

DECISÃO EM IMPUGNAÇÃO DE EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL

Processo Licitatório n.º 003/2023 – Pregão Presencial n.º 002/2023

Impugnante: QFROTAS SISTEMAS.

Ato Impugnado: Edital de Pregão Presencial n.º 002/2023

I. RESUMO DA DEMANDA

Alega a impugnante que a lei aplicável ao pregão é a nº 10.520/02, que possui regramento próprio, sendo a lei nº 8.666/93 aplicada de forma subsidiária. Assim, considerando que a lei nº 10.520/02 estabelece regime sancionatório próprio ao pregão, seria inadequada a parte do edital que invoca a lei nº 8.666/93 como legislação de regência de sanções aplicáveis ao pregão.

Aduz que há contradição na minuta do contrato, que faz menção unicamente aos termos da Lei n. 8.666/1993. Ainda que se trate de contrato administrativo, não poderia omitir a legislação que lhe é aplicável.

Neste sentido, diz também ser inaplicável a exigência de garantia contratual, por desacordo com o art. 5ª da lei nº 10.520/02, que dispõe que é “vedada a exigência de garantia de proposta”.

Não concorda, também, com a possibilidade de retenção de pagamentos sem processo administrativo prévio, em relação a operações irregulares ou com suspeita de irregularidades identificadas pela administração.

Relata, também, suposto prazo exíguo para convocação da vencedora para apresentação sistêmica, o que impossibilitaria a preparação da empresa para a prova conceito.

Discorda da exigência de atendimento de 100% dos requisitos sistêmicos do Termo de Referência e que o checklist que será feito pela administração deveria ser apresentado de antemão, e não apenas na fase de testes.

Por fim, aduz também que a exigência de rede em todo o estado de Minas Gerais é desproporcional, já que o estado comporta 853 municípios.

II. RESPOSTA

PONTO 1 – “APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993 DIANTE DE POSSÍVEIS SANÇÕES. CONTRADIÇÃO NA MINUTA DO CONTRATO.”

Inicialmente, salienta-se que a Administração procura sempre o fim público, respeitando todos os princípios basilares da licitação e dos atos administrativos, como o da legalidade, da isonomia, da ampla concorrência, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, entre outros.

Tais princípios norteiam a atividade administrativa, impossibilitando o administrador de fazer prevalecer sua vontade pessoal, impondo a este o dever de pautar sua conduta segundo as prescrições legais.

Aliás, este é o comando contido na lei nº 8.666/93, que prescreve, *in verbis*:

"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Feitas tais ponderações, inicia-se realizando alguns esclarecimentos à impugnante acerca da aplicação das sanções da lei nº 8.666/93 ao pregão.

Não há nenhuma discordância desta administração quando a aplicação subsidiária da lei nº 8.666/93, frente à existência da lei nº 10.520/02, própria aos pregões. Não obstante, tem-se que a lei do pregão, em seu art. 7º, unifica a possibilidade de sanções exclusivamente ao impedimento de licitar e contratar, enquanto a lei nº 8.666/93 possibilita sanções mais brandas e mais graves, como a advertência e a declaração de inidoneidade.

O raciocínio da impugnante poderia trazer problemas relacionados à dosimetria da pena e desrespeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista que estaria a Administração obrigada a aplicar a mesma sanção (impedimento de licitar e contratar) em situações de gravidade muito diferentes, seja, por exemplo, a um retardamento da execução do contrato e uma fraude fiscal penalmente tipificada como crime.

Por isso, o TCU tem o entendimento consolidado quando a possibilidade de aplicação das penalidades previstas na 8.666/93 aos pregões, como se extrai do acórdão 653/2008:

"É certo, poderá haver situações que, à luz da Lei 8.666/93, mereceriam, por exemplo, somente uma advertência, enquanto pela lei do pregão a penalidade prevista seria o impedimento de licitar ou contratar com a Administração. (...) a referida penalidade por ser extremamente gravosa, deve ser aplicada somente nos casos em que se perceba ou há indícios de que o licitante faltoso tenha agido de má-fé."

Dado o entendimento do TCU e a necessidade de dosimetria da pena nos casos de eventuais falhas contratuais, mostra-se completamente cabível a aplicação das sanções previstas na lei nº 8.666/93, não prosperando as alegações carreadas pela impugnante.

Por outro lado, quando a omissão da indicação da lei nº 10.520/02 na minuta do contrato, tem-se que a minuta se vincula ao ato convocatório e legislações lá referenciadas, não havendo óbice na ausência de indicação expressa, mostrando-se desnecessária qualquer retificação neste sentido.

Mais a frente a impugnante também dispõe sobre a inaplicabilidade das cláusulas da minuta de contrato, referente a garantia contratual, elaborada com base no art. 56 da lei nº 8.666/93, pois tal prática restaria vedada pelo art. 5º da lei nº 10.520/02.

Cumprido esclarecer à impugnante que o mencionado artigo da lei nº 10.520/02 veda, tão somente, a exigência de garantia na proposta, que não se confunde com a exigência de garantia contratual.

Aliás, a própria lei nº 8.666/93 embarca tal diferenciação, no ponto de que, no art. 56 prevê a possibilidade de exigência de garantia contratual, enquanto seu artigo 31, prevê a possibilidade de exigência de garantia na proposta.

São dois institutos que não se confundem entre si, considerando que a garantia da proposta é realizada durante o trâmite do procedimento licitatório e a garantia contratual apenas após a contratação.

Desta forma, inaplicável o art. 5º da lei nº 10.520/02 nos moldes como pretende a impugnante, tendo em vista não haver exigência de garantia na proposta no ato convocatório, restando também afastada tais alegações.

PONTO 2 – “POSSIBILIDADE DE RETENÇÃO INDEVIDA DE PAGAMENTOS POR SERVIÇOS JÁ PRESTADOS. ILEGALIDADE.”

A impugnante alega que o item 12.9 do ato convocatório não indicaria qual tipo de especificação não observada pela contratada poderia resultar em uma recusa total ou parcial do pagamento.

Ora, muito claro que tratamos das próprias especificações do termo de referência que, em caso de eventual irregularidade identificada, seja dos requisitos sistêmicos ou mesmo das manutenções a serem realizadas na frota da contratante, pode a Administração se recusar a realizar o pagamento até regularização da questão.

Obviamente será garantido o contraditório à contratada e, em caso de necessidade, dependendo da gravidade do caso, a instauração de processo administrativo específico. Não obstante, caso a Administração realize pagamentos à contratante, antes de realizar as devidas apurações e regularização do eventual descumprimento contratual identificado, correrá o risco de restar desguarnecida.

É preciso ser realizado o ateste do serviço executado, antes da realização do pagamento, pela própria lógica contratual.

Aliás, o TCU entende ser totalmente cabível a subordinação do pagamento à comprovação, por parte da contratada, da execução dos serviços prestados, como se vê do Acórdão 837/2008 – Plenário.

Portanto, as alegações trazidas pela impugnante não comportam guarida, devendo ser totalmente afastadas.

PONTO 3 – “PRAZO EXÍGUO PARA A PROVA DE CONCEITO. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DE AVALIAÇÃO. CHECKLIST A SER ELABORADO.”

A impugnante também se insurge quanto ao prazo de três dias úteis para apresentação de seu sistema, após convocação, e suposta falta de critérios objetivos para a prova de conceito.

Neste caso, esta Administração não entende que o prazo indicado seria desproporcionalmente curto, até porque, tratamos de empresas licitantes que comprovarão

por meio de atestados de capacidade técnica que já executam tais tipos de serviços para outras administrações contratantes, ou seja, já devem possuir sistema hábil a prestar o serviço.

Em que pese a impugnante alegue que exige “complexo” trabalho de preparação de equipamentos e sistemas, o faz de forma genérica, não esclarecendo exatamente qual seria a complexidade da preparação.

Trata-se de sistema via web que necessitaria de nada mais do que um computador para apresentação, razão pela qual não resta justificada a razão que a Administração deveria atrasar o andamento do procedimento licitatório, que envolve contratação de serviço essencial ao desempenho de suas atividades, para preparação da licitante.

Parece-nos que o prazo de 3 dias úteis se mostra bastante razoável para realização da viagem e deslocamento de um funcionário da empresa, sendo inclusive o prazo utilizado por diversas outras administrações, em simples consulta ao Google.

De todo modo, caso a licitante vencedora apresente justificativa razoável e comprovada para eventual necessidade de dilação do prazo para apresentação, a Administração avaliará oportunamente, em vista ao princípio do formalismo moderado.

Por outro lado, quando ao atendimento de 100% das funcionalidades sistêmicas descritas no Termo de Referência, vale dizer que a descrição lá prevista se trata das funcionalidades MÍNIMAS necessárias para execução das necessidades da Administração, portanto, incabível a abertura de margem para descumprimentos antes mesmo do início da execução do contrato.

Tratamos aqui de exigências essenciais para desempenho de atividades relacionadas à saúde, que diariamente detém de necessidades urgentes que não podem ser paralisadas por eventual celeuma ou ajuste em sistema pela futura contratada.

Portanto, a observância de 100% das funcionalidades é medida que não pode ser revista, sob pena de colocar toda a operação da Administração em risco.

Neste mesmo sentido, quanto a necessidade de se disponibilizar o checklist da apresentação, antes da sessão pública, cumpre reiterar que o Termo de Referência descreve funcionalidades MÍNIMAS para regular execução do contrato, devendo ele próprio ser considerado como checklist às licitantes.

O checklist que oportunamente será elaborado pela Administração nada mais é do que um resumo do que já resta disposto no Termo de Referência, portanto, desnecessária

para fins de preparação das licitantes, que já deverão observar todas as funcionalidades previstas no ato convocatório.

PONTO 4 - POSSÍVEL AMBIGUIDADE SOBRE A EXTENSÃO DA REDE CREDENCIADA. POSSÍVEL DESPROPORCIONALIDADE DA AMPLITUDE DA REDE

Por fim, aduz que a exigência do item 5, de rede em todo o estado de Minas Gerais, é desproporcional, já que o estado comporta 853 municípios e o consorciado não alcança esse número.

Como bem observado pela impugnante, o edital já especifica os municípios em que será necessária a apresentação da rede credenciada, sendo estas: Divinópolis, Belo Horizonte, Betim, Contagem, Bom Despacho, Campo Belo, Formiga, Itaúna, Lagoa da Prata, Luz, Nova Serrana, Oliveira, Pará de Minas, Juatuba, Arcos, Bambuí, Candeias, Carmópolis de Minas, Cláudio, Dolores do Indaiá, Itaguara, Itapeçerica, Martinho Campos, Pains, Pitangui, Santo Antônio do Amparo, Santo Antônio do Monte, Brumadinho, São Joaquim de Bicas, Bonfim, Esmeraldas, Mateus Leme, Igarapé e São Gonçalo do Pará.

Tais municípios já englobam grande parte do estado de Minas Gerais e, caso respeitado os quantitativos de estabelecimentos exigidos, já suprirá a necessidade da Administração. Em nenhum momento houve a exigência de rede em todos os 853 municípios do estado, como foi discorrido pela impugnante.

Não obstante, dada a essencialidade dos serviços desempenhados pelo consórcio, o item em referência terá o condão de permitir que a Administração solicite à futura contratada, novos credenciamentos em outros municípios do estado não elencados no ato convocatório, caso ocorram novas necessidades da Administração. No entanto, para fins da contratação e implantação, os municípios indicados já suprirão a necessidade da contratante.

Esclarecidos tais pontos, não há necessidade de retificação do edital neste sentido, restando também afastado tal ponto.

III. DECISÃO

Pelo exposto, pelas razões de fato e de direito acima aduzidas, o Presidente da Comissão Permanente de Licitação, em conjunto com seus membros, responsável pela elaboração do referido edital, DECIDE pelo não acolhimento da presente IMPUGNAÇÃO apresentada pela empresa QFROTAS SISTEMAS, mantendo inalteradas as condições editalícias.

Deste modo, mantém-se a abertura da sessão pública do pregão na data prevista, qual seja o dia 08 de março de 2023 às 08h00min.

Ressaltamos que a impugnação e respectiva resposta foram submetidas à Autoridade Superior para conhecimento.

É o que decidimos.

Intime-se a Impugnante da presente decisão.

Publique-se.

Divinópolis, 06 de março de 2023.

Júlio Takashi Yamacuti

Pregoeiro