

Protocolo nº 201942679

PARECER Nº 265/2019

SOLICITANTE: Secretaria de Administração, Patrimônio e Informática



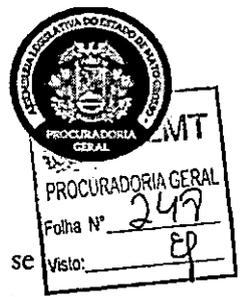
ASSUNTO: Termo de Referência para contratação de serviços de acesso individuais *on line* para consultas ao sistema informatizado, denominado “BANCO DE PREÇOS” – ferramenta de pesquisas e comparação de preços praticados pela administração pública, conforme condições e exigências do TR e seus anexos.

CONTRATAÇÃO DIRETA.
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.
ART. 25, I, DA LEI 8666/93. SERVIÇOS
DE ACESSO INDIVIDUAIS ON LINE
PARA CONSULTA DENOMINADO
“BANCO DE PREÇOS”. REQUISITOS
PRESENTES. AUSÊNCIA DA MINUTA
DOS CONTRATOS. PELA
POSSIBILIDADE CONDICIONADA.

I - RELATÓRIO

Trata-se do Memorando nº 496/2019/SGEL (fls.246), datado de 07/06/2019, encaminhado a esta Procuradoria pelo Senhor Superintendente do Grupo Executivo de Licitações da Assembleia Legislativa, solicitando parecer quanto à viabilidade de contratação, por inexigibilidade de licitação, de serviços de acesso individuais *on line* para consultas ao sistema informatizado, denominado “BANCO DE PREÇOS” – ferramenta de pesquisas e comparação de preços praticados pela administração pública, para atender demandas da Assembleia Legislativa de Mato Grosso, conforme condições do TR e seus anexos.

Gustavo Roberto Zanetti
Procurador da Assembleia Legislativa



Importante dizer que esta Procuradoria já havia se manifestado nos autos no parecer de fls. 145/164, opinando pela viabilidade de contratação dos sistemas Banco de Preço e Sollicita, desde que cumpridas as condicionantes ali expostas.

Todavia, consta dos autos o Memorando nº 408/2019/SGEL (fls. 168/169), em que a Administração da ALMT optou por fazer a cisão do processo em questão para que fossem separadas em processos específicos a contratação dos sistemas Banco de Preço e Sollicita.

É o essencial a relatar. Passo a opinar.

II - FUNDAMENTOS

2.1 – Da Análise da Procuradoria da Assembleia

Este parecer limitar-se-á a analisar a regularidade do procedimento sob a ótica jurídica, vale dizer, esta Procuradoria não se imiscui no juízo de conveniência e oportunidade da contratação, assim como não possui conhecimento técnico para analisar as informações técnicas que deverão ser atendidas pela futura contratante.

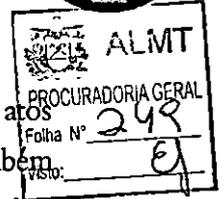
A prévia análise dos contratos pela Procuradoria é uma imposição da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (g.n.)

Assinado por
Procurador da ALMT
Página 2
Paulo Coelho



Tal exigência tem por objetivo prevenir a produção de atos irregulares, que possam ser questionados e até mesmo anulados posteriormente. Também visa afastar condições que prejudiquem a competitividade, acarretando prejuízos aos cofres públicos.

Desse modo, a atuação da Procuradoria da Assembleia tem por missão proteger o patrimônio público de qualquer cláusula ou condição jurídica que frustre a busca da proposta mais vantajosa ou que implique em responsabilidade civil por prática de ato ilícito.

2.2 - Da Análise da contratação por inexigibilidade

Como regra, as aquisições feitas pelo Poder Público devem se submeter ao devido processo licitatório, atendendo aos ditames da Lei Federal nº 8.666/93, permitindo que os fornecedores interessados concorram em igualdade de condições, visando realizar a contratação que seja mais benéfica à Administração Pública.

Todavia, é possível a realização de contratação direta - por dispensa (Art. 24) ou inexigibilidade (Art. 25) – nas hipóteses expressamente autorizadas pelo citado diploma normativo.

Dentre as hipóteses excepcionadas pela lei nº 8666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), destaca-se a inexigibilidade de licitação disciplinada no artigo 25 da lei em comento:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra



ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

De se notar que o caput do artigo citado assevera ser inexigível a licitação **quando houver inviabilidade de competição**, sendo que o seus incisos especificam determinados casos, porém sem esgotar todas as possibilidades passíveis de ocorrerem no cotidiano da Administração.

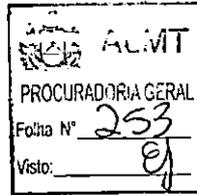
Acerca da inviabilidade de competição, vale a pena citar o eminente doutrinador administrativista Marçal Justen Filho¹:

As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.

Na primeira categoria encontra-se o caso de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a contratação porque existe um único sujeito a ser contratado.

Na segunda categoria, podem existir inúmeros sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz o interesse público.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos., 10ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005.



- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados

Em consonância com tais pressupostos, na hipótese de contratação direta, a Administração deverá observar os seguintes requisitos: (i) autorização motivada da Mesa Diretora (art. 50, IV, da Lei nº 9.784/99); (ii) previsão dos recursos orçamentários (arts. 7º, § 2º, III; 14 e 38 da Lei 8.666/93); (iii) justificativa quanto à necessidade do objeto da contratação direta (art. 26, caput, da Lei 8.666/93); (iv) justificativa quanto à escolha de um determinado contratante e de uma proposta específica, (art. 26, Parágrafo único, II, da Lei 8.666/93); (v) justificativa de preço, (art. 26, Parágrafo único, III, da Lei 8.666/93); (vi) habilitação do futuro contratado, atendidas as exigências previstas no art. 27 a 32 da Lei nº 8.666/93.

Pontuadas essas premissas, passemos a análise de cada caso de inexigibilidade de licitação com as respectivas considerações adicionais.

2.3 - Da Análise da contratação por inexigibilidade da Empresa NP Capacitação e Soluções Tecnológicas Ltda

Adentrando no caso submetido à análise, em relação à supracitada empresa, denota-se que o objeto da contratação que se pretende efetivar através de inexigibilidade de licitação consiste na prestação de serviços de acesso individuais *on line* para consultas ao sistema informatizado, denominado “BANCO DE PREÇOS” – ferramenta de pesquisas e comparação de preços praticados pela administração pública (item 01 – fl. 214), no valor total de R\$ 23.970,00 (vinte e três mil e novecentos e setenta reais), conforme descrito no Termo de Referência (fls. 178).

Às fls. 02/05 e fls. 176/178 há justificativa apresentada pela Secretaria de Administração, Patrimônio e Informática relativa à necessidade de contratação, justificativa de escolha do fornecedor e do respectivo preço.



Convém mencionar, ainda, que as informações consignadas nos autos denotam a imprescindibilidade de contratação do Banco de Preços, o qual é uma solução integrada desenvolvida para amparar atuação administrativa em diversos momentos do processo de contratação pública, visto que não se trata de simples ferramenta de busca de preços no mercado, mas tem funcionalidades e soluções avançadas que auxiliam na segurança dos processos de licitação, conforme se extrai da justificativa inscrita no Termo de Referência nº 033/2019 (fls.176/177).

A respeito da escolha dos fornecedores, importante a lição doutrinária de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³ :

“Considerando que princípio basilar da licitação da contratação direta sem licitação isonomia, quando indicar as características que singularizam um objeto ou, simplesmente, que diferenciam no mercado, deve administrador público consignar nos autos motivo da sua escolha. Há, sem laivo de dúvida, razoável margem de subjetivismo na escolha do objeto, mas preciso que gestor público esclareça por que prefere esse, ao invés daquele outro periódico, posto que todos têm valor intrínseco opção depende, nesse caso, do comprador. Ainda que seja ato discricionário, exige motivação. Não se trata aqui de elaborar uma substancial justificativa técnica, mas de dispor nos autos de uma sintética manifestação que permita ser contrastada, oportunamente, pelas áreas de controle, nos termos exigidos em lei. Sintética, porque seria impensável obrigar gestor gastar tempo, justificando sua longa tramitação, ponto de igualar os valores despendidos com remuneração dos envolvidos na burocracia administrativa, com valor da própria assinatura. princípio elementar da Administração Pública que economicidade

³ Contratação de periódicos: jornais revistas. Fórum de Fórum de Contratação Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, set. 2009 Biblioteca Digital Fórum de Direito Público Cópia da versão digital Contratação Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, set. 2009. Disponível em:<<http://www.bidforum.com.br/PDILogin.aspx?key1=&key2=&key3=>> . Acesso em: 12maio 2016.

Roberto C. F. Magalhães
Procurador Geral
Página 05

racionalidade das ações pautem conduta do bom gestor público.”

No caso, a justificativa, ainda que sucinta, consta do Termo de Referência nº 0033/2019 (fls. 187/189). Resta legitimada, portanto, a ainda que pequena dose de subjetividade do gestor público.

Importante ainda lembrar que outros órgãos públicos, como TCU, TCE/MT, Procuradoria Geral de Justiça de MT, Comando Militar do Oeste, Hospital das Forças Armadas, STF, Universidade Federal do RS, entre outros, igualmente, celebraram contratos com o sistema BANCO DE PREÇOS de forma direta, por inexigibilidade de licitação.

Quanto à justificativa de preço, é mister analisar-se a razoabilidade do preço a ser desembolsado pela concessionária, levando-se em consideração a atividade anterior e futura do próprio particular. Em outras palavras, o contrato com a Administração deve possuir condições econômicas similares com as atividades particulares executadas pelo futuro contratado.

Sobre esse ponto, interessante observar o que prescreve a Orientação Normativa nº 17 da Advocacia Geral da União (AGU):

“Orientação Normativa 17 AGU: “A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com outros preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos”.

Na mesma linha o TCE-MT:

Resolução de Consulta nº 41/2010 (DOE, 07/06/2010). Licitação. Dispensa e inexigibilidade. Necessidade de justificação do preço contratado. Formas de balizamento de



preços. (...) O balizamento deve ser efetuado pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, no mercado, no fixado por órgão oficial competente, ou, ainda, por aqueles constantes do sistema de registro de preços.”

Esse entendimento é vinculante e visa proteger o patrimônio público e permitem a melhor gestão dos gastos públicos em tempos como o presente, de escassez de recursos públicos.

Assim, deve o órgão competente verificar se o preço a ser pago pela ALMT está nos moldes do preço praticado pelos demais órgãos públicos contratantes, nos termos da Resolução de Consulta nº 41/2010 do TCE-MT, o que consta as fls. 214 dos autos.

Com efeito, observa-se que a autorização da Mesa Diretora consta da fl. 133, com a assinatura do Primeiro Secretário e do Presidente da ALMT, para continuidade da pretensa contratação.

Quanto à hipótese que justifica a inexigibilidade, trata-se do art. 25, I, da Lei nº 8.666/93, que diz que para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes.

Nesse caso, consta dos autos as fls. 198/199 atestado de exclusividade da Associação das Empresas de Tecnologia da Informação, Regional Paraná, certificando ser a empresa em questão a única fornecedora no Brasil do produto Banco de Preços.

Acerca do tema, deve ser observada a súmula do Tribunal de Contas da União:



SÚMULA nº 255

Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

No que tange às habilitações necessárias (art. 27 a 32 da Lei nº 8.666/93), deve a equipe do setor de licitações (ou outro competente) decidir pela habilitação ou inabilitação do futuro contratado, tendo em vista ausência de documentos originais e/ou a presença de documentos com data de validade expirada (fls. 205, 206, 208, 210).

Disponibilidade orçamentária as fls. 228.

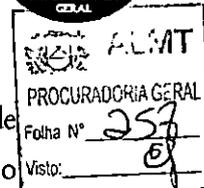
Diante disso, uma vez preenchidos os requisitos da inexigibilidade do art. 25, I, da Lei nº 8.666/93, torna-se plenamente possível a realização de contratação direta com a empresa N P Capacitação e Soluções Tecnológicas Ltda, com as ressalvas ao final apontadas.

2.4 – Da Análise da minuta do contrato e suas cláusulas

Segundo o artigo 55 da Lei de Licitações, que rege as cláusulas necessárias dos contratos administrativos, temos:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

- I - o objeto e seus elementos característicos;
- II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;



IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

O quanto disposto nos incisos I, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, e XII estão devidamente previstos na minuta do contrato de fls. 229/240. O disposto nos incisos X e XI, por sua vez, é inaplicável ao caso.

Assim, resta aprovada a minuta contratual referida, podendo o procedimento de contratação ter seu devido prosseguimento.



III - CONCLUSÃO

Ante ao exposto, **OPINAMOS** pela **POSSIBILIDADE** de contratação direta por inexigibilidade da empresa N P Capacitação e Soluções Tecnológicas Ltda., desde que atendidas as seguintes condições:

- (i) Deve o agente público responsável pela contratação adotar as providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade, nos termos da Súmula 255 do TCU;
- (ii) Seja verificado pelo setor competente os documentos pertinentes à habilitação (certidões), com a decisão acerca da habilitação ou inabilitação do futuro contratado, visto que existem nos autos documentos com data de validade expirada;
- (iii) Seja ratificado o processo de inexigibilidade de licitação pela Mesa diretora da ALMT e providenciada a respectiva publicação no Diário Oficial na forma supracitada.

Ressalto que o parecer se restringiu a analisar o procedimento sob o aspecto jurídico, não adentrando nas questões técnicas e econômicas do objeto, nem nas questões de conveniência e oportunidade da contratação, por escapar da área de atuação da Procuradoria da Assembleia Legislativa.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Cuiabá/MT, 25 de junho de 2019.


Gustavo Roberto Carminatti Coelho
Procurador da Assembleia Legislativa