DESPACHO DE EXPEDIENTE Nº. 049/2020

DO SOLICITANTE

Ilustríssimo Senhor

CRISTIAN DOS SANTOS PERIUS

MD. Coordenador do Setor de Licitações

Nesta

RECEBIDO
23/10/2020
Licitação
Silva

DOCUMENTO/PROTOCOLO

- ✓ Recurso Administrativo – Processo Administrativo nº 1637/2020 - Pregão Presencial nº 081/2020 emitido e enviado via email pela licitante Sisponto Sistemas Inteligentes Eireli EPP;

DA LEGITIMIDADE PARA EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO

1. De proêmio, se faz imperioso aduzir que a solicitada é legitimada para emissão de tal parecer, tendo em vista o que dispõe o inciso IV, VI do artigo 3º, da Lei Municipal n.º 1.755, de 03 de outubro de 2018, senão vejamos:

> Art. 3º. À Procuradoria Geral do Município, órgão integrante do Poder Executivo Municipal, compete:
> (...)
> IV – **emitir parecer em consulta formulada pelo Prefeito Municipal, por Secretário Municipal ou por dirigente de órgão autárquico, se não dotado de assessoria jurídica própria;**
> (...)
> VI – **emitir pareceres nos processos administrativos.** (Grifo nosso).

2. Desta feita, superada a legitimidade da consultada para emissão do presente parecer, passamos a análise do mérito da solicitação.

DAS CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS

3. Trata-se de recurso interposto pela licitante SISPONTO SISTEMAS INTELIGENTES EIRELI EPP quanto a anulação do processo administrativo nº 1637/2020 Pregão Presencial nº 081/2020, a qual pugna pela revogação da decisão administrativa a qual anulou o pregão ora citado.
4. Preliminar insta mencionar que o aludido Recurso Administrativo encontra-se **tempestivo**, vez que foi interposto no prazo previsto em lei e no edital.
5. Por conseguinte sem mais delongas entendemos que o recurso não merecer prosperar, vez que os fatos e razoes recursais não são suficientes a fim de revogar do ato de anulação praticado por esta administração municipal.
6. Quanto ao mérito da solicitação convém tecer as seguintes considerações.
7. Verifica-se nas fls. 191/195 que a administração indeferiu a impugnação (fls. 183/190) da Licitante E.C. Zocante Ltda – ME (DataNorte), esta Procuradoria de forma contraria entende que a empresa **assistia razão quanto a quantidade equipamento a serem adquiridos .**
8. Vejamos no item 3 do termo de referencia como vieram expressos os quantitativos a serem adquiridos:

3. DAS ESPECIFICAÇOES

Cotação 90 - Valor Médio					
nº	Item	Quant.	Unid.	R$ Unit.	R$ Total

1	**4665** - Locação de Sistema para GRH - Prestação de serviço de fornecimento de solução integrada de controle e gestão de frequência dos Servidores Públicos da Secretaria Municipal de Saúde de Primavera do Leste, através da locação de equipamento eletrônico, com respectiva concessão de licença de uso de software, com prestação de serviços de instalação, manutenção, suporte técnico aos equipamentos, transferência de conhecimento e fornecimento de bobinas de papel para o registro e o controle diário de frequência, compreendendo: 1.1. Elaboração do projeto executivo; 1.2. Locação de até 35 (trinta e cinco) relógios coletores de ponto eletrônico com leitor biométrico, que atendam à Resolução 373 de 25/02/2011 do MTE, exceto no que se refere à exigência de registro e homologação do coletor junto ao MTE. 1.2.1. Observa-se que não será exigida a homologação do coletor junto ao MTE, porém ele deverá possuir todas as funcionalidades e atender a todas as demais exigências citadas na Portaria 373 de 25/02/2011. 1.3. Licenciamento de uso e locação de software integrado para gestão da frequência e gerenciamento dos relógios. 1.4. Serviços técnicos de instalação, cadastramento, configuração, integração entre os sistemas de Ponto e Folha de Pagamento da Secretaria de Saúde e atualização de versão do software quando necessário. 1.5. Treinamento, manutenção, suporte técnico local e remoto ao uso do sistema, que abrangerá a migração de dados, parametrização, leitura, coleta automática do registro e armazenamento de digitais.	12	SERV	R$ 11.500,00	R$ 138.000,00
2	**14746** - Implantação de sistema - Cessão de até 35 (trinta e cinco) equipamentos com leitores ópticos, implantação, conversão de dados e treinamento para gestão de controle de pontos de frequência	1	Unid.	R$ 23.000,00	R$ 23.000,00
TOTAL: R$ 161.000,00					

9. Evidencia-se que o tópico 1.2 da descrição do item traz que a administração poderia locar até 35 (trinta e cinco) relógios coletores de ponto eletrônico, entretanto, na quantidade e no valor unitário é apresentado o valor mensal a ser pago por todos os equipamentos, sendo que, o correto deveria ser o valor a ser pago mensal por equipamento.

Desta feita aludidas inconsistências prejudicaram a competitividade do certame, por não propiciaram uma clareza ao licitante quanto aos bens que deveria empregar, bem como inviabiliza o comparativo de preços, já que cada licitante pode apresentar itens de quantidade e qualidade diferentes. Corroborando convém trazer os seguintes posicionamentos do TCE/MT conforme vejamos:

> **Licitação. Termo de Referência. Objeto sem detalhamento.**
> A ausência de detalhamento no objeto de Termo de Referência licitatório prejudica a competitividade do certame, por não propiciar uma clareza ao licitante quanto aos bens que deverá empregar, bem como inviabiliza o comparativo de preços, já que cada licitante pode apresentar itens de quantidade e qualidade diferentes. A imprecisão do objeto inviabiliza o julgamento objetivo das propostas, o qual exige critérios e parâmetros previamente estipulados no edital.
> (Representação de Natureza Externa. Relatora: Conselheira Substituta Jaqueline Jacobsen. Acórdão nº 17/2020- PC. Julgado em 20/05/2020. **Processo nº 18.199-4/2019**).
>
> **Licitação. Descrição do objeto. Termo de referência. Especificação clara e precisa.**
> O objeto a ser contratado pela Administração Pública, previsto no termo de referência de licitação, demanda especificação clara e precisa, o suficiente para consagrar a isonomia, a publicidade, a impessoalidade e a vinculação ao instrumento convocatório, permitindo que todos os interessados participem do certame, bem como oportunizando a contratação da proposta mais vantajosa.
> (Representação de Natureza Interna. Relator: Conselheiro Substituto Luiz Henrique Lima. Acórdão nº 158/2019-PC. Julgado em 11/12/2019. Publicado no DOC/TCE-MT em 22/01/2020. **Processo nº 6.121-2/2017**).

10. Além do mais, os citados itens foram licitados em um único lote, sendo que o item 2 código 14746 se refere a Implantação de sistema - Cessão de até 35 (trinta e cinco) equipamento, logo o termo "até" deixou a quantidade subjetiva vez que a empresa em tese receberia R$ 23.000,00 pela implementação do sistema para utilização em todos os equipamentos.

11. A par disso, a forma como a cesta de preços foi realizada e os preços lançados no termo de referencia nos leva a concluir que não se trata de Sistema de Registro de Preços e sim de contratação efetiva, logo, o procedimento utilizado foi empregado de forma incorreta.
12. Por sua vez, o presente certame teve seu termo de referencia alterado conforme 1º adendo modificador acostado nas fls. 241/270.
13. Releva-se que o item 24.1 do edital o qual a administração esta vinculada (artigo 3º da lei 8666/93), trouxe que o Termo de Referencia Anexo I é parte integrante, indissociável e atrelada ao conteúdo do Edital, cujo teor vincula totalmente os licitantes, sendo assim não há que se falar que as exigência ali inseridas não devem ser observadas pelos licitantes. Assim mesmo que se as exigências não estejam inseridas nos documentos de habilitação ela deve ser observada pelas empresas participantes do certame.
14. Nesta vereda, o citado adendo entre outras alterações acostou a seguinte retificação conforme se vê:

> 5.1.7. Os serviços deverão ser realizados por meio de técnicos especializados pertencentes ao quadro permanente da empresa CONTRATADA, devidamente credenciados e certificados para prestar os serviços de garantia e assistência técnica nos equipamentos relacionados neste Termo e no Edital, de forma rápida, eficaz e eficiente, sem quaisquer despesas para a CONTRATANTE, inclusive quanto a ferramentas, equipamentos e demais instrumentos necessários à sua realização.
> 5.1.7.1. A CONTRATADA deverá ter registro e responsável técnico em seu quadro de funcionários, devidamente cadastrado no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA), para a realização das devidas manutenções.

15. Pondera-se, que referidas exigências restringiram o caráter competitivo do certame e foram de encontro aos seguintes posicionamentos da Corte de Contas Estadual conforme lemos:

> Licitação. Habilitação. Qualificação técnica. Exigência de comprovação de vínculo permanente do profissional técnico com o licitante.
> A exigência em edital de licitação para que empresas licitantes comprovem, como requisito de qualificação técnica, **que possuem em seu quadro permanente de pessoal profissional graduado ou com especialização em área específica**, representa cláusula excessiva, restringe o caráter competitivo do certame. A comprovação de vinculação do profissional com a licitante pode ser feita, não apenas pelo vínculo ao quadro permanente, mas também com base em contrato de prestação de serviços ou vínculo societário.
> (Representação de Natureza Externa. Relator: Conselheiro Substituto Luiz Carlos Pereira. Acórdão nº 21/2018-PC. Julgado em 27/03/2018. Publicado no DOC/TCE-MT em 12/04/2018. Processo nº 14.767-2/2016).
>
> Licitação. Capacidade técnico-profissional. Exigência de prévio vínculo empregatício ou societário. Restrição à competitividade. **A exigência editalícia para que empresa licitante comprove possuir, em seu quadro próprio de pessoal, profissional com prévio vínculo empregatício ou societário**, para fins de verificação de capacidade técnico-profissional na fase de habilitação do certame, caracteriza cláusula abusiva que restringe a competitividade (art. 3°, § 1°, inciso I, c/c art. 30, § 5°, inciso I, da Lei nº 8.666/93).
> (Auditoria de Conformidade. Relator: Conselheiro Substituto Isaías Lopes da Cunha. Acórdão nº 43/2017- SC. Julgado em 11/10/2017. Publicado no DOC/TCE-MT em 31/10/2017. Processo nº 21.471-0/2016).

16. Mister se faz ressaltar quanto a anulação do procedimento que o mesmo foi realizado levando em consideração que a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, tendo que, em caso de anulação de procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de

indenizar. Aludidos posicionamentos estão expressos nas Sumulas 346 e 473 do STF e ainda do artigo 49, §1º da lei 8666/93 conforme vejamos:

> **STF**
> **Súmula 346**
> **A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.**
>
> **Súmula 473**
> A administração **pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos;** ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.
>
> **Lei 8666/93**
> Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, **devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.**
> **§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.**
> **(grifamos)**

17. Nessa vereda, percebe-se que para o presente certame licitatório não foi proferido despacho de homologação e adjudicação, logo, segundo posicionamentos do TCE, TCU e ainda jurisprudência do STJ não é exigível a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, se os atos de anulação forem realizados antes da homologação e de adjudicação do processo licitatório conforme vejamos:

> **TCE/MT**
> **Licitação. Anulação/revogação de certame homologado e adjudicado. Observância ao contraditório e ampla defesa.**

Antes da adoção de eventual ato de anulação ou revogação de processo licitatório já homologado e adjudicado, a Administração deve assegurar o direito de os adjudicatários se manifestarem, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, da CF/1988 e do art. 49, § 3º, da Lei nº 8.666/93, tendo em vista que a anulação ou revogação de processo licitatório, em decorrência do poder-dever de autotutela da Administração Pública, não dispensa a observância às garantias fundamentais inerentes a esses princípios.
(Representação de Natureza Externa. Relator: Conselheiro Substituto Luiz Carlos Pereira. Acórdão nº 14/2017-PC. Julgado em 24/10/2017. Publicado no DOC/TCE-MT em 07/11/2017. **Processo nº 22.374-3/2016**).

STJ
"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 49, § 3º, DA LEI 8.666/93. (...) 5. Só há aplicabilidade do § 3º, do art. 49, da Lei 8.666/93, quando o procedimento licitatório, por ter sido concluído, gerou direitos subjetivos ao licitante vencedor (adjudicação e contrato) ou em casos de revogação ou de anulação onde o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto, como tendo dado causa ao proceder o desfazimento do certame" (MS 7.017/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2/4/2001)
"Nos processos licitatórios de qualquer espécie, antes da homologação, têm os concorrentes expectativa de direito ao resultado da escolha a cargo da Administração, não sendo pertinente se falar em direito adquirido. Verifica-se, pelo documentos acostados aos autos, que o procedimento licitatório ainda estava em curso e, ao titular de mera expectativa, não se abre o contraditório". (...) **a revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado**" (RMS 23.402/PR, 2a Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 2.4.2008).
(grifamos)

18. Em julgamento que originou o acórdão 2.656/19-P, proferido em novembro de 2019, o plenário do Tribunal de Contas da União adotou raciocínio, igualado ao tradicional entendimento do STJ. A ementa da decisão apresenta, de forma clara, o caminho trilhado:

> **Somente é exigível a observância das disposições do art. 49, § 3º, da Lei 8.666/1993 quando o procedimento licitatório, por ter sido concluído com a adjudicação do objeto, gera direitos subjetivos ao licitante vencedor ou em casos de revogação ou de anulação em que o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto, como o causador do desfazimento do certame.**
> **(grifamos)**

DO DESPACHO

19. **Por todo o exposto, com fulcro nas fundamentações *ex positis* recomendamos pelo não provimento do recurso interposto pela Licitante SISPONTO SISTEMAS INTELIGENTES EIRELI EPP.**
20. **Sobremais, orientamos que o presente procedimento licitatório seja refeito com as devidas correções e siga seu curso normal.**
21. Importa frisar que este despacho não tem competência para analisar as estimativas de preços, natureza, qualificação técnica, quantidade e qualidade do objeto do certame, ou ainda, dados contidos em planilhas ou índices econômicos ou contábeis contidos nos autos.
22. Este despacho é meramente opinativo/esclarecedor. As opiniões técnico/jurídicas não vinculam o ato administrativo e não obrigam o cumprimento/acatamento pelos solicitantes, o qual é de responsabilidade dos respectivos gestores, sendo que esta Assessoria Jurídica se coloca à disposição para quaisquer esclarecimentos.

Atenciosamente.

Primavera do Leste – MT, 22 de outubro de 2020 (5ª-feira).

ELYJAKSON DA SILVA LOPES
Assistente Jurídico – OAB/MT n° 21.816-O

DIOGO VINÍCIOS MURARI MOTTA
Assessor Jurídico–OAB/MT nº 14.962