



OFÍCIO CIRCULAR N.º 080/2021-CML/PM
(Referente ao Pregão Eletrônico nº 071/2021-CML/PM)

Manaus, 06 de maio de 2021.

Senhores Licitantes,

Tendo em vista a Impugnação aos termos do Instrumento Convocatório do Pregão Eletrônico n.º 071/2021-CML/PM, informo:

QUESTIONAMENTOS DA EMPRESA:

1. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO. O item 3.2.3 do Edital veda a participação de empresa que esteja reunida em consórcio. Pode-se afirmar com convicção que as restrições de participação de empresas nas licitações devem ser, mais que em outros casos, muito bem justificadas e necessárias. Isto porque, em homenagem aos princípios da competitividade e isonomia, apenas se podem admitir as restrições objetivas e legítimas.

2. IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL. O item 3.2.5 do Edital veda a participação de empresas que estejam cumprindo penalidade de suspensão do direito de licitar com a Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal, direta ou indireta. Com efeito, o art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 prevê, dentre as modalidades de penalidades em caso de inexecução total ou parcial do contrato, a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração.

3. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO. O item 7.2.2.4 do Edital exige, a título de habilitação, prova de inexistência de débitos perante a Justiça do Trabalho (CNDT), mediante apresentação de certidão expedida pela Justiça do Trabalho, de acordo com a Lei Federal 12.440/2012. Todavia, a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas também possibilita o titular a participar de licitações, conforme a seguir restará demonstrado.



4. VALOR DA GARANTIA. O item 13.4 do Edital e o item I, subitem 7 da Minuta do Contrato estipulam que a garantia a ser apresentada deverá corresponder ao percentual de 5% (cinco por cento) sob o valor do contrato. Todavia, o artigo 56, § 2º, da Lei 8.666/1993 estipula que a garantia exigida não excederá a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato. Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

5. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS O item 14.1, alíneas "b" e "c" do Edital determinam a aplicação de multas que podem extrapolar o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

6. DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA. O item 14.1, alíneas "b" e "c" do Edital não fazem distinção quanto as penalidades aplicadas nos casos de inexecução total e parcial do Contrato. É importante ressaltar que a multa aplicada tem como base de cálculo o valor total do contrato. De plano já se observa uma aplicação desproporcional e irrazoável, pois nos casos de inexecução parcial, a multa deve ter como base de cálculo o valor mensal ou o percentual inadimplido.

7. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS. O item 17.5 do Edital estabelece que o pagamento deverá ser realizado por meio de crédito em conta corrente, especificada pelo credor, mantida no Banco Bradesco S.A. Ocorre que tal sistema de pagamento encontra-se em dissonância com o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, uma vez que esses são pagos mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou mediante SIAFI nos casos de órgãos vinculados à Administração Pública Federal, como é o caso da ANATEL.

8. INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE. O item 17.1 do Edital estabelece que a Contratada deverá apresentar os comprovantes de regularidade fiscal/social/trabalhista mensalmente, ou seja, no momento do pagamento junto com a nota fiscal/fatura. Inicialmente é importante observar que tal obrigação não encontra guarida na Lei n.º 8.666/93, portanto, sem lastro legal. Não obstante tal fato, é importante



Endereço: Av. Const. Nery, Nº 4.080, Chapada, CEP - 69050-001

Telefone: +55 (92) 3215-6375/6376

Email: cml.se@pmm.am.gov.br

observar que a exigência de apresentação das certidões de regularidade juntamente com as notas fiscais não é razoável. Explica-se: as certidões de regularidade fiscal/social/trabalhista possuem um período de vigência que ultrapassa o período mensal (30 dias).

9. NECESSIDADE DE PREVISÃO SOBRE REAJUSTE CONTRATUAL. Tendo em vista que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com a Administração Pública, a Lei n.º 8.666/93 disponibilizou instrumentos aptos a recompor o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados.

10. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE. Da análise do item III, parágrafo primeiro, subitem IV e item V da Minuta do Contrato, verifica-se a previsão de que a contratada deverá responder integralmente por perdas e danos que vier a causar à Contratante ou a terceiros, em razão de culpa ou dolo. Insta esclarecer que a previsão contida no referido item é desproporcional, pois prevê que a Contratada deverá arcar com QUALQUER perda ou prejuízo sofrido pela Contratante.

11. SOLICITAÇÃO DE INCLUSÃO DE PREVISÃO DE GARANTIAS POR ATRASO DE PAGAMENTO. Da análise do instrumento convocatório notou-se a ausência de garantias à Contratada em caso de atraso no pagamento da parcela avençada. Não obstante, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art. 66 da Lei de Licitações determina que "o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial".

RESPOSTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

1. Inicialmente importante salientar que cabe a Administração definir se para o objeto licitado existe a possibilidade de participação de empresas em consórcio, e no presente caso, considerando o objeto do certame, optou-se por não permitir a participação de empresas em consórcio, visto que se trata de um serviço que pode ser



executado por diversas empresas, conforme cotações constantes nos autos.

Neste sentido é o entendimento dos Tribunais, conforme cito:

A decisão da Administração de permitir a participação de empresas sob a forma de consórcio nas licitações deve ser devidamente motivada e não deve implicar a proibição da participação de empresas que, individualmente, possam cumprir o objeto a ser contratado, sob pena de restrição à competitividade.

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no âmbito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), relacionadas aos Pregões Eletrônicos 39/2017 e 40/2017, destinados à contratação de serviços técnicos necessários à estruturação de projeto de parceria público-privada relativo à "modernização, eficientização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura de rede de iluminação" nos Municípios de Teresina/PI e Porto Alegre/RS, respectivamente. Entre as irregularidades apontadas, estava a "obrigatoriedade de constituição de consórcio com escritório de advocacia, sem que ficasse esclarecido o motivo pelo qual o BNDES não optou pelo fracionamento do objeto licitado, efetivando a contratação das atividades de assessoria jurídica por intermédio de outra licitação". Em sede de oitiva, o BNDES ressaltou que os serviços jurídicos "são indissociáveis dos demais que compõem o objeto licitado, e, por isso, não podem ser contratados em separado, sob pena de prejuízos técnicos e financeiros para o BNDES". Após analisar os argumentos aduzidos pelo Banco, a unidade técnica concluiu que a exigência de formação de consórcio em nada afetaria a competitividade do certame, além de estar, segundo ela, de acordo com a jurisprudência do TCU. Em seu voto, o relator concordou que a previsão de participação de consórcio em licitações não afeta, de fato, a competitividade do certame, pois busca justamente "ampliar a competição em licitações e situa-se no âmbito do poder discricionário da Administração contratante, devendo ser justificada pelo gestor quando adotada, conforme firme entendimento desta Corte de Contas". Todavia, entendeu que não restou justificado o porquê de os editais dos Pregões Eletrônicos 39/2017 e 40/2017 não preverem a participação de potenciais licitantes não consorciados, ou seja, permitirem tão somente a participação exclusiva e obrigatória de empresas reunidas sob a forma de consórcio. Para o relator, "a essência do art. 33 da Lei 8.666/1993 se consubstancia justamente no aumento da competitividade do certame, a partir da possibilidade da participação de empresas em consórcios". Nesse sentido, "alijar da licitação eventuais empresas que, individualmente, teriam condições de cumprir o objeto a ser contratado, contraria frontalmente o mens legis do dispositivo mencionado". Em que pese considerar "descabida" a cláusula exigindo que apenas empresas consorciadas participassem do certame, o relator concluiu que os pregões não foram impactados por tal exigência, haja vista o número de interessados em cada um dos certames (catorze propostas válidas) e a intensa disputa de preços neles observada. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu considerar improcedente a representação, sem prejuízo de determinar ao BNDES que, nas próximas licitações, "abstenha-se de prever em cláusulas editalícias tão somente a participação única, exclusiva e obrigatória de empresas em

Ⓢ

AM



Endereço: Av. Const. Nery, Nº 4.080, Chapada, CEP - 69050-001

Telefone: +55 (92) 3215-6375/6376

Email: cml.se@pmm.am.gov.br

consórcio, pois pode prejudicar a competitividade da licitação, em desacordo com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e com o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993”.

Acórdão 1711/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo.

2. A pretensão da licitante não possui arrimo legal, em vista de que as empresas que estejam suspensas de contratar com a Administração Pública que lhe aplicou a penalidade não podem participar da licitação com a respectiva Administração (art.87, III – Lei 8.666/93), e quanto ao impedimento de contratar, a eficácia do impedimento recai com os entes públicos, disciplinado, também, pela Lei do Pregão, que alcança todas as esferas da Administração (art. 87, IV – Lei 8.666/93).

3. O subitem está em consonância com o inciso V do Art. 9 da Lei 8666/93:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

(...) V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.

Embora o subitem citado do edital não faça menção expressa a aceitação de Certidão Positiva com Efeito de Negativa de Débitos Trabalhistas, essa será aceita, pois encontra respaldo legal conforme discorrido pela impugnante, entretanto não necessita de adequação no edital.

4. O percentual exigido no item citado se encontra dentro do previsto no artigo 56, § 2º, da Lei 8.666/1993:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

(...)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

5. a 8. As exigências dispostas nos itens citados tratam de procedimentos internos desta Prefeitura, devidamente aprovados pela Procuradoria Geral do Município, cabendo ao órgão contratante, no momento contratual, efetuar os

6



ajustes que julgar necessários juntamente com a empresa pretensa contratada.

9. a 11. As cláusulas exigidas pela licitante encontram-se dispostas na minuta de Contrato, cabendo ao mesmo a leitura minuciosa do documento, e ao órgão contratante os ajustes necessários na fase contratual.

Inexistindo alterações às especificações iniciais que interfiram na elaboração das propostas dos participantes, informo que este Ofício Circular a fazer parte integrante do Edital do Pregão Eletrônico nº 071/2021–CML/PM.

RAFAEL BASTOS ARAÚJO

Presidente da Subcomissão de Bens e Serviços Comuns – CML

CAROLINE PORTELA DE LIMA – OAB/AM 7.500

Assessora Jurídica – DJCML/PM