

PROCURADORIA JURÍDICA**Parecer nº 364/2018**

Vieram os autos para análise da minuta do Edital de licitação nº 212/2018, na modalidade Pregão presencial, pelo critério de menor preço por item, objetivando a contratação de empresa para prestação de serviços, consistentes na instalação e fornecimento de links de conexão à internet, destinados a atender as necessidades das Secretarias, Unidades Básicas de Saúde e escolas do Município.

Da análise das minutas analisadas, entendo necessários os seguintes apontamentos e orientações:

1. Preliminarmente

Embora não caiba a esta Procuradoria Jurídica a função de descrição e delimitação do objeto, da análise da solicitação de licitação encartada às fls. 02/09, verifico que será possível a prorrogação contratual (renovação). Diante disso, entendo que será necessária a remessa do feito à área técnica, a fim de que promova a readequação do objeto de forma a constar de maneira separada os valores referentes aos serviços e materiais necessários à instalação dos links. Isso porque, em caso de prorrogação do ajuste, não será necessária uma nova instalação, e, assim, a Contratada obterá vantagem indevida na percepção de tais valores.

Insta perfilar que a necessidade de que na contratação dos serviços sejam apresentadas as planilhas de composição de custos unitários, está expressamente prevista no artigo 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/93¹.

¹ 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:

(...)

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

(...)"

Ainda, será necessária a reelaboração dos orçamentos que instruíram a pesquisa mercadológica anexada aos autos, com indicação dos preços relativos à instalação e à prestação dos serviços mensais.

Por fim, após a manifestação da área técnica e repetição da pesquisa mercadológica, a minuta do edital e seus anexos deverão ser inteiramente revistas e readequadas, no que for cabível.

2. Minutas

a) Antes de dar seguimento ao feito, o Pregoeiro e sua Equipe de Apoio devem rubricar a minuta do instrumento convocatório e seus anexos (artigo 40, § 1º, da Lei 8.666/93).

b) No subitem 2.2, substituir a palavra "*Considera-se*" pela palavra "*Consideram-se*". No restante, manter a redação original.

c) No subitem 4.1, excluir o seguinte texto: "*para futura e eventual*". No restante, manter a redação original.

d) No subitem 4.8, substituir a palavra "*substituição*" pela palavra "*refazimento*". No restante, manter a redação original.

e) No item 4 incluir as seguintes disposições:

"4.9 – A prestação dos serviços deverá ser realizada com pessoal qualificado, devidamente habilitado para tanto, mediante emprego das técnicas apropriadas.

4.10 – A empresa deverá disponibilizar equipe técnica em quantidades suficientes, considerando a possibilidade de prestação de serviços, empregando

² "Art. 40. (...)

§ 1º O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados."

os profissionais com perfis considerados necessários pelo Município, garantindo a execução dos serviços sem interrupção.

4.11 – A Contratada deverá assumir total responsabilidade por qualquer dano pessoal ou objeto causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo, quando da execução dos serviços.

4.12 – A Contratada obrigar-se-á a refazer e/ou corrigir, os serviços executados com defeitos, falhas ou em desacordo com a solicitação da Administração, no prazo máximo de 4 (quatro) horas, contadas da notificação, sem qualquer ônus adicional ao Município.

4.13 – A Contratada não poderá transferir a outrem, total ou parcialmente, as responsabilidades a que está obrigada em decorrência dessa licitação, nem subcontratar, sem prévio assentimento do Contratante.”

f) No subitem 5.2, substituir o ponto final constante após a expressão “assinatura do contrato” por uma vírgula e iniciar a palavra “Podendo” com letra minúscula.

g) No subitem 7.2.4, excluir o texto que segue: “de cotação de quantidade”.

h) Também no subitem 7.2.4, substituir a palavra “produto” pela palavra “serviço”.

i) Considerando que não será admitido reajustamento dos preços contratados, a teor da orientação constante na solicitação de licitação encartada às fls. 02/09, orienta-se que as propostas apresentadas pelas licitantes possuam validade durante todo o período de vigência do contrato a ser pactuado, alterando-se, assim, o prazo do subitem 7.3 para 12 (doze) meses.

j) No item 7, que trata das propostas de preços, incluir disposição com o texto que adiante segue: “Na elaboração de sua proposta a licitante deverá considerar os riscos normais inerentes à álea ordinária de sua atividade, uma

vez que sobre os preços do objeto não incidirá qualquer espécie de reajuste, salvo na hipótese, devidamente comprovada, de ocorrência da situação prevista na alínea "d" do inciso II do art. 65 da Lei 8.666/93".

k) No item 7, que trata das propostas de preços, incluir disposição com o texto que adiante segue: "Na elaboração de sua proposta, a licitante deverá considerar o fato que o preço registrado inclui, não só a prestação dos serviços, mas também todas as despesas relativas à sua execução (mão de obra, materiais, impostos, tributos e taxas de qualquer natureza, seguros, fretes, carregamento e descarregamento, entrega, combustíveis, todos os encargos trabalhistas e sociais, etc.), sendo presumível que os custos para prestação dos serviços não se manterão fixos durante toda a vigência do contrato, o que deve ser previsto e considerado no preço proposto, uma vez que não será admitido reajustamento de preços com fundamento na alegação de variação ordinária e previsível dos custos envolvendo a execução do objeto".

l) Alterar a redação do subitem 8.4.1 conforme segue: "Apresentação de, no mínimo, um Atestado de Capacidade Técnica (ou Declaração) fornecido por entidade da Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal ou por empresa privada, comprovando a prestação satisfatória de serviços semelhantes aos licitados neste Pregão, e, demonstrando a aptidão para o desempenho de atividade compatível e pertinente com o objeto da presente licitação. O Atestado ou Declaração deverá conter a descrição dos serviços prestados pela licitante, dados do responsável pela emissão e telefone de contato".

m) Considerando que segundo orientações doutrinárias e jurisprudenciais, as exigências acerca de pessoal qualificado devem reputar-se atendidas mediante mera declaração de disponibilidade apresentada pelo licitante³, orienta-se pela alteração do texto do subitem 8.4.2, conforme segue:

³ Nesta vertente, as lições de Marçal Justen Filho³:

"A Lei exigiu que o profissional integre os 'quadros permanentes', expressão que não foi objeto de definição. Deve reputar-se que o quadro permanente de uma empresa consiste no conjunto de pessoas

vinculadas a ela com cunho de permanência, sem natureza eventual ou precária. Tem-se entendido que isso se passa nos casos de vínculos trabalhista ou societário. O profissional que é empregado de uma empresa faz parte de seu quadro permanente. O mesmo se põe relativamente aos sócios. Um prestador de serviços, sem vínculo empregatício, preencheria os requisitos legais? Na praxe da atividade administrativa, tem-se rejeitado a hipótese, mas parece que o tema comporta maior aprofundamento. Suponha-se um arquiteto de enorme renome e grande reputação, que se dispõe a prestar seus serviços de consultoria a uma empresa de engenharia. Tendo assumido deveres de desempenhar suas atividades de molde a assegurar a execução satisfatória do objeto licitado, seria correto entender que os requisitos de qualificação técnica profissional foram atendidos? Responde-se de modo positivo. A autonomia no exercício da profissão descaracteriza o vínculo empregatício mas não afasta a qualificação do sujeito como integrante do quadro permanente. O sujeito não compõe o quadro permanente quando não estiver disponível para prestar seus serviços de modo permanente, durante a execução do objeto licitado.

Não é possível, enfim, transformar a exigência de qualificação técnica profissional em uma oportunidade para garantir 'emprego' para certos profissionais. Não se pode conceber que as empresas sejam obrigadas a contratar, sob vínculo empregatício, alguns profissionais apenas para participar da licitação. A interpretação ampliada e rigorosa da exigência do vínculo trabalhista se configura como uma modalidade de distorção: o fundamental, para a Administração Pública, é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus trabalhos por ocasião da execução do futuro contrato. É inútil, para ela, que os licitantes mantenham profissionais de alta qualificação empregados apenas para participar da licitação. É suficiente, então, a existência de contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum.

Aliás, essa é a interpretação que se extrai do próprio art. 30, quando estabelece que as exigências acerca de pessoal qualificado devem reputar-se atendidas mediante mera declaração de disponibilidade apresentada pelo licitante. Como justificar entendimento diverso a propósito dos profissionais de maior experiência? Não se afigura existente alguma resposta satisfatória para tal indagação."

Ainda nesse sentido, o entendimento do Tribunal de Contas da União, senão vejamos:

"Pregão para contratação de serviços: 2 - Qualificação técnico-profissional e conceito de "quadro permanente", previsto no art. 30, § 1º, I, da Lei n.º 8.666/93.

Outra possível irregularidade suscitada pela representante envolvia a exigência editalícia de que "A licitante vencedora comprovará possuir em seu quadro permanente na data prevista para a entrega dos documentos, profissional(is) de nível superior devidamente reconhecido(s) pela entidade competente (CRA), detentor(es) de atestado(s) ou certidão(ões) de Acervo Técnico, devidamente registrado(s) no CRA da região onde os serviços foram executados (...)" . Sobre o tema lembrou o relator o conteúdo do subitem 9.2.2.3 do Acórdão n.º 727/2009, por meio do qual o Plenário determinou ao Secretário-Executivo do Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior que, nos futuros procedimentos licitatórios realizados pelo órgão, "abstenha-se de exigir do licitante a comprovação de possuir no quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional habilitado detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes ao do objeto a ser licitado, admitindo a possibilidade de comprovação do vínculo do responsável técnico também por meio de contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum".

Segundo a unidade técnica que atuou no feito, "tal exigência impõe um ônus desnecessário às empresas, na medida em que seriam obrigadas a manter entre seus empregados um número muito maior de profissionais ociosos, sob pena de inabilitação". Acompanhando proposição do relator, deliberou a Segunda Câmara no sentido de expedir determinação corretiva à Fiocruz em relação aos futuros procedimentos licitatórios realizados pela entidade. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 1547/2008 e 727/2009, ambos do Plenário."

(TCU, Acórdão nº 434/2010, 2ª Câmara, TC-007.521/2009-3, Rel. Min. Aroldo Cedraz, 09/02/2010)

“Declaração Formal de Disponibilidade de equipe técnica, ferramentas, instalações, equipamentos e demais materiais necessários para execução dos serviços licitados”.

n) Considerando a motivação exposta na alínea anterior deste parecer, e, sendo acatada a modificação assinalada, orienta-se pela exclusão integral das disposições contidas nos subitens 8.4.3, 8.4.4 e 8.4.5.

o) Nos subitens 9.14, 9.18 e 9.20, substituir a palavra *“equipamento”* pela palavra *“objeto”*.

p) Alterar a redação do subitem 11.1 conforme segue: *“O pagamento será efetuado de forma parcelada, mensalmente, até o 10º dia útil de cada mês subsequente ao vencido, mediante emissão de nota fiscal pela Contratada, devidamente atestada pela Secretaria solicitante dos serviços, através de depósito ou transferência em conta bancária de titularidade da Contratada junto ao Banco do Brasil e/ou Caixa Econômica Federal”.*

q) Incluir subitem 11.1.1 com a seguinte redação: *“Só serão pagos os serviços efetivamente prestados pela Contratada”.*

r) Considerando que não será admitido reajustamento dos preços contratados, a teor da orientação constante na solicitação de licitação encartada às fls. 02/09, orienta-se exclusão integral do subitem 11.3. Atentar para necessidade de renumeração dos subitens subsequentes.

s) No subitem 11.4.2, substituir a expressão *“desta Lei”* pelo texto que adiante segue: *“da Lei nº 8.666/93”.*

3. Anexos

a) Considerando que não será admitido reajustamento dos preços contratados, a teor da orientação constante na solicitação de licitação encartada às fls. 02/09, orienta-se que as propostas apresentadas pelas

licitantes possuam validade durante todo o período de vigência do contrato a ser pactuado, alterando-se, assim, o prazo do subitem 2.3 do anexo I para 12 (doze) meses.

b) Substituir a redação do subitem 3.4 do anexo I pela que segue: “Na elaboração de sua proposta a licitante deverá considerar os riscos normais inerentes à álea ordinária de sua atividade, uma vez que sobre os preços do objeto não incidirá qualquer espécie de reajuste, salvo na hipótese, devidamente comprovada, de ocorrência da situação prevista na alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei 8.666/93”.

c) Excluir integralmente o subitem 3.5 do anexo I, uma vez que o prazo de validade das propostas já foi inserido no subitem 2.3 do mesmo anexo.

d) Logo após a tabela descritiva do objeto constante na cláusula primeira do anexo VII, incluir as disposições constantes nos subitens 4.4 a 4.5 da minuta do edital.

e) Substituir a redação constante na alínea “c” da cláusula segunda do anexo VII pelo texto que adiante segue: “O pagamento será efetuado de forma parcelada, mensalmente, até o 10º dia útil de cada mês subsequente ao vencido, mediante emissão de nota fiscal pela Contratada, devidamente atestada pela Secretaria solicitante dos serviços, através de depósito ou transferência em conta bancária de titularidade da Contratada junto ao Banco do Brasil e/ou Caixa Econômica Federal”.

f) Na cláusula segunda do anexo VII, incluir alínea “c.1” com a seguinte redação: “Só serão pagos os serviços efetivamente prestados pela Contratada”.

g) Substituir a redação constante na alínea “g” da cláusula segunda do anexo VII pelo texto que adiante segue: “Sobre os preços do objeto não incidirá qualquer espécie de reajuste, salvo na hipótese, devidamente comprovada, de

ocorrência da situação prevista na alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei 8.666/93”.

h) Substituir a redação constante na alínea “e” da cláusula terceira do anexo VII pelo texto que adiante segue: “A Contratada obrigar-se-á a refazer e/ou corrigir, os serviços executados com defeitos, falhas ou em desacordo com a solicitação da Administração, no prazo máximo de 4 (quatro) horas, contadas da notificação, sem qualquer ônus adicional ao Município”.

i) Na alínea “f” da cláusula terceira do anexo VII substituir a expressão “falta de prestação” pela expressão “não prestação”.

j) Na cláusula oitava do anexo VII, excluir integralmente as alíneas “g”, “j” e “l”. Atentar para necessidade de reordenação das alíneas desta cláusula.

k) Na cláusula oitava, alínea “h”, do anexo VII, excluir todo o texto que consta após a palavra “exercidas”.

l) Na cláusula oitava, alínea “i”, do anexo VII, excluir o seguinte texto: “empregando os profissionais com perfis considerados necessários pelo CONTRATANTE”.

m) Na cláusula décima do anexo VII, excluir integralmente as alíneas “b” e “b.1”.

4. Demais Considerações

A modalidade de licitação eleita encontra-se amparada no art. 37, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e na Lei Federal nº 10.520/2002.

O Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns⁴ conforme definição contida no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 10.520/2002, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que o objetivo do fornecimento é formalizado por meio de propostas e lances em sessão pública, que se destina a garantir, por meio de disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura e eficiente, sendo sempre o critério de julgamento da proposta o de menor preço.

A realização da licitação destinada exclusivamente para participação de microempresas encontra amparo no artigo 48, inciso I⁵ c.c. artigo 47, parágrafo único⁶, ambos da Lei Complementar nº 123/2006 e artigo 6º⁷, do Decreto Federal nº 8.538/2015.

No aspecto formal, visualizo que o processo administrativo está devidamente autuado, protocolado e numerado, nos termos que dispõe o art. 38, *caput*, da Lei 8.666/93. No que tange ao ponto da autuação e numeração do certame, sublinho o entendimento do mestre Marçal Justen Filho⁸ que assim se manifesta em uma de suas obras: *"A autuação, o protocolo e a numeração destinam-se a assegurar a seriedade e confiabilidade da atividade administrativa"*.

⁴ Segundo entendimento do TCU "bens e serviços comuns são produtos cuja escolha pode ser feita tão-somente com base nos preços ofertados, haja vista serem comparáveis entre si e não necessitarem de avaliação minuciosa. São encontráveis facilmente no mercado. São exemplos de bens comuns: canetas, lápis, borrachas, papéis, mesas cadeiras, veículos, aparelhos de ar refrigerado etc. e de execução de serviços: confecção de chaves, manutenção de veículos, colocação de piso, troca de azulejos, pintura de paredes, etc." (Manual do TCU - "Licitações e Contratos" - Orientações Básicas - 3ª Ed., 2006)

⁵ "Art. 48. (...)

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte **nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);**" *(sem grifos no original)*

⁶ "Art. 47. (...)

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, **enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal** ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, **aplica-se a legislação federal.**" *(sem grifos no original)*

⁷ "Art. 6º Os órgãos e as entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte **nos itens ou lotes de licitação** cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)." *(sem grifos no original)*

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. pág. 589.

Quanto aos preços admitidos no edital, esta Procuradoria deixa de analisá-los por ser de incumbência da área técnica, entretanto, oportuno mencionar as orientações repassadas a este Município pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, por meio de Apontamento Preliminar de Acompanhamento, nos autos do Pregão nº 089/2018, no sentido de que a Administração deve, sempre que possível, *“balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública”*, portanto, primeiramente envidando esforços com vistas à verificar quanto outros municípios estão pagando pela mesmo objeto.

Para tanto, a Corte de Contas Estadual recomendou a realização de consulta a contratos, licitações e Atas de Registro de Preços do Poder Público, firmadas para o mesmo objeto e consulta a sites especializados, tais como o comprasnet, e, por fim, e em último caso, a realização de pesquisa mercadológica junto a fornecedores e prestadores de serviços.

Nota-se a assinatura do responsável pela indicação dos recursos orçamentários, de acordo com a previsão de gastos com o objeto licitado (fls. 01 e 111/113).

No mais, deve ser observado o prazo mínimo de 8 (oito) dias entre a publicação do edital e a data limite para apresentação das propostas, conforme previsto no inciso V do artigo 4º da Lei 10.520/02.

Atentar para publicação de todos os atos do certame conforme prevêm os artigos 16, 21 e 61, todos da Lei 8.666/93.

Seguem rubricadas as páginas onde constam a minuta do instrumento convocatório e seus anexos (fls. 94/146).

Por derradeiro, cumpre salientar que este parecer toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe, cabendo a esta Procuradoria Jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo

adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos administrativos, nem analisar aspectos de natureza técnico-administrativa. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.

De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

De outro lado, cabe esclarecer que, via de regra, não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências. Em face disso, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas as publicações dos atos de nomeação/designação, ou as citações destes, da autoridade e demais agentes administrativos, bem como dos atos normativos que estabelecem as respectivas competências, a fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto. Todavia, a ausência de tais documentos, por si, não representa, a nosso ver, óbice ao prosseguimento do feito.

Entretanto, no que se refere à nomeação do Pregoeiro e respectiva Equipe de Apoio, é imprescindível a juntada do ato de designação, a teor do mandamento contido no artigo 38, inciso III, da Lei 8.666/93⁹ c.c artigo 9º da Lei 10.520/02¹⁰.

⁹ "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: (...)


Finalmente, é nosso dever salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. O prosseguimento do feito sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

Para instauração do processo licitatório deverá haver autorização da autoridade competente, o que não consta até o presente momento nos autos.

Observado o acima exposto, desde que a Administração observe as recomendações formuladas no corpo do presente parecer, manifesta-se esta Procuradoria de forma favorável à continuidade do procedimento licitatório.

É o parecer e a orientação que submeto à consideração superior¹¹.

Assis Chateaubriand/PR, 20 de novembro de 2018.


Marina Soares Garcia
Advogada
OAB/PR 51.417
Portaria nº 660/2011

III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;
(...)"

¹⁰ "Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993."

¹¹ Este parecer possui 12 laudas, numeradas e rubricadas.