

RELATÓRIO DA DEFESA

PROCESSO	: 21259-8/2013
PRINCIPAL	: PREFEITURA MUNICIPAL DE LUCAS DO RIO VERDE
ASSUNTO	: DENÚNCIA
INTERESSADO	: COMPLEXX TECNOLOGIA LTDA.
GESTOR	: OTAVIANO OLAVO PIVETTA
RELATOR	: CONSELHEIRO VALTER ALBANO DA SILVA
AUDITOR	: FLAVIO VIEIRA

PREZADO SENHOR SECRETÁRIO,

Trata-se de relatório de análise da defesa encaminhada pelo Prefeito do Município de Lucas do Rio Verde, Sr. Otaviano Olavo Pivetta, e pela Supervisora de Licitações, Compras e Contratos, Sra. Jéssica Regina Wohlemberg (Protocolo n. 3565-D de 20/12/2013), em face da denúncia digital formalizada pela empresa COMPLEXX Tecnologia Ltda. (Protocolo 212598-P de 14/08/2013), versando sobre a existência de irregularidades no Edital de Licitação do Pregão Presencial 100/2013, que teve como objeto a *“Contratação de empresa especializada para fornecimento de solução envolvendo hardware, software, assinatura de atualização, serviços de instalação, customização e serviço de suporte de Firewall UTM”*, e cuja sessão de julgamento das propostas se deu em 15/07/2013.

I. CONTEXTUALIZAÇÃO

A denunciante solicitou a este Tribunal a instauração de processo para investigação das supostas irregularidades (documentos digitais 196730/2013, 196731/2013 e 196732/2013), sob a alegação de direcionamento do referido certame

para favorecimento do fornecedor AKER SECURITY SOLUTIONS e seu produto AKER 2037, em desacordo com o disposto no art. 7º, §5º, da Lei 8.666/93.

Seguiu a denunciante informando que no curso do referido certame exerceu seu direito de interpor recurso administrativo em face do edital, junto à Comissão Permanente de Licitações, de acordo com o que prescreve o art. 41, §1º, da Lei 8.666/93. E que, entretanto, a Supervisora de Licitações, Compras e Contratos negou provimento à impugnação, sob a alegação de que os requisitos dispostos no ato convocatório não trariam prejuízos à ampla concorrência, afirmando, ainda, que “(...) *todos os dispositivos de Firewall de grande porte do mercado atendem esses requisitos*” (documento digital 196730/2013, p. 196 a 198).

Convencida de que as exigências editalícias apresentavam excessos a denunciante recorreu a este Tribunal em 14/08/2013, exigindo que fossem os termos do edital avaliados e, se possível, que fosse o pregão suspenso por meio de medida cautelar.

Em Julgamento Singular de 04/09/2013 (4.690/VAS/2013), entendeu o Conselheiro Valter Albano que, naquele momento, padeceria de efeito prático a emissão da medida cautelar, uma vez que o Pregão Presencial já havia se realizado na data de 29/07/2013.

Em relatório preliminar de auditoria de 25/11/2013 (documento digital 297385/2013), esta SECEX sugeriu ao Conselheiro Relator a citação do Prefeito do Município de Lucas do Rio Verde, da Supervisora de Licitações, Compras e Contratos, e do ex-Supervisor de Tecnologia da Informação, para manifestarem-se acerca do achado da auditoria descrito no item 3.1 documento, que a seguir se transcreve:

“3.1. Constatação de especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias que estrinjam a competição do certame licitatório (GB 03 – Licitação – Grave).

3.1.1. Considerados os dados constantes nos autos, solicita-se que a Prefeitura de Lucas do Rio Verde apresente justificativa técnica, especialmente para os itens 5.2.1, 5.2.6, 5.2.7, 5.2.8, 5.2.9, 5.2.10, 5.2.11, 5.2.12, 5.2.13 e 5.2.15, todos do Termo de Referência, bem como comparativos que comprovem a afirmação da Pregoeira e do Supervisor de Tecnologia da Informação de que ‘todos os dispositivos de Firewall UTM de grande parte do mercado atendem

esses requisitos' (art. 40, I, da Lei Federal n. 8666/1993 e art. 3º, II, da Lei Federal n. 10520/2002)."

Devidamente citados, o Prefeito e a Supervisora de Licitações, Compras e Contratos apresentaram defesa em 20/12/2013 (documentos digitais 937/2014 e 49314/2014), arguindo, em sede de preliminar, a perda superveniente do objeto da denúncia, uma vez que já havia celebrado contrato com o licitante vencedor. Trouxe como fundamento o Parecer do Ministério Público de Contas (1.588/2012), que no processo 22734-0/2011, opinou pelo arquivamento dos autos, em razão da falta de utilidade e necessidade ao recurso que solicitou a suspensão de determinada Concorrência já concluída, conforme se transcreve em parte:

"(...)

No caso presente, depreende-se que o recurso não é necessário, já que a sua finalidade jamais será alcançada, visto que a Concorrência nº 014/2011 já foi devidamente concluída.

(...)"

Seguiram os gestores em sua defesa alegando que os requisitos constantes do Edital 100/2013 foram necessários para assegurar que o contratado atendesse aos fins buscados pela Administração, conforme metas definidas em seu Plano Diretor de Tecnologia da Informação. E questionaram o posicionamento da denunciante que, mesmo em condições de fornecer o produto "AKER 2037", intentou impugnar o edital arguindo o direcionamento por conta de que somente esse produto seria capaz de atender às exigências do ato convocatório.

Em 05/03/14, complementando as informações enviadas em 20/12/2013, a defesa juntou documentação de dois outros produtos que alega atender às exigências do Edital (documento digital 49314/2014), no intuito de comprovar a inexistência de exigências excessivamente restritivas no ato convocatório.

Consulta realizada junto ao Sistema APLIC em 11/03/2014 retornou informações dando conta de que, até dezembro de 2013, já haviam sido pagas as parcelas referentes aos meses de setembro a dezembro do mesmo exercício, totalizando valores da ordem de R\$ 24.324,00, equivalente a 29% do valor global de R\$ 83.966,64 do Contrato 307/2013, que fora celebrado em decorrência do Pregão Presencial 100/2013.

II. ANÁLISE DE MÉRITO

A. Da Preliminar

Em sede de preliminar, os denunciados solicitam a perda superveniente do objeto da denúncia, uma vez que já haviam contratado com o licitante vencedor.

Entretanto, essa circunstância não soluciona eventuais vícios ou irregularidades contidos no Edital. No caso concreto, a constatação de exigências excessivamente restritivas do caráter competitivo do certame, sem que o edital contemple justificativas técnicas robustas que as autorize, poderia dar ensejo à nulidade do procedimento licitatório e do contrato dele decorrente, como prevê o art. 7º, §§ 5º e 6º, da Lei 8.666/93:

“§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

§ 6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.”

Dessa maneira, afasta-se a arguição da preliminar.

B. Do corpo da defesa

Alegam os gestores em sua defesa terem realizado a licitação cumprindo com os princípios da legalidade e da probidade, sem a imposição de exigências absurdas ou irrelevantes para o interesse a ser alcançado. Citam doutrina do Professor Marçal Justen Filho acerca da discricionariedade do gestor para configurar, em cada caso, as exigências e os requisitos de participação nas Licitações, como se transcreve:

“Existe, portanto, uma margem de discricionariedade para a Administração configurar, em cada caso, as exigências e os requisitos de participação. Ao elaborar o ato convocatório, a Administração deverá avaliar a complexidade da futura contratação e estabelecer, como derivação, os requisitos de habilitação e as condições de participação. Essa margem de discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A escolha administrativa está delimitada não apenas pela Lei como também pela própria Constituição. Existe um mandamento constitucional, no já referido art. 37, inc. XXI da CF/88. A Constituição não admite exigências que superem o mínimo necessário para assegurar a obtenção pela Administração de uma prestação de qualidade adequada.”

Entretanto, esse entendimento doutrinário trata da discricionariedade nas exigências habilitatórias dos concorrentes e traz, em sua parte final, a afirmação sobre a impossibilidade de se fazer exigências que superem o mínimo necessário ao alcance do objetivo pretendido.

O estabelecimento de requisitos para o objeto pretendido no ato convocatório não pode conflitar com o prescrito pelo art. 7º, §5º, *“salvo nos casos em que for tecnicamente justificável”*, o que não se configura no caso do Edital objeto da denúncia, pois não se verificou justificativa técnica que deixasse claro a necessidade de aquisição de um produto específico e exclusivo.

Acrescenta-se o fato da defesa não ter logrado êxito ao tentar demonstrar a existência de mais equipamentos adequados às restrições do edital, pois encaminhou as especificações técnicas dos produtos “Dell NSA 6600” e “Fortinet FortiGate – 1000C” (documento digital 49314/2014), que não atendem aos requisitos de exigência. Por exemplo, o primeiro é capaz de realizar 6.000 Túneis VPN simultaneamente (fl. 16 do documento digital 49314/2014), contra um mínimo estabelecido como aceitável de 10.000 (item 5.2.10 do ANEXO I – Termo de Referência, do Edital 100/2013, fl. 147 do documento digital 196730/2013). Já o segundo possui dispositivo de armazenamento interno de 128GB (fl. 21 do documento digital 49314/2014), ao passo em que o requisito do ato convocatório apontava 240GB como parâmetro mínimo (item 5.2.15 do ANEXO I – Termo de Referência, do Edital 100/2013, fl. 148 do documento digital 196730/2013).

Dessa forma, e sem o denunciado comprovar a existência de fornecedores capazes de cumprir com os requisitos editalícios, fica caracterizada a

ocorrência de exigência restritiva, em descompasso com as prescrições do art. 7º, §§ 5º e 6º, da Lei 8.666/1993, circunstância que poderia ensejar a nulidade do certame e, por conseguinte, da decorrente execução contratual.

Entretanto, cumpre considerar a imprescindibilidade desses serviços de Tecnologia da Informação no cotidiano da Administração, de modo que a imediata suspensão do fornecimento do objeto contratado poderia resultar em graves prejuízos à municipalidade.

Nesses termos, o mais arrazoado seria determinar à Administração imediatas providências para que novo procedimento licitatório seja levado a efeito, livre dos vícios aqui configurados, para que, uma vez em condições de celebrar novo contrato, se possa prontamente cancelar os efeitos daquele decorrente do Pregão 100/2013, evitando-se, dessa forma, a inoportuna interrupção dos serviços que se utilizam da tecnologia da informação.

Por fim, a manifestação dos gestores acerca do fato da denunciante não ter consultado a Administração sobre sua qualificação técnica para participação do certame, mesmo possuindo condições de prestar os serviços objeto do Edital, não agrega qualquer informação relevante a este processo de denúncia, pois o art. 41, § 1º, da Lei 8.666/93 é claro ao estabelecer que:

“§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.”

E o art. 113, § 1º, da mesma Lei, complementa:

“§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.”

III. CONCLUSÃO

Diante do exposto, esta equipe de auditoria manifesta-se pelo **não provimento da preliminar** arguida na defesa, e pela **determinação** ao gestor para que realize imediatamente novo procedimento licitatório, eximindo-se de consignar em edital exigências excessivas ou restritivas do caráter competitivo do certame, para que, tão logo esteja em condições de realizar nova contratação, se proceda ao imediato cancelamento do contrato atualmente vigente.

Manifesta-se, ainda, pela **aplicação de multa** ao Prefeito do Município de Lucas do Rio Verde, Sr. Otaviano Olavo Pivetta; à Supervisora de Licitações, Compras e Contratos, Sra. Jéssica Regina Wohlemberg; e ao ex-Supervisor de Tecnologia da Informação, Sr. Carlos Augusto Cardoso Afonso, com fundamento no art. 6º, II, 'a', da Resolução Normativa 17/2010, pela irregularidade:

3.1. Constatação de especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias que restrinjam a competição do certame licitatório (GB 03 – Licitação – Grave).

Secretaria de Controle Externo da Relatoria do Conselheiro Valter Albano da Silva, em Cuiabá-MT, 18/03/2014.

FLÁVIO VIEIRA
Auditor Público Externo
Subsecretário de Controle Externo

Ex.^{mo} senhor Conselheiro Relator,

Ratifico a sugestão técnica e encaminho o processo para as providências cabíveis.

ROBERTO CARLOS DE FIGUEIREDO
Secretário de Controle Externo