisos XI e XVI do mesmo artigo, as quais dispõem, respectivamente, que “examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade”; e “se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor”.

Portanto, entendo que, mesmo nos casos em que os preços apurados, após a disputa, sejam inferiores àqueles estimados na fase interna da licitação, como no caso, caberia ao pregoeiro a

⁸ Art. 24. Classificadas as propostas, o pregoeiro dará início à fase competitiva, quando então os licitantes poderão encaminhar lances exclusivamente por meio do sistema eletrônico.

[...]

§ 8º Após o encerramento da etapa de lances da sessão pública, o pregoeiro poderá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso, para que seja obtida melhor proposta, observado o critério de julgamento, não se admitindo negociar condições diferentes daquelas previstas no edital. (Revogado pelo Decreto n. 10.024, de 2019)

⁹ Art. 38. Encerrada a etapa de envio de lances da sessão pública, o pregoeiro deverá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado o melhor preço, para que seja obtida melhor proposta, vedada a negociação em condições diferentes das previstas no edital.

negociação direta, razão pela qual proponho que seja julgado procedente o apontamento de irregularidade em análise.

Não obstante, considerando as peculiaridades do caso, bem como a constatação de que a não observância, pelo pregoeiro, do referido poder-dever, não comprometeu a lisura do procedimento licitatório, nem ocasionou prejuízo concreto ao certame ou ao erário, entendo que a aplicação de sanção pecuniária se mostraria medida desarrazoada.

Assim, tal como destaquei no item 5 desta proposta de voto, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, entendo ser suficiente a atuação pedagógica desta Corte, com a emissão de recomendação ao pregoeiro de Ubá, para que, nos futuros procedimentos licitatórios realizados na modalidade pregão, realize a negociação prevista no art. 4º, XVII, da Lei n. 10.520/2002, visando obter proposta mais vantajosa para a Administração, ainda que os preços encontrados após a disputa sejam inferiores àqueles da pesquisa de preços realizada na fase interna da licitação.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, proponho que sejam julgados improcedentes os apontamentos da denúncia e procedentes os apontamentos complementares apresentados pelo Ministério Público de Contas, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno, c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil, sem a aplicação de penalidades aos responsáveis, diante das circunstâncias do caso delineadas na fundamentação.

Proponho a emissão de recomendações ao atual pregoeiro da Prefeitura Municipal de Ubá para que, nos futuros procedimentos licitatórios realizados na modalidade pregão:

a) justifique, de forma suficientemente detalhada, o motivo do não atendimento da proposta aos termos dispostos no edital, a fim de conferir maior grau de cumprimento ao princípio da motivação dos atos administrativos, especialmente no que diz respeito à desclassificação de licitantes em procedimentos licitatórios;

b) realize a negociação prevista no art. 4º, XVII, da Lei n. 10.520/2002, visando obter proposta mais vantajosa para a Administração, ainda que os preços encontrados após a disputa sejam inferiores àqueles da pesquisa de preços realizada na fase interna da licitação.

Comunique-se a empresa denunciante e intimem-se os responsáveis pelo DOC, bem como o Ministério Público de Contas, na forma regimental.

Promovidas as medidas cabíveis à espécie, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

* * * * *