

Processo: 1135393
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: More Tecnologia e Informática Eireli
Denunciada: Associação dos Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí – Amesp
Responsáveis: Wagner do Couto, Moacir Franco
Procuradores: Abrahão Elias Neto, OAB/MG 55.164; José Otávio Ferreira Amaral, OAB/MG 74.071-B
MPTC: Procuradora Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO

PRIMEIRA CÂMARA – 7/5/2024

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE *TABLET*, *CHROMEBOOK* E CARRINHO DE RECARGA PARA UNIDADES ESCOLARES. RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE E DIRECIONAMENTO DO CERTAME EM RAZÃO DA ESPECIFICAÇÃO EXCESSIVA DO OBJETO. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE ESTUDO DE DEMANDA. PROCEDÊNCIA. MULTA AFASTADA. RECOMENDAÇÃO. ESCOLHA INDEVIDA DA MODALIDADE PREGÃO NA FORMA PRESENCIAL. IMPROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE AUDIÊNCIA PÚBLICA PARA A REALIZAÇÃO DO CERTAME. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. A especificação do objeto no termo de referência com a indicação de configurações mínimas do item a ser adquirido é opção discricionária da Administração, levando em consideração o desempenho que se pretende obter.
2. O objetivo do estudo de demanda é assegurar a eficiência do procedimento licitatório, razão pela qual devem ser feitas as estimativas de quantitativos que abarquem o histórico de demandas passadas e as expectativas de demandas futuras, de modo a se promover maior garantia da viabilidade econômica devido à possibilidade de uma correta análise de preços, o que é imprescindível para uma aproximação à necessidade real da Administração, de modo a se evitar erros que frustrem a promoção de políticas públicas.
3. A utilização do pregão na forma eletrônica em detrimento da forma presencial, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, revela-se adequada aos princípios constitucionais da economicidade, da isonomia e da competitividade, tendo em vista que permite que os interessados possam participar de qualquer lugar do país, em ambiente virtual, salvo comprovada impossibilidade ou inviabilidade de utilização da forma eletrônica, devidamente justificada nos autos do processo licitatório.
4. O art. 39 da Lei n. 8.666/1993, alterado pelo Decreto Federal n. 9.412/2018, estabelecia que, no caso de contratações acima de R\$ 330.000.000,00, o processo licitatório fosse iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública.

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 parcialmente procedentes os apontamentos de irregularidade da denúncia, em face do Pregão Presencial n. 17/2022, deflagrado pela Associação dos Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí – Amesp, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno, c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil, sem a aplicação de multa, em razão das particularidades do caso concreto expostas na fundamentação desta decisão;
- II) recomendar ao atual presidente da Associação dos Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí – Amesp, para que, nas próximas licitações, oriente os servidores responsáveis pela licitação a:
 - a) realizar, na fase de planejamento da licitação, o estudo técnico preliminar, nos moldes do art. 18, §§ 1º e 2º, da Lei n. 14.133/2021, a fim de aferir os quantitativos a serem estimados em bases reais e, por conseguinte, o valor estimado da contratação, bem como permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação;
 - b) adotar o pregão na forma eletrônica nas próximas licitações de bens e serviços comuns, salvo comprovada impossibilidade ou inviabilidade de utilização da forma eletrônica, devidamente justificada nos autos do procedimento licitatório, nos moldes do art. 17, § 2º, da Lei n. 14.133/2021;
- III) determinar a comunicação ao denunciante acerca do teor desta decisão pelo DOC e a intimação dos responsáveis, por meio eletrônico e pelo DOC, bem como do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, na forma regimental;
- 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 Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro Agostinho Patrus e o Conselheiro Presidente Durval Ângelo.

Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 7 de maio de 2024.

DURVAL ÂNGELO
Presidente

ADONIAS MONTEIRO
Relator

(assinado digitalmente)

PRIMEIRA CÂMARA – 7/5/2024

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada por More Tecnologia e Informática Eireli, à peça n. 2, em face do Pregão Presencial n. 17/2022, deflagrado pela Associação dos Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí – Amesp, cujo objeto consistiu no registro de preços, na forma de licitação compartilhada, para a aquisição de *tablet*, *chromebook* e carrinho de recarga para as unidades escolares e administrativas dos municípios que compõem a Amesp, com valor total estimado em R\$ 242.762.000,00, sendo este valor representado pela soma dos seguinte lotes: R\$ 55.272.000,00 para o lote 1, R\$ 173.810.000,00 para o lote 2 e R\$ 13.680.000,00 para o lote 3, conforme peça n. 2, pág. 64.

Em síntese, a denunciante apontou que (i) o edital do Pregão Presencial n. 17/2022 está concebido em 3 lotes, os quais possuem especificações “extremamente restritivas e direcionadas”. Nesse sentido, alegou que o lote 1, que trata da aquisição de 42.000 *tablets*, indicou a marca e modelo do processador “CPU: *Spredtrum9832, Quad core, Cortex-A53, frequência de 1.4 GHZ*”, em detrimento do desempenho. Ademais, ressaltou que os lotes 2 e 3 também trazem “especificações demasiadas restritivas que podem frustrar o caráter competitivo da licitação e trazer danos e prejuízos ao erário”. Além disso, apontou (ii) a ausência de estudo técnico preliminar, considerando que o processo licitatório se trata de iniciativa consorciada, sendo o pregoeiro e o diretor executivo da Amesp, segundo a denunciante, “pessoas claramente sem qualificações técnicas para a elaboração de especificações complexas como as especificadas”. Ainda, apontou (iii) que a modalidade pregão presencial seria indevida e que (iv) o valor de referência da licitação “ultrapassou R\$ 241.000.000,00”, de forma que, nos termos do art. 39 da Lei n. 8.666/1993, o processo licitatório deveria ter sido iniciado, obrigatoriamente, após audiência pública. Ao final requereu, como medida cautelar, a suspensão do certame.

A documentação foi recebida como denúncia pela Presidência em 6/12/2022, à peça n. 9.

No despacho disponível à peça n. 11, antes de me manifestar sobre o pedido cautelar, determinei a intimação do Sr. Wagner do Couto, pregoeiro e subscritor do edital, peça n. 2, pág. 43, bem como do Sr. Moacir Franco, diretor executivo da Amesp e subscritor do termo de referência, peça n. 2, pág. 72, 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 denunciante. Determinei, ainda, que os agentes informassem o estágio do procedimento licitatório e, eventualmente, em caso do registro dos preços, se houve o início de execução contratual por parte de algum município consorciado.

Intimados, os referidos agentes públicos apresentaram justificativas, à peça n. 22, e carregaram aos autos documentos atinentes ao procedimento licitatório sob exame, às peças n. 18 a 21.

Em razão de minhas férias regulamentares, o processo foi redistribuído temporariamente ao conselheiro Durval Ângelo, que, no despacho à peça n. 25, encaminhou os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – Cfel para análise do pedido de suspensão liminar do certame formulado pela denunciante.

Em cumprimento ao referido despacho, a Cfel elaborou o estudo técnico, à peça n. 26, e concluiu pela procedência do apontamento da denúncia atrelado à “ausência de estudo técnico preliminar” e pela improcedência dos demais apontamentos denunciados. Com relação ao pleito

cautelar, sugeriu o seu indeferimento, uma vez que o certame apresentou ampla competitividade e que “as propostas vencedoras trouxeram extensa vantagem à Administração Pública”. Por fim, requereu a citação dos responsáveis para apresentarem defesa em face da referida irregularidade, sendo eles: o Sr. Wagner do Couto, pregoeiro e subscritor do edital, e o Sr. Moacir Franco, diretor executivo da Amesp.

Cessada a situação que ensejou a redistribuição temporária do processo, os autos retornaram ao meu gabinete e, no despacho à peça n. 31, à mingua de demonstração de efetivo prejuízo ao interesse público ou ao erário; considerando a improcedência dos apontamentos da denúncia referentes à existência de especificações restritivas, utilização indevida do pregão na forma presencial e necessidade de realização de audiência pública; e tendo em vista que o certame obteve boa competitividade e relativa economicidade, indeferi o pedido cautelar de suspensão do certame. Em seguida, determinei que os autos fossem encaminhados ao Ministério Público de Contas para manifestação preliminar.

O *Parquet* de Contas, à peça n. 37, também não vislumbrou os documentos que indicassem a formalização da demanda de cada ente consorciado, de forma a justificar o quantitativo de bens a ser adquirido. Ademais, pontou que a deflagração de procedimentos licitatórios sem amparo em estudos técnicos preliminares, referentes às necessidades públicas concretamente delimitadas e quantificadas, vai de encontro ao dever de planejamento na administração pública e ao princípio da eficiência. Ao final, requereu a citação dos responsáveis elencados no estudo da Unidade Técnica, à peça n. 26, para apresentarem defesa.

Assim, no despacho à peça n. 38, determinei a citação do Sr. Wagner do Couto, pregoeiro e subscritor do edital, e do Sr. Moacir Franco, diretor executivo da Amesp e subscritor do termo de referência, para apresentarem defesa.

Citados, os referidos agentes apresentaram defesa conjunta, à peça n. 46, e refutaram o apontamento tido como procedente, sob o argumento de que a exigência do Estudo Técnico Preliminar - ETP está restrita à Nova Lei de Licitações e Contratos - NLLC, não se aplicando, portanto, ao caso em referência, e que este poderia ser dispensado dependendo do objeto e da forma de contratação. Alegaram, ainda, que a elaboração de um estudo de demanda implicaria “sérias dificuldades logísticas”, razão pela qual o consórcio considera, para fins de estimativa dos quantitativos, a população de cada município.

A Unidade Técnica, em reexame à peça n. 48, concluiu pela rejeição das razões de defesa apresentadas pelos defendentes quanto à ausência de estudo de demanda e opinou pela aplicação de multa aos responsáveis.

O Ministério Público de Contas, em manifestação conclusiva à peça n. 50, opinou pela procedência parcial da denúncia, em razão da ausência de estudo de demanda, e pela aplicação de sanção ao Sr. Moacir Franco, autoridade solicitante e subscritor do termo de referência, por entender caracterizado erro grosseiro em sua conduta.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Restrição da competitividade e direcionamento do certame em razão da especificação excessiva do objeto

Conforme relatado, a denunciante, à peça n. 2, apontou que o edital do Pregão Presencial n. 17/2022 apresentou 3 (três) lotes que possuem especificações “extremamente restritivas e direcionadas”. Como exemplo, alegou que o lote 1, que trata da aquisição de 42.000 *tablets*,

indicou a marca e modelo do processador “CPU: *Spredtrum9832, Quad core, Cortex-A53, frequência de 1.4 GHZ*”, em detrimento do desempenho.

Intimidados para apresentarem justificativas, os gestores argumentaram, à peça n. 22, que as especificações constantes no edital se tratam de “configurações mínimas”, considerando justamente o desempenho que se pretende obter, bem como diminuir o índice de obsolescência dos equipamentos de TI. Ademais, alegaram que, se houvesse qualquer restrição ou direcionamento do certame, não seria possível a obtenção das cotações de preços constantes nos autos do processo licitatório, considerando, ainda, que 9 (nove) empresas participaram do certame, apresentando marcas distintas para os produtos.

A Unidade Técnica, em estudo inicial à peça n. 26, entendeu, a partir do exame do termo de referência, que não houve indicação de marca e, sim, as configurações mínimas desejadas pela Administração. Somado a isso, considerou que 9 (nove) empresas participaram do certame, oferecendo marcas diversas, tais como: Positivo, Multilaser, Samsung, Acer, Lenovo, dentre outras, o que afastaria a tese levantada pela empresa denunciante.

Registro que o Ministério Público de Contas não se manifestou em relação a este apontamento.

Em juízo inicial à peça n. 31, também entendi que não houve detalhamento excessivo do objeto licitado, uma vez que, mediante exame do termo de referência, à peça n. 2, págs. 45 a 59, não verifiquei indicação de marcas nos itens pretendidos, constando apenas as configurações mínimas desejadas pela Administração. Além disso, ressaltai o fato de que o certame obteve boa competitividade, com a participação de 9 (nove) empresas, conforme ata do pregão disponível à peça n. 20, pág. 108.

De fato, conforme pontuei anteriormente, as especificações constantes no termo de referência são configurações mínimas para a aquisição pretendida. De toda forma, ainda que houvesse indicação de marca, tal como alegado pela denúncia, a Súmula n. 270 do Tribunal de Contas da União – TCU estabelece que “*Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção*”.

No caso concreto, a Administração justificou, à peça n. 22, que as configurações mínimas indicadas no termo de referência foram necessárias para indicar o “desempenho que se pretende obter e “diminuir o índice de obsolescência dos equipamentos de TI”.

Nesse cenário, saliento que a especificação do objeto no termo de referência, com a indicação de configurações mínimas do item a ser adquirido, é opção discricionária da Administração, levando em consideração o desempenho que se pretende obter.

Ademais, depreende-se da ata de homologação do certame, à peça n. 20, pág. 186, que a empresa Multilaser Industrial S.A. foi declarada vencedora dos lotes 1 e 2 e a empresa Kona Indústria e Comércio Ltda., do lote 3. Vale mencionar que a empresa Multilaser Industrial S.A. é representante da marca Multilaser e a empresa Kona Indústria e Comércio Ltda. das marcas Samsung e Guardian, conforme documentos constantes do processo licitatório, às págs. 127 a 146, e 173 a 182.

Entendo, pois, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, que as justificativas apresentadas pelos defendentes, aliadas à competitividade do certame, que contou com a participação de 9 (nove) empresas que ofertaram marcas diversas, refutam o apontamento de restrição indevida da competitividade e direcionamento do certame, razão pela qual proponho que este apontamento de irregularidade da denúncia seja julgado improcedente.

2.2. Ausência de estudo técnico preliminar

A denunciante apontou, à peça n. 2, como irregularidade a ausência de estudo técnico preliminar, considerando que o processo licitatório se trata de iniciativa consorciada. Ademais, alegou que o pregoeiro e o diretor executivo da Amesp são “pessoas claramente sem qualificações técnicas para a elaboração de especificações complexas como as especificadas”.

Intimados para apresentarem justificativas, os gestores argumentaram, à peça n. 22, que a licitação em exame foi realizada sob a égide da Lei n. 8.666/1993, a qual não exige elaboração do estudo técnico preliminar, exigência esta contida na Lei n. 14.133/2021, Nova Lei de Licitações e Contratos - NLLC, portanto, não aplicável ao caso em referência.

Ademais, alegaram que o processo licitatório se trata de registro de preços para futura aquisição de bens comuns, cujas especificações são usualmente encontradas no mercado e, uma vez definidas as especificações, basta multiplicar pelo quantitativo estimado para cada município, inexistindo nível de complexidade que exigisse do pregoeiro e do diretor executivo qualquer tipo de *expertise*.

A Unidade Técnica, em estudo inicial à peça n. 26, concluiu pela procedência da denúncia neste ponto, uma vez que não foi encontrado documento demonstrando que houve estudo de demanda prévio dos municípios consorciados acerca do objeto licitado. Dessa forma, argumentou que a Lei n. 10.520/2002, que trata da modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns, ainda que não contenha em seus dispositivos expressamente o termo “estudo técnico preliminar”, deixa clara a necessidade desse instrumento quando dispõe, em seu art. 3º, III, que na fase preparatória do pregão deverá constar nos autos do procedimento “os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados”.

Ademais, pontuou que:

[...] a estimativa das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, bem como o levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar, são elementos importantíssimos para a elaboração de um termo de referência claro e coerente e, conseqüentemente, para o êxito da licitação.

Assim, considerando a ausência de prévio estudo de demanda perante cada município consorciado e de estudo técnico acerca das especificações dos produtos, a Unidade Técnica entendeu pela procedência do apontamento.

Em juízo inicial, à peça n. 31, não obstante haver indícios de irregularidade, entendi que a ausência de estudo prévio de demanda dos municípios consorciados acerca do objeto licitado, por si só, não possuía o condão de paralisar o procedimento de contratação no estágio em que ele se encontrava, uma vez que o certame obteve boa competitividade e relativa economicidade para os cofres públicos.

O Ministério Público de Contas, no parecer à peça n. 37, entendeu pela existência de irregularidade neste ponto, diante da ausência de documentos que indicassem a formalização da demanda de cada ente consorciado, contendo as justificativas sobre o quantitativo de bens a ser adquirido.

Ademais, o *Parquet* de Contas salientou que a falta de planejamento do certame se confirmou, tendo em vista a “ausência de correlação entre o limite de aquisição imposto a cada ente consorciado e o número de alunos matriculados e os docentes do ensino fundamental”. Nesse cenário, indicou que não foi apresentada demanda imediata e concreta, o que tem o condão de ocasionar a celebração de atas de registro de preços que “não correspondem às reais demandas dos órgãos contratantes”.

Pontuou, por fim, que a ausência de obrigatoriedade de contratação dos quantitativos máximos previstos não autoriza a deflagração de processos licitatórios “sem amparo em estudos técnicos preliminares e necessidades públicas concretamente delimitadas e quantificadas, tendo em vista o dever de planejamento que permeia administração pública e o princípio da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição”.

Citados para apresentarem defesa em face deste apontamento, os gestores responsáveis alegaram, à peça n. 46, a dificuldade de ordem técnica na elaboração de estudo técnico preliminar pelos municípios no caso da adoção do sistema de registro de preços e que não há qualquer exigência da elaboração do referido documento sob o manto da Lei n. 8.666/1993, sendo uma exigência da Lei n. 14.133/2021, além deste documento poder ser dispensado dependendo do objeto e forma de contratação.

Ademais, argumentaram que a Amesp é composta por 28 municípios consorciados, com o fim de usufruírem de atas de registro de preços, visando a economia de escala e a qualidade dos produtos e serviços contratados, além da otimização dos trabalhos dos setores de compras e licitações. Logo, afirmaram que a realização de estudo de demanda implicaria em uma série de dificuldades logísticas, com impacto na realização do certame, que demandaria mais tempo. Esclareceram, por fim, que a estimativa dos quantitativos está pautada na população de cada município, de acordo com o coeficiente de FPM.

A Unidade Técnica, em reexame à peça n. 48, concluiu que as alegações defensivas não se mostraram suficientes para desconstituir o apontamento de irregularidade, pois as dificuldades de ordem administrativa não podem servir de justificativa para afastar as obrigações legais, como o dever de realizar adequado planejamento para as contratações pela Administração.

No que se refere ao cálculo que a Amesp utilizou para ofertar uma quantidade que corresponderia à demanda de cada um dos itens licitados, a Unidade Técnica ressaltou que os números fornecidos são irrealistas e fornecem, apenas, uma quantia hipotética de itens demandados. Ainda, argumentou que “não há correlação necessária entre itens a serem adquiridos e tamanho da população ou percentual de participação no Fundo de Participação dos Municípios” – FPM, pois um município pode estar precisando de uma maior quantidade de um item ainda que a sua população seja substancialmente inferior a outro, que pode ter uma demanda menor na ocasião do planejamento.

O Ministério Público de Contas, em parecer conclusivo, à peça n. 50, também entendeu que “o coeficiente do FPM não guarda **nenhuma relação** com a definição dos quantitativos de *tablets*, *chromebooks* e carrinhos de recarga para atendimento de alunos, professores e demais servidores, bem como não há nenhum lastro nos quantitativos definidos para cada um dos coeficientes do FPM”.

Destacou, também, que a utilização do sistema de registro de preços, em que pese não haver a obrigatoriedade de contratação, não dispensa a apresentação de estudo técnico preliminar, que visa demonstrar que a atuação da Administração está alicerçada no adequado planejamento.

Além disso, o *Parquet* de Contas registrou que, em decorrência do processo licitatório sob exame, foram firmadas duas atas de registro de preços, mas que, segundo dados do Sicom, apenas o município de Estiva-MG aderiu à ata para aquisição de *tablets* no ínfimo valor de R\$ 6.039,70, de forma a evidenciar que “a deflagração do Pregão Presencial n. 17/2022 não foi lastreada em demanda concreta dos municípios e que não foram adotados critérios técnicos para mensuração de quantitativos, os quais deveriam estar explicitados em memórias de cálculo”.

Por fim, concluiu que os elementos apontados nos autos demonstram, inequivocamente, a ausência de planejamento na contratação analisada.

Destaco que a ausência de planejamento adequado na fase interna de procedimentos licitatórios, sobretudo naqueles deflagrados por consórcios públicos intermunicipais, objetivando futuras e eventuais contratações pelo sistema de registro de preços, é tema relevante analisado por esta Corte de Contas.

Ademais, conquanto o apontamento da denúncia esteja redigido como “ausência de estudo técnico preliminar”, entendo que o apontamento de irregularidade está relacionado à ausência do estudo de demanda, uma vez que, de fato, o procedimento licitatório foi realizado sob a égide das Leis n. 8.666/1993 e n. 10.520/2002, que não exigiam elaboração do denominado Estudo Técnico Preliminar – ETP para a contratação de bens comuns, como no caso concreto, exigência contida na Lei n. 14.133/2021.

Sobre a matéria, ressalto que tenho me manifestado no sentido de que o estudo prévio de demanda, na fase de planejamento da licitação, tem por fim possibilitar aos municípios consorciados trazer as efetivas necessidades específicas. Nesse sentido, cito o julgamento da Denúncia n. 1141533, de minha relatoria, Primeira Câmara, sessão do dia 5/12/2023, assim ementada:

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE MATERIAL DIDÁTICO. EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA COM LIMITAÇÃO TEMPORAL. IMPROCEDÊNCIA. SUBJETIVIDADE QUANTO AO PRAZO DA ENTREGA DOS PRODUTOS. PROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO. APONTAMENTO COMPLEMENTAR DA UNIDADE TÉCNICA. DESCUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO DO RELATOR. IMPROCEDÊNCIA. ATRIBUIÇÕES DOS AGENTES NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. IMPROCEDÊNCIA. **AUSÊNCIA DE ESTUDO DE DEMANDA. PROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO.** ARQUIVAMENTO.

[...]

5. O objetivo do estudo de demanda é assegurar a eficiência do procedimento licitatório, razão pela qual devem ser feitas as estimativas de quantitativos que abarquem o histórico de demandas passadas e as expectativas de demandas futuras, de modo a se promover maior garantia da viabilidade econômica devido à possibilidade de uma correta análise de preços, o que é imprescindível para uma aproximação à necessidade real da Administração, de modo a se evitar erros que frustrem a promoção de políticas públicas. **Assim, é pertinente que cada município participante realize um estudo de demanda, considerando a importância do planejamento na Administração Pública, para verificar, por exemplo, a média de materiais adquiridos por ano letivo e a perspectiva de matrículas para os próximos anos, bem como o histórico de alunos matriculados, evadidos, repetentes, desistentes e transferidos nos anos anteriores.** (Destaquei)

Extrai-se da fundamentação do referido julgado:

Contudo, o número de alunos informados na rede de ensino estadual e municipal não está acompanhado de um histórico de demanda confiável, pois os quantitativos devem ser estimados em bases reais no período de vigência da ata de registro de preços, considerando os alunos matriculados, evadidos, repetentes, desistentes e transferidos nos anos anteriores.

[...]

Dessa forma, é pertinente que cada município participante realize um estudo de demanda para verificar quais as suas reais necessidades, verificando, por exemplo, a média de materiais adquiridos por ano letivo e a perspectiva de matrículas para os próximos anos, considerando a importância do planejamento na Administração Pública.

[...]

Diante do exposto, considerando que a ausência de estudo de demanda evidencia falha no planejamento do procedimento licitatório, em consonância com as manifestações da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas, proponho que este apontamento de irregularidade seja julgado procedente.

Nesse cenário, tal como assinalado pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público de Contas, também não localizei, nos autos do processo licitatório, documentos que indicassem a formalização da demanda de cada ente consorciado, contemplando as justificativas sobre o quantitativo de bens a ser adquirido. Cumpre destacar a presença dos seguintes documentos na fase interna do certame:

- a) solicitação de abertura de processo licitatório, peça 19, pág. 2;
- b) termo de referência, peça n. 19, págs. 3 a 29;
- c) pesquisa de preços, peça n. 19, págs. 30 a 55;
- d) valor estimado da contratação, peça n. 19, págs. 56 a 70;
- e) Portaria n. 1/2022, que dispõe sobre a nomeação do pregoeiro, peça n. 19, pág. 71;
- f) autorização de abertura do certame peça n. 19, pág. 73;
- g) minuta do edital e anexos, peça n. 19, págs. 74 a 179;
- h) parecer jurídico, peça n. 19, págs. 180 a 185;
- i) aviso de publicação do edital, peça n. 19, pág. 186;
- j) publicação do aviso no Jornal Diário e Diário Oficial dos Municípios Mineiros, peça n. 19, págs. 187 a 188.

Portanto, inexistente documento demonstrando que houve um estudo de demanda prévio dos municípios consorciados acerca do objeto licitado, em inobservância ao art. 3º, III, da Lei n. 10.520/2002.

Traçado esse panorama, entendo que os argumentos defensivos, à peça n. 46, de que a Amesep estima os quantitativos e os distribui levando em consideração a população de cada município, de acordo com o coeficiente de FPM, não são suficientes para desconstituir o apontamento de irregularidade. Primeiro porque apresentado posteriormente à realização do certame, em inobservância ao próprio princípio do planejamento. Ademais, na esteira do estudo da Unidade Técnica, entendo que não há correlação necessária entre itens a serem adquiridos e tamanho da população ou percentual de participação no Fundo de Participação dos Municípios – FPM, pois um município pode demandar uma maior quantidade de um item ainda que a sua população seja inferior a outro, que apresente uma demanda menor em dado momento.

Ademais, em relação ao argumento defensivo de que a realização de um estudo de demanda implicaria em uma série de dificuldades logísticas, inviabilizando a realização do certame, entendo que não merece prosperar, pois é pertinente que cada município consorciado realize seu próprio estudo de demanda, considerando a importância do planejamento na Administração Pública, para verificar, por exemplo, a média de equipamentos adquiridos por ano letivo e a perspectiva de matrículas para os próximos anos.

Diante do exposto, em consonância com as manifestações da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas, proponho que este apontamento de irregularidade da denúncia seja julgado procedente, em razão da ausência de formalização do estudo prévio de demanda dos municípios consorciados acerca do objeto licitado.

Não obstante, vale destacar que o procedimento licitatório em exame, apesar da deficiência em sua fase de planejamento, não trouxe consequências práticas relevantes, uma vez que, conforme mencionado pelo Ministério Público de Contas, em decorrência do Pregão Presencial

n. 17/2022 foram firmadas as Atas de Registro de Preços n. 15/2022 e n. 16/2022, mas apenas o município de Estiva-MG aderiu à Ata de Registro de Preços n. 15/2022 para aquisição de *tablets*, no valor irrisório de R\$ 6.039,70, e nenhum município aderiu à Ata de Registro de Preços n. 16/2022, para a aquisição de carrinhos de recarga, conforme *prints* de tela colacionados no parecer ministerial, à peça n. 50, extraídos do Sicom.

Ademais, entendo que não há nos autos elementos capazes de inferir que os responsáveis tenham atuado com dolo ou erro grosseiro, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb, uma vez que a defesa conjunta dos gestores, à peça n. 46, pautou-se nas dificuldades práticas enfrentadas pela Administração quanto à execução do sistema de registro de preços, que é um procedimento que gera expectativa de contratação.

Dessa forma, considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, diante do caso concreto, deixo de propor a aplicação de multa aos responsáveis, visto que não ficou comprovada a ocorrência de efetivo prejuízo ao interesse público ou ao erário, tampouco a existência de dolo ou erro grosseiro na conduta dos gestores responsáveis.

Contudo, diante da revogação das Lei n. 8.666/1993 e n. 10.520/2002, proponho a emissão de recomendação ao atual presidente da Amesp para que, nos próximos procedimentos licitatórios que apresentem objeto semelhante, oriente os servidores responsáveis pela licitação a realizarem, na fase de planejamento da licitação, o estudo técnico preliminar, nos moldes do art. 18, §§1º e 2º, da Lei n. 14.133/2021, a fim de aferir os quantitativos a serem estimados em bases reais e, por conseguinte, o valor estimado da contratação, bem como permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação.

2.3. Escolha indevida da modalidade pregão presencial

De acordo com a denunciante, à peça n. 2, a escolha da modalidade do pregão presencial afrontou a Lei n. 10.520/2002 e o Decreto n. 10.024/2019, “visto que se trata de uma iniciativa consorciada de 28 municípios participantes”.

Intimados para apresentarem justificativas, os gestores argumentaram, à peça n. 22, que não há qualquer obrigatoriedade no sentido de que os consórcios públicos tenham que adotar o pregão na forma eletrônica, uma vez que a licitação em tela foi regida pela Lei n. 8.666/1993, de forma que as disposições contidas no art. 1º, § 3º, do Decreto n. 10.024/2019 se referem às aquisições com utilização de recursos decorrentes de transferências voluntárias, cabendo a cada município consorciado verificar qual a origem do recurso que será utilizado para o pagamento quando da aquisição dos produtos licitados.

A Unidade Técnica, em estudo inicial à peça n. 26, concluiu pela improcedência da denúncia neste ponto, por entender que inexistente no âmbito do consórcio Amesp normativo que obrigue a utilização do pregão sob a forma eletrônica, tal como ocorre em âmbito federal e estadual. Ademais, pontuou que o certame não foi regido pela Lei n. 14.133/2021, que tem como diretriz a preferência pelas licitações eletrônicas, salvo mediante motivação.

Não obstante, opinou pela emissão de recomendação aos responsáveis para que seja dada preferência à utilização do pregão na modalidade eletrônica para a aquisição de bens e de serviços comuns, mesmo quando os recursos utilizados para referida aquisição não sejam decorrentes de transferências voluntárias da União.

Em juízo inicial, à peça n. 31, registrei que a utilização do pregão na forma eletrônica em detrimento da forma presencial, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, revela-se adequada aos princípios constitucionais da economicidade, da isonomia e da competitividade, tendo em vista que permite que os interessados possam participar de qualquer lugar do país, em

ambiente virtual, salvo comprovada impossibilidade ou inviabilidade de utilização da forma eletrônica, devidamente justificada nos autos do processo licitatório, a exemplo do julgamento da Denúncia n. 1114546, de minha relatoria, Primeira Câmara, sessão do dia 2/8/2022.

Porém, naquela oportunidade, ressaltai que, de fato, inexistente no âmbito da Amesp normativo que obrigue a utilização do pregão sob a forma eletrônica, tal como ocorre em âmbito federal e estadual, além de o certame em tela não ser regido pela Lei n. 14.133/2021, que enaltece os atos administrativos digitais, cabendo a adoção da forma preferencial.

Registro que o Ministério Público de Contas não se manifestou em relação a este apontamento.

Considerando as particularidades do caso concreto, uma vez que o certame não foi regido pela Lei n. 14.133/2021 e tendo em vista que inexistente no âmbito da Amesp normativo próprio que obrigue a utilização do pregão eletrônico, entendo que não há que se falar em irregularidade na escolha da modalidade pregão na forma presencial. Ademais, é de se observar que 9 (nove) empresas participaram do certame, em sua forma presencial, conforme ata do pregão, à peça n. 20, págs. 166 a 168, não havendo prejuízos relevantes em razão da escolha da modalidade da licitação.

Diante do exposto, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, proponho que este apontamento de irregularidade da denúncia seja julgado improcedente.

Não obstante, proponho a emissão de recomendação ao atual presidente da Amesp para que oriente os servidores responsáveis pela licitação a adotar o pregão na forma eletrônica nas próximas licitações de bens e serviços comuns, salvo comprovada impossibilidade ou inviabilidade de utilização da forma eletrônica, devidamente justificada nos autos do procedimento licitatório, nos moldes do art. 17, § 2º, da Lei n. 14.133/2021.

2.4. Obrigatoriedade de audiência pública para a realização do certame

Conforme relatado, a denunciante apontou, à peça n. 2, que o valor de referência da licitação “ultrapassou R\$ 241.000.000,00”, de forma que, nos termos do art. 39 da Lei n. 8.666/1993, o processo licitatório deveria ter sido iniciado, obrigatoriamente, após audiência pública.

Intimados para apresentarem justificativas, os gestores argumentaram, à peça n. 22, que o valor estimado para a licitação é inferior a R\$ 330.000.000,00, conforme atualização do Decreto Federal n. 9.412/2018, devendo ser totalmente desconsiderado o apontamento feito pela denunciante.

A Unidade Técnica, em estudo inicial à peça n. 26, entendeu pela improcedência da denúncia neste ponto, uma vez que o orçamento estimado para a contratação do objeto não ultrapassou o limite descrito no art. 39 da Lei n. 8.666/1993, qual seja, R\$ 330.000.000,00, alterado pelo Decreto Federal n. 9.412/2018, afastando-se a obrigatoriedade de prévia audiência pública.

Em juízo inicial, à peça n. 31, verifiquei que o orçamento total estimado para a contratação do objeto foi de R\$ 242.726.000,00, previsto no item 9.1 do termo de referência, à peça n. 2, pág. 64, o qual não ultrapassou o limite descrito no art. 39 da Lei n. 8.666/1993, pela qual o certame foi regido, e que, após a alteração dada pelo Decreto Federal n. 9.412/2018, o valor passou a ser de R\$ 330.000.000,00, afastando-se, portanto, a obrigatoriedade de prévia audiência pública.

Registro que o Ministério Público de Contas não se manifestou em relação a este apontamento.

Inicialmente, para melhor compreensão da questão, vejamos o que estabelecia o art. 39 da Lei n. 8.666/1993:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Por sua vez, o Decreto Federal n. 9.412/2018, que atualizou os valores das modalidades de licitação de que tratava o art. 23 da revogada Lei n. 8.666/1993, dispôs o seguinte:

Art. 1º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ficam atualizados nos seguintes termos:

I - para obras e serviços de engenharia:

- a) na modalidade convite - até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);
- b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e
- c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais);

Portanto, ratifico o entendimento de que o orçamento total estimado para a contratação do objeto era de R\$ 242.726.000,00, o qual não ultrapassou o limite descrito no art. 39 da Lei n. 8.666/1993, que, após a alteração dada pelo Decreto Federal n. 9.412/2018, passou a ser de R\$ 330.000.000,00, afastando-se, portanto, a obrigatoriedade de prévia audiência pública no presente caso.

Diante do exposto, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, proponho que este apontamento de irregularidade da denúncia seja julgado improcedente.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, proponho que sejam julgados parcialmente procedentes os apontamentos de irregularidade da denúncia em face do Pregão Presencial n. 17/2022, deflagrado pela Associação dos Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí – Amesp, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno, c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil, sem a aplicação de multa aos responsáveis, em razão das particularidades do caso concreto expostas na fundamentação.

Proponho, ainda, a emissão de recomendações ao atual presidente da Associação dos Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí – Amesp, para que, nas próximas licitações, oriente os servidores responsáveis pela licitação a:

- a) realizar, na fase de planejamento da licitação, o estudo técnico preliminar, nos moldes do art. 18, §§ 1º e 2º, da Lei n. 14.133/2021, a fim de aferir os quantitativos a serem estimados em bases reais e, por conseguinte, o valor estimado da contratação, bem como permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação;
- b) adotar o pregão na forma eletrônica nas próximas licitações de bens e serviços comuns, salvo comprovada impossibilidade ou inviabilidade de utilização da forma eletrônica, devidamente justificada nos autos do procedimento licitatório, nos moldes do art. 17, § 2º, da Lei n. 14.133/2021.

Comunique-se a denunciante pelo DOC e intemem-se os responsáveis, por meio eletrônico e pelo DOC, bem como o Ministério Público de Contas, na forma regimental.

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

* * * * *

jc/rb



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS