DELIBERAÇÃO AC00 - 402/2019

PROCESSO TC/MS	:	TC/1428/2019
PROTOCOLO	:	1958288
TIPO DE PROCESSO	:	DENÚNCIA
ÓRGÃO	:	SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO
JURISDICIONADO/ INTERESSADO	:	ROBERTO HASHIOKA SOLER
DENUNCIANTE	:	GUARDIAN COMERCIAL E SERVIÇOS EIRELI
INTERESSADO	:	BRINK MOBIL EQUIPAMENTOS EDUCACIONAIS LTDA
ADVOGADOS	:	ALEXANDRE JANÓLIO ISIDORO SILVA, OAB/MS 15.556 VINÍCIUS C. MONTEIRO PAIVA, OAB/MS 14.445 BIANCA CHIESSE BASTOS, OAB/MS 22.817 PAULO ERNESTO VALLI, OAB/MS 11.672-B VALLI SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA ELIZA TIYOKO CAVALCANTE TRAUCZYNSKI, OAB/PR 38.957
RELATOR	:	CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO

EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – HABILITAÇÃO DE EMPRESA – EXIGÊNCIAS DO EDITAL – ENTREGA DE LAUDOS – COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DE QUALIDADE E SEGURANÇA – AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO – NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS EDITALÍCIOS – PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – VIOLAÇÃO – PROCEDÊNCIA.

Verificado que, dentre os documentos apresentados pela empresa habilitada e classificada em primeiro lugar no certame, não estão presentes os laudos exigidos pelo edital, está configurada a afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pelo que é julgada procedente a denúncia e mantida a decisão que determinou a desclassificação da referida empresa.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 1ª Sessão Reservada do Tribunal Pleno, de 3 de abril de 2019, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, pela **procedência** da denúncia apresentada pela empresa Guardian Comercial e Serviços Eireli, em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, representado pela Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização (SAD), sobre a ocorrência de supostas irregularidades na condução da licitação Pregão Eletrônico n. 156/2018-SAD, tipo menor preço global, Processo Administrativo n. 55/000.761/2018, pela **manutenção** da decisão proferida no Despacho DSP-G.ODJ-8305/2019; publicado no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul (DOETCE/MS) n. 1.980 – Edição Extra, de 28.2.2019, que determinou a desclassificação da empresa Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda. em razão da ausência de apresentação dos laudos que atestem os níveis aceitáveis de Bisfenol-A (BPA) e comprovação de utilização de aditivo oxibiodegradável, conforme exigência do item 6 do Anexo I, "A" (Termo de Referência) do edital do Pregão Eletrônico n. 156/2018-SAD; e pela **quebra do sigilo processual**, nos termos do art. 61, § 2º, do RITC/MS.

Campo Grande, 3 de abril de 2019.

Conselheiro **Osmar Domingues Jeronymo** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo – Relator

Tratam os autos de denúncia oferecida pela empresa Guardian Comercial e Serviços Eireli em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, representado pela Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização (SAD), sobre a ocorrência de supostas irregularidades na condução da licitação Pregão Eletrônico n. 156/2018-SAD, tipo menor preço global, Processo Administrativo n. 55/000.761/2018, cujo objeto é o registro de preços para aquisições de kits escolares para atender os alunos da rede estadual de ensino.

Argumenta a denunciante que as amostras das réguas, esquadros e transferidores e que os laudos apresentados pela empresa Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda. estariam em desconformidade com as exigências do item 6 do Anexo I, "A" (Termo de Referência) do edital.

Informa, ainda, que houve a falsidade das informações prestadas pela empresa Brink Mobil, pois em seus produtos não constam marcas e a origem é duvidosa, anexando aos autos declaração da fabricante (empresa Ecoplaca) em que esclarece que seus produtos contêm sua marca, justamente com o intuito de evitar fraudes.

A empresa Guardian comunica que protocolou recurso administrativo contra a habilitação da empresa Brink Mobil tendo seu pedido negado pela SAD.

Em razão do caráter urgente da matéria, visto que o certame encontrava-se em vias de homologação, e caracterizada possível violação ao art. 43, IV e V, da Lei n. 8.666/93 e ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, foi concedida a Decisão Liminar DLM-G.ODJ-8/2019 determinando a suspensão do procedimento licitatório e a intimação do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização, Roberto Hashioka Soler, para que comparecesse aos autos e se manifestasse quanto à denúncia apresentada neste Tribunal de Contas.

Em resposta, o Secretário apresentou as seguintes considerações:

> *"...*
>
> *Em razão do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o qual informa que a Administração e os licitantes devem respeitar estritamente às regras que previamente estabelecido para disciplinar o certame, uma vez ser o edital lei interna da licitação, não haveria como a Administração Pública exigir que o licitante apresentasse 3 (três) laudos técnicos para fins de comprovação de que a régua, o esquadro e o transferidor (i) atendiam a norma 15.236/2016, (ii) utilizam aditivo oxi biodegradável e (iii) possuem / níveis aceitáveis de Bisfenol-A (BPA).* (fl. 237 TC/1428/2019)
>
> *A norma interna do certame licitatório não explicitou qual laudo deveria ser apresentado, nem mesmo nominou qual o supracitado laudo que deveria ser apresentado em conjunto com as amostras.*

A Comissão Técnica, ao analisar os documentos juntados às f. 454-522, levando-se em consideração que a norma ABNT 15236:2016 especifica os requisitos de segurança com base no uso projetado para os artigos escolares destinados a crianças menores de 14 anos e refere-se a possíveis riscos que não são identificados prontamente pelos usuários, mas que podem advir de seu uso normal ou em consequência de abuso razoavelmente previsível, ante a ausência de nominação específica que deveria ser apresentado, conclui que os laudos supracitados atendiam à exigência editalícia. (fl. 238 TC/1428/2019)

...

Considerando que o Edital Pregão Eletrônico n. 156/2018-SAD deflagrou procedimento licitatório com o intuito de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública com o objetivo de proceder ao registro de preço para a aquisição de kits escolares, somando-se ao fato de que, quando do julgamento do recurso interposto pela empresa denunciante, o ano letivo já estava prestes a se iniciar, diante da comprovação por meio do documento de f. 727 de que a ECO PLACA, por intermédio de seu Diretor Comercial Ferdinando Roberto Carvalho, teria sido provocada pela empresa licitante BRINK MOBIL a encaminhar amostras e documentos para Mato Grosso do Sul, este órgão, por meio da unidade administrativa competente, para o fim de evitar de penalizar, indevidamente, os estudantes e seus familiares, em violação ao princípio da continuidade do serviço público, deu o devido andamento ao procedimento licita tório. (fl. 239 TC/1428/2019)

...

Inclusive, cumpre ressaltar que, atendendo a recomendação constante no Parecer/PGE/MS/Sub-PAA n. 10/2019, ainda que o procedimento licitatório se encontrasse em curso, a unidade administrativa competente (Superintendência de Ív/ / Gestão de Compras e Materiais) procedeu a extração de fotocópia integral do Processo Administrativo n. 55/000.761/2018 para o Ministério Público Estadual, para fins de apuração quanto à não veracidade das informações apresentadas pela licitante BRINK MOBIL EQUIPAMENTOS EDUCACIONAIS LTDA. Também em razão da competência afeta à Controladoria-Geral do Estado, fotocópia dos autos foram remetida a esse órgão de controle interno para fins de apuração dos fatos. (fl. 240 TC/1428/2019)

A administração pública estadual primou pela continuidade do procedimento licitatório, fato esse que não significou inércia na apuração de eventuais irregularidades cometidas pelos licitantes no curso do certame público. Isso porque, em nome do princípio da autotutela, a Administração Pública exercita o controle sobre os seus próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário. (fl. 241 TC/1428/2019)

...

> *Ante o exposto, o SECRETÁRIO DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO E DESBUROCRATIZAÇÃO, Roberto Hashioka Soler vem, em atenção à intimação realizada no dia 19 de fevereiro de 2019, via email, apresentar informações com relação ao Processo Administrativo n. 55/000.761/2018 (Edital de Licitação Pregão Eletrônico n. 156/2018-SAD), destacando, ainda, que, embora o processo licitatório estivesse em curso (agora sobrestado com a Decisão Liminar DLM – G. ODJ, de 19 de fevereiro de 2019), a Administração Pública está diligenciando para fins de acolher elementos e, em sendo o caso, proceder à revisão dos atos praticado no supracitado procedimento administrativo, inclusive com encaminhamentos aos órgãos de controle interno (Controladoria Geral do Estado) e ao Ministério Público Estadual, para fins de apuração quanto à não veracidade das informações apresentadas pela licitante BRINK MOBIL EQUIPAMENTOS EDUCACIONAIS LTDA."* (fl. 243 TC/1428/2019)

Os autos foram encaminhados à Divisão de Fiscalização de Educação para análise técnica, ANA-DFE-1957/2019, que se manifestou pela revogação da Decisão Liminar DLM-G.ODJ-8/2019 com a consequente desclassificação da empresa Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda. e o chamamento da próxima empresa melhor classificada.

O Ministério Público de Contas emitiu parecer, Parecer PAR – 1ª PRC-4210/2019, no sentido de que apesar das considerações apresentadas pela SAD não há como afiançar a boa propriedade e origem dos consumíveis escolares questionados e que a Administração Pública não terá prejuízos futuros no cumprimento de futuro contrato a ser celebrado. Porquanto, se confirmada, as amostras apresentadas não refletirão os produtos que serão entregues à Administração, uma vez que tais aspectos são de extrema relevância e não devem ser desconsiderados diante do possível prejuízo à Administração Pública e do dano aos destinatários finais, isto é, os estudantes da rede estadual de ensino. Concluindo nos seguintes termos:

> "...
>
> *Em vista do exposto, corroborando com a análise do corpo técnico, o Ministério Público de Contas se manifesta no sentido de que a medida liminar que determinou a suspensão do processo administrativo n°. 55/000.761/2018, referente ao Pregão Eletrônico n°. 156/2018, promovido pela Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização, só seja revogada com o saneamento dos atos lesivos e praticados no supracitado procedimento administrativo."*

Ato contínuo, por meio do Despacho DSP-G.ODJ-8305/2019, publicado no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul (DOETCE/MS) n. 1.980 – Edição Extra, de 28.2.2019, foi revogada a Decisão Liminar DLM-G.ODJ-8/2019 e determinou-se à SAD que desclassificasse a empresa Brink Mobil e chamasse a próxima empresa que possuísse a melhor proposta para a apresentação das amostras dos kits escolares.

Em 18 de março do corrente ano, a empresa Brink Mobil protocolou o pedido de reconsideração de revogação da decisão contida no Despacho DSP-G.ODJ-8305/2019 alegando que é líder de mercado no fornecimento de materiais escolares para órgãos públicos federais, estaduais e municipais, sendo detentora das atas de registro de preços do FNDE/MEC e FDE/SP, e que realizam processos licitatórios sempre com acirrada competição e sob rigorosos crivos de análise de qualificação dos licitantes e dos produtos licitados.

Afirma, ainda, que forneceu kits de materiais escolares para o Governo do Estado do Mato Grosso do Sul nos anos de 2015 e 2016 por meio de certames licitatórios e nos anos de 2017 e 2018 através da ata de registro de preços do FNDE, estes últimos nos valores de R$ 8.546.720,50 e R$ 8.605.968,50, respectivamente. Por fim, argumenta que tanto os laudos como as amostras de materiais apresentados não são falsos, tendo em vista que é cliente da Ecoplaca e já efetivou várias compras com a empresa, pois, é a única empresa habilitada a entregar tal material.

Novamente os autos foram encaminhados para análise técnica da Divisão de Fiscalização de Educação quanto aos novos documentos juntados aos autos, conforme Análise ANA-DFE-2868/2019, na qual se manifestou que embora a requerente seja líder de mercado e vencedora em diversas licitações dos governos federais, estaduais e municipais, para o presente caso, ocorreram falhas que vão de encontro com as exigências do Edital do Pregão Eletrônico n. 156/2018-SAD, e tendo em vista que a licitação trata de preço por lote, não é possível a exclusão da requerente do certame apenas nos itens questionados. Entende que a prova produzida pela empresa Guardian Comercial e Serviços Eireli é suficiente para comprovação das irregularidades praticadas pela Brink Mobil, sugerindo que a decisão proferida no Despacho DSP-G.ODJ-8305/2019 seja mantida na sua integralidade.

Por fim, o Ministério Público de Contas, por meio do Parecer PAR-3ª PRC-6034/2019, opinou:

> *"1 – pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO do presente Pedido de Reconsideração para tornar sem efeito o Despacho n. 8305/2019, mantendo-se a suspensão da licitação na fase em que se encontrava, para determinar, em regime de urgência, a análise do edital do Pregão Eletrônico n. 156/2018 por parte da Divisão de Fiscalização competente para que certifique nestes autos, se o mesmo "não explicitou qual laudo deveria ser apresentado junto com as amostras", conforme informou o gestor da SAD e, por conseguinte, se há alguma ilegalidade no certame que exija correção, ou se o mesmo pode prosseguir da fase em que se encontra;*
>
> *2 – pela comunicação do resultado do julgamento aos interessados, na forma regimental."*

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo – Relator

A denúncia apresentada pela empresa Guardian Comercial e Serviços Eireli tem por objetivo verificar supostas irregularidades durante a condução do Procedimento Licitatório Pregão Eletrônico n. 156/2018-SAD para o registro de preços para a aquisição de kits escolares.

A questão envolve o questionamento quanto à habilitação da empresa Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda., classificada em primeiro lugar no certame, em razão da ausência de apresentação de laudos exigidos para os itens réguas, esquadros e transferidores, que compõem os kits escolares, exigidos no instrumento convocatório para a validade das amostras apresentadas; a apresentação de informações inverídicas sobre a origem dos produtos da amostra, com sinais de falsificação; e a vulnerabilidade e risco da administração pública com futura formalização da ata de registros de preços e frustação da execução do contrato.

Ao analisar o edital do Pregão Eletrônico n. 156/2018-SAD, verifica-se no item 6 do Anexo I "A" (termo de referência) as seguintes exigências:

> "6. ENTREGA DAS AMOSTRAS
>
> 6.1 A empresa melhor classificada após a fase de lances receberá *layout* com arte dos materiais e fica obrigada, sob pena de desclassificação, entregar uma amostra de cada kit escolar conforme constante no referido termo de referência, no prazo de até 5 (cinco) dias úteis.
>
> 6.2 **Deverá** ser apresentado junto com as amostras os laudos descritos abaixo para comprovação dos requisitos de qualidade e segurança. Os laudos deverão ser emitidos por laboratórios acreditados pelo INMETRO sob pena de desclassificação.
>
> 6.2.1 Régua plástica - laudo de comprovação de atendimento a norma ABNT/NBR 15.236/2016, **laudo atestando níveis aceitáveis de Bisfenol-A (BPA) e comprovação de utilização de aditivo oxibiodegradável**;
>
> ...
>
> 6.2.4 Transferidor - laudo de comprovação de atendimento a norma ABNT/NBR 15.236/2016, **laudo atestando níveis aceitáveis de Bisfenol-A (BPA) e comprovação de utilização de aditivo oxibiodegradável**;
>
> 6.2.5 Esquadro - laudo de comprovação de atendimento a norma ABNT/NBR 15.236/2016, **laudo atestando níveis aceitáveis de Bisfenol-A (BPA) e comprovação de utilização de aditivo oxibiodegradável**;
>
> ..." (grifo nosso)

Ao examinar os documentos apresentados pela empresa Brink Mobil, não foram encontrados os laudos que atestam os níveis aceitáveis de Bisfenol-A (BPA) e a comprovação de utilização de aditivo oxibiodegradável, conforme exigido no edital da licitação.

O descumprimento das exigências editalícias viola principio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto nos arts. 3º e art. 41, ambos da Lei n. 8.666/93:

> "Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, **da vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifo nosso)
>
> Art. 41. **A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada**." (grifo nosso)

Tal princípio garante uma segurança ao licitante e ao interesse público uma vez que determina que a Administração observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

Marçal Justen Filho afirma que "Quando o edital impuser comprovação de certo requisito não cogitado por ocasião do cadastramento, **será indispensável a apresentação dos documentos** correspondentes por ocasião da fase de habilitação" (Pregão. Comentários à Legislação do Pregão Comum e do Eletrônico, 4ª ed., p. 305).

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho em sua obra Manual de Direito Administrativo, 26ª Edição (2013), trata sobre o assunto: "A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial. Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto."

Sobre o tema, diversas são as orientações do Poder Judiciário.

O STJ já se manifestou diversas vezes a respeito do tema (por exemplo: RESP 595079, ROMS 17658). No RESP 1178657, o tribunal decidiu:

> ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento

> do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa**", este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica**. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a requerida, **não supre a exigência do edital**. Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, **é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes**.

O TRF1 também já decidiu que a Administração deve ser fiel ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (AC 199934000002288):

> “Pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ´a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada´ (Lei nº 8.666/93, art. 3º, 41 e 43, I). O edital é a lei da licitação. A despeito do procedimento ter suas regras traçadas pela própria Administração, **não pode esta se furtar ao seu cumprimento**, estando legalmente vinculada à plena observância do regramento”.

Inclusive este Tribunal de Contas possui diversas decisões acerca do tema como Deliberação AC02-661/2018 (TC/10362/2015), Deliberação AC01-1921/2017 (TC/6782/2014), entre outras.

Por derradeiro, vejo que é importante salientar, que se tratando de norma constante de Edital, deve haver vinculação ao instrumento convocatório, sob pena de afronta ao próprio princípio da segurança jurídica. Do contrário, seriam permitidas inúmeras alterações dos critérios de julgamento e da própria execução de seu objeto, perpetuando-se total insegurança de seus termos.

Por fim, cumpre esclarecer que a exigência contida do item 6 do Anexo I “A” do Edital (termo de referência) do Pregão Eletrônico n. 156/2018-SAD não foi questionado pelas empresas interessadas em participar do certame, tampouco pela empresa Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda. no momento em que apresentou denúncia no âmbito deste Tribunal nos autos do TC/11435/2018, momento em que questiona apenas as especificações de determinados itens a serem licitados e o valor estimado para a licitação.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acolho a análise da equipe técnica, deixo de acolher o parecer ministerial, e **VOTO**:

1. pela **procedência** da denúncia apresentada pela empresa Guardian Comercial e Serviços Eireli, com fundamento no art. 128, do Regimento Interno deste Tribunal (RITCMS), aprovado pela Resolução Normativa TC/MS n. 76, de 11 de dezembro de 2011;

2. pela **manutenção** da decisão proferida no Despacho DSP-G.ODJ-8305/2019; publicado no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul (DOETCE/MS) n. 1.980 – Edição Extra, de 28.2.2019, que determinou a desclassificação da empresa Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda. em razão da ausência de apresentação dos laudos que atestem os níveis aceitáveis de Bisfenol-A (BPA) e comprovação de utilização de aditivo oxibiodegradável, **conforme exigência do item 6 do Anexo I, "A" (Termo de Referência) do edital do Pregão Eletrônico n. 156/2018-SAD**;

3. pela **quebra do sigilo processual**, nos termos do art. 61, § 2º, do RITC/MS;

4. pela **comunicação** do resultado deste julgamento aos interessados, com fulcro no art. 50 da Lei Complementar Estadual n. 160, de 2 de janeiro de 2012, c/c o art. 99 do RITC/MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, pela procedência da denúncia apresentada, pela manutenção da decisão proferida, que determinou a desclassificação da empresa; e pela quebra do sigilo processual.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Waldir Neves Barbosa, Ronaldo Chadid, Jerson Domingos e Marcio Campos Monteiro.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 3 de abril de 2019.

Conselheiro **OSMAR DOMINGUES JERONYMO**
Relator

DSSM