

82 3027-9743 

qualimaxsi@gmail.com 

Av. Empresário Carlos da Silva Nogueira - Nº10B - Jatiuca 

Qualimax
Produtos, equipamentos, utensílios
e serviços para limpeza

À
PREFEITURA MUNICIPAL ARAPIRACA
COORDENAÇÃO GERAL DE LICITAÇÕES
Pregoeira
Aracelly Soares Pereira de Oliveira

Referência; Impugnação Administrativa, PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 021/2021.

Luiz Felipe Ferreira Cavalcanti EIRELI, inscrita no CNPJ n.º 09.252.587/0001-09, com sede na Rua Empresária Carlos da Silva Nogueira N 10B Jatiuca, neste ato representada pela seu titular, Sr. Luiz Felipe Ferreira Cavalcanti, portador do CPF n.º 095.223.044-50, abaixo assinado, vem respeitosamente, com fulcro no item 7. DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO E DA IMPUGNAÇÃO DO EDITAL, **impugnar os termos do edital**, PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 021/2021 cujo objeto é o Registro de preços para futura e eventual contratação de empresa especializada na terceirização de execução de prestação de serviços, visando suprir as necessidades das Secretarias e seus respectivos Órgãos, conforme especificações contidas neste Termo de Referência, sob o regime de empreitada para execução de tarefas certas e determinadas, com cronograma, prazos e quantidades de pessoal previamente aprovados pelo Município de acordo com as necessidades da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL, Destinados aos programas, serviços e órgãos das Secretarias desta municipalidade e seus respectivos órgãos, pelos argumentos adiante expostos, com base na Lei Federal n.º 10.520/2002 e, subsidiariamente na Lei Federal n.º 8.666/93 e suas atualizações.

I – DA TEMPESTIVIDADE

Prevê o instrumento convocatório, no item 7.3, que até 03 (três) dias antes da sessão de abertura do certame qualquer pessoa pode impugnar aos termos do edital, entendemos como tempestiva em virtude da data de abertura do certame está marcada para o dia 14 de julho de 2021.

“7.3. Até o **TERCEIRO DIA ÚTIL ANTERIOR à data designada para a abertura da sessão pública**, qualquer pessoa, física ou jurídica, **poderá IMPUGNAR o ato convocatório deste Pregão**, mediante petição enviada para o e-mail: pregao.arapiraca.al@gmail.com, em horário comercial...” (**grifo nosso**)

Assim, em se tratando da modalidade, PREGÃO, o prazo para resposta aos pedidos de impugnações aos termos do edital será de 02 (dois) dias úteis a partir do protocolo dos mesmos, conforme itens 7.4 e 7.5 do edital de licitação.

Luiz

7.4. O(A) Pregoeiro(a), com apoio da unidade técnica responsável pela elaboração do Termo de Referência e da equipe de apoio, **DECIDIRÁ sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis**, contado da data de recebimento do pedido, cujo julgamento será publicado no Sistema COMPRASNET

7.7. **Acolhida a impugnação contra este Edital e seus anexos**, serão procedidas as alterações e adequações necessárias, bem como **designada nova data para a realização do certame**, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas (**grifo nosso**)

Observe-se que decisão sobre o acolhimento ou não, bem como o julgamento da presente impugnação, tem respaldo legal, assim, caso não haja a devida resposta e encaminhamento da mesma a ora Impugnante, a Administração está incorrendo em ato ilegal e de improbidade administrativa, passível o certame licitatório de ser declarado nulo.

Ademais, o acesso a resposta de interesse particular é garantia constitucional, conforme prevê o artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (grifos nossos)

II – DAS RAZÕES

Trata o presente certame de futura contratação de empresa especializada na terceirização de execução de prestação de serviços, visando suprir as necessidades das Secretarias e seus respectivos Órgãos da Prefeitura Municipal de Arapiraca.

Analisando os termos editalícios, verificamos que as exigências impostas estão eivadas de vícios e ilegalidades, uma vez que não atende as normas legais vigentes, bem como jurisprudência e doutrina que regem a matéria, tornando o certame restritivo e impeditivo.

Vejamos.

II.1. DA DIVISÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO

É de conhecimento notório que as licitações públicas destinam-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, conforme consagrado pela legislação, doutrina e jurisprudência nacional.

É explicitamente expresso na Lei Federal n.º 8.666/93, em especial no seu artigo 3º, a forma e o processamento dos certames licitatórios no âmbito da Administração Pública.

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os

Luiz

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.”
(grifo nosso)

Dentro dessa premissa, os editais de licitação devem primar pela seleção da proposta mais vantajosa, entendida aquela que apresenta a MELHOR oferta. Melhor, no sentido de conjugar menor preço + qualificação.

Porém, a Administração, ainda, deve aplicar, conjuntamente, o princípio da ampla competitividade, que consiste na possibilidade de um número maior de oferta de pretensos interessados, desde que atendam as exigências licitatórias.

Diante dessa tendência e previsão legal, a Egrégia Corte de Contas da União, após várias decisões e acórdãos, editou a Súmula 247 que determina à Administração Pública a divisão dos certames licitatórios em ITEM.

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade. (grifo nosso)

Portanto, de acordo com a previsão legal e Súmula daquele Tribunal de Contas, os certames licitatórios devem proceder a sua **adjudicação por ITEM**, o que não é observado no edital de PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 021/2021 cujo objeto é contratação de empresa especializada na terceirização de execução de prestação de serviços, visando suprir as necessidades das Secretarias e seus respectivos Órgãos da Prefeitura Municipal de Arapiraca.

O que se observa nos termos do edital que o mesmo terá UM ÚNICO LOTE, perfazendo deste modo, a adjudicação pelo valor GLOBAL dos serviços envolvidos.

A prática nacional é a utilização do tipo MENOR PREÇO POR ITEM, isto porque neste tipo licitatório quer a Administração ampliar a competitividade, e garantir a possibilidade de economia de escala, visto que as licitações que englobem um grande número de itens e quantitativos expressivos garantem ao Poder Público a pretendida economia.

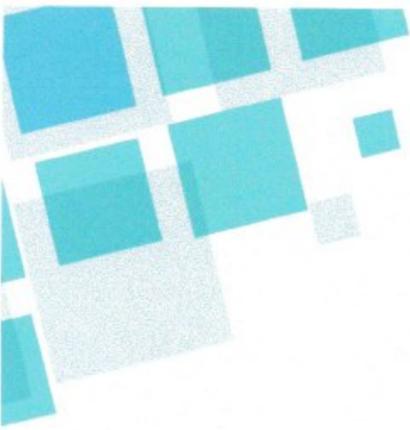
A tendência nacional, bem como a jurisprudência dos Tribunais convergem para o tipo **POR ITEM**, portanto, do modo disposto no edital de licitação PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 021/2021 está comprometendo o princípio da competitividade, bem como afrontando a regra do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, Lei Complementar n.º 123/2006 e suas atualizações.

Vale ressaltar o que diz o Estatuto das Micro e Pequenas Empresa, Lei Complementar n.º 123/2006, em especial, no seu artigo 2º, inciso IV

Art. 2º **Para a ampliação da participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, os órgãos ou as entidades contratantes deverão, sempre que possível:**

I - instituir cadastro próprio, de acesso livre, ou adequar os eventuais cadastros existentes, para identificar as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente, juntamente com suas linhas de fornecimento, de modo a possibilitar a notificação das licitações e facilitar a formação de parcerias e as subcontratações;

Leiz



II - padronizar e divulgar as especificações dos bens, serviços e obras contratados, de modo a orientar as microempresas e empresas de pequeno porte para que adequem os seus processos produtivos;

III - na definição do objeto da contratação, não utilizar especificações que restrinjam, injustificadamente, a participação das microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente;

IV - considerar, na construção de itens, grupos ou lotes da licitação, a oferta local ou regional dos bens e serviços a serem contratados; e

V - disponibilizar informações no sítio eletrônico oficial do órgão ou da entidade contratante sobre regras para participação nas licitações e cadastramento e prazos, regras e condições usuais de pagamento. (**grifo nosso**)

Ademais a previsão de parcelamento do objeto também está descrita na Lei Federal n.º 8.666/93, aplicada subsidiariamente à modalidade Pregão, sendo de bom alvitre a alteração do critério de julgamento para atender as disposições legais vigentes.

Art. 23. ...

...

§ 1º As obras, **serviços** e compras **efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade**, sem perda da economia de escala. (**grifo nosso**)

A previsão em apenas UM ÚNICO lote, frustra o caráter competitivo da licitação, bem como impossibilita a participação de micro e pequenas empresas (ME's e EPP's).

Portanto, a contratação deve ser dividida em contratações menores, de forma a possibilitar maior competitividade e melhor aproveitamento das oportunidades do mercado, decorrendo daí, ao menos presumivelmente, mais vantagem para a Administração. Tal medida está em consonância com o princípio da eficiência, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, uma vez que representa uma economia de recursos para a Administração, evitando a realização de múltiplos certames, restritos, cada um, a um objeto específico.

Vejamos.

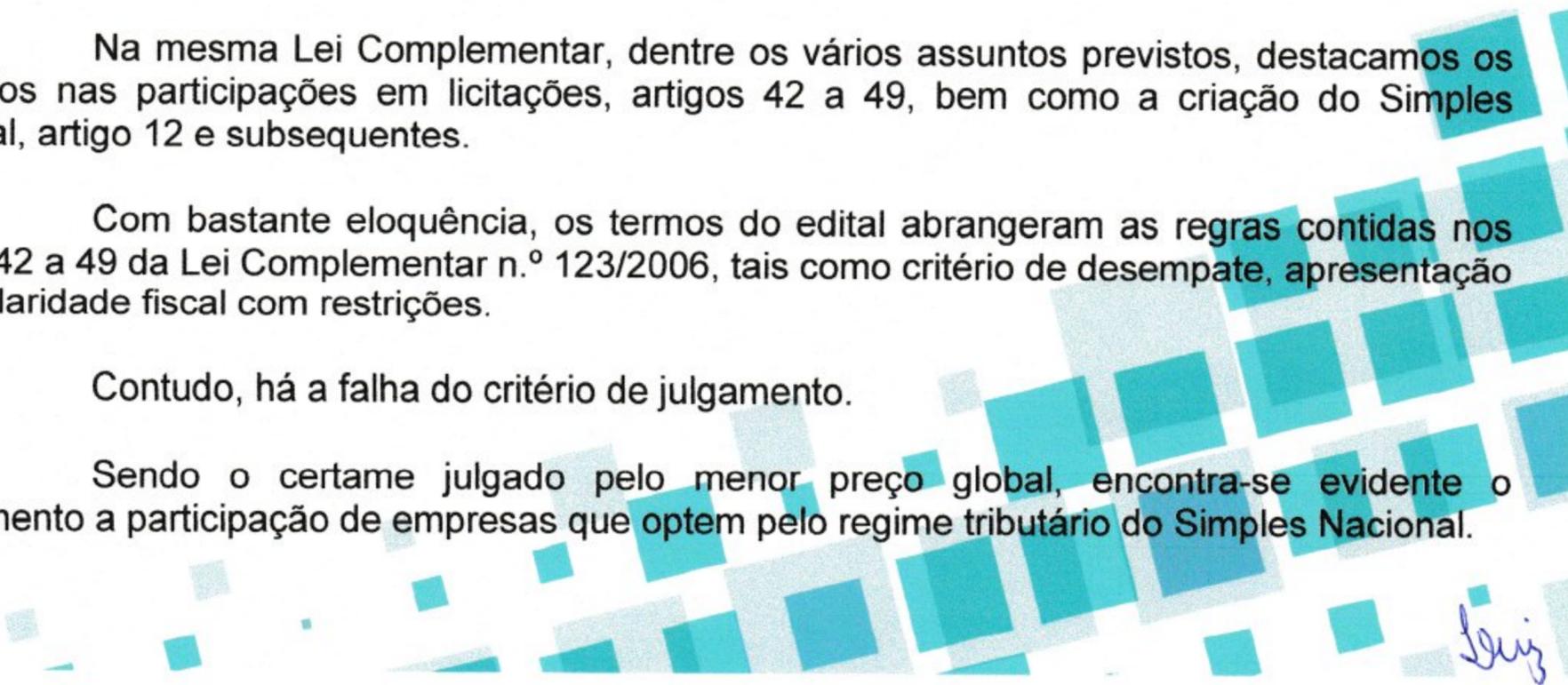
A legislação nacional primou por privilegiar as microempresas e empresas de pequeno porte. Dentre os privilégios dados a estas referidas empresas, encontram-se as disposições da Lei Complementar n.º 123/2006 e suas atualizações, a qual institui o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Na mesma Lei Complementar, dentre os vários assuntos previstos, destacamos os privilégios nas participações em licitações, artigos 42 a 49, bem como a criação do Simples Nacional, artigo 12 e subsequentes.

Com bastante eloquência, os termos do edital abrangeram as regras contidas nos artigos 42 a 49 da Lei Complementar n.º 123/2006, tais como critério de desempate, apresentação de regularidade fiscal com restrições.

Contudo, há a falha do critério de julgamento.

Sendo o certame julgado pelo menor preço global, encontra-se evidente o impedimento a participação de empresas que optem pelo regime tributário do Simples Nacional.



Leiz

Ora, vê-se claramente que o legislador procurou, também nesse ponto, beneficiar e dar tratamento diferenciado as empresas (ME's e EPP's) ainda por sua forma de tributação.

Assim, o edital da forma disposta está restringindo a participação de empresas que optem pelo regime tributário Simples Nacional, ao contratar o serviço globalmente, e não dividi-lo, proporcionando uma maior participação de empresas, bem como beneficiando as empresas que optem pelo regime tributário diferenciado.

De certo que as empresas optantes do Simples Nacional poderiam participar do certame, sagrarem-se vencedoras, e após assinatura do contrato, deixarem a sua condição. Contudo, seria uma praxe suicida. Explicitamos. Ao participar do certame e sagra-se vencedora, a empresa apresentariam os custos, impostos e tributos menores, em virtude da sua condição (optante do Simples Nacional), e após assinatura e execução contratual deixaria a condição e passaria a recolher seus custos, impostos e tributos no regime normal de tributação onerando o contrato, o que não seria suportado, já que por previsão legal, editalícia e jurisprudencial, o contrato não poderia ser reajustado, nem poderiam ser alterados os percentuais apresentados originalmente no certame, uma vez que não iria se tratar de fatores imprevisíveis, nem do príncipe, ambos abarcados pela legislação.

Portanto, do modo como disposto, o critério de julgamento adotado está restringindo e frustrando o caráter competitivo do certame, sendo o mesmo disposição ilegal, que deve ser reparado, nos termos do inciso I, § 3º do artigo 3º da Lei Federal n.º 8.666/93:

Art. 3º

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, **incluir** ou tolerar, **nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo** e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; (**grifo nosso**)

É bem de se notar que a referida providência revela a intenção de atender ao festejado princípio constitucional da eficiência, resumido na otimização das atividades e recursos públicos disponíveis, e que, no dizer de Fernanda Marinela¹, constitui seu núcleo "*a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional*".

II.2. DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE – COTA RESERVADA

A legislação nacional primou por privilegiar as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme dito antes, conforme as disposições da Lei Complementar n.º 123/2006 e suas atualizações, a qual institui o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Podemos citar aqui: regularidade fiscal restritiva, empate ficto, licitações exclusivas, subcontratação e cota reservada. De certo que, o edital do PREGÃO ELETRÔNICO SRP N.º 021/2021, atende, parcialmente, as exigências legais descritas na Lei Complementar n.º 123/2006 e suas atualizações. Há previsão do empate ficto, regularidade restritiva, porém, a **cota reservada, que é uma obrigatoriedade**, não encontra-se prevista no referido edital.

¹ *Apud.* CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006. p. 23.

Luiz

Tal regra tem por objetivo o de permitir a ampliação do universo de competidores, através do parcelamento do objeto, criando em favor das microempresas e empresas de pequeno porte um acesso mais constante às licitações públicas, nem sempre admitido em função de exigências de habilitação e em decorrência dos grandes quantitativos pretendidos. Como encontra-se figurado no edital do Pregão Presencial n.º 09/2017, uma vez que a adjudicação do certame é global, encontra-se restringindo e impedindo a participação e acesso ao mercado daqueles pequenos empreendedores.

A divisão de cota deve estar prevista sempre que o objeto da licitação versar sobre objeto de natureza divisível, mais uma vez trata-se de um ato vinculado não sendo, portanto, uma faculdade da Administração prevê-la ou não. Neste contexto o legislador buscou reservar uma parte do objeto licitado às MPEs, de forma sintética divide a licitação em duas cotas a “principal”, que corresponde até 75%, e uma cota “exclusiva” de até 25% do objeto para que seja disputado exclusivamente por MPEs.

Veja o que preconizou o inciso III do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123/06:

“III – deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.”

Portanto, ao analisar a regra do inciso III do artigo 48 acima, concluímos que o legislador impôs à Administração Pública, ao se deparar com a necessidade de contratação de fornecimento de produtos ou execução de serviços que se apresentem como “*de natureza divisível*”, a obrigação de dividir a dita contratação, promovendo uma licitação exclusivamente para ME’s ou EPP’s daquela parcela correspondente a **25%** (vinte e cinco por cento) do todo que se pretende seja fornecido ou executado.

Assim, o cerne central do inciso II do artigo 48 é: em se configurando a “*natureza divisível*” do pretendido objeto, por óbvio, deverá ser realizada licitação exclusiva para ME’s ou EPP’s.

Natureza divisível é aquele objeto que pode ser adquirido/contratado separadamente (licitação por item/lote) sem que isso afete o resultado ou a qualidade final do produto ou serviço.

A justificativa de celeridade do procedimento não se sobrepõe ao princípio da economicidade, isonomia e interesse público, portanto, não pode ser admitida a justificativa de rapidez do processo. Só é admitida a reunião de itens em um mesmo lote (mesmo que o objeto seja de natureza divisível), quando tal procedimento não afetar a competitividade ou não prejudicar a obtenção da proposta mais vantajosa. O que não é o caso do PREGÃO ELETRÔNICO SRP N° 021/2021, uma vez que está IMPEDINDO e RESTRINGINDO a competitividade e, por via de consequência, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Sim, pois se a presente licitação, PREGÃO ELETRÔNICO SRP N° 021/2021, for separada em itens, com condições jurídicas, fiscais, técnicas e econômico-financeiras para participação de ME’s e EPP’s, com absoluta certeza, está favorecendo e fomentando a aplicabilidade da Lei Complementar n.º 123/2006.

Deste modo será fundamental que o edital, PREGÃO ELETRÔNICO SRP N° 021/2021, preconize regras distintas para cada cota possibilitando tratamento diferenciado às MPEs e compatibilizando exigências de qualificação técnica e econômico-financeira proporcionais para cada cota.

Luiz

Cumpra excluir que o fato de existir cota exclusiva para participação de MPes não afasta a possibilidade de participação na cota principal, ou seja há a faculdade das MPes participarem de ambas as cotas e sagrar-se vencedora de ambas desde que observadas as peculiaridades e exigências de cada uma delas.

A regra disposta no artigo 48, inciso III só pode ser aplicada se forem constatados os seguintes requisitos: (a) valor do objeto superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (b) 25% (vinte e cinco por cento) e (c) *natureza divisível* do objeto pretendido pela Administração Pública. Observamos que esses três requisitos estão presentes, CLARAMENTE, no objeto do PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 021/2021, portanto, obrigatória a sua aplicação.

Ademais, deve-se levar em conta o teto legal para que a cota reservada seja aplicada. Assim, deve a Administração observar o que prevê o inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006.

No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região reconheceu a legalidade da conduta administrativa que, em licitação na modalidade pregão eletrônico, contemplou a participação exclusiva de microempresas na competição por itens, desde que observado o teto legal, conforme acórdão a seguir ementado:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO TIPO MENOR PREÇO POR ITEM. EXISTÊNCIA DE VÁRIAS FAIXA DE CONCORRÊNCIA INDEPENDENTES E AUTÔNOMAS ENTRE SI. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E SOCIEDADES COOPERATIVAS. VALOR DE CADA ITEM NÃO EXCEDE O TETO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Agravo de instrumento desafiado contra decisão que determinou a participação da parte agravada na licitação atinente ao [Processo](#) Administrativo nº 63064.000019/2009-89 - Edital de Licitação nº 04/2009, modalidade Pregão Eletrônico - salvo se por outro motivo deva ser excluída ou desqualificada.

2. Licitação do tipo "MENOR PREÇO POR ITEM" na qual - embora seu valor global (R\$ 1.002.487,54) exceda o limite previsto na Lei Complementar nº 123/06 (R\$ 80.000,00) para ser assegurada a participação exclusiva das microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas - observa-se que foram estabelecidas várias faixas de concorrência autônomas entre si, sendo, assim, cada item cotado substancialmente independente dos demais.

3. Existência de várias licitações distintas e independentes entre si, cujo valor não excede o teto previsto na Lei Complementar nº 123/06, o que é corroborado, para exemplificar, pelo disposto no item 20.1, segundo o qual "cada contrato firmado com a fornecedora terá vigência pelo prazo de 15 (quinze) dias, a partir da retirada da Nota de Empenho, nos termos do art. 57, da Lei nº 8.666/93".

4. Inobstante na hipótese em apreço exista uma limitação à livre concorrência, **prestigia-se o preceito constitucional insculpido no art. 170, IX, que assegura "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País", as quais, sem essa garantia, não teriam oportunidade de contratar com a Administração Pública.**

5. Agravo de instrumento provido." ² (grifo nosso)

II.3 – DA PLANILHA DE FORMAÇÃO DE CUSTOS

² Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Segunda Turma. Agravo de Instrumento nº 104017 (0000319-40.2010.4.05.0000). Relator Desembargador Federal Francisco Wildo. Diário da Justiça Eletrônico TRF5, Poder Judiciário, Recife, PE, 13 mai. 2010, p. 677

O edital, nem seus anexos, trazem o modelo da planilha de formação de custos e formação de preços, contudo, entendemos que o edital deve prever a referida planilha, uma vez que a Administração saberá com verdadeira precisão quais os custos envolvidos nas categorias a serem futuramente contratadas.

A planilha de formação de custos e preços é de suma importância objetivando verificar os reais custos envolvidos na execução dos serviços, e uma segurança para a Administração Pública para não ser alvo de “empresas” aventureiras, as quais apresentam preços inexequíveis apenas para ganhar mais um contrato, e posteriormente, solicitar reequilíbrio contratual.

Ademais, o § 2º, inciso II do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/93 define que nenhum certame licitatório pode ser aberto sem que haja definição dos custos unitários dos serviços, sendo aplicável a esta licitação, Pregão Presencial n.º 09/2017.

Vejamos.

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:
I - ...;
II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

A lei é clara. Planilha de formação de custos e preços é essencial para que os serviços, de qualquer natureza, possam ser licitados. Outrossim, também foi recomendação do Tribunal de Contas da União, TCU, a sua elaboração (Acórdão n.º 447/2003 – 1ª Câmara, Processo 008.814/2000-6).

“...somente poderá licitar obras e serviços quando existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários. Além disso, essas planilhas devem, de igual modo, ser exigidas das licitantes.” (grifo nosso)

Podemos ver, ainda, através do Acórdão n.º 1.705/2003 – Plenário, Processo n.º 004.225/2002-5, que a planilha é essencial, ainda, para os futuros reequilíbrios contratuais a serem deferidos ou não pela Administração.

“...nos processos de licitação de obras e serviços, faça constar orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, inclusive das propostas com o objetivo de reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, conforme prescrito no art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei n.º 8.666/93, exigindo, ainda, dos participantes, demonstrativos que detalhem os seus preços e custos.”

Ademais, em outros julgados do TCU, o mesmo já recomendou e decidiu que é irregularidade editais que não contenham a referida planilha, como pode ser verificado no Acórdão n.º 139/1995 – Plenário, Processo n.º TC-400.038/95-1.

Portanto, a ausência da planilha de formação de custos e preços é um vício que deve ser reparado sob pena de nulidade do procedimento licitatório.

II.4 – DA FORMAÇÃO DO SALÁRIO-BASE DA CATEGORIA

ferij

O edital em seu Anexo I – Termo de Referência descreve as atividades a serem desenvolvidas, a carga horária e a jornada de trabalho, o local de prestação de serviços.

Contudo, aquele mesmo Anexo I, assim como todo o edital, não descreve a qual Sindicato as empresas interessadas devem tomar por base para a formação de custos e de preço. Esse item é de essencial importância para a formulação do preço, objetivando não haver disparidades entre as propostas comerciais das licitantes participantes, bem como nas previsões e demais vantagens convencionadas, tais como: vale/ticket alimentação, porcentagem de hora extra, auxílio creche, PAF, entre outros.

Pelo exposto acima, deve o edital prevê a qual Convenção Coletiva de Trabalho deve ser vinculada a licitação que se pretende realizar, posto que serão SEIS categorias de profissionais envolvidos na execução dos serviços, que devem ser devidamente mensuradas na planilha de formação de custos e preços, para que as licitantes interessadas possam auferir o valor da HORA a ser precificada quando da apresentação da proposta de preços.

III – DA FUNDAMENTAÇÃO

A lei geral que regulamenta a licitação e contratação pública define, de modo imperioso, quais as regras legais para que sejam realizadas as contratações públicas, sejam elas precedidas ou não de licitação.

Define, ainda, os princípios aos quais estão submetidos todos os atores envolvidos no processo contratual. Tais princípios estão dispostos no artigo 3º da lei Federal n.º 8.666/93.

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**. [\(Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010\)](#) (grifo nosso)

Diante dessa premissa, o legislador brasileiro ainda previu as proibições aos agentes públicos quanto as regras a serem definidas e impostas aos particulares que desejem contratar com a Administração. Tal preceito encontra-se no § 1º desse mesmo artigo

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, **prever**, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, **restringam ou frustrem o seu caráter competitivo** e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes **ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;**” (grifo nosso)

Assim, não é dado aos agentes públicos, aplicadores das regras de Direito, o poder de impor regras que frustrem o caráter competitivo da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Alia-se, por outro lado o entendimento da Egrégia Corte de Contas da União, com relação as disposições do § 1º do artigo 3º da Lei Federal n.º 8.666/93.³

³ Ver ainda Acórdão 874/2007 - 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União

Obviamente, as condições e exigências pré-fixadas basearam-se na discricionariedade do Administrador⁴, conforme o ilustríssimo doutrinador, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes descreve:

“Na aplicação da norma, as exigências de habilitação variam de licitação para licitação, de objeto para objeto, segundo o prudente arbítrio do gestor público e a parcimônia com que se afasta do princípio da isonomia, alicerce fundamental de qualquer licitação”⁵

Contudo, tais exigências não podem, e não devem, restringir o caráter competitivo das licitações, de acordo com a lei geral de licitações, em seu artigo 3º já acima descrito.

O TCU já recomendou, conforme disposições da lei, que o edital não pode prever cláusulas prejudiciais à obtenção de proposta vantajosa:

“TCU determinou: Se abstenha de incluir, em seus editais de licitação, cláusulas que contenham critérios que sejam restritivos e prejudiciais à seleção da proposta mais vantajosa, tais como:

Previsão de desclassificação das propostas que não obtenham pontuações mínimas relacionada à capacitação da empresa, constituindo-se, indiretamente, em exigência de quantidades mínimas proibida pelo art. 30, 1º, I, da lei 8.666/93.

TCU. Processo nº. TC-013.713/2004-7. Acórdão nº. 522/2005 – 2ª Câmara”⁶

Obviamente que a Administração deve se resguardar ao contratar com o particular. Contudo, não pode extrapolar os limites impostos por lei. Com essa preocupação, o legislador procurou definir esses limites, no intuito de não incorrer em ofensa ao princípio constitucional da isonomia.

Por outro lado, mais especificamente quanto aos itens II.3 e II.4 desta peça, acaso a Administração permita a continuidade de tais omissões, poderá responder solidariamente numa possível demanda trabalhista, uma vez que em relações trabalhistas, a Administração responde solidariamente pelas falhas nos pagamentos dos direitos dos trabalhadores.

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

⁴ A jurisprudência do STJ entende que a autoridade administrativa dispõe de certa margem de discricionariedade, e ao fixar requisitos de capacidade técnica e financeira depende do futuro objeto a ser contratado. RESP nº. 474.781/DF. Relator Ministro Franciulli Netto.

⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico. 2ª edição revista e ampliada. Editora Fórum, 2007, p. 521

⁶ Idem, p. 567

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. **(grifos do original)**

Tendo em vista que os argumentos acima expostos influenciarão no preço final, e consequentemente na proposta de preços, deve a sessão ser adiada e marcada uma nova, nos mesmos moldes de sua primeira convocação, em atendimento ao §4º do artigo 21 da Lei Federal n.º 8.666/93:

“Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais

§ 4º **Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original**, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.” **(grifos nossos)**

IV – DO PEDIDO

Ex positis, vem respeitosamente solicitar que seja reconhecido e acolhido os termos desta peça impugnante conforme legislação, Lei Federal n.º 10.520/2002 e subsidiariamente pela Lei Federal n.º 8.666/93, designando nova data de abertura do certame, tendo em vista os vícios antes apontados, todos passíveis de saneamento objetivando se adequar as normas licitatórias vigentes e legislação específica, em estrita observância aos princípios regedores da Administração Pública, em especial, o da isonomia, legalidade, moralidade, consagrados pela jurisprudência e doutrina nacionais, reabrindo-se o prazo de abertura da sessão pública, nos termos do §4º do artigo 21 da Lei Federal n.º 8.666/93.

No aguardo do deferimento.

Maceió, 09 de julho de 2021.


Luiz Ferreira Cavalcanti
Titular

LUIZ FELIPE FERREIRA CAVALCANTI EIRELI
CNPJ nº 09.252.587/0001-09



Arapiraca, 12 de julho de 2021

À Empresa

Luiz Felipe Ferreira Cavalcanti EIRELI - CNPJ sob nº 09.252.587/0001-09

Objeto: Resposta acerca de PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO.

Subsidiados no Despacho da Secretaria de Gestão Pública, acerca de PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO IMPETRADO PELA EMPRESA **Luiz Felipe Ferreira Cavalcanti EIRELI**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº **09.252.587/0001-09**, referente ao Processo n.º 6767/2021, na modalidade Pregão, na forma Eletrônica N.º 021/2021, objetivando a Registro de preços para futura e eventual contratação de empresa especializada na terceirização de execução de prestação de serviços, visando suprir as necessidades das Secretarias e seus respectivos Órgãos, conforme especificações contidas no Termo de Referência, sob o regime de empreitada para execução de tarefas certas e determinadas, com cronograma, prazos e quantidades de pessoal previamente aprovados pelo Município de acordo com as necessidades da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL, Destinados aos programas, serviços e órgãos das Secretarias desta municipalidade e seus respectivos órgãos, **esta Pregoeira e Equipe de apoio decide pelo não acolhimento do Pedido, mantendo os termos do Edital.**

Abaixo, transcrevemos o Despacho da Secretaria de Gestão Pública que se encontra também na íntegra no site da Prefeitura (<https://transparencia.arapiraca.al.gov.br/licitacao>)

Chega em nossas mãos, através da Coordenadoria Geral de Licitações, Impugnação ao Edital do PE 021/2021, impetrado pela Empresa LUIZ FELIPE FERREIRA CAVALCANTI EIRELI.

Objetivando contribuir com a Comissão de Licitação, pertinente ao julgamento da referida Impugnação, temos a informar quanto ao alegado pela Impugnante:

DA DIVISÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO

Preliminarmente, temos a esclarecer que, quando da elaboração do Termo de Referência, formulado em conjunto com todas as Secretarias municipais da Prefeitura de Arapiraca,



ainda em sua fase interna, portanto anterior à publicação do instrumento, foi prevista a análise de viabilidade da licitação, inclusive no tocante ao formato da licitação, tipo, julgamento e adjudicação.

Sendo assim, após todos os pormenores analisados, à luz da Súmula 247 do TCU e do artigo 23, §1º da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública de Arapiraca concluiu que o critério de julgamento a ser adotado no Pregão Eletrônico em referência poderia ser o de menor preço por lote, tendo se mostrado mais condizente com o objeto a ser licitado, no tocante ao desenvolvimento da execução, proporcionando uma economia de escala.

Outrossim, a Administração Pública apurou em consultas publicadas de outros órgãos que os serviços objeto da licitação são normalmente oferecidos de forma conjunta, sem segmentação. Portanto, licitá-los individualmente traria prejuízos imensuráveis a todo o conjunto.

Ademais, o objeto pretendido, quando executado por vários contratados, poderia não ser integralmente executados, tendo em vista problemas nas relações jurídicas mantidas com diversos fornecedores/prestadores de serviços.

Por fim, quanto à participação em processo licitatório de empresa que utilize o Simples Nacional como tributação, o Tribunal de Contas da União já possui entendimento no sentido de que, uma vez declarada vencedora e estando o serviço licitado dentre as vedações trazidas no artigo 17 da Lei Complementar nº 123/2006, a empresa deverá comunicar à Receita Federal sua nova condição, a saber:

"inexistindo vedação legal, o caminho a ser trilhado por empresa optante pelo Simples Nacional que eventualmente passe a executar serviços para Administração, mas que se enquadre nas hipóteses vedadas pela lei, seria, como sugerido pela unidade técnica, a comunicação, obrigatória, à Receita Federal da situação ensejadora da exclusão do regime diferenciado, sob pena das sanções previstas na legislação tributária" (Acórdão nº 2798/2010-Plenário).

Destarte, cabe a cada interessado analisar a viabilidade de participar de um certame e conseqüentemente alterar seu regime tributário. Tal decisão não pode ser transferida à



Administração Pública sob pretexto de cerceamento de competitividade.

COTA RESERVADA - MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

Alega o Impugnante que a licitação em apreço deveria reservar uma cota de 25% do objeto licitado exclusivamente para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Entretanto, já restou demonstrado que a fragmentação da licitação em itens, não traz qualquer vantagem para a Administração Pública, vez que o fracionamento atingiria a economia de escala, bem como a execução dos serviços, na realidade de mercado se dá conjuntamente, ou ainda levando em conta que a divisão aumentaria o risco de perda da integralidade da oferta dos serviços, em decorrência de problemas na relações jurídicas mantidas com diversos fornecedores.

É mister se atentar que o princípio da supremacia do interesse público deve orientar toda a atuação do Ente Público, aí sendo contemplados os processos licitatórios, de forma que o interesse particular não pode ser invocado para alterar uma licitação em detrimento do bem comum.

DA NECESSIDADE DE PLANILHA DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS:

Quanto a planilha de composição de custos, salvo melhor juízo, não vislumbramos a necessidade de exigência e obrigatoriedade da presença de tal documento nas licitações públicas.

A regra geral apenas impõe à Administração o dever de detalhar, com o maior grau possível, a composição dos serviços que contratará junto a particulares. Essa regra, todavia, não pode ser vista de forma absoluta, mas conforme regras e preceitos que regulamentam o mercado.

Portanto, a exigibilidade de planilha detalhada de custos é imposta apenas para a formação de preços que em razão da forma como são disponibilizados no mercado e das particularidades da demanda, permitem a decomposição objetiva das despesas inerentes à sua execução. Não é o caso do objeto da presente licitação que amplia a possibilidade de competição para espécies diversas de pessoas jurídicas sob as quais incidem impostos, custos e lucro em porcentagens diferentes.



Entendemos que poderia haver a limitação de participantes com o seguimento de um modelo único para composição de custos, pois não contemplaria a diversidade das espécies de licitantes. Ademais, vislumbramos que o edital traz todas as exigências e indicações necessárias a elaboração das propostas.

DA FORMAÇÃO DO SALÁRIO BASE

Assim determina o TCU que em seu Acórdão nº 2.601/20: "*é irregular a exigência de que as propostas indiquem os sindicatos, acordos coletivos, convenções coletivas ou sentenças normativas que regem as categorias profissionais que executarão o serviço, em vez de considerar o enquadramento pela atividade econômica preponderante do empregador*".

Além disso, ao se elaborar o Termo de Referência ou até o Edital a Administração Pública Municipal não pode ter certeza da norma coletiva de trabalho que incidirá sobre o contrato a ser firmado, pois a tal indicação somente seria absoluta com a definição da empresa vencedora do certame e a identificação de sua atividade econômica preponderante.

Portanto, é indevida a imposição pela Municipalidade da adoção de determinada norma coletiva de trabalho, tendo em vista tal definição - de acordo com a jurisprudência do TST - estar atrelada a atividade preponderante da empresa.

Esse é o nosso entendimento, salvo melhor juízo, cabendo a Comissão de Licitação julgar procedente ou improcedente as alegações constantes da peça impugnatória.

Deste modo, são prestados os devidos esclarecimentos, que, por conseguinte, não vem a promover as devidas alterações no ato convocatório, mantendo-se a data inicialmente fixada para realização desta licitação, uma vez que tais alterações não comprometem a formulação das propostas de preço

Atenciosamente,

Aracelly Soares Pereira de Oliveira
Departamento de Pregões/CGL
Pregoeira