



Ofício nº 033/2018 PGM

Rio Grande, 09 de julho de 2018.

Ref. Mem. 019/2018 GCLC

Assunto: Análise e parecer quanto à impugnação, pela empresa Engesa Eng. e Saneamento Ambiental Ltda., no âmbito do Pregão Presencial nº 014/2018/SMCSU.

Prezado Sr. Chefe do GCLC,

Vem a esta procuradoria pedido de análise e parecer quanto à impugnação interposta pela empresa Engesa Engenharia e Saneamento Ambiental Ltda., quanto aos seguintes pontos do processo licitatório Pregão Presencial nº 014/2018/SMCSU:

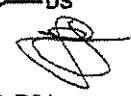
- 1) quanto à ausência, na publicação do Edital, do mencionado Anexo IX (minuta de contrato);
- 2) quanto à ausência de vedação à participação de empresas de um mesmo grupo econômico;
- 3) quanto à ilegalidade dos itens 8.2.1 e 8.2.3 do edital (que normatiza a forma de reajuste contratual); e
- 4) quanto à ilegalidade da modalidade Pregão, para o processo licitatório do objeto em questão.

O processo vem acompanhado da impugnação ao Edital, pela empresa referida, e por memorando de lavra do sr. Chefe do Gabinete de Compras, Licitações e Contratos, com considerações acerca das impugnações oferecidas pela empresa. Ainda, foi analisado o Edital ora impugnado, para balizar o parecer abaixo. Passo, portanto, à análise das questões trazidas na impugnação.

DA AUSÊNCIA DO ANEXO IX (MINUTA DE CONTRATO):

Quanto a este ponto, assiste razão à impugnante. De qualquer forma, conforme informação do próprio sr. Pregoeiro, tratou-se de mero equívoco quando da publicação, já devidamente corrigido, pelo qual desnecessário alongar-se na análise da impugnação neste ponto.

DA AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO:

DS

BSA

Doe órgãos, doe sangue: Salve vidas!

A impugnante se insurge quanto à falta de tal vedação específica no Edital do PP nº 014/2018/SMCSU. No entanto, filio-me ao entendimento trazido pelo sr. Chefe do GCLC, no Memorando em epígrafe, aduzindo ainda as razões a seguir.

Primeiramente, cabe apontar que não há qualquer previsão específica, nas Leis 8.666/93 e 10.520/02, que informem tal vedação. Aliás, de modo contrário, o Tribunal de Contas da União já tem se manifestado é sobre a ilegalidade de inclusão de cláusula impeditiva da participação de empresas com sócios em comum (como no Acórdão 2.341/2011, de relatoria do min. Augusto Nardes).

Pelo entendimento construído no Acórdão supra, seguido à unanimidade pelos demais componentes do Plenário, embora a coincidência de sócios possa trazer risco de eventual conluio durante o certame, tal imputação não pode ser feita de forma objetiva e apriorística, eis que o que prepondera, além do princípio da legalidade, é a presunção de boa-fé dos licitantes, e não a má-fé, que deveria ser provada através do devido processo, observados o contraditório e a ampla defesa.

Em função disso, o entendimento consolidado naquela Corte de contas é que eventual proibição, nestes casos, exige seja evidenciado o “nexo causal entre a conduta das empresas com sócio em comum ou relação de parentesco e a efetiva frustração dos princípios e dos objetivos do certame licitatório”.

Cabe aqui citar trecho do Acórdão nº 2803/2016¹:

“ENUNCIADO: Não existe vedação legal à participação, no mesmo certame licitatório, de empresas do mesmo grupo econômico ou com sócios em relação de parentesco, embora tal situação possa acarretar quebra de isonomia entre as licitantes. A demonstração de fraude à licitação exige a evidenciação do nexo causal entre a conduta das empresas com sócios em comum ou em relação de parentesco e a frustração dos princípios e dos objetivos da licitação.”
(...)

“28. De acordo com o argumentado pela Ricol e Raicon, de fato, não existe vedação legal à participação, em um mesmo pregão, de empresas cujos sócios possuam relação de parentesco. A jurisprudência do TCU assentou-se no sentido que, referidas situações, por si só, não configuram ilegalidade e somente devem ser consideradas irregulares quando puderem alijar outros potenciais participantes (Acórdãos 2.341/2011, 526/2013, 1.448/2013 e 1.539/2014, todos do Plenário).”

Ainda sobre esta questão, restou pacificado pelos julgados do mesmo TCU que tal situação somente será considerada irregular nos seguintes casos: a) **licitação na modalidade convite**; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre os licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo e; d) constatação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra.

Acórdão 2.803/2016 – Plenário; rel. Min. André de Carvalho. Julgado em 01/11/2016.
BSA

Doe órgãos, doe sangue: Salve vidas!

Aliás, salta aos olhos que a própria impugnante traz, como suporte jurisprudencial (Acórdão nº 3.108/2016), julgado no qual expressamente é citada vedação à participação de empresas com sócios em comum em licitações "sob a modalidade convite". Mais ainda, no próprio acórdão acostado pela empresa impugnante restou consignado que "a participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação não caracteriza, por si só, a ocorrência de fraude".

Por tudo isto, entendemos que é ilegal (fere o princípio da legalidade, mas também ainda o da competitividade) quando se lança vedação *a priori*, embora seja aceitável e até mesmo recomendável que se busque mitigar possível ocorrência de atitudes suspeitas durante o processo licitatório, identificando, de forma apenas cautelar, eventuais ligações entre empresas que possam constituir grupo econômico, a fim de verificar eventuais conluios durante a fase de lances.

Dito de outra forma, o que pode ser questionável, e pode ensejar apontamentos, é justamente colocar vedações prévias à participação de empresas de um mesmo grupo econômico ou com sócios em relação de parentesco. Primando pelos princípios da legalidade e da competitividade, o que deve fazer a Administração é estar atenta, quando de participação de empresas licitantes que se enquadrem em tal licitação, no sentido de coibir eventuais condutas de conluio e fraude à licitação.

Portanto, quanto a este ponto, o entendimento é de que não merece prosperar a impugnação ora interposta.

DA ILEGALIDADE DOS ITENS 8.2.1 E 8.2.3 DO EDITAL:

Quanto à alegação de ilegalidade dos itens acima referidos, temos que também descabe, visto que tal previsão editalícia dispõe especificamente quanto ao reajuste do contrato (variações previsíveis). E o prazo pelo qual o contrato é considerado como "irreajustável" (12 meses) decorre expressamente de Lei (no caso, art. 2º, § 1º da Lei 10.192/2001 - "É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano").

Também quanto ao prazo para que seja pleiteado tal reajuste (item 8.2.1), e a previsão de preclusão lógica, caso eventual aditivo de prorrogação seja firmado pela contratada sem o pleito de reajuste feito tempestivamente (item 8.2.2), é perfeitamente permitido pelo ordenamento, inclusive encontrando guarida no entendimento do TCU.

A aplicação do instituto da preclusão passou a ser efetivamente reconhecida pelo TCU, nos contratos administrativos, a partir do Acórdão nº 1.827/2008 – Plenário. Naquela oportunidade, aquele tribunal do contas entendeu que o direito à repactuação, espécie de reajuste, preclui quando se verifica a prática de atos contrários ao exercício desse direito em momento anterior. Trata-se da aplicação da preclusão lógica ao caso, considerando que, se o contratado aceitou assinar o termo de prorrogação ou deu plena quitação às obrigações contratuais sem qualquer ressalva relativa ao reajuste, não pode, em momento posterior, pleitear essa alteração do preço, reconhecendo-se a preclusão lógica do direito à recomposição dos valores contratuais anteriormente praticados.

BSA

Doe órgãos, doe sangue: Salve vidas!



Assim, lícito que se faça inserção de norma que estipule preclusão do direito ao reajuste caso a contratada deixe de, em interesse próprio, pleitear o referido direito quando da prorrogação contratual.

E quanto à redação, que prevê que o preço "poderá ser reajustado mediante demonstração analítica...", a mesma segue a lógica do que acima apontado, já que dependerá de tempestiva e fundamentada provocação por parte da contratada.

Por outro lado, o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro (ou revisão contratual) permanece absolutamente íntegro, não sofrendo qualquer vedação pelas cláusulas insertas no Edital ou na minuta de contrato. Até porque tal instrumento socorre apenas situações decorrentes de "áreas extraordinárias, imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis", pelo que sequer há necessidade de previsão editalícia ou contratual.

Também, confirmando o entendimento acima quanto à questão envolvendo a recomposição dos preços do contrato, relativos à mão de obra, lançamos aqui excerto do próprio TCE-RS, extraído da página 20 do recém editado manual de "Orientação Técnica Serviços de Coleta de Resíduos Sólidos Domiciliares"², editado por aquele mesmo órgão, e específico ao objeto a ser contratado, como segue:

Como regra geral, tem-se a impossibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro de contrato de prestação de serviços contínuos, com fulcro na letra "d" do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em virtude de aumento salarial para reposição das perdas inflacionárias decorrente de convenção, acordo ou dissídio coletivo, por se tratar de fato previsível.

Entretanto, admite-se o reequilíbrio quando a situação ocasionar consequências incalculáveis à equação econômico-financeira inicialmente estabelecida na pactuação do instrumento contratual. Isto se dará nas seguintes hipóteses:

- Quando houver aumento real na remuneração dos trabalhadores.
- Quando um novo direito, inicialmente não previsto aos trabalhadores, for estabelecido.

Ainda, para que esse reequilíbrio possa ser homologado pelo Poder Público contratante, além de confirmadas as situações antes detalhadas, será preciso que a empresa contratada formalize o respectivo pedido e comprove, por meio da planilha de preços que integrou a proposta vencedora, que a variação destes custos é significativa na análise global do contrato, pois pequenas oscilações dos custos fazem parte do risco do negócio.

Por fim, deverá ainda ser avaliado pela parte contratante, se o novo valor reequilibrado ainda corresponde ao preço de mercado. Caso contrário, deverá ser promovido novo processo licitatório e contratada uma melhor proposta para o Erário.

DS


² Disponível em

http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/publicacoes/orientacoes_gestores/OT%20-%20Coleta%20de%20Res%EDduos%20S%F3lidos%20V4.pdf

BSA

Doe órgãos, doe sangue: Salve vidas!

Por fim, o item 8.2.3 nada mais faz do que informar a vedação prevista pelo princípio da anualidade, no sentido de que os reajustes (e não eventuais revisões) posteriores ao primeiro somente poderão ser aplicados dentro de novo prazo de 12 meses desde o último, ou da preclusão do direito a este.

Desta forma, tenho que não há ilegalidade na forma de reajuste prevista no Edital e na minuta do instrumento de contrato.



DA ILEGALIDADE DA ESCOLHA DO PREGÃO COMO MODALIDADE PARA O OBJETO A SER CONTRATADO:

A impugnante insurge-se quanto à escolha da modalidade Pregão na contratação do serviço de coleta de resíduos no Município do Rio Grande (RS). Para tal, sustenta sua tese lançando o argumento de que referido serviço se reveste de complexidade tal que não lhe permite ser caracterizado como "serviço comum", conforme a limitação do art. 1º da Lei 10.520/2002 e seu parágrafo único.

No entanto, consideramos que não assiste razão à impugnante neste ponto, dado que o objeto a ser contratado foi simplificado, tendo todo o processo de gestão de resíduos sólidos municipais sido dividido em etapas menores, ficando questões ligadas a transbordo e posterior disposição final em aterro sanitário separadas em outros processos licitatórios. Desta forma, eventual complexidade restou reduzida em cada uma das etapas do processo.

No caso do pregão aqui em análise, o objeto ficou limitado apenas aos serviços de "coleta manual, mecanizada e transporte dos resíduos domiciliares orgânicos/rejeitos e recicláveis, com o emprego de caminhões compactadores dotados de sistema de rastreamento, monitoramento e gerenciamento eletrônico". E tais serviços, cotidianamente realizados quicá em todos os municípios do país, por óbvio há muito perderam eventual característica de complexidade.

O próprio Termo de Referência atrelado ao processo deixa claro que os serviços não apresentam complexidade que os diferenciem dos que são rotineiramente prestados no país inteiro, até porque são limitados à coleta dos resíduos, por caminhões objetivamente descritos naquele instrumento, inclusive com a frequência de coleta e horários previamente definidos e delimitados.

Não há, em qualquer ponto do Termo de Referência, qualquer especificação que difira do que habitualmente se exige neste tipo de prestação de serviço. Por isso mesmo, tal serviço se coaduna perfeitamente com o que preceitua o parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520/2002, o qual definiu objetos comuns como sendo "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado". *Grifos nossos.*

Aliás, a doutrina pátria corrobora tal entendimento, conforme lição de ^{DS} ~~Torres~~ PEREIRA JR³:

³ Jessé Torres Pereira Junior, Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, 7ª ed., Renovar, 2007, p. 1054
BSA

"Em aproximação inicial do tema, pareceu que 'comum' também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser 'comum', no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado. Sendo tal técnica bastante para atender às necessidades da Administração, a modalidade Pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto." (Grifamos).

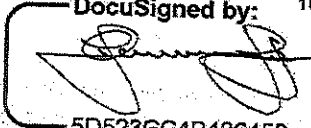
No mesmo sentido o ensinamento de Vera SVCARPINELLA⁴:

"[...] o objeto comum para fins de cabimento da licitação por Pregão não é mero sinônimo de simples, padronizado e de aquisição rotineira. Bens e serviços com tais características estão incluídos na categoria de comuns da Lei 10.520/2002, mas não só. Bens e serviços com complexidade técnica, seja na sua definição ou na sua execução, também são passíveis de ser contratados por meio de Pregão. O que se exige é que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital". (Grifamos).

Assim, dadas as características do objeto, o qual é corriqueiramente prestado em todo o país, e para o qual não é exigida técnica unusual no mercado, não vemos impedimento a que seja eleita a modalidade de pregão para que seja aquele licitado pela Administração Pública.

São estas as considerações finais, à Vossa consideração.

Att.

DocuSigned by: 10-07-2018

5D523GG4B436450...
Germano S. Leite
Assessor Superior
OAB/RS 83.362

Ilm. Sr.
ADEMIR GIAMBASTIANI CASARTELLI
MD. Chefe do Gabinete de Compras, Licitações e Contratos

⁴ Vera Scarpinella, in Licitação na Modalidade de Pregão, Malheiros, 2003, p. 81.
BSA
Doe órgãos, doe sangue: Salve vidas!