TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO Nº:	552549/23
ASSUNTO:	REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993
ENTIDADE:	CONSORCIO PUBLICO INTERMUNICIPAL DE GESTÃO DA AMUSEP- PROAMUSEP
INTERESSADO:	CONSORCIO PUBLICO INTERMUNICIPAL DE GESTÃO DA AMUSEP- PROAMUSEP, MARCONDES ARAUJO DA COSTA, MIRIAM ATHIE
RELATOR:	CONSELHEIRO IVENS ZSCHOERPER LINHARES

ACÓRDÃO Nº 3786/23 - Tribunal Pleno

Representação da Lei nº 8.666/93. Consórcio Público Intermunicipal de Gestão da AMUSEP. Pregão Eletrônico. Prova de conceito. Cláusulas restritivas de competitividade. Ausência de justificativas. Irregularidades. Voto pela procedência, com expedição de determinações e recomendação.

1. Trata-se de Representação da Lei n. 8.666/1993, proposta por Miriam Athie em face do Consórcio Público Intermunicipal de Gestão da Amusep (PROAMUSEP), relativamente ao Pregão Eletrônico n. 18/2023[1] (Licitação Compartilhada), tipo menor valor global, modo de disputa aberto, para registro de preços, tendo por objeto a contratação de empresa especializada para o fornecimento de licença de sistema integrado de gestão educacional com implantação, treinamento e suporte, hospedagem em datacenter, fornecimento de equipamento embarcado e integração com sistemas legados, pelo valor máximo de R$ 22.823.183,60 (vinte e dois milhões, oitocentos e vinte e três mil, cento e oitenta e três reais e sessenta centavos), cujo início da sessão/disputa foi designado para as 8h do dia 23/08/2023, a ser realizado pela plataforma https://www.gov.br/compras/pt-br.

Em linhas gerais, a representante sustenta que, por serem exorbitantes, algumas exigências do certame deveriam ser afastadas.

[1] Processo Administrativo n. 29/2023.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

No seu entender, as exigências que restringiriam a ampla concorrência seriam as seguintes:

1.1. Excessividade da Prova de Conceito;

1.1.1. Ausência de roteiro para um julgamento objetivo das funcionalidades;

1.2. Demonstração, para comprovação de qualificação técnica, de experiência anterior em atividade específica (item 9.8.1, 'b'[2], do Edital);

1.3. Previsão de recebimento de recursos sem efeito suspensivo (item 13.5[3] do Edital);

1.4. Proibição de participação de empresas em recuperação judicial (item 9.6[4] do Edital);

1.5. Omissão de prazo para que MEs e EPPs regularizarem a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista;

1.6. Proibições genéricas de participação; e

1.7. Desproporcionalidade da multa por inexecução parcial.

Ao final, ponderando que, além de restringir a competitividade, a manutenção das exigências questionadas dificultaria a obtenção da proposta mais vantajosa, a representante pede a suspensão cautelar do certame e, no mérito, a retificação e republicação do instrumento convocatório.

Nos moldes do Despacho n. 1175/23 (peça 9), a representação foi recebida e o pedido cautelar foi acolhido, oportunidade na qual foi determinada a

---

[2] Peça 4, p. 9:
9.8. A documentação relativa à QUALIFICAÇÃO TÉCNICA consistirá em:
9.8.1. Apresentar ao menos 01 (um) Atestado de Capacidade Técnica (para cada item abaixo relacionado), fornecido por pessoa jurídica do direito público ou privado, em nome da licitante, que declare ter realizado o fornecimento do objeto licitatório: (...)
b) Comprovação de experiência quanto ao fornecimento de solução tecnológica com atendimento às especificações técnicas de segurança da informação conforme a Lei de LGPD n° 13.709/2018, com no mínimo quatro dos seguintes processos: Governança de Dados, Sistema de Gestão da Segurança da Informação, Diagnóstico de Maturidade de Dados, Avaliação de Riscos, Políticas e Normas de Segurança e Avaliação de Aderência às Normas.

[3] Peça 4, p. 11: "13.5. O recurso contra decisão da Pregoeira não terá efeito suspensivo."

[4] Edital, peça 4, p. 8:
9. DA DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO
9.6. A documentação relativa à QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA consistirá em:
a) **Certidão negativa de** pedido de falência ou **recuperação judicial ou extrajudicial**, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, referente à matriz e, quando for o caso, igualmente da filial licitante, em data não anterior a 90 (noventa) dias da abertura da sessão pública, se outro prazo não constar do documento;

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

suspensão do certame (Pregão Eletrônico nº 18/2023) e abertura de contraditório, com a citação do Consórcio Público Intermunicipal de Gestão da AMUSEP.

A cautelar foi ratificada pelo Tribunal Pleno desta Corte (Acórdão n. 2542/23-STP – peça 12).

O Consórcio Público Intermunicipal de Gestão da AMUSEP – PROAMUSEP, representado pelo Sr. Marcondes Araujo da Costa, informou que acolheu parcialmente os pedidos, anotando que iria retificar o edital em relação às seguintes insurgências: (i) eficácia suspensiva dos recursos, (ii) penalidades de suspensão e impedimento de licitar, (iii) percentual da multa para os casos de inexecução parcial do contrato, (iv) permissão da participação de empresas em recuperação judicial, em consonância ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, e (v) prazo para que tanto a ME como EPP regularizem sua documentação.

Contudo, defendeu a legalidade do edital no que diz respeito às irresignações da representante relativas à excessividade da prova conceito, ausência de roteiro para um julgamento objetivo das funcionalidades e demonstração, para comprovação de qualificação técnica, de experiência anterior em atividade específica (item 9.8.1, 'b'[5], do Edital), pugnando, ao final, pela revogação da cautelar com vistas ao prosseguimento do certame.

A Coordenadoria de Gestão Municipal, nos termos da Instrução n. 4487/23 (peça 20), manifestou-se pela procedência da representação, com sugestão de expedição de determinações[6] e recomendação[7].

---

[5] Peça 4, p. 9:
9.8. A documentação relativa à QUALIFICAÇÃO TÉCNICA consistirá em:
9.8.1. Apresentar ao menos 01 (um) Atestado de Capacidade Técnica (para cada item abaixo relacionado), fornecido por pessoa jurídica do direito público ou privado, em nome da licitante, que declare ter realizado o fornecimento do objeto licitatório:
(...)
b) Comprovação de experiência quanto ao fornecimento de solução tecnológica com atendimento às especificações técnicas de segurança da informação conforme a Lei de LGPD n° 13.709/2018, com no mínimo quatro dos seguintes processos: Governança de Dados, Sistema de Gestão da Segurança da Informação, Diagnóstico de Maturidade de Dados, Avaliação de Riscos, Políticas e Normas de Segurança e Avaliação de Aderência às Normas.

[6] a) Adeque os percentuais de aprovação da prova de conceito constantes do item 7.4 do edital aos precedentes desta Corte mencionados na fundamentação deste expediente, bem como, disponha expressamente acerca de quais serão os critérios objetivos de avaliação a serem observados pela equipe técnica de avaliação;
b) Exclua do edital a exigência de comprovação de qualificação técnica referida pela parte final do item 9.8.1, "b" do edital ou, alternativamente, justifique tecnicamente a necessidade de sua manutenção;
c) Inclua a previsão de recebimento de recursos com efeito suspensivo no item 13.5 do edital;
d) Exclua do edital a proibição de participação de empresas em recuperação judicial constante do item 9.6;
e) Adeque as vedações constantes do item 4.3, alíneas "a", "b" e "c" do edital aos precedentes desta Corte mencionados neste arrazoado;

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

O Ministério Público de Contas exarou o Parecer n.868/23 (peça 21), por meio do qual corrobora às conclusões alcançadas pela unidade técnica.

É o relatório.

2. A representação é procedente.

2.1. Excessividade da Prova de Conceito:

Extrai-se do procedimento licitatório a existência de 14 grupos de itens obrigatórios e 5 grupos de itens não obrigatórios, sendo que, de acordo com o instrumento convocatório (item 7.4[8] do Termo de Referência), a prova de conceito exigirá a demonstração de atendimento de 100% dos requisitos obrigatórios e de 85% de todas as funções e especificações contidas no edital.

A esse respeito, a Coordenadoria de Gestão Municipal, em linha com o entendimento assentado no Despacho n. 1175/23 (peça 9), anotou que o objetivo da prova de conceito é "tão somente aferir se o licitante vencedor terá capacidade de ofertar a solução tecnológica e não o de antecipar a própria entrega do objeto mediante a comprovação da integralidade ou quase integralidade das funcionalidades previstas no ato convocatório", motivo pelo qual entendeu a unidade que os percentuais exigidos não seriam razoáveis.

Em sede de contraditório, o representado argumentou que "não houve indicação por parte da impugnante de qual percentual seria de melhor aplicação", defendendo que "os critérios técnicos que levaram ao percentual são considerados essenciais para os fins que se buscam no objeto da licitação, configurando ato discricionário da Administração" (peça 18).

Razão não lhe assiste.

---

f) Adeque as disposições constantes no item 20.2.5 do edital a fim de conferir proporcionalidade à aplicação da multa administrativa por inexecução contratual.

[7] Inclusão no edital de previsão acerca do prazo para que MEs e EPPs regularizem a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista.

[8] Peça 4, p. 47/48:

"7.4. A Solução ofertada pela licitante deverá atender a no mínimo, 85% (oitenta e cinco por cento) de todas as funções e especificações contidas neste Termo de Referência e descritas nos requisitos detalhados no Item 06, sendo que os requisitos caracterizados como obrigatórios são considerados como o core (núcleo) de cada solução e, portanto, declarados como essenciais e obrigatórios à solução proposta, devendo todos os itens considerados obrigatórios ter 100% (cem por cento) de atendimento. Todos os requisitos declarados no Anexo II como obrigatórios devem ser atendidos completamente pela solução ofertada e demonstrados e/ou comprovados na Prova de Conceito."

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

Com vistas a manter os percentuais exigidos para prova de conceito, o representado defendeu que “todos os conceitos e critérios foram elencados de modo a atender e se contabilizar com os sistemas de educação federal e estadual (EducaCenso e SERE), de modo a otimizar o trabalho realizado diariamente” e que “o objeto se compatibiliza com as necessidades dos Municípios em especial, as Secretarias de Educação as quais precisam que todos os parâmetros sejam ofertados de modo a dar efetividade ao instrumento que se licita”.

Contudo, referidas justificativas se mostram demasiadamente genéricas, insuficientes para motivar o alegado “ato discricionário da Administração”.

Discricionariedade não é sinônimo de arbitrariedade, de maneira que as manifestações e atos administrativos devem obrigatoriamente ser sempre motivados e, ainda que se aceite um certo grau de discricionariedade da Administração em relação ao percentual a ser aplicado na referida prova de conceito, é certo que, para o devido reconhecimento de sua juridicidade, é imprescindível a exposição e demonstração dos reais motivos e razões que o levaram a tal valor percentual, fato este do qual o representado não se desincumbiu.

Com isso, fato é que, mantida a exigência editalícia, praticamente toda a solução proposta deveria ser apresentada já na prova de conceito, situação que, diante da ausência de justificativas aceitáveis, se revela desarrazoada e potencialmente prejudicial à ampla concorrência.

Nesse sentido, o Acórdão STP n. 3269/21, deste Tribunal, assim mencionou:

> *Embora não existam parâmetros legais ou jurisprudenciais para que se possa definir a razoabilidade de determinados percentuais de atendimento para fins de aprovação numa prova de conceito, a hipótese dos autos (100% dos requisitos relacionados a Performance ou ao Padrão Tecnológico e de Segurança e de 90% dos requisitos específicos por módulo de programas) parece desbordar da razoabilidade, notadamente quando se tem*

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

> *em vista a quantidade de funcionalidades a serem observadas.*

Em tempo, também não prospera a argumentação do representado no sentido de que a pesquisa de preço realizada na fase interna do certame atestaria a competitividade, notadamente pela ausência de qualquer compromisso ou vinculação que as empresas consultadas têm ao entregar os orçamentos demandados.

Ademais, no que diz respeito a qual percentual deveria então ser aplicado, acompanho o raciocínio da Coordenadoria de Gestão Municipal exarado nos seguintes termos:

> Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro não estabelece parâmetros objetivos para que se possa definir a razoabilidade de percentuais para fins de aprovação da prova de conceito, mostra-se como cabível a adoção por analogia do percentual de até 50% usualmente exigido pela jurisprudência para aferir a capacidade técnica do licitante, senão vejamos:
>
> "Licitação. Habilitação técnica. Atestados.
>
> A exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para fins de atestar a capacidade técnico-operacional, deve guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto e recair, simultaneamente, sobre as parcelas de maior relevância e valor significativo. **Como regra, os quantitativos mínimos exigidos não devem ultrapassar 50% do previsto no orçamento base, salvo em condições especiais e devidamente justificadas no processo de**

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

licitação. (TCU - Acórdão 244/2015 - Plenário - Representação, Relator Ministro Bruno Dantas)"

Nesse sentido, diante do vácuo normativo, para fins de aprovação de prova de conceito no âmbito das licitações, ressalvadas as hipóteses devidamente justificadas, mediante critérios técnicos, conforme apontado pela CGM, os percentuais mínimos de atendimento não deveriam, em princípio, ultrapassar 50% do objeto licitado, conforme entendimento jurisprudencial, observando-se sempre as parcelas de maior relevância ao objetivo do órgão licitante.

2.1.1. Ausência de roteiro para um julgamento objetivo das funcionalidades:

Em relação a referida insurgência, não se verificou no contraditório apresentado pelo Consórcio Público Intermunicipal de Gestão da AMUSEP (PROAMUSEP) nenhuma manifestação defensiva específica quanto a referido tópico.

O Edital assim dispõe (peça 4, p. 48):

> *7.13. Será confeccionado um Caderno de Prova a ser utilizado pela equipe técnica que será baseado nas especificações técnicas descritas no Item 06.*
>
> *7.14. Ao lado de cada requisito, haverá um campo onde a equipe técnica informará o atendimento ou não ao requisito avaliado, podendo a equipe incluir algum comentário que julgue pertinente no caso do não atendimento a determinado requisito.*
>
> *7.15. Considerar-se-á aceito o item, quando executado a funcionalidade em sua totalidade.*

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

> *7.16. Ao final, o Caderno de Prova será assinado pelos membros da equipe técnica e comporá a documentação do certame.*
>
> *7.16.1. O Caderno de Prova será exatamente todas as funcionalidades constantes no Item 06.*

A esse respeito, a Coordenadoria de Gestão Municipal ponderou que o edital desrespeitou os artigos 44 e 45 da lei nº 8.666/93[9], assim como a jurisprudência do Tribunal de Contas da União acerca do tema:

> "Licitação. Representação. Avaliação de propostas técnicas.
>
> A comissão de licitação deve fundamentar adequadamente as avaliações das propostas técnicas, deixando-as consignadas nos autos dos processos licitatórios, **não se limitando a meramente expressar as notas/conceitos**. Quanto maior a margem de subjetividade que restar ao avaliador na aplicação dos critérios de julgamento, mais consistente e fundamentada deverá ser a justificativa para a nota/conceito atribuída a cada licitante." (Acórdão 3139/2013 Plenário TCU)

Acrescentou ainda a unidade técnica que "além de prever um campo onde a equipe técnica deve informar o atendimento ou não ao requisito avaliado, imprescindível que o caderno de provas referido pelo edital aponte os critérios objetivos que conduzirão à aprovação ou não dos requisitos exigidos", de maneira

[9] Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.
§ 1o **É vedada a utilização de qualquer elemento, critério** ou fator sigiloso, secreto, **subjetivo** ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.
Art. 45. **O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório** e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

que, inexistindo "qualquer menção nesse sentido no ato convocatório", a representação seria procedente.

Sob esse prisma, embora o instrumento convocatório preveja a confecção de um caderno de prova para avaliação dos quesitos exigidos na prova de conceito, não há um modelo objetivo de aferição do resultado, tampouco a definição dos critérios a serem empregados na avaliação, tornando a análise potencialmente subjetiva e pouco transparente, motivo pelo qual, em linha com a instrução da Coordenadoria de Gestão Municipal, o feito é procedente.

2.2. Demonstração, para comprovação de qualificação técnica, de experiência anterior em atividade específica (item 9.8.1, 'b'[10], do Edital):

Segundo a representante, bastaria a exigência de experiência em fornecimento de solução tecnológica com atendimento às especificações técnicas de segurança da informação, conforme a LGPD[11], sendo desnecessária e restritiva a exigência de atuação com Governança de Dados, Sistema de Gestão da Segurança da Informação, Diagnóstico de Maturidade de Dados, Avaliação de Riscos, Políticas e Normas de Segurança e Avaliação de Aderência às Normas.

Em contraditório, o representado se limitou a, genericamente, afirmar que a "análise acerca da comprovação técnica em atividade específica trata-se da certeza que as empresas possuem experiências em softwares de gestão educacional, assim como trata o art. 37, XXI de modo que [...] somente permitirá as exigências de qualificação técnica [...] indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

A esse respeito, a Coordenadoria de Gestão Municipal, após relembrar que a finalidade de referido mandamento constitucional é justamente

[10] Peça 4, p. 9:
9.8. A documentação relativa à QUALIFICAÇÃO TÉCNICA consistirá em:
9.8.1. Apresentar ao menos 01 (um) Atestado de Capacidade Técnica (para cada item abaixo relacionado), fornecido por pessoa jurídica do direito público ou privado, em nome da licitante, que declare ter realizado o fornecimento do objeto licitatório: (...)
b) Comprovação de experiência quanto ao fornecimento de solução tecnológica com atendimento às especificações técnicas de segurança da informação conforme a Lei de LGPD n° 13.709/2018, com no mínimo quatro dos seguintes processos: Governança de Dados, Sistema de Gestão da Segurança da Informação, Diagnóstico de Maturidade de Dados, Avaliação de Riscos, Políticas e Normas de Segurança e Avaliação de Aderência às Normas.
[11] Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal n. 13709/18).

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

"garantir que o maior número de interessados participe do certame", asseverou que, no caso em tela, inexistiria no acervo documental carreado ao feito razões ou justificativas para as exigências constantes do edital[12].

Finalizou a unidade técnica ponderando que, dentro desse cenário de ausência de justificativas para referidas exigências editalícias, comprovado estaria a indevida restrição da competitividade, entendendo, assim, ser suficiente a comprovação apenas de "especificações técnicas de segurança da informação conforme a Lei de LGPD n°13.709/2018".

A insurgência em apreço resulta do item 9.8.1, "b" do edital a seguir transcrito:

> *"9.8. A documentação relativa à QUALIFICAÇÃO TÉCNICA consistirá em:*
>
> *9.8.1. Apresentar ao menos 01 (um) Atestado de Capacidade Técnica (para cada item abaixo relacionado), fornecido por pessoa jurídica do direito público ou privado, em nome da licitante, que declare ter realizado o fornecimento do objeto licitatório: (...)*
>
> *b) Comprovação de experiência quanto ao fornecimento de solução tecnológica com atendimento às especificações técnicas de segurança da informação conforme a Lei de LGPD n° 13.709/2018,* ***com no mínimo quatro dos seguintes processos: Governança de Dados, Sistema de Gestão da Segurança da Informação, Diagnóstico de Maturidade de Dados, Avaliação de Riscos, Políticas e Normas de Segurança e Avaliação de Aderência às Normas.****"*

De fato, ainda que um sistema de gestão educacional exija cuidados próprios relativos à proteção de dados, a prova de qualificação técnica exigida pelo

[12] Comprovação de experiência em no mínimo quatro dos seguintes processos: Governança de Dados, Sistema de Gestão da Segurança da Informação, Diagnóstico de Maturidade de Dados, Avaliação de Riscos, Políticas e Normas de Segurança e Avaliação de Aderência às Normas.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

instrumento convocatório revela-se potencialmente restritiva à competitividade, notadamente porque a necessidade de proteção de dados já decorre da própria LGPD.

Logo, para demonstrar que possui condições técnicas de fornecer o sistema pretendido, aparentemente não seria necessária a prova de tantos processos e itens da LGPD, notadamente pelo fato de que o representado não logrou êxito em justificar o porquê das exigências constantes do instrumento convocatório.

Nesse quesito, portanto, novamente procede a insurgência da representante.

2.3. Previsão de recebimento de recursos sem efeito suspensivo (item 13.5[13] do Edital):

Inicialmente anote-se que, a esse respeito, o próprio órgão licitante entendeu que o edital comportaria revisão.

Segundo a representante, a não previsão de efeito suspensivo para os recursos violaria o inc. XXI[14] do art. 4º da Lei do Pregão e o § 2º[15] do art. 109 da Lei n. 8.666/93.

Conforme bem observou a representante, tanto a Lei do Pregão quanto a Lei n. 8.666/93 preveem a atribuição de efeito suspensivo para eventual recurso interposto.

Ao afastar tal efeito, o instrumento convocatório coloca em risco a própria celeridade do certame, pois sujeita-o a insurgências judiciais e no âmbito deste Tribunal, motivo pelo qual a representação também procede neste ponto.

[13] Peça 4, p. 11: "13.5. O recurso contra decisão da Pregoeira não terá efeito suspensivo."
[14] Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...)
XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;
[15] Art. 109...
§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

2.4. Proibição de participação de empresas em recuperação judicial (item 9.6[16] do Edital):

Segundo a representante, além de restringir a competitividade, a exigência violaria precedentes deste TCE[17] e do STJ[18].

A esse respeito, convém citar um trecho de uma notícia veiculada este ano do site do STJ[19], a saber:

> *A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por unanimidade, reafirmou o entendimento de que* ***uma empresa em recuperação judicial pode participar de procedimento licitatório****. Segundo o colegiado, a circunstância de a empresa se encontrar em recuperação judicial, por si só, não caracteriza impedimento para contratação com o Poder Público, ainda que não seja dispensada da apresentação das certidões negativas de débitos fiscais.*

Assim, não constando do Edital qualquer ressalva possibilitando a participação de empresas em recuperação judicial que atendam todas as demais condições de habilitação, a insurgência da representante também se revela pertinente nesse aspecto.

Não por outro motivo, o representado, conforme relatado, informou que retificará o edital para alinhá-lo ao entendimento do STJ (peça 18).

2.5. Omissão de prazo para que MEs e EPPs regularizarem a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista:

---

[16] Edital, peça 4, p. 8:
9. DA DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO
9.6. A documentação relativa à QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA consistirá em:
a) **Certidão negativa de** pedido de falência ou **recuperação judicial ou extrajudicial**, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, referente à matriz e, quando for o caso, igualmente da filial licitante, em data não anterior a 90 (noventa) dias da abertura da sessão pública, se outro prazo não constar do documento;

[17] Processos n. 964187/16, julgado em 24/06/2020; e n. 729436/18, julgado em 30/10/2018.

[18] STJ – Primeira Turma. AREsp 309.867. Rel. Min. Gurgel de Faria. Publicado em 08.08.18.

[19] https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/02012023-Segunda-Turma-reafirma-entendimento-de-que-empresa-em-recuperacao-judicial-pode-participar-de-licitacao.aspx

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

Segundo a representante, tal omissão do instrumento convocatório violaria tanto o § 1º[20] do art. 43 da LC n. 123/06 quanto precedentes deste TCE[21].

A esse respeito, a Coordenadoria de Gestão Municipal anotou que a "concessão de prazo para regularização fiscal e trabalhista é prerrogativa garantida pela lei independentemente de previsão editalícia, razão pela qual a falta de menção no ato convocatório se reveste de mera impropriedade formal passível de recomendação".

Com razão a unidade técnica. Além de a observância da Lei Complementar Federal n. 123/06 independer de previsão expressa no edital, verifica-se que referida normativa foi expressamente mencionada no preâmbulo do instrumento convocatório, motivo pelo qual, com intuito de se evitar a instauração de incidentes evitáveis, a exemplo da Representação em apreço, se revela suficiente a expedição de recomendação ao representado para que em próximos certames faça previsão expressa no edital.

2.6. Proibições genéricas de participação:

Segundo a representante, as vedações genéricas das letras 'a', 'b' e 'c' do item 4.3[22] do Edital emprestam um subjetivismo à decisão administrativa, sendo potencialmente prejudicial ao interesse público.

Nas palavras da representante, a prevalecer a redação atual do Edital, *"a Administração poderá excluir do certame, empresas que estejam impedidas ou suspensas de licitar por outro ente da federação, já que a redação não individualiza as hipóteses de impedimento"* (peça 3, p. 12).

Em relação a referida insurgência, a Coordenadoria de Gestão Municipal relembrou que este Tribunal tem jurisprudência pacífica no sentido de que

[20] Art. 43...
§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.
[21] Processo n. 784917/18, julgado em 14/10/2019; e processo n. 695736/18, julgado em 19/06/2019.
[22] Edital, peça 4, p. 3:
4.3. Não poderão participar desta licitação pessoas físicas ou jurídicas que:
a) Tenham sido declaradas inidôneas por este Consórcio, Municípios, Estados, pela União, ou qualquer de seus órgãos;
b) Estejam cumprindo penalidade de suspensão temporária;
c) Estejam cumprindo penalidade de impedimento de licitar; (...)

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

as sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração se restringem ao Órgão estatal que as aplicou, citando, a título exemplificativo, as seguintes decisões: Acórdão n.º 897/2020-Tribunal Pleno (rel. Cons. Ivan Lelis Bonilha); Acórdão n.º 3736/2019-Tribunal Pleno (rel. Cons. Ivan Lelis Bonilha); Acórdão n.º 3175/2019-Tribunal Pleno (rel. Cons. Fernando Augusto Mello Guimarães); Acórdão 1942/2019-Tribunal Pleno (rel. Cons. Ivan Lelis Bonilha); Acórdão n. 2139/2018- Tribunal Pleno (rel. Cons. Fernando Augusto Mello Guimarães); e Acórdão n.º 3155/2016- Segunda Câmara (rel. Cons. Fabio de Souza Camargo).

Em contraditório, o Consórcio representado reconhece a falha e esclarece que a restrição se daria apenas em relação ao "presente Consórcio Público Intermunicipal de Gestão da AMUSEPPROAMUSEP e não demais entes federativos".

Nesse sentido, em linha com a unidade técnica, a representação procede, especialmente pelo fato de que a alínea "a" do item 4.3 do edital amplia a vedação às sanções aplicadas por outros entes da federação e que as alíneas 'b" e "c" não são claras quanto à extensão das vedações, devendo, pois, o edital ser retificado para que entre em consonância com o entendimento desta Corte de Contas acerca da matéria.

2.7. Desproporcionalidade da multa por inexecução parcial:

Segundo a representante, no caso de inexecução parcial, a previsão de multa de 20% sobre o valor total dos preços registrados (item 20.2.5[23] do Edital) seria desproporcional, devendo a base de cálculo se limitar à parcela não cumprida da avença.

O Consórcio representado novamente reconheceu a irregularidade e anotou que retificaria o edital de modo a que a multa guarde relação proporcional e razoável com a respectiva inexecução contratual.

[23] Edital, peça 4, p. 14:
20.2.5. A multa de 20% (vinte por cento) sobre o valor total dos preços registrados, será aplicada no caso de inexecução total ou parcial do Contrato.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

No ponto, a Coordenadoria de Gestão Municipal aduziu que haveria desproporcionalidade decorrente da escolha da base de cálculo da multa administrativa para fins de inexecução parcial do contrato, cujo valor total ultrapassa a vultosa quantia de 22 milhões de reais.

Para exemplificar, a unidade técnica ilustrou que, nos termos do edital, “a Administração estaria autorizada a aplicar uma multa de até 4 milhões de reais pelo descumprimento, por exemplo, do item I do lote único (licenciamento de solução tecnológica para ser utilizada na administração de escolas municipais) que possui valor unitário de R$33.910,00”.

Sob esse prisma, ainda que a administração possua certa margem de liberdade para estabelecer as sanções por inexecução contratual, em prestígio à razoabilidade é salutar que haja uma proporcionalidade entre as sanções por inexecução total e parcial, o que não se verifica no item questionado pela representante, de modo que, nesse ponto, a insurgência da representante também procede.

3. Face ao exposto **VOTO** no sentido de que este Tribunal Pleno julgue **procedente** a presente representação, com expedição de:

3.1. Determinação ao Consórcio Público Intermunicipal de Gestão da Amusep (PROAMUSEP) para que, caso resolva pela continuidade do Pregão Eletrônico n. 18/2023, promova, sob pena de nulidade, as seguintes adequações ao edital:

> a) Adeque os percentuais de aprovação da prova de conceito (item 7.4 do edital) aos fundamentos constantes do tópico 2.1 da presente decisão, bem como, disponha expressamente acerca de quais serão os critérios objetivos de avaliação a serem observados pela equipe técnica de avaliação;
>
> b) Exclua do edital a exigência de comprovação de qualificação técnica referida pela parte

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

final do item 9.8.1, “b” do edital ou, alternativamente, justifique tecnicamente a necessidade de sua manutenção;

c) Inclua a previsão de recebimento de recursos com efeito suspensivo no item 13.5 do edital;

d) Exclua do edital a proibição de participação de empresas em recuperação judicial constante do item 9.6;

e) Adeque as vedações constantes do item 4.3, alíneas “a”, “b” e “c” do edital aos fundamentos constantes do tópico 2.6 da fundamentação da presente decisão;

f) Adeque as disposições constantes no item 20.2.5 do edital a fim de conferir proporcionalidade à aplicação da multa administrativa por inexecução contratual.

3.2. Recomendação ao Consórcio Público Intermunicipal de Gestão da Amusep (PROAMUSEP) para que, nos próximos certames, seja incluída no edital previsão expressa acerca do prazo para que as MEs e EPPs regularizem a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, nos termos da Lei Complementar Federal nº 123/06.

Após o trânsito em julgado, encaminhem-se os autos à Diretoria de Protocolo para providências, à Coordenadoria-Geral de Fiscalização para ciência, e à Coordenadoria de Monitoramento e Execuções para registro e demais providências.

VISTOS, relatados e discutidos,

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

ACORDAM

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVENS ZSCHOERPER LINHARES, por unanimidade, em:

Julgar **procedente** a presente representação, com expedição de:

1. Determinação ao Consórcio Público Intermunicipal de Gestão da Amusep (PROAMUSEP) para que, caso resolva pela continuidade do Pregão Eletrônico n. 18/2023, promova, sob pena de nulidade, as seguintes adequações ao edital:

a) Adeque os percentuais de aprovação da prova de conceito (item 7.4 do edital) aos fundamentos constantes do tópico 2.1 da presente decisão, bem como, disponha expressamente acerca de quais serão os critérios objetivos de avaliação a serem observados pela equipe técnica de avaliação;

b) Exclua do edital a exigência de comprovação de qualificação técnica referida pela parte final do item 9.8.1, “b” do edital ou, alternativamente, justifique tecnicamente a necessidade de sua manutenção;

c) Inclua a previsão de recebimento de recursos com efeito suspensivo no item 13.5 do edital;

d) Exclua do edital a proibição de participação de empresas em recuperação judicial constante do item 9.6;

e) Adeque as vedações constantes do item 4.3, alíneas “a”, “b” e “c” do edital aos fundamentos constantes do tópico 2.6 da fundamentação da presente decisão;

f) Adeque as disposições constantes no item 20.2.5 do edital a fim de conferir proporcionalidade à aplicação da multa administrativa por inexecução contratual.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU

2. Recomendação ao Consórcio Público Intermunicipal de Gestão da Amusep (PROAMUSEP) para que, nos próximos certames, seja incluída no edital previsão expressa acerca do prazo para que as MEs e EPPs regularizem a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, nos termos da Lei Complementar Federal nº 123/06.

Após o trânsito em julgado, encaminhar os autos à Diretoria de Protocolo para providências, à Coordenadoria-Geral de Fiscalização para ciência, e à Coordenadoria de Monitoramento e Execuções para registro e demais providências.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, IVENS ZSCHOERPER LINHARES, MAURÍCIO REQUIÃO DE MELLO E SILVA, AUGUSTINHO ZUCCHI e o Conselheiro Substituto SÉRGIO RICARDO VALADARES FONSECA

Presente a Procuradora Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, VALERIA BORBA.

Plenário Virtual, 7 de dezembro de 2023 – Sessão Ordinária Virtual nº 23.

IVENS ZSCHOERPER LINHARES
Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Presidente

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR ZLYU.YI1A.EBFB.QCFU