

RESPOSTAS AO PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS

AUTOR DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS: FÁBIO CELESTINO DA SILVA – OAB/MT: 22.798

- **Em relação ao impedimento de empresas em falência**

A cláusula 4.3.5 deve ser interpretada em consonância com Artigo 31, Inciso II, da Lei 8666/1993 e em paralelo com a Lei 11.101/2005. A atecnia no uso da nomenclatura “concordata” não implica qualquer nulidade ao Edital, vez que se trata de mero erro material. Como entendido pela legislação vigente, o instituto da concordata desapareceu do ordenamento jurídico. Destarte, deve-se ler a cláusula 4.3.5 da seguinte maneira: “que estejam sob falência, concurso de credores ou insolvência, em processo de dissolução ou liquidação;”. Com exceção da imprecisão no uso da expressão “concordata”, a referida cláusula possui exigência clara e não é dispensável.

- **Em relação ao item 4.3.6**

No presente Edital, trata-se de restrição absoluta, dentro da margem de discricionariedade da Administração Pública. A vedação encontra-se bem fundamentada na aludida cláusula. Nesse diapasão, acrescente-se ainda lições do eminente professor Alexandre de Aragão: “Como a competitividade é o próprio espírito da licitação, ela também é um importante guia hermenêutico, de maneira que, diante de diversas interpretações em tese possíveis em determinada situação, se deve optar pela que mais competitividade trazer (in dubio pro competitionem). (2013, p. 297). A fim de conferir maior robustez ao entendimento, sugiro leitura extraída do seguinte endereço eletrônico:

- http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/12897/Resposta%20Impugna%C3%A7%C3%A3o%20_%20PE%2031_2017.pdf

Seguem excertos importantes acerca da temática:

“No tocante à proibição de empresas em consórcio, cabe ressaltar que a lei nº 8.666/93, em seu artigo 33 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio, devendo ser verificado caso a caso e quando o objeto a ser licitado envolver questões de alta complexidade. No entanto, essa hipótese não ocorre no contexto ora em análise, ou seja, os serviços a serem licitados não envolvem questões de alta complexidade. Frise-se, ainda, que a admissão de consórcios em licitações não garante, em absoluto, o aumento de competitividade ou, em outras palavras, sua proibição não significa dizer, obrigatoriamente, que haverá restrição de competição, à medida que a formação de consórcio tanto pode se prestar a fomentar a concorrência, quanto a cerceá-la. Nesse diapasão, trazemos à colação, ainda, outro julgado da Corte de Contas da União que confirma o acima exposto:

GRUPO II - CLASSE VII – Plenário TC 029.420/2015-6

Natureza: Representação

Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

Representante: BT Brasil Serviços de Telecomunicações Ltda. (33.179.565/0001-37)

Representação legal: Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (6.546/OAB-DF) e outros, representando BT Brasil Serviços de Telecomunicações Ltda. (peças 6 e 7)

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES.

PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO. COMPROVAÇÃO FÁTICA DE AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE E DE VANTAJOSIDADE ECONÔMICA. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

1. A participação de empresas em consórcio não implica necessariamente incremento de competitividade, podendo, eventualmente, ter o efeito oposto, limitando a concorrência devido à diminuição do número de empresas de porte interessadas por integrarem um mesmo consórcio (Acórdãos 1.072/2005, 1.591/2005, 1.417/2008 e 1.165/2012, do Plenário, e 2.813/2004 e 4.206/2014, da Primeira Câmara). (grifamos)

E ainda, com relação ao poder discricionário da Administração, leia-se o Informativo nº 106, do TCU:

PLENÁRIO

Fica ao juízo discricionário da Administração Pública a decisão, devidamente motivada, quanto à possibilidade de participação ou não em licitações de empresas em consórcio

Relatório de Auditoria do Tribunal tratou das obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as bacias hidrográficas do Nordeste Setentrional (PISF), especificamente do Lote 5, do Edital de Concorrência nº 12011/2011, realizada pelo Ministério da Integração Nacional – (MI). Uma das irregularidades apontadas foi a restrição à participação de empresas em consórcio. Segundo o MI, “a participação de empresas sob a forma de consórcio envolveria a discricionariedade da Administração”, sendo que, conforme precedente jurisprudencial do TCU, “o juízo acerca da admissão ou não de empresas consorciadas na licitação dependerá de cada caso concreto”. Ao concordar com a alegação apresentada, o relator registrou em seu voto que “há que se demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios, ou mesmo à sua autorização”. Deveria ser analisada, portanto, a situação de cada empreendimento, a partir de suas variáveis, tais quais o risco à competitividade, as dificuldades de gestão da obra e a capacitação técnica dos participantes. Diante disso, a partir do que fora examinado pela unidade instrutiva, para o relator, “há que se ponderar para o fato de que cabe ao gestor definir qual o caminho a tomar relativamente à participação ou não de consórcios, de forma motivada no âmbito do processo licitatório”. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdão nº 1246/2006, do Plenário. **Acórdão n.º 1165/2012-Plenário, TC 037.773/2011-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 16.5.2012.**

- **Em relação à participação de empresas EIRELI**

O uso da nomenclatura “EIRELI” no Edital trata-se de mero erro material. Na cláusula 9.8.3 do Edital, em que se lê “Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI”, leia-se Sociedade Limitada Unipessoal, em franca obediência a todas as disposições da Lei 14.195/2011, com destaque para o Artigo 41, parágrafo único desse diploma legal. Não existem quaisquer óbices à participação do tipo jurídico empresarial “Sociedade Ltda Unipessoal” no presente Edital.

- **Em relação ao cadastramento no SICAF**

Toda a exigência contida nos aludidos dispositivos pelo requerente encontram amparo legal no Decreto Federal 10.024/2019, senão vejamos:

“Licitante

Art. 10. Na hipótese de pregão promovido por órgão ou entidade integrante do Sisg, o credenciamento do licitante e sua manutenção dependerão de registro prévio e atualizado no Sicaf.

Art. 11. O credenciamento no Sicaf permite a participação dos interessados em qualquer pregão, na forma eletrônica, exceto quando o seu cadastro no Sicaf tenha sido inativado ou excluído por solicitação do credenciado ou por determinação legal.

Art. 19. Caberá ao licitante interessado em participar do pregão, na forma eletrônica:

I - credenciar-se previamente no Sicaf ou, na hipótese de que trata o §2º do art. 5º, no sistema eletrônico utilizado no certame;

II - remeter, no prazo estabelecido, exclusivamente via sistema, os documentos de habilitação e a proposta e, quando necessário, os documentos complementares;

III - responsabilizar-se formalmente pelas transações efetuadas em seu nome, assumir como firmes e verdadeiras suas propostas e seus lances, inclusive os atos praticados diretamente ou por seu representante, excluída a responsabilidade do provedor do sistema ou do órgão ou entidade promotora da licitação por eventuais danos decorrentes de uso indevido da senha, ainda que por terceiros;

IV - acompanhar as operações no sistema eletrônico durante o processo licitatório e responsabilizar-se pelo ônus decorrente da perda de negócios diante da inobservância de mensagens emitidas pelo sistema ou de sua desconexão;

V - comunicar imediatamente ao provedor do sistema qualquer acontecimento que possa comprometer o sigilo ou a inviabilidade do uso da senha, para imediato bloqueio de acesso;

VI - utilizar a chave de identificação e a senha de acesso para participar do pregão na forma eletrônica; e

VII - solicitar o cancelamento da chave de identificação ou da senha de acesso por interesse próprio.

Parágrafo único. O fornecedor descredenciado no Sicaf terá sua chave de identificação e senha suspensas automaticamente.

Art. 26. Após a divulgação do edital no sítio eletrônico, os licitantes encaminharão, exclusivamente por meio do sistema, concomitantemente com os documentos de habilitação exigidos no edital, proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço, até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública.

§ 2º Os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que constem do Sicaf e de sistemas semelhantes mantidos pelos Estados, pelo Distrito

Federal ou pelos Municípios, quando a licitação for realizada por esses entes federativos, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados constantes dos sistemas.

Procedimentos de verificação

Art. 43. A habilitação dos licitantes será verificada por meio do Sicaf, nos documentos por ele abrangidos, quando os procedimentos licitatórios forem realizados por órgãos ou entidades integrantes do Sisg ou por aqueles que aderirem ao Sicaf.

§ 1º Os documentos exigidos para habilitação que não estejam contemplados no Sicaf serão enviados nos termos do disposto no art. 26.

Art. 55. Os entes federativos usuários dos sistemas de que trata o § 2º do art. 5º poderão utilizar o Sicaf para fins habilitatórios.”

Apesar da transcrição dos dispositivos acima elencados, recomendo fortemente a leitura atenta de TODO o Decreto Federal 10.024/2019. Tal diploma infralegal regulamenta o Pregão Eletrônico e este município obedece à tal regulamentação.

- **Em relação ao item 9.11.6**

Acerca da qualificação técnico-profissional, o Edital não ofende o Artigo 30 da Lei 8666/1993. Ainda nesse diapasão, segue trecho do Acórdão 395/1995 do Tribunal de Contas da União (com grifos desta Pregoeira). Apesar do referido acórdão ter sido prolatado há 26 anos, o mesmo se encontra atual para o que aqui se pretende esclarecer.

“Nos dias atuais, com a célere evolução tecnológica, a tendência em todos os setores produtivos ou mesmo administrativos tem sido a busca da especialização. Isso se enquadra perfeitamente nos casos de contratação mediante procedimento licitatório. O professor Antônio Carlos Cintra do Amaral analisou com equilíbrio e descortino o assunto sob enfoque no trabalho intitulado "Qualificação Técnica da Empresa na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93)", publicado na Revista Trimestral de Direito Público de São Paulo, recolhendo do relatório elaborado, após 2 anos de trabalho, pela Comissão composta de arquitetos, empreiteiros e engenheiros de edificações, designada pelo Ministro de Obras Públicas da Grã-Bretanha, a seguinte constatação: **"Não encontramos absolutamente nenhum argumento favorável à licitação pública aberta a todos e admitimos sem reserva o ponto de vista segundo o qual, quando a licitação faz apelo à concorrência, é absolutamente essencial que, para cada empreendimento licitado, a concorrência pública se limite às empresas cuidadosamente escolhidas em função da importância e da natureza das obras, e reconhecidamente capazes de empreitar e executar o trabalho com os necessários requisitos de qualidade."** Desenvolvendo essa linha de raciocínio, depara-se também com outro aspecto importante, que é o da integração multifuncional, uma vez que o desejado conhecimento altamente especializado não poderá permanecer dentro de compartimentos estanques nem a nível absolutamente individual, pois estaria fora da realidade. **Busca-se, hoje, o trabalho associativo, realizado por equipes de profissionais preparados para executarem determinado empreendimento, conforme prevê o próprio inciso II do art. 30, do estatuto de licitações e contratos. Mas, o acervo técnico do profissional deve integrar a capacidade técnica da empresa que, por sua vez, não se resume na soma dos técnicos que fazem parte de seu quadro de empregados, visto que deve incluir também a disponibilidade de recursos**

materiais para a execução do objeto contratual, que nada mais é que a capacidade técnica operativa.”

Quanto à importância do Técnico em Segurança do Trabalho e a relação deste com o objeto ora licitado, frisa-se a compatibilidade dos conhecimentos técnicos desse profissional com aspectos inerentes à inspeção de locais, instalações e equipamentos, bem como à mensuração de fatores de riscos e acidentes.

Quanto às atribuições e necessidade de atuação dos Engenheiros mencionados no Edital, não se vislumbra nenhuma ofensa à Resolução 218/1973 do CONFEA – Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Especialmente no Artigo 1º da citada Resolução, há um rol de 18 atividades que Engenheiros são capazes de executar. A maioria delas guarda relação estreita e harmônica com o objeto deste certame.

- **Em relação ao item 12**

Tal item não guarda nenhuma relação com republicação de Edital em Diário Oficial. Mais uma vez, recomendo peremptoriamente a leitura atenta da íntegra do Decreto Federal 10.024/2019.

- **Em relação ao item 15.4**

A vigência do contrato encontra-se discriminada com os caracteres “XXXXXXX” por uma simples razão. O procedimento deste certame está albergado pelo **Sistema de Registro de Preços, visando gerar Ata de Registro de Preços**. Este instrumento legal não se confunde com Contrato. Neste método procedimental, sequer há a obrigatoriedade da Administração Pública transformar a Ata de Registro de Preços em instrumento contratual. Recomendo a leitura atenta da íntegra do Decreto Federal 7892/2013 e do Decreto Municipal 3020/2015 (ambos regulamentam o Sistema de Registro de Preços; o primeiro em âmbito federal e o segundo na esfera municipal).

- **Em relação ao item 16.1.2**

O referido item do Edital está consubstanciado como uma das cláusulas exorbitantes do regime dos Contratos Administrativos disciplinadas pela Lei 8666/1993, amparada pelo inciso III, Artigo 58 da norma geral. Em que pese o instrumento Ata de Registro de Preços não se confunda com Contrato propriamente dito, é pacífico na doutrina e jurisprudência pátrias que tais cláusulas se aplicam a toda e qualquer contratação feita pela Administração Pública.

Sobre o tema, sugiro leitura do livro “Licitações & Contratos - Orientações e Jurisprudência do TCU” – disponível em:

- <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>

Destaco as seguintes passagens da eminente publicação, extraídas das páginas 780, 781 e 782 do livro produzido pela Egrégia Corte de Contas:

“Acompanhamento e Fiscalização

É dever da Administração acompanhar e fiscalizar o contrato para verificar o cumprimento das disposições contratuais, técnicas e administrativas, em todos os seus aspectos, consoante o disposto no art. 67 da Lei nº 8.666/1993. Acompanhamento e fiscalização de contrato são medidas poderosas colocadas à disposição do gestor na defesa do interesse público. Toda execução do contrato deve ser fiscalizada e acompanhada por representante da Administração, de preferência do setor que solicitou o bem, a obra ou o serviço.

Deve ser mantida pela Administração, desde o início até o final da execução do contrato, equipe de fiscalização ou profissional habilitados, com experiência técnica necessária ao acompanhamento e controle do objeto contratado. Os fiscais designados podem ser servidores da própria Administração ou contratados especialmente para esse fim.

Exige a Lei nº 8.666/1993 que o representante da Administração anote em registro próprio as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas, falhas ou defeitos observados. Anotações efetuadas constituem importante ferramenta de acompanhamento e fiscalização da execução contratual.

Decisões e providências que não forem da competência do representante deverão ser solicitadas ao superior, em tempo hábil, para a adoção de medidas que entender convenientes.

São de responsabilidade do contratado os danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de culpa ou dolo na execução do contrato.

Acompanhamento e fiscalização do contrato pela Administração não excluem ou reduzem essa responsabilidade. É dever do contratado facilitar a fiscalização, permitir amplo acesso ao objeto em execução e atender prontamente às solicitações da Administração.”

Diante do esclarecimento solicitado pelo requerente, pode-se afirmar que a própria Lei 8666/1993 não estabeleceu prazos para o cumprimento dessas diligências totalmente intrínsecas a aspectos fáticos da execução do objeto, seja por Contrato Administrativo ou por Ata de Registro de Preços.

Tais prazos serão definidos na prática, levando-se em conta princípios acolhidos por Doutrina e Jurisprudência atinentes ao Direito Administrativo, quais sejam a proporcionalidade e a razoabilidade.

- **Em relação ao item 19**

Trata-se de faculdade da Administração Pública. No presente Edital, optou-se pela vedação à subcontratação. Esta, quando permitida, deve ser expressamente prevista no Edital. Para a contratação alvo do procedimento licitatório em tela, não haverá a possibilidade de subcontratação. Vide entendimento jurisprudencial, o qual pode ser consultado neste endereço:

- http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/12897/Resposta%20Impugna%C3%A7%C3%A3o%20_%20PE%2031_2017.pdf

Segue destaque acerca do tema:

“De acordo com o art. 72 c/c o art. 78, VI, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a subcontratação deve ser tratada como exceção, de tal modo que a jurisprudência do TCU só tem admitido a subcontratação parcial e, ainda assim, quando não se mostrar viável sob a ótica técnico-econômica a execução integral do objeto por parte da contratada e desde que tenha havido autorização formal do contratante (Acórdão 1.151/2011- 2ª Câmara e Acórdão 3.378/2012-Plenário). Vejamos:

GRUPO I – CLASSE VI – 2ª Câmara TC 020.477/2009-9

Natureza: Representação

Entidade: Município de Itabi/SE

Responsável: Eraldo Gomes Conceição (ex-prefeito)

Interessado: Conselho de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB de Itabi/SE (CACCS-FUNDEB)

Advogado constituído nos autos: não há

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. MUNICÍPIO DE ITABI/SE. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS. ATOS PRATICADOS EM INOBSERVÂNCIA A NORMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DO EX-PREFEITO. AUDIÊNCIA. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA INSUFICIENTES PARA ELIDIR A TOTALIDADE DAS OCORRÊNCIAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. ARQUIVAMENTO.

1. A subcontratação é regra de exceção, somente admitida quando não se mostrar viável sob a ótica técnica e/ou econômica a execução integral do objeto por parte da contratada, e desde que mediante autorização formal do ente contratante.

2. A subcontratação do objeto em sua inteireza não encontra amparo nas normas que disciplinam os contratos administrativos.

(...)”

Santa Luzia/MG, 03 de Novembro, 2021

Soraia Barbosa Soares
Pregoeira
Superintendência de Licitações e Compras