



Recebido Por:
Data 03/02/20 /Hs 17:19
Demare
Departamento de Licitações

PREFEITURA MUNICIPAL DE BARREIRAS

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 002/2020

RESPOSTA IMPUGNAÇÃO 03

A empresa cujo, IMPUGNAÇÃO 03, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 05.423.963/0001-11, apresentou pedido de IMPUGNAÇÃO ao Edital do Pregão Eletrônico Nº 002/2020.

A impugnação é tempestiva, haja vista que a publicação do Edital do PE nº 002/2020 indicou a data de 28/01/2020 para abertura das propostas, de modo que a data limite para impugnação seria até 24/01/2020 – mesmo dia em que a IMPUGNAÇÃO 03. apresentou sua insurgência.

Cabe registrar que o pregoeiro solicitou à Assessoria Jurídica a análise prévia das questões jurídicas suscitadas, bem como que fosse submetido o objeto da impugnação à decisão da autoridade competente, por referir-se a cláusulas padronizadas e autorizadas pela Administração.

Assim foi exarado o parecer jurídico a cujos termos aquiesceu a Autoridade Competente, por qual razão passa a integrar esta decisão, sendo que as razões de decidir são transcritas a seguir em cada item impugnado.

DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO E RESPOSTA

1- VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO (ITEM 6.2.4 DO EDITAL):

A empresa cujo, IMPUGNAÇÃO. impugna o item 6.2.4 do Edital: “veda a participação de empresas que estejam constituídas em consórcio”. Requer, em síntese, seja excluído o item em comento, para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, conforme permissivos dos artigos 33 da Lei n.º 8.666/93, art. 17 do Decreto n.º. 3.555/2000 e art. 16 do Decreto n.º. 5.450/2005. Cita dispositivos legais, doutrina e jurisprudência.

A Empresa pugna pela possibilidade de formação de consórcio para execução dos serviços licitados ao argumento da ampliação de competitividade do processo licitatório.

RESPOSTA:

A constituição de consórcio, disciplinada pelo art. 33 da Lei nº 8.666/93, é recomendável naquelas situações em que parcela significativa das empresas do ramo da atividade licitada não possui condições de participar isoladamente do certame, em face das condições do mercado ou da complexidade técnica do objeto.

A regra, no entanto, é que a Administração privilegie a participação de licitantes com propostas individuais, a fim de se obter aquela mais vantajosa para a execução do objeto.

E, ao contrário do alegado pela Impugnante, a vedação de participação de empresas em consórcios não representa, por si só, restrição da competitividade. É a permissão que limita, muitas vezes, o número de participantes, uma vez que as empresas associadas deixariam de competir entre si.

Nesse sentido entende o TCU, veja-se:

No entanto, o caso não me parece requerer a formação de consórcio. Primeiro, porque se a licitação fosse realizada separadamente para fornecimento de serviços de telefonia e de centrais telefônicas, as empresas no mercado teriam, sozinhas, condições de realizar o objeto da licitação. Segundo, o consórcio, dada a transitoriedade que lhe é peculiar, mostra-se mais apropriado para consecução de objeto certo e determinado no tempo, a exemplo de obras, diversamente do que ocorre na espécie, em que se busca a contratação de serviços que rotineiramente farão parte das atividades do órgão.

Na forma como a presente licitação foi configurada, está cristalino que o consórcio limitou a participação de um maior número de empresas no certame, contrapondo-se ao seu objetivo primordial. A propósito, bem ponderou o Analista instruinte que 'essa associação de empresas, no âmbito administrativo, é recomendável, ou até mesmo exigível, em situações em que o objeto a ser contratado apresenta vulto ou complexidade que necessite a união de esforços, quando as empresas, isoladamente, não dispuserem condições para realizar a devida execução. Entretanto, em situações específicas, a formação de consórcio pode ser prejudicial, em virtude de pactos de eliminação de concorrentes que visem ampliar a participação no mercado. (Acórdão nº 2295/2005 – Plenário, Relator: Benjamin Zymler, Data de julgamento: 13/12/2005) (grifamos)

Além disso, reforça-se que a admissibilidade de empresas em consórcio nos editais convocatórios insere-se no âmbito do poder discricionário da Administração Pública, não configurando uma obrigação legalmente estabelecida. Destarte, ao administrador cabe decidir sobre a matéria, em face da complexidade técnica do objeto a ser contratado e do interesse público tutelado.

Assim entendeu a Corte de Contas, ao assentar que “[] o art. 33 da Lei 8.666/1993 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio no certame, devendo o desígnio ser verificado caso a caso” (grifamos - Acórdão nº 1.946/2006 – Plenário).

Corroborando a explicitação exposta, temos o posicionamento de Jessé Torres Pereira Junior, veja-se:

Representação. Licitação. Parcelamento do Objeto. Ausência de viabilidade técnica e econômica. Participação de consórcio. No parcelamento do objeto da licitação é imprescindível que se estabeleça a viabilidade técnica e econômica de divisibilidade do objeto. A aceitação de consórcios na licitação situa-se no âmbito do poder discricionário da Administração contratante... A jurisprudência desta Corte de Contas tem assentado que o art. 33 da Lei no 8.666/93 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresa organizadas em consórcio no certame, devendo o desígnio ser verificado caso a caso. Quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade, via de regra, a Administração, com o intuito de

aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio. No entanto, essa hipótese não ocorre no contexto ora em análise, pois os serviços licitados não envolvem questões de alta complexidade técnica, mas apenas serão mais bem prestados se não parcelados. Ademais, a participação de consórcios em torneios licitatórios não garante aumento de competitividade, consoante arestos do relatório e voto que impulsionaram o Acórdão no 2.813/2004-1a Câmara, que reproduz: "O art. 33 da Lei de Licitações expressamente atribui à Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios. Está, portanto, no âmbito da discricionariedade da Administração. Isto porque a formação de consórcios tanto pode se prestar para fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), quanto cerceá-la (associação de empresas que, em caso contrário, concorreriam entre si) (...) vemos que é praticamente comum a não-aceitação de consórcios (...)" (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública". 7a edição. Ed. Renovar. 2007. Páginas 442 a 443.) (grifamos).

In casu, o objeto do certame engloba a "Contratação de empresa especializada para licenciamento de uso do Sistema de Gestão Escolar., pelo valor estimado R\$ 628.798,17 (seiscentos e vinte e oito mil, setecentos e noventa e oito reais e dezessete centavos).

Como visto no citado exame jurídico, a constituição de consórcio, disciplinada pelo art. 33 da Lei nº 8.666/93, é recomendável naquelas situações em que a reunião de empresas seja imprescindível para a prestação do serviço licitado, em face das condições do mercado ou da complexidade técnica do objeto,

Dessa forma, infere-se que as empresas do ramo informática têm sozinhas, condições de realizar o objeto da licitação, razão pela qual a vedação de participação de licitantes em regime de consórcio não configura afronta a obrigação legalmente estabelecida.

Nesses termos, e considerando que a admissibilidade ou não de empresas em consórcio nos editais convocatórios insere-se no âmbito do poder discricionário da Administração Pública (Acórdão nº 1.946/2006 – Plenário, TCU), conclui-se pela manutenção da previsão editalícia."

Negado provimento.

2- SOLICITAÇÃO DE INCLUSÃO DE PREVISÃO DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO:

A impugnante requer alteração do edital, para que em caso de atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, incida multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

RESPOSTA:

A licitante interessada alega a ausência de comutatividade nas previsões editalícias e contratuais relativas a eventual inadimplemento das partes e requer, neste aspecto, o regramento da mora administrativa para a situação de atraso no pagamento dos valores devidos, entendendo pertinente a estipulação de multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros moratórios de 1% ao mês e a correção monetária pelo índice IGP-DI, de modo a garantir o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual.



Neste aspecto, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União sedimentou entendimento contrário a tal possibilidade, nas Decisões- Plenário nº 585/94, 197/97 e 454/98, das quais transcreve-se os excertos abaixo:

Acórdão nº 585/94 – Plenário

“(…) h - evitar a inclusão nos instrumentos contratuais de cláusulas prevendo aplicação de multa moratória ao (...) por atraso no pagamento de importâncias eventualmente devidas, por tal procedimento contrariar jurisprudência consolidada firmada por esta Corte sobre o assunto, que não admite a imputação de tal penalidade e sua previsão em contratos por falta de amparo legal, ante o seu caráter punitivo (Ata no 45/90, Anexo XXII; Ata no 60/90, Anexo VI; Ata no 48/90, Anexo VI; e Ata no 23/92, Decisão no 246/92 - Plenário). (...)”

Acórdão nº 197/97 – Plenário

“(…) precaver-se, quando da elaboração de instrumentos convocatórios ou contratuais, quanto à inclusão ou omissão de cláusulas que levem a situações economicamente lesivas à Administração, tais como a previsão de multas contra a própria Administração que extrapolem a atualização financeira do período, ou a aceitação de condições presentes nas propostas dos licitantes, mesmo que não previstas nos correspondentes instrumentos convocatórios ou contratuais.

(...)

”Conforme salientou o Ministério Público, o pagamento de multas contratuais, por atraso em pagamentos, não pode ser considerado como impropriedade meramente formal, uma vez que o ato, despido de amparo legal, trouxe prejuízo ao erário equivalente a R\$ (...), resultante do somatório de diversas multas aplicadas na execução do contrato (...). Como destacou o "parquet" especializado, a jurisprudência desta Corte, em situações análogas, acena para a devolução dos recursos indevidamente gastos.

(...)

Cumprе ressaltar questão referente ao pagamento de multas (subitem 4.6.3, f. 11/12), ocorrido em dois exercícios distintos, 1994 e 1995, sem o devido amparo legal e contrariando jurisprudência firmada por este Tribunal (Ata no 45/90, Anexo XXII, Ata no 60/90, Anexo VI, Ata no 23/92, Decisão no 246/92-Plenário e Ata no 44/94, Decisão no 585/94-Plenário), impondo-se, portanto, a reposição dos valores impropriamente gastos.”

Acórdão nº 454/98 - Plenário

“(…) b) quanto à ausência de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos e descontos por eventuais antecipações de pagamentos: - o edital está em consonância com a determinação contida no Ofício no 412/94, procedente da 8a SECEX, que, de acordo com Decisão proferida no TC no 011.273/94-1, relativo ao acompanhamento dos procedimentos licitatórios adotados pela (...), determinou à entidade o seguinte: “..... b. não inclua em seus instrumentos convocatórios e respectivos contratos, cláusulas que estabeleçam juros e multas de atraso nos pagamentos, uma vez que o art. 40, inciso XIV, da mencionada Lei, ao tratar das condições de pagamento, além de prever a atualização de valores devidos, garante somente à Administração a aplicação de penalidades por eventuais atrasos.” (...)” (grifamos)

Diante disso, tendo em mente que a lógica incidente sobre o regime jurídico de direito público é a de que só é permitido fazer aquilo que expressamente previsto em lei e, considerando-se a ausência de normativo imperativo de cominação de cláusula penal e o posicionamento/determinação do TCU, entendemos que as regras do instrumento convocatório estão em consonância à legislação de regência e não carecem de qualquer modificação no aspecto.

Pelo exposto, não merece acolhido o ponto impugnado.

Negado provimento.

3- INCLUSÃO DE CLÁUSULA A RESPEITO DO PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS;

A impugnante alega em resumo que o edital mostra-se silente quanto à forma que deve ser adotado o pagamento devido à contratante.

RESPOSTA:

Primeiramente descrevemos abaixo o texto inserido nos itens 10.9.1, 11.4 e 12.1 da TR e Cláusula Segunda da Minuta do Contrato:

10. DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

10.9.1 Fornecer a nota fiscal válida e toda a documentação necessária para a tramitação de processos de pagamentos;

11. OBRIGAÇÕES DA CONTRATANTE

11.4 Efetuar o pagamento na forma e nos prazos convencionados neste Termo de Referência;

12. DO PAGAMENTO

12.1 Uma vez satisfeitas às condições estabelecidas, em até 30 (trinta) dias úteis contados a partir da data do atesto das notas fiscais ou faturas, discriminativas dos serviços, com as referidas certidões.

CLÁUSULA SEGUNDA - DO PREÇO E CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

2.2 Uma vez satisfeitas às condições estabelecidas, em até 30 (trinta) dias úteis contados a partir da data do atesto das notas fiscais ou faturas, discriminativas dos serviços, com as referidas certidões.

Entendemos que houve um equívoco por parte da empresa impugnante, uma vez que não há no edital qualquer restrição do pagamento ser realizado por leitura de código de barras.

Negado provimento.

4- BASE DE CÁLCULO DAS MULTAS EM CASO DE INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO;

A Impugnante considerou desarrazoada e ilegal a estipulação de multa por inexecução parcial do ajuste, com base no valor total do contrato, pugnando pela sua incidência sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso, em razão do que pleiteia a readequação dos itens 25.2, alínea "d", o item 13.2, alínea "d", e item 11.2, alínea "b" da minuta do contrato que prevêm a aplicação de multas sobre o valor total adjudicado, mesmo em ação de inexecução parcial.

RESPOSTA:



Os itens referidos in casu se referem às multas compensatórias estabelecidas no Edital e na Minuta Contratual (art. 87, II, Lei nº 8.666/93). E, sendo assim, sua finalidade é compensar a Administração pela ocorrência de dano advindo de inadimplência ou inexecução do ajustado. Tem como propósito, pois, ressarcir os prejuízos suportados pela Administração em consequência do comportamento da contratada que violou a obrigação pactuada.

Não se pode olvidar, no contexto do exercício do poder punitivo da Administração, que a aplicação de penalidade tem por escopo reprimir os infratores para que não cometam novamente práticas passíveis de apenamento, por ofensivas ao interesse público e, assim, promover a boa execução dos serviços contratados e o atingimento da finalidade pública perquirida.

Não obstante, o ordenamento jurídico não cuidou em fixar um parâmetro legal para os percentuais de multa moratória e compensatória, consistindo em um poder-dever discricionário de a Administração determinar os critérios a serem utilizados, na fase de planejamento da contratação, em harmonia à praxe dos contratos e aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Respeitada, portanto, a proporcionalidade das sanções às condutas gravosas descritas e a gradação dos respectivos percentuais (que não poderiam transcender o valor total do próprio ajuste), o Poder Público detém discricionariedade para a cominação das penas, do modo que melhor atender à finalidade pública envolvida e reprimir comportamentos que levem à inexecução do objeto.

É o que se extrai do julgado abaixo:

28181 – Contratação pública – Sanções administrativas – Multa – Moratória e punitivas – Cumulação – Possibilidade – TJ/DF O TJ/DF concluiu pela inexistência de ilegalidade na cumulação de multa moratória e punitiva por atraso no cumprimento de contrato de fornecimento de bens, não ocorrendo bis in idem. A relatora, ao analisar o caso, observou que o contrato estabeleceu multa moratória no percentual de 0,33% por dia de atraso e multa punitiva no percentual de 5% sobre o valor total do contrato por descumprimento do prazo de entrega. Com base nessa disciplina, ressaltou que “não há óbice à previsão contratual que estabelece a incidência das multas moratória e punitiva, como ocorre na espécie, não merecendo prosperar a alegação de que a aplicação das sanções estabelecidas no Decreto Distrital nº 26.851/2006 e no contrato em análise configuram o vedado bis in idem”. Destacou, ainda, que, “muito embora “ambas as multas penalizem a mora do contratado, as penalidades têm objetivos distintos, na medida em que, enquanto a multa moratória, imposta na forma diária, visa coagir o inadimplente a cumprir a obrigação que lhe foi contratualmente imposta, a multa que incide de uma única vez tem caráter exclusivamente punitivo”. (Grifamos.) (TJ/DF, AC nº 20140111166512, Rel. Fátima Rafael, j. em 22.03.2017.)

E, nesta óptica, verifica-se que os itens e cláusulas estipulados no Edital e na Minuta de Contrato, respectivamente, atenderam aos fins pretendidos pelo ordenamento jurídico, observando-se a proporcionalidade entre as intenções preventiva e repressora, além de atender ao caráter compensatório das sanções.



Além disso, os percentuais fixados, ao contrário do que aventado, obedeceram ao limite do valor do contrato, ultimando-se com a perspectiva de rescisão por completo inadimplemento.

Pelo exposto, não merece acolhido o ponto impugnado.

Negado provimento.

ITENS TÉCNICOS

DO PRAZO DE ENTREGA

Quanto ao item 14.9, à empresa requer que este item seja alterado.

RESPOSTA:

Inicialmente cumpre frisar que a estipulação do prazo para entrega dos serviços é uma discricionariedade da Administração, que o fará conforme sua necessidade, levando em consideração a prática do mercado, visando sempre o interesse público. Não há dispositivo legal que imponha prazo mínimo para entrega dos serviços.

O prazo de 5 (cinco) dias para disponibilização do software é uma prática desta Secretaria que vem sendo levada a efeito há vários anos, mostrando-se compatível com a realidade do mercado a fim de não haver prejuízos para a Administração no que se refere à prestação de serviços.

Entendemos que as empresas de informática possuem amplo domínio técnico de todas as diretrizes necessárias para o cumprimento do disposto no Termo de Referência.

Não parece razoável que a Administração se ajuste à logística de entrega de uma determinada empresa, quando o mercado atual mostra-se perfeitamente capaz de atender ao solicitado no Edital.

Pelo exposto, não merece acolhido o ponto impugnado.

Negado provimento.

DA CONDIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO

Quanto ao item 6.2.4 "REUNIDAS EM CONSORCIO", à empresa requer que este item seja retirado do edital de forma a permitir ampla concorrência do Edital.

RESPOSTA:

Como explicitado pela licitante o Acórdão 22/2003-Plenário – TCU atribui à Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios, desde que faça justificada. Está, portanto, no âmbito da discricionariedade da Administração.

Dessa forma, também não merece guarida o pleito da Impugnante.

DA PROVA DE CONCEITO

Quanto ao item 7.9.1 "DA PROVA DE CONCEITO", a empresa requer em resumo a alteração do prazo para que possa ser feito todos os arranjos necessários por parte da vencedora para que a equipe possa se deslocar e ficar durante a prova de conceito junto a LICITANTE.

RESPOSTA:

Quanto à exigência de realização de prova de conceito, insta salientar que não há óbice legal que vede a sua realização, com vistas a assegurar que o objeto contratado pela Administração atendesse a sua demanda. O Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 1168/2009 – Plenário, já se manifestou pela viabilidade da exigência de prova de conceito em pregão eletrônico.

Trata-se, portanto, de boa prática recomendada pelo órgão. Ademais, a Prova de Conceito é instrumento usual para que em ambiente de teste se verifique a qualidade da solução tecnológica ofertada, especificamente quanto aos requisitos funcionais, o que se justifica tanto na garantia do interesse público quanto no privado, pois reduz consideravelmente as chances de que se classifique proposta em detrimento de outras, sem a mínima certeza de que a solução será capaz de atender as necessidades colocadas, com qualidade.

O prazo de 3 (três) dias úteis após o encerramento do certame, para que a empresa classificada em primeiro lugar é uma prática desta Secretaria que vem sendo levada a efeito há vários anos, mostrando-se compatível com a realidade do mercado.

Não parece razoável que a Administração se ajuste à logística de uma determinada empresa, quando o mercado atual mostra-se perfeitamente capaz de atender ao solicitado no Edital.

Pelo exposto, não merece acolhido o ponto impugnado.

Negado provimento.

DA CESSÃO OU TRANSFERÊNCIA

Quanto ao item 10.1 “DA CESSÃO OU TRANSFERÊNCIA”, a empresa requer a alteração de tal dispositivo, para que se permita a subcontratação, permitindo assim a ampla concorrência no Edital.

RESPOSTA:

Esclarecemos que, conforme disposto no inciso VI do Art. 78 da Lei Federal 8.666/93, é motivo para rescisão do contrato, a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, quando não admitidas no edital e no contrato. (Grifo nosso).

A subcontratação do objeto é admitida apenas parcialmente, desde que motivada sob a ótica do interesse público e com os seus limites devidamente fixados pelo contratante, não podendo a atuação do contratado transformar-se em mera intermediação ou administração de contrato.

Considerando que o item 10.1 da Minuta do Contrato não admite a cessão, transferência ou subcontratação, no todo ou em parte sem previa e expressa anuência da CONTRATANTE, tal dispositivo se encontra em consonância com o inciso VI do Art. 78 da Lei Federal nº 8.666.

Portanto, diante o exposto, negamos provimento.

CONCLUSÃO:

Diante do exposto e à luz dos princípios basilares da licitação pública, em atendimento as normas estipuladas pela Lei Federal nº 10.520/02, pelo instrumento convocatório,



subsidiariamente pela Lei Federal nº 8.666/93, decide por ADMITIR a presente impugnação, para no mérito julgá-lo IMPROCEDENTE, de forma que se mantém os termos do edital.

Publique-se esta decisão no site institucional licitacoes-e.

Dê-se ciência à impugnante, com cópia.

Barreiras, 03 de fevereiro de 2020.



CÁTIA PEREIRA AIRES DE ALENCAR
Secretária Municipal de Educação, Cultura, Esporte e Lazer



RICARDO DE AZEVEDO RIBEIRO
Coordenador da Tecnologia e Informação