Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Primeira Câmara

DELIBERAÇÃO AC01 - 2141/2017

PROCESSO TC/MS	: TC/17561/2014
PROTOCOLO	: 1557488
TIPO DE PROCESSO	: CONTRATO ADMINISTRATIVO
ÓRGÃO	: FUNDO MUNICIPAL DE INVESTIMENTOS SOCIAIS DE DOURADOS
JURISDICIONADOS	: LEDI FERLA : SEBASTIÃO NOGUEIRA FARIA : JOÃO AZAMBUJA : MARINISA KIYOMI MIZOGUCHI
INTERESSADA	: TEC MAC LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS EIRELI
VALOR	: R$ 749.290,80
RELATOR	: CONS. JOSÉ RICARDO PEREIRA CABRAL

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE MÁQUINAS REPROGRÁFICAS E IMPRESSORAS – ASSISTÊNCIA TÉCNICA E MANUTENÇÃO – FORNECIMENTO DE INSUMOS – CLÁUSULA RESTRITIVA NO EDITAL DE LICITAÇÃO – EXIGÊNCIAS EXCESSIVAS OU INEXEQUÍVEIS – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EM LEI – IRREGULARIDADE – FORMALIZAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO – REGULARIDADE – MULTA.

É irregular o procedimento licitatório que apresente cláusula restritiva no edital de licitação, com exigências excessivas ou inexequíveis, de modo a afrontar a ampla concorrência, com imposição de multa ao jurisdicionado. É regular a formalização de contrato por conter as cláusulas necessárias a sua execução.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 20ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, de 26 de setembro de 2017, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em declarar irregular o procedimento licitatório na modalidade pregão presencial e regular a formalização do contrato, referente ao Contrato Administrativo n. 443, de 2014, celebrado entre o Município de Dourados e a empresa Tec Mac Locação de Equipamentos EIRELI, com imposição de multa ao jurisdicionado Sr. João Azambuja, no valor equivalente a de 50 (cinquenta) UFERMS.

Campo Grande, 26 de setembro de 2017.

Conselheiro **JOSÉ RICARDO PEREIRA CABRAL** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral – Relator

A matéria dos autos versa sobre:

a) o procedimento licitatório realizado pela Administração Municipal de Dourados, por meio do Pregão Presencial n. 83, de 2014;

b) a celebração do Contrato Administrativo n. 443, de 2014, entre o Município de Dourados e a empresa Tec Mac Locação de Equipamentos EIRELI, tendo como objeto a contratação de empresa para a prestação de serviços de locação de máquinas reprográficas e impressoras, com assistência técnica e manutenção, e fornecimento de todos os insumos e peças, exceto papel, em atendimento às necessidades das diversas Secretarias Municipais.

Os documentos foram examinados pela 1ª Inspetoria de Controle Externo – 1ª ICE (ANA n. 28228/2015, peça 37), que considerou irregulares o procedimento licitatório realizado por meio do Pregão Presencial n. 83, de 2014, e a celebração do Contrato Administrativo n. 443, de 2014.

Posteriormente, o Procurador do Ministério Público de Contas (MPC) emitiu o Parecer GAB.5 DR.JOAOMJR-13191/2016 (peça 47), opinando:

> "I – Pela ilegalidade e irregularidade do procedimento licitatório (Pregão Presencial nº 83/2014), por afronta aos princípios da razoabilidade, da isonomia e da competitividade da licitação, preconizados pela CF/88 e pelo artigo 3º, caput, da Lei Federal nº 8.666/93, com lastro nas disposições insculpidas no artigo 120, inciso I, c/c o artigo 121, inciso IV, alínea "a", ambos da Resolução Normativa TC/MS nº 076/2013, e com o artigo 59, inciso III, da Lei Complementar nº 160/2012;
> II – Pela ilegalidade e irregularidade dos atos praticados no decorrer da formalização do Contrato Administrativo nº 443/2014, por infringência aos princípios da razoabilidade, da isonomia e da competitividade da licitação, preconizados pela CF/88 e pelo artigo 3º, caput, da Lei Federal nº 8.666/93, com lastro nas disposições insculpidas no artigo 120, inciso II, c/c o artigo 121, inciso IV, alínea "a", ambos da Resolução Normativa TC/MS nº 076/2013, e com o artigo 59, inciso III, da Lei Complementar nº 160/2012; e
> III – Aplicação de multa ao responsável por comprovada prática de ato administrativo sem a devida observância dos requisitos materiais exigidos pela CF/88 e pelo artigo 3º, caput, da Lei Federal nº 8.666/93, transgredindo os princípios da razoabilidade, da isonomia e da competitividade da licitação, com fulcro no artigo 42, inciso IX, c/c o artigo 44, inciso I, ambos da Lei Complementar nº 160/2012".

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral – Relator

Analisando o conteúdo dos autos, verifico que o procedimento licitatório realizado por meio do Pregão Presencial n. 83, de 2014, não atendeu integralmente às prescrições da Lei (federal) n. 10.520, de 2002, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, e das determinações contidas na Instrução Normativa TC/MS n. 35, de 2011 (vigente à época da prestação de contas ao Tribunal).

Inicialmente, vale observar que a Secretária Municipal de Investimentos Sociais, Sra. Ledi Ferla, e o Prefeito Municipal de Dourados, Sr. Murilo Zauith, foram oportunamente intimados (Termos de Intimação INT – G.JRPC -11852/2015, peça 27 e 11853/2015, peça 28), para prestarem esclarecimentos, oferecerem justificativas ou apresentarem os documentos necessários para solucionar as pendências relatadas. Assim é que, em resposta à intimação, a Sra. Ledi Ferla informou: "Primeiramente, esclarecemos que no caso do presente Processo Licitatório a Secretaria responsável pela elaboração do Termo de Referência, documento que serve de base para elaboração do Edital, foi a Secretaria Municipal de Administração" (peça n. 34, fl. 2332).

Por seu turno, o Secretário Municipal de Administração, Sr. João Azambuja, após tomar ciência do teor da intimação (Termos de Intimação INT – G.JRPC - 11852/2015, peça 27, e 11853/2015, peça 28), compareceu aos autos (peça 36), apresentando justificativas para as pendências relatadas na SOL-1ICE-420/2015 (peça 26).

Feitas tais observações, adianto minha anuência parcial aos argumentos firmados no "Relatório" da análise técnica, pois, de fato, detecto que persistiu a irregularidade a seguir destacada no âmbito do procedimento licitatório realizado por meio do Pregão Presencial n. 83, de 2014 (peça 8, fls. 325-326):

1. A existência de cláusula restritiva no edital de licitação, em contrariedade com o disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, haja vista a exigência desarrazoada inscrita no item 8.3.1 do edital (peça 8, fl. 325) que estabelece:

> "8.3.1. As licitantes deverão ainda apresentar, sob pena de desclassificação:
> a) Declaração se comprometendo na prestação de assistência técnica preventiva e corretiva dos equipamentos, bem como de disponibilização de atendimento quando solicitado no prazo máximo de 02 horas da comunicação do ocorrido, sem qualquer ônus para a Administração, estando ciente das eventuais sanções administrativas que forem impostas pelo não cumprimento desse prazo;

Portanto, examinando o teor do edital de licitação (peça 8, fls. 325-326), observo que no subitem 8.3.1, alínea "a", está firmada restrição ao certame

licitatório, na medida em que exige indevidamente do licitante uma “Declaração” se comprometendo a prestar assistência técnica preventiva e corretiva dos equipamentos locados, bem como disponibilização de atendimento quando solicitado no prazo máximo de 2 (duas) horas da comunicação do ocorrido.

Ora, não podem existir em edital de licitação cláusulas que restrinjam a ampla competitividade, por força de exigências excessivas ou inexequíveis, ou ainda não autorizadas pela lei, sobretudo porque a finalidade precípua da licitação é permitir a ampla concorrência a todos que estejam capacitados para a execução do serviço a contratar ou dos bens a adquirir.

Embora a análise técnica haja apontado no item 8.4 do edital de licitação (fls. 325-326) a existência de outras restrições, discordo de tal posicionamento, conforme os argumentos que passo a tecer.

O item 8.4 do edital exige a apresentação de um “Termo de Compromisso” para as empresas participantes do certame que se encontrarem sediadas fora do Município de Dourados. Assim, as disposições do item 8.4 e seus subitens (peça 8, fls. 325-326) prescrevem o seguinte:

> “8.4. Termo de Compromisso
> 8.4.1. Deverá ainda, também sob pena de desclassificação, caso se enquadre na hipótese do subitem 8.4.1.1, do referido edital, apresentar Termo de Compromisso inerente aos serviços objeto da presente licitação, conforme segue:
> I. Declaração que instalará um escritório na cidade de Dourados-MS, observado a legislação pertinente, no prazo máximo de 20 (vinte) dias consecutivos, contados da data da assinatura do Contrato, com no mínimo 02 (dois) técnicos, suportes administrativos, materiais e aparelhamento inerentes aos serviços objeto da presente licitação; OU
> II. Declaração que designará no mínimo 02 (dois) técnicos lotados na cidade de Dourados MS com residência fixa, que poderá ser comprovada através de contrato de locação ou equivalente, no prazo máximo de 20 (vinte) dias consecutivos, contados da data da assinatura do Contrato, com suportes administrativos, materiais e aparelhamento inerente aos serviços objeto da presente licitação.
> a) Deverá ainda, se comprometer, na mesma Declaração ou Documento complementar que dentro do prazo ora mencionado, bem como após as devidas instalações na cidade de Dourados-MS, de encaminhar imediatamente ofício ao Contratante, informando sobre o endereço, telefone do responsável para contato bem como o referido vínculo empregatício e ou contrato de trabalho com firma reconhecida dos técnicos.
> 8.4.1.1. O Termo de Compromisso supracitado deverá ser apresentado no caso da licitante se encontrar sediada fora do Município de Dourados-MS, situação esta, que terá sua comprovação feita através da apresentação do Alvará de Localização e Funcionamento expedido pela Prefeitura Municipal de Dourados-MS.

> OBS.: Os Catálogos, Declarações e Termos de Compromisso deverão ser apresentados junto à Proposta de Preços, acondicionadas no Envelope n° 01, todos sob pena de desclassificação."

Nesse ponto, tenho para mim que é legitima a exigência do "termo de compromisso" para aquelas empresas participantes do certame licitatório que não possuem sede ou filial no Município de Dourados, no sentido de instalar um "escritório" com, no mínimo, dois técnicos para atender às ocorrências e dar os suportes administrativos, materiais e aparelhamento inerentes aos serviços objeto da presente licitação, ou apenas declarar que se compromete a designar no mínimo dois técnicos lotados na cidade de Dourados, com residência fixa.

Ou seja, não há exigência em instalar um "escritório" físico em Dourados, pois há como alternativa a possibilidade de designação de dois funcionários da empresa para se instalarem na cidade, e assim sempre que solicitados, atenderem às demandas postas, com o comprometimento da adequada e ágil prestação dos serviços.

Não se pode olvidar que, no caso em exame, o objeto da licitação consiste na locação de máquinas reprográficas e impressoras, assim como na prestação de assistência técnica, manutenção preventiva e corretiva, e ainda no fornecimento de insumos (tonner, revelador, cilindros), visando atender às necessidades das Secretarias Municipais de Administração, de Educação, Saúde, e de Assistência Social, que juntas demandaram cerca de 213 impressoras, conforme especificado no Termo de Referência (peça 8, fls. 411-417). Como se vê, trata-se de objeto (equipamentos) imprescindível ao bom funcionamento das atividades das Secretarias apontadas.

Desse modo, por entender aceitável e plenamente justificável a exigência instituída no item 8.4 (e subitens) do edital, posto que se trata de condição para garantir a plena satisfação das necessidades da Administração, não há neste ponto, que se falar em cláusula restritiva à ampla participação dos interessados, não existindo qualquer privilégio, neste caso, às empresas locais.

Nesse sentido, entendo oportuna a transcrição da seguinte decisão ─ extraída da obra Lei de Licitações e Contratos Anotadas, de Renato Geraldo Mendes. 7.ed. Curitiba: Zênite, 2009. p. 46 ─ que se manifestou sobre a matéria nos seguintes moldes:

> 88. Contratação pública – Planejamento – Edital – Condição restritiva – Quando é inaceitável
> É preciso observar que em dadas situações pode ser admitida e prevista determinada condição que compromete, restringe ou mesmo frustra a participação de alguns interessados. Essa possibilidade está autorizada desde que a restrição seja justificável, sob o ponto de vista legal. Ou seja, se a condição restritiva não for necessária para garantir a plena satisfação da necessidade da Administração, ela é ilegal e deve ser eliminada. O que a lei

> veda é a restrição injustificada ou fixada com o propósito de afastar competidores ou circunscrever a disputa, sem que se possa justificar, sob o ponto de vista da necessidade a ser satisfeita, a própria restrição.

Em face de todo o exposto, e não obstante o Sr. João Azambuja, Secretário Municipal de Administração ter apresentado justificativas (peça 36, fls. 2342-2344) para a inclusão das cláusulas no edital de licitação assinaladas inicialmente pela unidade técnica como restritivas (itens 8.3 e 8.4), entendo que referidas justificativas não são suficientes para dar suporte à restrição inscrita no item 8.3.1, "a", na medida em que tal exigência fixada no edital de licitação fere o princípio da legalidade estrita.

Ademais, sublinho minha rejeição a alguns dos argumentos apresentados pelo Sr. João Azambuja (fls. 2342-2344), na tentativa inexitosa de justificar a inclusão da restrição aqui ressaltada, especialmente quando ele afirma que "o horário estipulado de 02 (duas) horas para atendimento dos chamados seria necessário para que não houvesse paralisação de serviços".

Neste ponto, entendo que o edital de licitação até poderia delimitar um tempo para a prestação dos serviços, porém, um tempo justo, razoável, considerando os diversos fatores envolvidos, como deslocamento, complexidade do serviço, e ainda porque a empresa a ser contratada por certo não prestaria seus serviços com exclusividade à contratante.

Cumpre salientar que a preocupação do ente público deve ser com a qualificação do licitante para o adequado fornecimento do serviço, não havendo no caso nenhuma justificativa plausível para fixar prazo máximo de duas horas para a prestação dos serviços e fornecimento dos insumos.

Nesse sentido, o professor Marçal Justen Filho, em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (13. ed. São Paulo: Dialética, 2009), corrobora com as suas lições, aduzindo que:

> "Assegura-se tratamento igualitário aos interessados que apresentem condições necessárias para contratar com a Administração. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter 'competitivo' da licitação".

No tocante à celebração do Contrato Administrativo n. 443, de 2014, verifico que a cláusula oitava, que trata da execução dos serviços (peça 21, fls. 2185-2186), ratificou — nos termos do edital — o prazo ínfimo de duas horas para a entrega de peças (como tonner, cilindros), a contar da solicitação por e-mail ou telefone, e para o atendimento das solicitações de assistência técnica, contados a partir da comunicação do ocorrido.

É certo dizer, pois, que os termos do contrato estão vinculados aos termos contidos na minuta contratual, integrante do instrumento convocatório (art. 62, § 1º, da Lei n. 8.666, de 1993), contudo, não existindo qualquer prejuízo para a Administração e, mesmo que em tempo apertado, esteja a empresa vencedora do certame conseguindo prestar os seus serviços dentro do que ficou estabelecido no contrato (cabendo à Administração verificar o seu cumprimento), não há razões para declarar a irregularidade da celebração do Contrato.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, acompanho em parte os posicionamentos da 1ª Inspetoria de Controle Externo e do Ministério Público de Contas e voto nos seguintes termos:

I – declarar, com fundamento na regra do art. 59, III, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, a irregularidade do procedimento licitatório realizado pela Administração Municipal de Dourados, por meio do Pregão Presencial n. 83, de 2014, em decorrência da fixação de cláusula restritiva no edital de licitação, no que se refere à exigência desarrazoada e indevida contida nos termos da subcláusula 08.03.01, “a” (peça 8, fls. 325), com ofensa aos princípios inscritos no caput do art. 3º, e à regra do inciso I do § 1º do art. 3º da Lei (federal) n. 8.666, de 1993;

II - declarar, com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, a regularidade da celebração do Contrato Administrativo n. 443, de 2014, entre o Município de Dourados e a empresa Tec Mac Locação de Equipamentos EIRELI;

III – aplicar multa no valor equivalente ao de 50 (cinquenta) UFERMS ao Sr. João Azambuja, CPF-363.205.608-00, Secretário de Administração do Município de Dourados na época dos fatos, pela prática da infração decorrente da irregularidade a que se refere os termos dispositivos do inciso I, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, caput e inciso IX, 44, I, e 45, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012;

IV - fixar o prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da publicação do Acórdão no DOTCE/MS, para o apenado pagar o valor da multa que lhe foi infligida e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas-FUNTC, conforme as regras dos arts. 50, I e 83 da Lei Complementar (estadual) n. 160 de 2012, observadas as disposições do art. 172, § 1º, I e II, do Regimento Interno;

V - determinar que, depois de julgada a matéria desse processo, os autos sejam remetidos à 1ª Inspetoria de Controle de Externo, para o exame dos documentos referentes à firmação dos Termos Aditivos e à execução financeira da contratação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, nos termos do Relator, pela irregularidade do procedimento licitatório e pela regularidade da formalização do contrato administrativo, com imposição de multa.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid e Jerson Domingos.

Presente o Exmo. Sr. José Aêdo Camilo, Procurador de Contas.

Campo Grande, 26 de setembro de 2017.

Conselheiro **JOSÉ RICARDO PEREIRA CABRAL**
Relator

GAB-LAC
SETAC-LMS/HON