

JULGAMENTO IMPUGNAÇÃO

TERMO: DECISÓRIO

FEITO: IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA (Contra)

PROCESSO LICITATÓRIO Nº. 47/2022

MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 09.036-2022

RAZÕES: *Acerca da exigência de Amostras no Pregão Eletrônico.

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM IMPLANTAÇÃO E OPERAÇÃO DE EQUIPAMENTO DE FISCALIZAÇÃO ELETRÔNICA, QUE CONTEMPLE CONTROLADOR DE VELOCIDADE, AVANÇO SEMANFORICO, TALÃO ELETRÔNICO, SISTEMA DE GESTÃO DE DADOS DE ACIDENTES DE TRÂNSITO, PROCESSAMENTO DE INFRAÇÕES, GERAÇÃO DE RELATÓRIOS ESTATÍSTICOS, LEITURA AUTOMÁTICA DE PLACAS PARA ENVIO DE DADOS ONLINE A PMMG DE FORMA CONTINUADA, PARA CONTROLE E GERENCIAMENTO DO TRÂNSITO DO MUNICÍPIO DE ARAXÁ.

IMPUGNANTE: TIVIC TECNOLOGIA E INFORMAÇÃO LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob n.º 11.0085.332/0001-32, com sede à Rua Sinhazinha Santos, n.º 315, Centro, Vitória da Conquista/BA CEP 45.000-

Questionamento

DOS FATOS

1. A empresa subscritora, tendo interesse em participar da licitação supramencionada, adquiriu o respectivo Edital. No entanto, ao verificar as condições para participação no pleito em tela, deparou-se com algumas exigências impertinentes ao objeto a ser licitado, desta forma, as normas que regem o procedimento licitatório, conforme veremos a seguir.
2. Não obstante o conhecimento de Vossa Senhoria, insta apenas repisar que a licitação é um procedimento administrativo, instaurado pela própria Administração Pública, constituído pela prática ordenada e sucessiva de uma série de atos, tendo cada um autonomia e finalidade. A bem da verdade, estes atos possuem uma conexão objetivando alcançar o escopo licitatório, que é a obtenção da proposta mais vantajosa e conveniente para a Administração Pública, com vistas a atender à necessidade pública em razão da qual se está licitando.
3. Destarte, todas as atividades desenvolvidas no procedimento licitatório, embora diversificadas entre si, visam à realização daquele objetivo único, que é o motivo propulsor do procedimento.

Assim, a variedade de atos que ocorre dentro do procedimento licitatório permite a constatação de duas fases distintas: interna e externa.

4. A fase interna corresponde aos atos praticados pela Administração Pública, motivados, uma vez constatada uma determinada necessidade pública. Portanto, o motivo que deu azo à licitação deve obrigatoriamente ser levado e observado pela administração pública e, corolário lógico disso é que a execução da licitação deve pautar-se no motivo que levou à instauração do procedimento, para que haja uma perfeita adequação entre o procedimento e o motivo. Portanto, é na fase interna que são praticados todos os atos necessários e preparatórios para o desencadeamento do procedimento licitatório, inclusive com a definição das regras, do objeto e modo de sua realização.

5. Em se tratando do pregão, o procedimento é regido pela lei 10.520/2002, que em seu art. 9º estabelece a aplicação subsidiária da lei 8.666/93 a qual dispõe de forma geral sobre os procedimentos licitatórios. Ao determinar os princípios que regem a licitação a lei 8.666/93 institui mandamentos a serem seguidos no pregão, a saber:

Art. 30. 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.

6. Tendo em vista os princípios determinados pelo dispositivo supracitado, passemos as considerações de Direito.

DO DIREITO

7. O ato da convocação publicado no Diário Oficial do Município, constou, nas páginas 22 e 23, item 13. Do termo de referência:

13 - DO JULGAMENTO, DA PROVA DE CONCEITO E ENCAMINHAMENTO DA PROPOSTA VENCEDORA

13.1 - Ultrapassada as fases de lances e da habilitação, o vencedor classificado em primeiro lugar pela melhor proposta deverá de forma presencial e munido de maquinário próprio e de sua responsabilidade, com todos o(s) sistema(s) licitado(s) instalado(s) e com a(s) respectiva(s) funcionalidade(s), fazer apresentação/demonstração (prova de conceito) dos equipamentos/sistemas perante a Comissão Técnica de Avaliação (Comissão) da Prefeitura Municipal de Araxá designada para tal fim, com vistas a aferir se o ofertante da melhor proposta, cumpre com o(s) requisito(s) da(s) especificação(ões) do(s) sistema(s)/equipamentos licitado(s) sendo esse cumprimento a condição necessária para declaração da vencedora em definitivo para adjudicação do objeto. Esta equipe fará uma avaliação dos equipamentos/sistema e sua(s) funcionalidade(s) conforme especificados no Termo de Referência - Anexo I deste Edital.

13.2 - A Comissão Técnica de Avaliação realizará a prova de conceito em duas etapas:

13.2.1 - A demonstração dos equipamentos/sistema destinado a prova de conceito deverá iniciar no prazo de até 10 (dez) dias úteis após a fase de habilitação, podendo ser prorrogado por igual período, desde que devidamente justificado e aceito pela administração.

13.2.2 - Para o Equipamento de Fiscalização Eletrônico tipo Radar Fixo: O local será definido pela Secretaria de Segurança em conjunto com a empresa proponente.

8. Assim, ao adquirir o edital para participação do certame, a Impugnante confirmou a irregularidade do item supracitado visto que tal exigência, além de desnecessária, acaba por frustrar o princípio da competitividade do certame pois onera em demasiado a habilitação. Destacamos aqui que a cobrança de prova conceito no caso em tela é requisito absolutamente ilegal condenado pelo tanto pelo TCU quanto por estudiosos do assunto.

9. Conforme observado no edital, os documentos de origem técnica exigidos no respectivo instrumento convocatório têm o condão de demonstrar a aptidão da licitante, dessa forma, já se pressupõe a qualidade e adequação as necessidades ao objeto licitatório. Sendo assim, faz-se inequívoca a desnecessidade de mais documentos e procedimentos que visam comprovar uma situação já assegurada.

10. Conforme o Manual de Orientações Básicas das Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União:

As exigências não podem ultrapassar os limites da razoabilidade e estabelecer cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para cumprimento do objeto licitado (3 ed. Brasília: TCU, 2006, p. 116).

Deste modo, no que tange ao posicionamento do TCU sobre o caso em tela, temos que o excesso demonstrado pelo edital do pregão em tela é não encontra respaldo na ordem jurídica vigente.

11. Além da comprovada desnecessidade da prova de conceito no pregão eletrônico nº 09.036/2022, temos ainda questões relacionadas a celeridade e sumariedade do procedimento do pregão, nas palavras do Douto Jurista Marçal Justen Filho:

a natureza sumária do pregão é norteadada pelo princípio da sumariedade e da rapidez. Produzir exames acerca da qualidade significaria instaurar um contencioso que desaguaria necessariamente em delongas (Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 117.).

12. A respeito do tema, o ilustre Sidney Bittencourt ensina que a prova de conceito só poderá ser exigida no pregão quando absolutamente indispensável e apenas em casos excepcionalíssimos, visto tratar-se de procedimento sumário que visa a agilidade, especialmente o pregão eletrônico:

há cabal demonstração que a ideia de se produzir exames prévios acerca da qualidade (amostras) significaria a possibilidade de instauração de um contencioso que demandaria morosidade. (BITTENCOURT, Sidney. Pregão eletrônico. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 49).

13. Além de todos os argumentos acima demonstrados, o pedido de realização de amostras compromete a celeridade do processo gerando ônus supérfluo para a própria administração, Tatiana Martins da Costa Camarão, ao escrever sobre o tema, esclarece:

a exigência de amostra em pregão não se coaduna com o procedimento célere que o caracteriza, que se espelha na realização de uma única sessão, sem paralisações. Não podemos perder de vista que o pregão é para contratação de bens e serviços comuns que não demandam maiores análises (CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa; FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. Licitações e Contratos Aspectos Relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.136.).

14. Destacamos aqui que, além da desnecessidade da prova de conceito, tal exigência gera um custo dispensável para a administração. Como é de conhecimento desta comissão, onerar o município desnecessariamente representaria enorme descaso com o contribuinte além de ir de encontro aos princípios da administração pública.

15. Isto posto, considerando as orientações do TCU, o entendimento dos doutrinadores mais proeminentes na área e a legislação vigente, o item 13. Do termo de referência do pregão eletrônico nº 09.036/2022, fere diretamente os princípios da legalidade, eficiência, razoabilidade, competitividade, isonomia e celeridade. Tratando-se de cobrança categoricamente ilegal, restando a administração o dever de corrigi-la por meio de retificação do edital a fim de evitar a completa irregularidade do processo administrativo almejado.

DO PEDIDO

16. ANTE O EXPOSTO, a Empresa Impugnante REQUER a essa r. Comissão de Licitação, por sua Pregoeira Oficial, SEJA A PRESENTE IMPUGNAÇÃO JULGADA PROCEDENTE, com efeito para RETIFICAR o item 13. do termo de referência do pregão presencial nº 09.036/2022, a fim de eliminar a exigência de prova conceito.

17. Caso não seja acolhida a presente impugnação, SERÁ ENVIADA REPRESENTAÇÃO AO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS E AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL COM O MESMO TEOR, ALÉM DO INGRESSO DE AÇÃO CABÍVEL JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO.

DECISÃO

Razão não assiste ao impugnante. A possibilidade de a Administração Pública exigir amostras ou realizar a “prova de conceito” para atestar a qualidade do produto ou serviço a ser oferecido pelo licitante declarado vencedor do certame, anteriormente à contratação, é direito discricionário da Administração e pode ser pedido desde que repito, seja apenas do licitante vencedor provisório, como exigido no edital impugnado.

Havendo previsão editalícia acerca da prova de conceito, sua realização é imprescindível e obrigatória para o gestor público licitante.

A exigência de amostra, ou “prova de conceito”, é medida que, nos termos do entendimento pacificado das cortes de contas, pode ser exigida apenas do licitante declarado vencedor, seja em qualquer modalidade de licitação prevista na Lei n. 8.666/1993, seja na modalidade do Pregão.

Segundo conceitua o art. 2º, XXV, da Instrução Normativa nº 4, de 11 de setembro de 2014, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, “Prova de Conceito” é a “amostra a ser fornecida pelo licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar para realização dos testes necessários à verificação do atendimento às especificações técnicas definidas no Termo de Referência ou Projeto Básico”.

Tempos atrás havia certa resistência jurisprudencial acerca da possibilidade de realização desse tipo de procedimento prévio em licitações na modalidade pregão. Contudo, o Tribunal de Contas da União pacificou o entendimento acerca da imprescindibilidade da avaliação de amostras nos Pregões, que somente deve ser exigida na fase de classificação e apenas do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar, após a etapa de lances.

Todos os posicionamentos jurisprudenciais, que se pautam pela imprescindibilidade desse procedimento, partem da premissa de que a realização da prova de conceito se fundamenta no dever do gestor em se buscar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, cujo *munus* não pode ser prescindido em qualquer certame público.

Com efeito, sabe-se que ao Estado (sentido lato), enquanto ente soberano, é atribuído uma função inescapável: *a busca incondicional do atendimento ao interesse público*. Para tanto, ao Estado é atribuído uma série de *poderes e deveres* que devem ser utilizados sempre que o interesse da coletividade assim o demandar.

Tais atribuições e poderes decorrem de um plexo normativo, típicos da atividade administrativa do Estado, que consubstanciam o conhecido “regime jurídico-administrativo”. Segundo a tradicional doutrina administrativista, esse regime se divide em dois “grandes” princípios norteadores: (i) a supremacia do interesse público sobre o privado e (ii) a indisponibilidade, pela Administração Pública, dos interesses públicos.

O segundo princípio (indisponibilidade do interesse público) implica na obrigação de a Administração sempre buscar o interesse público e de adotar condutas que visem resguardá-lo, dentre eles, obrigações de prestação de contas, a necessidade de realização de concurso público e, no caso, a obrigação de adotar o procedimento licitatório como condição para efetuar contratações.

A licitação pública é um procedimento obrigatório, ressalvado casos expressamente descritos em lei, pois tem como um dos objetivos *tentar obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública (princípio da indisponibilidade, pela Administração, do interesse público)*.

No caso, a proposta mais vantajosa não é aquela que possua o menor preço, mas sim, aquela que, *comprovado o atendimento aos requisitos técnicos da contratação*, possua o menor preço. *Por isso, o gestor deve buscar mecanismos para tentar prezar-se pela qualidade e eficiência da contratação.*

Nesse sentido, de acordo com o TCU (Acórdão nº 1.215/2009 – TCU – Plenário), é recorrente o problema de entrega de bens e suprimentos de TI de qualidade duvidosa ou inservíveis para a Administração, considerando apenas a utilização unicamente do critério do menor preço. Por isso, é inegável que a prova de conceito é uma medida essencial de que dispõe o gestor para assegurar a eficácia da contratação.

Por outro lado, é totalmente temerária e prejudicial aos interesses da Administração deixar para fazer essa verificação de adequação técnica após a contratação, especialmente quando o escopo é o fornecimento de soluções de TI. Isso, porque se demandará muito mais tempo, esforço e oneração



financeira a realização de aplicação de penalidades, rescisão e realização de nova licitação, para suprir a necessidade de Administração.

Com efeito, postergar essa verificação para depois da efetivação da contratação é medida que vai ao encontro do fundamento da licitação, de se buscar a proposta mais vantajosa, já que o saneamento da irregularidade irá demandar longos e imprevisíveis atrasos, aumentando muito os custos com a pretendida execução do objeto contratual.

É por essa razão que os tribunais de contas recomendam, sempre, que haja a previsão no Edital acerca da exigência de prova de conceito do licitante melhor classificado em um Pregão, quando se tratar de solução de TI, como é o presente caso. E, quando estiver previsto no Edital, a realização de tal procedimento é medida obrigatória.

A realização da prova de conceito, fundado em critérios de conveniência e oportunidade, se fundamenta no dever legal do gestor, previsto no art. 43, IV, da Lei nº 8.666/1993, de “verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital”, o qual se aplica também ao procedimento do pregão subsidiariamente, por aplicação do art. 9º, da Lei n. 10.520/2002.

Isso, sem mencionar a prerrogativa discricionária, prevista no art. 43, §1º, da Lei n. 8.666/1993, “a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”.

Tanto é assim que a aludida Instrução Normativa nº 4, de 11 de setembro de 2014, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão prevê a necessidade de se impor a obrigação de o licitante “fornecer, sempre que solicitado, amostra para realização de Prova de Conceito para fins de comprovação de atendimento das especificações técnicas” (art. 18, II, “h”).

Enfim, mostrando-se necessária ou conveniente a realização de prova de conceito, entendemos que é possível [e necessária, em vista do princípio da indisponibilidade do interesse público sobre o privado] a realização da prova de conceito, já que o fundamento apriorístico da licitação não pode ser prescindido em qualquer momento da licitação.

Isso, desde que respeitados parâmetros objetivos previstos no Edital e que se resguarde a isonomia no tratamento dos licitantes (tal como a apresentação dos mesmos prazos e condições para apresentação da amostra e prazo e meios de impugnação pelos concorrentes).

Pelo exposto, julgo improcedente a impugnação da empresa TIVIC TECNOLOGIA E INFORMAÇÃO LTDA., mantendo o edital em sua integralidade, ratificando todos os termos do mesmo.

Atenciosamente,

Araxá-MG, 16 de março de 2022.


DANIEL ROSA
SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SEGURANÇA PÚBLICA