**TC 2.866/2008**

**ACOMPANHAMENTO. ETAPAS DA LICITAÇÃO. CET. Serviços de comunicação do Centro de Operações da CET, com o fornecimento de plataforma de comunicação e materiais. Procedimento transcorreu dentro dos parâmetros legais. REGULAR. Votação unânime.**

**Relatório e voto englobado TCs** 2.781/2008 e 2.866/2008

**TC citado** 2.781/2008

**3.049ª Sessão Ordinária**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/002.781/2008 e TC/002.866/2008, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regular o procedimento licitatório decorrente do Edital do Pregão Presencial 049/2008.

**ACORDAM**, ademais, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor e DOMINGOS DISSEI.

Declarou-se impedido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, nos termos do artigo 177 do Regimento Interno deste Tribunal.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de julho de 2019.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Relator

**RELATÓRIO ENGLOBADO**

Tratam os presentes TCs da análise do Edital e do Procedimento Licitatório referentes ao Pregão 49/2008, promovido pela Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, objetivando contratação de empresa para prestação de serviços de comunicação do Centro de Operações da CET, com fornecimento de plataforma de comunicação e materiais.

Em razão da conexão dos objetos, os processos em epígrafe serão julgados em conjunto.

No TC 2.781.08-07, que trata da análise do Edital de Pregão 49/2008, a Auditoria, em análise inicial, constatou a existência de diversas irregularidades e impropriedades, elaborando ainda questionamentos à Origem (fls. 442/442 v°), adiante reproduzidos:

Irregularidades:

"Item 3.7 do relatório – infringência ao art. 1º, § único da Lei Federal 10.520/02 e art. 1º, § 3º do Decreto Municipal 45.689/05 – Os serviços não podem ser considerados comuns, tornando ilegal a adoção da modalidade pregão.

Item 3.12 do relatório – infringência ao artigo 7º, § 2º, II da Lei Federal 8.666/93 – a pesquisa de mercado realizada é insubsistente para determinação do valor referencial da licitação.

Item 3.14.3 do relatório – infringência ao artigo 31, § 5º da Lei Federal 8.666/93 – inadequação e falta de justificativa para os índices adotados para a qualificação econômico-financeira;

Item 3.22 do relatório – infringência ao artigo 57, IV da Lei Federal 8.666/93 e ao princípio da economicidade – o subitem 6.1 do Edital prevê a prorrogação do contrato." Impropriedades:

Item 3.11.2 do relatório – não existe previsão de um período de transição entre o atual fornecedor e o eventual vencedor do certame licitatório e entre este e o próximo contratante, podendo ocasionar solução de continuidade nos serviços.

Item 3.11.3 do relatório – o prazo assinalado pelo edital para entrega e início de funcionamento dos serviços é incompatível com aquele obtido na pesquisa de mercado, podendo vir a ferir a isonomia entre o atual fornecedor e os demais licitantes.

Item 3.12.1 do relatório – a forma de contratação faz com que a Administração suporte indevidamente custos financeiros, decorrentes do financiamento de serviços pontuais e aquisição de equipamentos.

Item 3.14.2 do relatório – o Item 9.3.2.1 do edital contém expressões genéricas e abstratas, outorgando ilegitimamente ao pregoeiro os critérios de aceitabilidade dos atestados.

Item 3.15 do relatório – não há previsão de exclusão de proposta inexequível dentre as disposições relativas ao julgamento das propostas.

Item 3.18 do relatório – ausência de definição quanto à periodicidade das medições para efeito de remuneração do contratante.

Item 3.19 do relatório – o item 12.6 do edital não é claro ao prever aplicação de penalidade de impedimento de participação em licitações."

Questionamentos elaborados por AUD:

"Item 3.4 do relatório – quais as opções tecnológicas disponíveis para realização do serviço e quais as razões para adoção da plataforma SIP, em detrimento a outras plataformas.

Item 3.3.2.3 do Termo de Referência – Há um erro no apontamento do item relativo ao equipamento firewall (não existe item 1.7 do Termo de Referência)

Itens 3.1.1.16 e 8.1.4 do Termo de Referência – Por que existe a diferença de autonomia do sistema de suprimento de energia elétrica para a Plataforma de Gerenciamento SIP de 06 horas (8.1.2) e a possibilidade de autonomia de 02 horas se a mesma Plataforma somente operar com energia 110/220 VAC? Entende-se que como o índice de disponibilidade do Sistema de Gerenciamento SIP é maior (99,999%) que o da Plataforma de Comunicação (99,99%), não deveria ser então aquele mais bem protegido que este?

Item 4.3.7.4 do Termo de Referência e 3.3.7.4 da Minuta de Contrato - Por que se solicita o número máximo de "motivos de pausa" e não um número mínimo?

Itens 5.2.1.4, 5.3.1.4, 5.4.1.4 do Termo de Referência e 3.4.2.1.4, 3.4.3.1.4 e 3.4.4.1.4 da Minuta de Contrato - Por que se solicita que o Softphone IP e os aparelhos telefônicos de tipos 1 e 2 tenham suporte aos idiomas Inglês e Espanhol? Da mesma maneira, itens 5.6.1.7 (Termo de Referência) e 3.4.6.1.7 (Minuta de Contrato) solicitam que o aparelho telefônico wireless SIP tenha interface multi-idiomas?

Itens 5.9.1.2 do Termo de Referência e 3.7.1.2 da Minuta de Contrato - Por que se solicita que o gerenciador para Access Point deve ser compatível com arquitetura x86?".

Após ser intimada, a Origem apresentou os documentos de fls. 463/578, os quais foram examinados pela AUD, que ratificou seu posicionamento anterior (fls. 596/598 v°), sugerindo, no entanto, a manifestação do Núcleo de Tecnologia e Informação – NTI, acerca dos aspectos técnicos abordados pela CET em sua defesa.

Vieram aos autos então a manifestação do NTI, fls. 606/607 v, na qual registra o esclarecimento de diversos questionamentos da Auditoria, destacando, entretanto, que o objeto da licitação se trata de fornecimento de solução de plataforma largamente utilizada em "call centers", de uso corriqueiro e disponível no mercado, possuindo especificação clara e usual, envolvendo uma técnica comum já conhecida e difundida no mercado.

Após os autos foram novamente encaminhados à Auditoria, que ratificou seu entendimento anterior (609/610 v).

Na sequência a AJCE emitiu os pareceres de fls. 449/457; 582/594; 600/604; 612/617, destacando que o impasse entre a constatação da Auditoria e os argumentos da Origem, no que toca à caracterização ou não do objeto licitado como serviços de natureza comum, repercutindo na aplicabilidade da modalidade licitatória escolhida pela Administração, pelo que entendeu por bem a Assessoria submeter a questão ao crivo do Relator. Quanto aos demais apontamentos de AUD, destacou a AJCE tratarem de questões de cunho eminentemente técnico.

Encaminhados os autos à PFM, esta requereu novas diligências de forma a aprofundar a instrução processual, tendo em vista a complexidade da matéria tratada nestes autos.

A Origem então foi novamente intimada, juntando a documentação de fls. 634/646.

De sua análise a AUD (fls. 652/659), retificou parte das falhas anteriormente constatadas, mantendo, entretanto os seguintes apontamentos:

"4.1 - Irregularidades

4.1.1 – Item 3.7 do relatório – infringência ao art. 1º, par. único da Lei Federal 10.520/02 e art. 1º, § 3º do Decreto Municipal 45.689/05 – Os serviços não podem ser considerados comuns, tornando ilegal a adoção da modalidade pregão.

4.1.2 – Item 3.12 do relatório – infringência ao artigo 7º, § 2º, II da Lei Federal 8.666/93 – a pesquisa de mercado realizada é insubsistente para determinação do valor referencial da licitação.

4.1.3 – Item 3.14.3 do relatório – infringência ao artigo 31, § 5º da Lei Federal 8.666/93 – inadequação e falta de justificativa para os índices adotados para a qualificação econômico-financeira.

4.2 - Impropriedades

4.2.2 – Item 3.11.3 do relatório – o prazo assinado pelo edital para entrega e início de funcionamento dos serviços é incompatível com aquele obtido na pesquisa de mercado, podendo vir a ferir a isonomia entre o atual fornecedor e os demais licitantes.

4.2.3 – Item 3.12.1 do relatório – a forma de contratação faz com que a Administração suporte indevidamente custos financeiros, decorrentes do financiamento de serviços pontuais e aquisição de equipamentos.

4.2.4 – Item 3.14.2 do relatório – o item 9.3.2.1 do edital contém expressões genéricas e abstratas, outorgando ilegitimamente ao pregoeiro os critérios de aceitabilidade dos atestados.

4.2.6 – Item 3.18 do relatório – ausência de definição quanto à periodicidade das medições para efeito de remuneração do contratante.

4.2.7 – Item 3.19 do relatório – o item 12.6 do edital não é claro ao prever aplicação de penalidade de impedimento de participação em licitações."

Em nova manifestação (fls. 662/666), a AJCE reiterou seu posicionamento anterior, destacando a ausência de indícios claros acerca da modalidade licitatória utilizada, uma vez que o objeto não pode ser considerado como comum.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, PFM, requereu o acolhimento do edital em exame, relevando-se as falhas de natureza formal constatadas (fls. 668/674).

A Secretaria Geral, acompanhando as manifestações das Unidades Técnicas desta Corte, posicionou-se pela irregularidade do edital em análise, tendo em vista ter restado demonstrada infringência ao art. 1°, parágrafo único, da Lei Federal 10.520/02, bem como ao art.1°, § 3° do Decreto Municipal 45.689/05, uma vez que os serviços aqui tratados não podem ser considerados comuns, tornando ilegal a adoção da modalidade Pregão.

O TC 2.866.08-68, por sua vez, trata do acompanhamento da Licitação tratada no TC anterior.

Nesses autos a Auditoria realizou o acompanhamento das sessões públicas do certame, suas publicações no DOC, além da homologação da licitação, concluindo, conforme Relatório de fls. 267/269, que o procedimento transcorreu dentro dos parâmetros legais.

Em parecer de fls. 273/275, a AJCE acompanhou entendimento de AUD, no sentido da legalidade do procedimento licitatório, ressaltando que a análise do instrumento convocatório é objeto do TC 2.781-08-07, sendo certo, que naqueles autos, as áreas técnicas desta E. Corte de Contas fizeram diversos apontamentos que poderão conduzir à irregularidade do referido Edital.

A PFM juntou cópia da manifestação exarada no TC 2.781/08-07, requerendo o acolhimento do edital de Pregão.

Ao final, os autos foram encaminhados à Secretaria-Geral, que às fls. 290/293, acompanhou na íntegra as conclusões da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

É o Relatório.

**VOTO ENGLOBADO**

Em julgamento o Edital e do Procedimento Licitatório referentes ao Pregão 49/2008, promovido pela Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, objetivando contratação de empresa para prestação de serviços de comunicação de seu centro de operações, com fornecimento de plataforma de comunicação e materiais, no valor de R$ 2.153.409,12.

O objeto consistiu na contratação de um módulo do sistema de comunicação, tendo por base equipamento de PABX com aplicativo de gestão e equipamentos complementares, com a finalidade de possibilitar o atendimento das chamadas das equipes de campo pela Central de Operações da CET.

Com relação ao Edital do procedimento licitatório, a Auditoria, em suas diversas manifestações nos autos, concluiu pela existência de falhas que conduzem à irregularidade do edital em exame.

Dentre as irregularidades constatadas, destacam-se as seguintes:

Ilegalidade da modalidade licitatória utilizada - Pregão - tendo em vista que os serviços contratados não poderiam ser considerados comuns, em infringência ao art. 1º, parágrafo único da Lei Federal 10.520/02 e art. 1º, § 3º do Decreto Municipal 45.689/05.

A pesquisa de mercado realizada foi insubsistente para determinação do valor referencial da licitação, em desacordo com o disposto no artigo 7º, § 2º, II da Lei Federal 8.666/93.

Inadequação e falta de justificativa para os índices adotados para a qualificação econômico-financeira, em infringência ao artigo 31, § 5º da Lei Federal 8.666/93.

Em relação à modalidade licitatória adotada pela Administração, entendeu a Auditoria que os serviços objeto do presente certame não podiam ser caracterizados como comuns, tendo em vista a necessidade de adaptação da solução tecnológica a ser contratada às demandas da contratante, em afronta aos requisitos legais para adoção da licitação por meio de Pregão.

Em sentido diverso, entretanto, posicionou-se o Núcleo de Tecnologia da Informação deste Tribunal que, após ser instado, apresentou manifestação às fls. 606/607 v, acolhendo as justificativas apresentadas pela Origem, por entender que o objeto do certame refere-se a fornecimento de solução de plataforma largamente utilizada em "call centers", possuindo especificação clara e usual, envolvendo "uma técnica comum, já conhecida e difundida no mercado".

Conforme preleciona Marçal Justen Filho[1]:

"*O critério de adoção do pregão é a existência de um objeto comum".*

Para o citado autor "bem ou serviço comum é aquele integrante de um gênero uniforme, cujas características técnicas são irrelevantes à satisfação das necessidades da Administração Pública".

Nesse sentido, verifico que há elementos que justificam a opção da Origem para adoção da modalidade Pregão, conforme destacou o NTI, há no mercado vários equipamentos de diversos fornecedores líderes de mercado cujas características podem ser especificadas e que atenderiam às necessidades da contratante, possibilitando assim que pudessem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, nos termos do art. 1º, par. único da Lei 10.520/02.

Acerca do tema, o Tribunal de Contas da União, ao avaliar a possibilidade de aquisição de bem de alta complexidade por meio de pregão, assim se posicionou:

*"Sobre o uso da modalidade pregão para a aquisição da aeronave, não se vislumbra irregularidade, visto que a jurisprudência atual do TCU é no sentido de que essa modalidade deve ser empregada sempre que for possível*

[1] Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico) – 6º ed. São Paulo: Dialética, 2013.

*descrever o objeto em padrões de desempenho e qualidade, com base em especificações usuais de mercado, nos termos do art. 1º da Lei 10.520/2002, conforme pode ser observado nos Acórdãos TCU 2272/2006 - Plenário, 2174/2012 - Plenário, 11197-/2011-2ª Câmara e 157/2008 – Plenário."* (trecho da decisão proferida no Acórdão Plenário 1.396/2013):

Ademais, quanto ao questionamento da Auditoria relacionado ao Termo de Referência do Edital fornecer parâmetros que deveriam ser observados pela futura contratada, o que descaracterizaria a necessária padronização do objeto, prevista no art. 1º, par. único da Lei 10.520/02, entendo pertinente a justificativa da Origem, segundo a qual:

"Cada fornecedor possui diversas versões de sua plataforma visando atender cada situação do modo mais apropriado técnica e economicamente. Por esse motivo, não expressar quais seriam as parametrizações, usos e necessidades específicas do projeto poderia significar que um concorrente participasse do certame com poucas informações e, por consequência, fizesse proposta de prestação de serviços com equipamento aquém ou além do necessário ou esperado pela CET".

Corroborando o posicionamento da Origem, trago à colação as observações da Professora Vera Scarpinella[2], segundo a qual "... bens e serviços que exigem alta complexidade técnica e também os que são produzidos ou executados sob encomenda não são, a priori, incompatíveis com o pregão. Necessariamente, para fins de aferição da aplicabilidade desta modalidade no caso concreto, o objeto pretendido pela Administração Pública deve envolver tecnologia ou solução conhecida pelo mercado, ainda que complexo e que o número de possíveis ofertantes seja reduzido e o bem ou serviço seja produzido ou executado sob encomenda."

Dessa forma, entendo que o apontamento em testilha merece ser superado.

Nesse sentido, em relação à pesquisa de preços realizada, esta se mostrou insubsistente para determinação do valor referencial da licitação, tendo em vista a constatação da Auditoria de que "(...) o orçamento estimado foi baseado apenas em duas empresas, com preços díspares, para equipamentos e sistemas, sem evidenciar a composição dos preços, tão restrita, possa ser referência para o preço de mercado utilizado na licitação" (fl. 654).

Destaque-se que a Administração tem o dever de estimar os custos necessários à satisfação de seus interesses, devendo para tanto considerar todos os fatores envolvidos na formação dos custos de acordo com os

[2] "Coleção Temas do Direito Administrativo – Licitação na Modalidade Pregão". Malheiros Editores, São Paulo: 2003.

preços praticados no mercado para o objeto da licitação, nos termos do quanto preconizado no art. 3º, inciso III, bem como no art. 7º, § 2º, II da Lei Federal 8.666/93.

Todavia, não houve apontamento de irregularidade no certame licitatório que apontou prejuízo ao erário ou contratação superestimada, razão pela qual passível de superação, em caráter excepcional.

Quanto ao apontamento acerca da inadequação e falta de justificativa para os índices adotados para a qualificação econômico-financeira, em que pese a ponderação da Especializada não foi rebatida pela interessada nem obstou o prosseguimento do certame e consequente contratação, razão pela qual, ante o lapso da averiguação dos fatos, a não paralisação do certame à época, supero excepcionalmente o apontamento.

Quanto ao TC 2.866.08-68, que versa sobre o acompanhamento da Licitação tratada no Edital examinado, a Auditoria, após ter realizado o acompanhamento das sessões públicas do certame, suas publicações no Diário Oficial, bem como a homologação da licitação, concluiu, conforme Relatório de fls. 267/269, que o procedimento transcorreu dentro dos parâmetros legais, no que foi acompanhada pelas demais Unidades Técnicas desta Corte.

Por todo o exposto, JULGO REGULARES o Edital referente ao Pregão 49/2008, promovido pela Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, bem como a Licitação dele decorrente.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.