DECISÃO LIMINAR DLM - G.ODJ - 5/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/415/2022
PROTOCOLO	: 2148380
ÓRGÃO	: EMPRESA DE SANEAMENTO DE MATO GROSSO DO SUL
RESPONSÁVEL	: WALTER BENEDITO CARNEIRO JUNIOR
CARGO DO RESPONSÁVEL	: DIRETOR-PRESIDENTE
ASSUNTO DO PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO – PREGÃO ELETRÔNICO N. 2/2022
RELATOR	: CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO

Trata-se de procedimento de controle prévio realizado pelo corpo técnico deste Tribunal, acerca do Edital de Licitação n. 2/2022 – Pregão Eletrônico (Processo Administrativo n. 01/295/2021/GETI/SANESUL), de responsabilidade da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. - SANESUL, cujo objeto é a seleção de proposta mais vantajosa, visando à contratação de empresa especializada para o serviço de *outsourcing* (locação, manutenção e gerenciamento) de *enclosure* para servidores, *storages*, *switches*, *appliances* de *backup*, comunicação *SD-WAN* e serviços correlatos.

A Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias, por meio da Análise ANA-DFLCP-46/2022 (peça 22), pontua a ausência de elementos no estudo técnico preliminar, insuficiência no termo de referência e exigências do edital de licitação que frustram o caráter competitivo da licitação.

1. Estudo Técnico Preliminar Insuficiente –referência a outros instrumentos de planejamento

Não consta no estudo técnico preliminar que a contratação pretendida está alinhada com o Plano de Negócios e Estratégia de Longo Prazo 2021-2025 da SANESUL e a viabilidade para a Companhia ao efetivar futuramente um Plano Diretor de Tecnologia da Informação, conforme dispõe o art. 24, § 1º, inciso II, e art. 26, inciso II e alíneas do Regulamento Interno de Licitações e Contratos (RILC) da SANESUL.

2. Estudo Técnico Preliminar Insuficiente – ausência de requisitos da contratação.

Verifica-se a ausência de identificação de soluções de mercado (produtos, fornecedores, fabricantes, etc.) que atendam aos requisitos constantes do estudo técnico preliminar, para que não haja restrição na participação de fornecedores interessados no certame, consoante o disposto no art. 24, §1º, inciso III, do RILC da SANESUL.

3. Estudo Técnico Preliminar Insuficiente – Pesquisa de Mercado – Orçamento Global Prévio

É necessário o aperfeiçoamento da pesquisa de preços no modelo orçamento global para a divisão em parcelas do objeto.

A divisão das parcelas do objeto facilita, para fins de julgamento da proposta e de gestão contratual, o cálculo do valor unitário de cada item que o compõe, como cálculos para medição, pagamento, fiscalização dos serviços e locação dos materiais, e também para fins de acréscimos contratuais.

Tal fato deve estar em conformidade com o previsto no art. 40 do RILC da SANESUL.

Deste modo, a partir dos orçamentos juntados aos autos, por não se encontrarem divididos em itens que compõem o objeto, não há como mensurar o valor da prestação dos serviços alocados para os itens 7 a 11 (para tais itens há previsão de locação de equipamentos com prestação de serviços), ou seja, não há como saber o custo do valor unitário dos tipos de serviços a serem realizados.

A adequação do objeto em itens que possam ser mensuráveis para fins de medição de pagamento e fiscalização é a melhor medida.

4. Termo de Referência/Edital de Licitação – ausência de critérios para a medição e pagamento dos serviços.

O Regulamento Interno de Licitações e Contratos da SANESUL em seu artigo 34, inciso VII, dispõe que os critérios de medição e de pagamento devem estar indicados no Termo de Referência.

Contudo, tais critérios não foram identificados no termo de referência do edital do Pregão Eletrônico n. 2/2022.

Ademais, como já mencionado, há aglutinação de prestação de serviços com as locações dos equipamentos de informática, não sendo possível quantificar, medir e pagar os serviços a serem realizados.

5. Pesquisa de Preços incompleta - ausência de ampla pesquisa de preços.

A previsão de estimativa de valor do objeto da contratação encontra amparo no artigo 34, inciso X, e no artigo 40, todos do RILC da SANESUL.

No entanto, de acordo com o Subanexo X (f. 118) e dos documentos que lhes dão suporte (f. 107 a 117), todos do edital do Pregão Eletrônico n. 2/2022, verifica-se que a pesquisa de preços se baseou tão somente em pesquisas de preços junto a fornecedores, não sendo apresentado o valor referencial da sua contratação vigente e os preços praticados por outros

entes.

O entendimento consolidado aponta para a necessidade de realização de ampla pesquisa de preços. Por ampla pesquisa, vale dizer, entende-se a diversificação de fontes de consulta, formando o que se convencionou chamar cesta de preços aceitáveis.

Sobre a necessidade de se ampliar as fontes de pesquisa, essa Corte de Contas já se manifestou através do Parecer C 14/2015, formulado nos autos TC/18553/2013, de Relatoria do Excelentíssimo Cons. Jerson Domingos. Vejamos:

> (...) A cotação de preços pode ser feita validamente por e-mail, lojas on-line ou mesmo outros meios similares, alertando apenas para a **necessidade de ampla variedade de meios de pesquisa, não sendo possível ater-se a uma única linha de pesquisa** e para a formação da média de preços praticada no mercado deve haver nos autos, comprovadamente, no mínimo, três cotações válidas. (*grifou-se*)

Entretanto, não obstante ao entendimento firmado, a SANESUL realizou consulta apenas com três fornecedores para a fixação do preço estimado, deixando de buscar outras fontes que pudessem enriquecer a pesquisa e possibilitar que as médias estimadas se aproximassem o máximo possível dos preços reais de mercado.

6. Termo de Referência/Edital de Licitação – ausência de memórias de cálculo da estimativa de preços apresentada.

O Regulamento Interno de Licitações e Contratos da SANESUL em seu artigo 40, inciso I, assim dispõe:

> Art. 40 A estimativa do valor do objeto da contratação no caso de aquisições ou de contratação de serviços que não sejam de engenharia será realizada a partir dos seguintes critérios:
>
> I – por meio da **elaboração de planilha de custos e formação de preços pela Equipe de Planejamento da Contratação**, quando a formação do preço for o resultado da composição de custos que incidem sobre a execução contratual e **o objeto pretendido permitir o seu detalhamento**; (*grifou-se*)

Assim, considerando que há para os itens 7 a 11 a previsão de locação de equipamentos com prestação de serviços, não foi apresentado o detalhamento dos valores que compõem o preço total orçado para cada um desses itens, conforme estabelecido no artigo 40, inciso I, do RILC da SANESUL.

7. Edital de Licitação – exigência restritiva de documento de habilitação relativo à qualificação técnica.

O documento de folhas 390 - Anexo II – relaciona os documentos necessários para a habilitação, no entanto o item III, letra b, do referido documento, que trata da documentação relativa à qualificação técnica, assim estabelece:

> b) Certidão de inscrição da empresa licitante e do(s) responsável(eis) técnico(s) junto ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (GREA). **E deve possuir como responsável técnico da empresa pelo menos 01 (um) Engenheiro Eletricista**, ou Técnico em Telecomunicação ou Tecnólogo em Rede de Computadores. No caso de certidão emitida por outra Unidade da Federação, deverá ser apresentada com o visto do CREA-MS, **por ocasião da contratação**. (*grifou-se*)

O referido item deve estar alocado na relação de documentos a serem apresentados no momento da assinatura do instrumento contratual, e não na relação de documentos que tratam de qualificação técnica, como constou.

É necessário especificar quais documentos devem ser apresentados para fins de habilitação e quais devem ser apresentados no momento da assinatura do instrumento contratual.

Verifica-se, também, que as exigências previstas nas letras “c” e “d”, do item III, do Anexo II, do edital, extrapolam o rol taxativo de documentação para fins de habilitação previsto nos artigos 93, 94 e 95 do RILC da SANESUL.

A sessão de abertura da licitação está agendada para o dia 7 de fevereiro de 2022, e em atenção à defesa do interesse público, e diante da iminência da prática de atos que podem prejudicar a competitividade do certame e ocasionar prejuízos ao erário, e, ainda, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o deferimento do pedido de concessão de medida cautelar para a suspensão do certame é a medida que se impõe.

Acerca do poder geral de cautela dos Tribunais de Contas, o Supremo Tribunal Federal já assentou que esses possuem legitimidade para expedir medidas cautelares, a fim de prevenir lesão ao erário, ao interesse público, e garantir a efetividade de suas decisões, nos termos do Acórdão prolatado no MS n. 24.510/DF:

> PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo

> administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem. (MS 24510-7/DF, Tribunal Pleno, Relator Min. Ellen Gracie, DJ 19/03/2004).

Para a concessão da medida cautelar, faz-se necessária a presença dos requisitos previstos no artigo 56 da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas, Lei Complementar Estadual (LCE) n. 160/2012, *in verbis*:

> Art. 56. O Tribunal pode determinar liminarmente a aplicação de medida cautelar, sem a prévia manifestação do jurisdicionado, sempre que existirem provas suficientes de que ele possa retardar ou dificultar o controle externo, causar dano ao erário ou tornar difícil a sua reparação. (grifei)

Em sendo o provimento cautelar medida de urgência, o STF, no processo supracitado, admitiu a possibilidade da sua concessão *inaudita altera pars*. Ressaltou, inclusive, que tal procedimento não configura ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa, principalmente quando se verifica que o exercício dos referidos direitos, observado o direito processual legal, será exercido em fase processual seguinte.

No mesmo sentido, são requisitos cumulativos do art. 300, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, aplicados subsidiariamente aos processos de controle externo no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do art. 81, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal (RITC/MS), aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98/2018:

> Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. (grifei)
>
> § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente

> hipossuficiente não puder oferecê-la.
>
> § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

O artigo 149 do RITC/MS confere competência ao conselheiro-relator quanto ao exercício do Poder-Geral de Cautela, pois permite que seja efetivado até mesmo de ofício:

> Art. 149. As medidas cautelares serão aplicadas ou determinadas pelo Conselheiro Relator, incidentalmente, de ofício ou atendendo ao pedido, nas matérias em que se pretender assegurar a efetividade do controle externo, observado o que dispõem os arts. 56 a 58 da LC n.º 160, de 2012.

Assim, em razão da existência de irregularidades no procedimento licitatório Pregão Eletrônico n. 2/2022, que restringem a competitividade no certame, prejudicando a escolha da melhor proposta para a Administração, a aplicação de medida cautelar para a suspensão da licitação busca evitar grandes danos aos cofres públicos.

Ressalto que os efeitos decorrentes da concessão da medida cautelar poderão ser justificadamente suspensos ou revistos a qualquer tempo, bem como serão objeto de análise meritória a ser proferida pelo órgão colegiado desta Corte de Contas, consoante o disposto no art. 149, § 1º, III, c/c o art. 17, VI, “a”, ambos do RITC/MS:

> Art. 149.
>
> [...]
>
> § 1º A medida cautelar poderá ser:
>
> [...]
>
> III - revogada a qualquer tempo.
>
> [...]
>
> Art. 17. Compete ao Tribunal Pleno:
>
> [...]
>
> VI - apreciar, julgar ou deliberar, conforme o caso, sobre:
>
> a) denúncias e representações sobre irregularidades, observadas as prescrições contidas nos arts. 126 a 135, bem como sobre Proposição de Averiguação Prévia, nos termos do art. 136, § 1º;
>
> [...]

Ante o exposto, pelas razões e argumentos expendidos, com fulcro no art. 71 da Constituição Federal, c/c o art. 77 da Constituição do Estado

de Mato Grosso do Sul, os arts. 56, 57 e 58 da LCE n. 160/2012, e o art. 149 do RITC/MS, **DETERMINO**:

1. a **suspensão** do procedimento licitatório Pregão Eletrônico – Edital n. 2/2022 de responsabilidade da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. – SANESUL e a correção do edital de licitação, nos termos da Análise ANA - DFLCP – 46/2022. Advirto que esta suspensão perdurará até que outra decisão seja proferida por esta Corte de Contas;

2. a **comprovação** do cumprimento desta decisão no **prazo de 5 (cinco) dias úteis**, a partir da data da intimação, sob pena de multa individual no valor correspondente a 1.000 (mil) UFERMS, nos termos dos arts. 44, I, e 45, I, ambos da LCE n. 160/2012, c/c o art. 149, § 2º, e o art. 210, ambos do RITC/MS.;

3. a **intimação** do diretor-presidente da SANESUL, Sr. Walter Benedito Carneiro Júnior, para que se manifeste, em igual prazo, acerca das irregularidades detectadas pela equipe técnica de fiscalização deste Tribunal.

4. Encaminhe-se junto ao termo de intimação cópia da Análise ANA - DFLCP – 46/2022.

Cumpra-se.

Campo Grande/MS, 04 de fevereiro de 2022.

CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO
Relator

ejo