

Birigui, 21 de fevereiro de 2014

MANIFESTAÇÃO À IMPUGNAÇÃO

Ofício Especial

Assunto: Manifestação à Impugnação pelas empresas **GEMEBI – GESTÃO MÉDICA DE BIRIGUI LTDA. e INSTITUTO CORPORE PARA O DESENVOLVIMENTO DA QUALIDADE DE VIDA.**, ao edital do Pregão Presencial nº 08/2014.

Senhores Licitantes.

Informo que respaldada pela Secretaria de Negócios Jurídicos através de Parecer Jurídico, decido pelo **indeferimento** dos pedidos de Impugnações apresentadas por estas conceituadas empresas.

No mérito

A empresa GEMEBI insurgiu-se contra a possibilidade de participação de entidades do terceiro setor na disputa do objeto, por considerá-la ilegal, posto que o tratamento tributário de tais entidades seria diferenciado, reduzindo sensivelmente seus custos. Além disso, sustentou que o Edital deixou de prever a aplicação da Lei Federal 9790/99 e Decreto 3100/99. Ajuíza que a descrição do objeto contraria o disposto no art. 40, I, da Lei Federal n.º 8.666/93, vez que a Administração de "forma desesperada" estaria permitindo a participação das referidas entidades. Considerou ser improvável a participação de Micro Empreendedor Individual no certame, face ao valor estimado a título de patrimônio líquido. Para a empresa, seria impossível o atendimento da exigência contida no item 3.1, vez que inexistente no edital o item 7.11.1, alíneas "a" a "d". Sustentou que haveria divergências entre os itens 7.10 e 11.5, bem como erro material no item 7.12.1, "e)2". Salaria que a Administração não exigiu para entidades do terceiro setor, apresentação de documentos, nos termos da Lei 9790/99, fato que impossibilitaria a aferição de regularidade para disputa. Aduziu que o presente certame fere o princípio da impessoalidade, e isso, ao argumento de que a Administração teria diminuído o índice de higidez econômico-financeira sem apresentar qualquer justificativa; tal assertiva deve por base comparação entre o Pregão Presencial n.º 87/2013 e Pregão n.º 08/2014. Acrescenta que o item 9.1.1, não teria fundamento, por tratar-se de licitação na modalidade pregão. E, que o item 9.6.1 não deixa claro se se estenderá as entidades do terceiro setor. Diz que as cooperativas também não poderiam participar do certame. Pondera, quanto ao item 9.10.3, que o valor para aceitabilidade da proposta estaria subestimado, se considerado valor de mercado informado pelo terceiro setor.

Rechaçou a exigência dos itens 12.2.1 e 12.7.1, pois seria impossível a entrega à Administração de documentos originais. Irresignou-se contra o item 15.1.2, por inexistir permissivo legal que a obrigue a prestar contas do montante recebido. E mais, que o item 15.1.12, não deixa claro quais os materiais que a empresa deve fornecer aos profissionais que contratar. Aponta que a forma de pagamento é por demais onerosa, pois terá de esperar até o 10º dia útil. Deduz que o item 17.3 não guarda relação com o certame. Asseverou inexistir exigência no item 19.5. Sustenta que as penalidades constantes nos itens 21.1, 21.3.3 e 21.3.4, violam o art. 7º, da Lei 10.520/2002. Argumentou inexistir correlação entre os itens 21.3.5.2, 20.3, 20.3.4. Salientou haver equívoco no que se refere à caução, visto trata-se de serviços e não execução de obra; que o valor seria excessivo. Considerou que a empresa terá de fazer “peregrinação” no âmbito da Administração, isso para protocolar impugnação, requerer devolução de caução e envio de nota fiscal e pedido de subcontratação. Os itens 23.4 e 23.5 violariam a legislação, posto que os atos, intimações e comunicados relativos a licitação deveriam ser publicados também no jornal de circulação local. Assinala que a licitação não respeita o princípio da isonomia. Por fim, disse que o critério de julgamento pelo menor preço não se traduz em segurança para a Administração, porque esta pagando pela falta de estrutura da empresa anteriormente contratada. Pediu alteração do edital, nos termos relacionados com concessão de nova data para abertura do certame.

Por derradeiro, o INSTITUTO CORPORE impugnou as cláusulas 7.13.3.3.2, 7.13.3.3.2.1, 7.13.3.4 e 16.1, por entender que elas alijariam os princípios licitatórios previstos no art. 3º, §1º, I da lei de regência e restringiram a livre competição. Ao fim, considerou que os vícios no edital encetariam sua nulidade, que deve ser declarada por esta Administração ou então, tais impropriedades devem ser sanadas de acordo com os ditames legais.

É o relatório. Manifestamo-nos.

Inicialmente, tem-se que a emissão de vários pareceres sobre as impugnações apresentadas pelas empresas interessadas constitui atuação administrativa contraproducente. Bem por isso, serão elas apreciadas por esta Secretaria em parecer único, que esclarecerá todos os pontos suscitados contra as cláusulas do Edital nº 20/2013, do Pregão Presencial n.º 08/2014 conforme se verá a seguir.

1 - DA PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS E ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR NO CERTAME.

A ilegalidade suscitada pela empresa GEMEBI não prevalece ao alcance.

É dizer. Tivesse ela se atentado ao que dispõe o art. 3º, §1º, I da Lei Federal n.º 8.666/93 e jurisprudência firmada pelo Tribunal de Contas da União que fora relacionada no próprio edital, haveria de notar o vazio da censura endereçada ao certame. Aliás, não existe no ordenamento jurídico dispositivo legal que considere ilegal, a participação de cooperativas, OCIP e OS em procedimentos licitatórios. Cita-se, porque oportuno, o dispositivo legal em seu devido contexto, isso para que não remanesçam dúvidas sobre esse entendimento.

“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)

§ 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, **inclusive nos casos de sociedades cooperativas**, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)”.

Ora, como poderia a Administração impedir a participação de tais entidades, se a lei de licitações veda-lhe tal conduta expressamente.

Essa exegese é extraída do Acórdão n.º 1.021/2007 do TCU, o qual indica a inexistência de dispositivo legal que verse especificamente sobre a possibilidade ou não, em termos genéricos, da participação de entidades do terceiro setor em licitações. Entretanto, no julgamento, referido Tribunal apontou que a questão se resolve por outra via, isto é, a participação será legítima apenas quando comprovado que o objeto da licitação for inerente a algum dos fins institucionais da entidade, sob pena de ferir a própria natureza jurídica e a razão de ser desta qualificação especial outorgada à entidade.

Note-se que a questão da necessária compatibilidade entre o objeto da licitação e a finalidade institucional das entidades do terceiro setor e cooperativas, não se confunde com a discussão acerca da exigência de compatibilidade entre o objeto da licitação e o objeto de uma empresa licitante.

Essa interpretação é corroborada pela doutrina, que ensina que “a tendência é no sentido de admissibilidade da participação de cooperativas em licitação, desde que com suporte editalício específico; sendo entretanto vedado à cooperativa promover a intermediação de mão de obra, fugindo de seus objetivos”. Para MARÇAL JUSTEN FILHO e VILLELA SOUTO, “o ingresso de cooperativas nas licitações poderá ocorrer quando o objeto licitado se enquadrar na atividade direta e específica para a qual foi constituída a cooperativa” (Eficácia nas Licitações e Contratos, 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 264-265).

Ainda, segundo JUSTEN FILHO, a relação entre cooperativa e Administração não é de cooperação, mas sim mercantil e, assim “é possível e viável a participação de cooperativas em licitação quando o objeto licitado se enquadra na atividade direta e específica para a qual a cooperativa foi construída”. Prosseguindo, equipara as cooperativas e as sociedades civis sem fins lucrativos afirmando “(...) se a cooperativa passa a atuar em face de terceiros como intermediária, buscando intuito lucrativo, desnaturam-se os pressupostos de seu tratamento privilegiado”¹.

Segundo PEREIRA JUNIOR,

“A Constituição estimula o cooperativismo. Para homenagear a diretriz constitucional é que os editais de licitação podem admitir a participação dessas entidades tais como são, o que poria em conflito qualquer tentativa administrativa de estabelecer fatores compensatórios dos gravames previdenciários e trabalhistas a que se sujeitam as empresas; a distinção que favorece as cooperativas existe, é da natureza dessas entidades e tendo, como tem, assento constitucional e legal não pode ser suprimida pelo edital. O cuidado deste limitar-se-á a exigir a comprovação de que atuam juridicamente como cooperativas, observados os requisitos constitucionais e legais que as tipificam. (...) A Lei 8.666/93 é omissa quanto à participação de cooperativas em licitações. Fosse este argumento relevante e dever-se-ia vedar a participação de cooperativas em licitações, tese que conhece adeptos. Há de ser recusada, porque não cabe à Administração negar às cooperativas o incentivo que a Constituição da República lhes assegura, encontrando-se, no art. 12, IV, da Lei 8.666/93, fundamento genérico para sua admissão aos certames”².

Assim, o mesmo raciocínio sobre as cooperativas deve ser aplicado às entidades do terceiro setor. Elas concorreram no certame de acordo com as disposições gerais da Lei de Licitações, devendo fazer prova de todos os requisitos exigidos no certame, sem qualquer distinção. Caso contrário, frustrar-se-ia a competitividade, outorgando-se vantagem indevida à entidade que se valesse de benefício em situação diversa daquela vislumbrada pela lei.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: atualizada de acordo com a lei federal n.º 12.349/2010. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 310.

² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Licitações de Informática, p. 135, e Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 5. Ed. 2002, p. 161.

E, as justificativas para tanto, também são firmadas por JUSTEN FILHO³, para quem:

“19.3.5) A referência a sociedades cooperativas

A Lei nº 12.349 introduziu referência explícita às cooperativas, alterando a redação do inc. I do parágrafo 1º do art. 3º. (...) Apenas se pode extrair que a vedação de tratamento favorável no âmbito da licitação alcança inclusive às cooperativas. Mas isso não significa proibir nem permitir que as cooperativas obtenham vantagens em virtude de normas extralicitatórias, de cunho tributário. Esses benefícios têm fundamento constitucional.

(...) Aliás, deve-se reputar inválida qualquer cláusula editalícia adotando tratamento mais severo para as cooperativas e neutralizando os benefícios tributários a ela reconhecidos.

(...) Se a cooperativa pretende atuar através de empregados, é claro que o tratamento jurídico a ser dado à questão não merecerá qualquer distinção: a cooperativa que explora serviço de assalariados para executar certo objeto tem e merece na licitação tratamento idêntico ao de qualquer empresário.

Em tais hipóteses, é imperioso verificar se a proposta apresenta exequibilidade no aspecto tributário. A cooperativa deverá sujeitar-se ao mesmo regime tributário de qualquer outro agente econômico.

Tais considerações não retratam qualquer preconceito contra as cooperativas. Aliás, muito pelo contrário, trata-se de evitar a desnaturação do instituto e frustração do cunho competitivo da atividade econômica. Quem atuar no mercado como empresário não deve buscar tratamento jurídico privilegiado, que altere as condições de competição”.

E não discrepa a jurisprudência do TCU:

“Não há óbice à participação de cooperativas nas licitações públicas, conforme ficou consignado na redação atual do art. 3, parágrafo 1º, inciso I, da Lei 8.666/93. Ademais, o objeto do pregão não está incluído no rol dos serviços terceirizados elencados nas alíneas “a” a “r” da cláusula primeira do Termo de Conciliação Judicial celebrado em 5/06/2003 entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União, podendo ser admitida a participação de cooperativas no certame” (Acórdão n. 5.736/2011, 1ª C., Min. Weder de Oliveira).

Outra questão suscitada pela empresa GEMEBI, reside na avaliação da vantagem econômica derivada do tratamento peculiar reservado pela legislação previdenciária para as cooperativas. Não obstante, “se houver imposição à Administração da condição de sujeito passivo tributário pelo pagamento de tributos relacionados à atividade desempenhada pela cooperativa, aludidos encargos deverão ser tomados em vista para identificar a exata extensão da proposta formulada pela cooperativa. Isso poderá envolver a adição ao valor a ser pago diretamente à cooperativa dos montantes que sairiam dos cofres públicos para custeio das prestações tributárias correspondentes”. Ademais, “cabe apontar a inconstitucionalidade de valer-se de mecanismos de natureza tributária para frustrar o princípio da isonomia”⁴.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: atualizada de acordo com a lei federal n.º 12.349/2010. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 82 e 472.

Com, relação à legislação aplicável ao certame, bastava a previsão das normas que regem o pregão, aplicando-se supletivamente a Lei de Licitações.

Assim, possível se mostra a participação de referidas entidades no certame, tal como referendam a Lei, a doutrina e jurisprudência especializadas na seara licitatória, consagrando-se, nesse sentido, o princípio da ampla competição.

2 – ERROS MATERIAIS CONSTANTES NO EDITAL

De fato, verifica-se a existência de erro material (digitação) no edital, entretanto, esse se refere tão só a necessidade de renumeração dos itens. É que a redação do item 7.11.1 fora alocada no item 7.12.1. Todavia, impedimento não há para que os interessados cumpram a exigência do item 3.1.

De igual molde, observa-se que a palavra “despesa” constante do item 7.12.1, alínea “e)2” fora grafada incorretamente, nela contendo uma consoante a mais, isto é, a letra “n”.

O mesmo se diga quanto ao item 19.5; a remissão correta deve ser ao item 19.6.

Já quanto à cláusula 21.3.5.2, ao prever que “da sanção estabelecida no item 20.3, subitem 20.3.4, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo ser requerida a reabilitação 02 (dois) anos após a aplicação da pena”, a redação correta deve ser “da sanção estabelecida no item 21.3, subitem 21.3.4, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo ser requerida a reabilitação 02 (dois) anos após a aplicação da pena.

Também há erro no item 22.1 do edital, quando prevê que a caução deverá corresponder a 10% do valor global da obra. Em verdade, o percentual deve corresponder a 10% do valor dos serviços contratados.

Nada obstante, a retificação do edital neste ponto é recomendada, e incide sobre alteração da numeração do item **7.11.1**, grafia do item **7.12.1**, “**e-2**”, **19.5** (remissão ao item **19.6**), item **21.3.5.2** com remissão aos “**itens 21.3, subitem 21.3.4**” e descrição correta do objeto da caução no item **22.1**, sendo imperiosa a publicação do edital, sem obrigação de

renovação de prazo, pois o ato em questão se enquadra igualmente na segunda parte do § 4º, do art. 21 da Lei Federal 8.666/93⁵, uma vez que não afetam a formulação de propostas, bem como as especificações dos itens não foram alteradas.

Sobre tal aspecto (prejuízo), Marçal Justen Filho em sua obra Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 11. ed., São Paulo, Dialética, 2005, pág. 192, diz o seguinte:

“O que se entende por “não afetar a formulação das propostas”? O dispositivo tem de ser interpretado segundo o princípio da razoabilidade. Em princípio, toda e qualquer alteração do edital afeta a formulação das propostas. Excluídas questões totalmente irrelevantes, que nem precisariam ser objeto de disciplina no edital, a quase totalidade das regras ali previstas devem ser respeitadas pelos licitantes na elaboração das propostas. Para adotar interpretação razoável, deve ter-se em vista, então, o prejuízo sofrido pelo licitante em virtude da alteração.”

Também, embasado em precedente jurisprudencial, verifica-se a possibilidade de retificação do edital sem incorrer em prejuízo à ampla formulação das propostas, haja vista que ela será divulgada pelos meios oficiais utilizados por esta Administração, garantindo-se assim, a ciência do ato administrativo por todos aqueles que possuírem interesse em disputar o objeto do certame. É o que se verifica do julgado exarado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, avocado por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em Vade-mécum de licitações e contratos: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. 3.ed., 2. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pág. 342, com nossos destaques:

"Edital – exclusão de item sem republicação

Nota: o TCU retirou multa sob os seguintes argumentos “...No presente caso, verifico que não-publicação da supressão do item integrante do objeto da licitação da INFRAERO, com descumprimento do art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, pode também ser relevada, em face das providências adotadas pelos responsáveis. Digo isso, porque a alteração foi comunicada, por meio da Mensagem nº 3674, a todos os interessados que haviam retirado o edital, sendo que as propostas apresentadas, ainda que contemplando o equipamento excluído, não foram desclassificadas. Além disso, se retirado o edital por outro possível licitante, o ato convocatório já apresentaria a modificação efetuada. Isto significa que, apesar da falha apontada, foi dada publicidade à alteração, não tendo sido ocorrido qualquer desclassificação...” (**Fonte.** TCU. Processo nº 928.677/1998-2. Acórdão nº 1/2003 – Plenário”).

Considerando o entendimento acima dado pela regularidade, consubstanciado

⁵

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: [\[Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\]](#)

§ 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.**

também na premissa da súmula 222 do TCU⁶, a renumeração das cláusulas, remissão à itens corretos, a grafia da palavra “despesa” e a descrição do objeto da caução mostram-se incorretas, sem que incorra em modificação das especificação dos itens postos em disputa.

3 – DOS INDÍCES CONTÁBEIS

De igual forma, reputa-se que o valor mínimo do índice eleito na cláusula 7.13.3.3.2.1 condiz com o disposto na Lei de Licitações e com o patamar julgado como razoável em precedentes jurisprudenciais do TCESP (TC-031546/026/99; TC-020882/026/07).

Observe-se que o presente certame licitatório está envolto por situação especial, vale dizer, pretende a Administração contratar empresa prestadora de serviços especializados na área da saúde, os quais atenderão demanda da população coberta pelo serviço público municipal, cujo montante do objeto está orçado em R\$ 9.766.533,28 (nove milhões, setecentos e sessenta e seis mil, quinhentos e trinta e três reais e vinte e oito centavos).

Além disso, o estabelecimento de índices de higidez econômico-financeira igual ou maior que 1,0 foi devidamente justificado no processo administrativo, ensejador do certame licitatório, bastando observar às solicitações formulada pela Secretaria Municipal de Administração às fls. **18/22** do processo licitatório, acerca da necessidade de se analisar de forma minuciosa a minuta do edital da licitação planejada, isso tendo em vista a complexidade da contratação e das ocorrências havidas no contrato firmado com a empresa Confiancce, cujo objeto licitado se assemelha a presente licitação, sobretudo no que tange às exigências de documentos de cunho trabalhista, tanto entre a Contratada e a Prefeitura, como entre a Contratada e os funcionários por ela contratados, a fim de evitar entraves no curso do processo licitatório e posterior prestação dos serviços.

Apesar dos argumentos das impugnantes GEMEBI e INSTITUTO CORPORE, com a devida vênia, pondera-se que além da resolução contida na cláusula 7.13.3.3.2.1 do referido edital, os §§ 1º, 2º, 3º e §5º do art. 31⁷, da Lei Federal n.º 8666/93, assim como a

⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. SÚMULA Nº 222: "As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

Súmula 27⁸ do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, combinada com o art. 5º, § 2º da CRFB/88, fundamentam não só a legalidade da exigência questionada, mas também o dever de fazê-las constar do edital.

O Tribunal de Contas da União ao examinar a questão se manifestou no sentido de que a qualificação econômico-financeira é mais ampla do que no que diz respeito à disponibilidade de recursos para a satisfatória execução do objeto da contratação, devendo ser apurada em função das necessidades concretas, de cada caso. Entendeu que envolve não apenas verificar, em valores absolutos, a disponibilidade de recursos para a realização do objeto da contratação, mas também a comprovação da boa situação financeira da sociedade civil ou comercial, de modo a detectar eventual estado de insolvência ou de falência que impedirão o adimplemento contratual. Assim, a análise das demonstrações financeiras permite concluir se os ativos da empresa são suficientes para cobrir suas obrigações; ou ainda, de modo mais específico, se a empresa gera fluxos de caixa suficientes para cumprir as obrigações assumidas em dado período de tempo. Assim concluiu: a qualificação econômico-financeira deve ser aferida de acordo com o objeto da licitação⁹.

Confirma tal interpretação o julgamento proferido pelo TCESP, a saber:

EMENTA - PRERROGATIVA DISCRICIONARIA PARA CUMULAÇÃO DAS EXIGENCIAS DE CAPITAL SOCIAL, GARANTIA PARA LICITAR E INDICES CONTABEIS; IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE: EXIGENCIAS DE COMPROVAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL OU PATRIMONIO LIQUIDO E DE GARANTIA DE EXECUÇÃO CONTRATUAL CORRESPONDENTES AO VALOR ESTIMATIVO DA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PELO PRAZO DE 60 MESES DA CONTRATAÇÃO, EM DETRIMENTO DO PERIODO DE UM ANO, CONFORME DELIBERAÇÕES DO E. TRIBUNAL; CONDIÇÕES DE QUALIFICAÇÃO TECNICO-PROFISSIONAL E TECNICO-OPERACIONAL EM DESACORDO COM AS SUMULAS N. 23 E 24 DESTE TRIBUNAL: IMPUGNAÇÕES PROCEDENTES (NÚMERO DO PROCESSO:

7

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: (...)

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\).](#)

8

BRASIL. TCESP: Súmula 27. "Em procedimento licitatório, a cumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário do administrador, respeitados os limites objetivos na lei de regência (Deliberação TCA - 29.268/026/05, publicada no DOE de 21 de dezembro de 2005).

9

JACOBY, Jorge Ulisses. Vade-Mécum de Licitações e Contratos. 5. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 571.

1368/006/07, TC 001368/006/07, TC 025074/026/07 E TC 025145/026/07
Órgão Julgador: Pleno, Relator: Conselheiro EDGARD CAMARGO
RODRIGUES, DOE de 13.09.2007).

Nesse sentido, também se decidiu:

“Patrimônio líquido - diferença de capital social - TRF/1ª R. decidiu: “[...] Legítima a exigência contida no edital, de comprovação, pelo licitante, de possuir, patrimônio líquido compatível com o objeto a ser contratado, não tendo a impetrante feito essa comprovação, legal se afigura a sua desclassificação do procedimento licitatório.

2. Não supre a exigência a comprovação, posteriormente à data de apresentação das propostas, de elevação do capital social de empresa, mesmo porque o capital social é apenas um dos integrantes do patrimônio líquido, com este não se confundindo.

“[...] O Capital Social é um dos seis componentes para a formação do Patrimônio Líquido. Logo o primeiro é espécie do segundo gênero. Assim, sendo o aumento de Capital Social não necessariamente representou o aumento do Patrimônio Líquido, pois pode haver no decorrer do mesmo exercício financeiro prejuízo de ordem que haja uma diminuição do patrimônio Líquido, mesmo com o aumento do capital social”¹⁰.

Finalmente, no concernente ao percentual a ser fixado como garantia contratual, isto é, o equivalente a 10% (dez por cento) do valor contratado, tal possibilidade encontra arrimo no artigo 56, § 3º, da Lei Federal 8.666/93, que assim dispõe:

“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.

(...)

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para dez por cento do valor do contrato”.

Desta feita, as justificativas, para tanto, foram devidamente elencadas na cláusula 22.1 ato convocatório.

Não bastasse isso, vale salientar a situação fática vivenciada é excepcional para esta Administração. Ora, por três vezes os serviços do ESF foram contratados de forma direta com a empresa GEMEBI. A primeira em 2012, ante ao abandono pela empresa Confiancce; a segunda em março de 2013, face à suspensão do processo licitatório por ordem judicial e readequação das cláusulas; a última em setembro de 2013, face ao fracasso do certame, em decorrência do declínio da disputa da própria GEMEBI, da não comprovação do índice de liquidez pela GEPRON e pela SEGAMAR.

¹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 6ª T. AMS n.º 34000041980/DF. Processo n.º 2001.34.00.004198-0 - DJ mar. 2003. p. 135.

Assim, a fim de evitar o insucesso da presente licitação a modificação das cláusulas do edital não configuram violação ao princípio da impessoalidade, mas ampliação da possibilidade de vários interessados disputarem o certame. Pois, recomenda-se à Administração antes de efetivar nova contratação direta, “examinar se a causa da ausência de interessados na licitação anterior residia na fixação de regras inadequadas” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo : Dialética, 2012, p. 351).

Isto é, deve ser verificado se alguma das especificações do objeto ou das cláusulas do futuro contrato esteja afastando possíveis interessados.

Nesse sentido, as modificações foram justificadas, nada havendo para ser alterado.

4 - ITEM 9.1.1

A aplicação deste item no certame não se refere apenas à diminuição dos valores na etapa de lances, mas o oferecimento pelas licitantes de benesses, gratificações ou vantagens indevidas, tendo por base proposta de licitante concorrente.

5 – DA SUPOSTA “INCOMPATIBILIDADE” DO VALOR ESTIMADO PARA CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS PARA EXECUÇÃO DO PROGRAMA ESF, COM BASE EM COTAÇÃO COM ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR.

Outrossim, sendo possível a participação daquelas entidades debatidas no item 1 do presente parecer, no certame, nada há para ser imputado quanto à obtenção de valores por elas fornecidos, isso para composição da estimativa de custos do certame.

É cediço que a Administração Pública tem o dever de estimar corretamente seus desembolsos futuros, adequando-se rigidamente aos termos orçamentários. Tanto assim, que se a Administração estimava um certo montante e, no curso da licitação, verificar que a melhor proposta supera o limite para a modalidade, a licitação deverá ser anulada, sob pena de infringência aos requisitos orçamentários e às determinações do art. 7, parágrafo 2º, incs. II¹¹, da

Lei Federal n.º 8.666/93.

Anote-se que o Tribunal de Contas da União, em cartilha orientativa disponível gratuitamente na internet¹², explica que **preço estimado** é um dos parâmetros de que dispõe a Administração para julgar licitações e efetivar contratações. Deve refletir o preço de mercado, levando em consideração todos os fatores que influenciam na formação dos custos. Já o **preço unitário** é o correspondente a cada unidade licitada e **preço global**, o total da proposta. Referida Corte de Contas esclarece ainda que,

"com referência a obras e serviços, a estimativa será detalhada em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários, ou seja, a estimativa do valor da contratação deve estar disposta sob a forma de orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários. Para efeito de cálculo da despesa, será levado em conta todo o período de vigência do contrato a ser firmado, consideradas ainda eventuais prorrogações previstas para a contratação.

Deve a estimativa ser elaborada com base nos preços colhidos em empresas do ramo pertinente ao objeto licitado, correntes no mercado onde será realizada a licitação, que pode ser local, regional ou nacional. Sempre que possível, devem ser verificados os preços fixados por órgão oficial competente, sistema de registro de preços ou vigentes em outros órgãos¹³.

Em que pese o relevo das assertivas da Impugnante GEMEBI, verifica-se que o processo administrativo licitatório contém informações que permitem aos licitantes a adequada elaboração de suas propostas.

Assim é que o “preço estimado para a contratação” contido no instrumento convocatório na cláusula 1.3 representa a média aritmética dos valores apurados por esta Administração, em consulta às empresas e entidades atuantes no ramo do objeto licitado, sendo uma delas a própria empresa impugnante, tendo sido considerado também, o valor atualmente pago por serviços médicos no contrato emergencial firmado por esta Prefeitura com a empresa GEMEBI, que é de R\$ 575.000,00 (quinhentos e setenta e cinco mil reais) mensais.

De molde que o valor estimado de R\$ 9.766.533,28, não há de ser tomado por irrisório para formulação das propostas, mesmo porque não dispõe a Administração de certas especificidades para apuração de custos unitários que somente a licitante vencedora detém,

¹¹ 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;

¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 86.

¹³ Idem, ibidem.

como, por exemplo, o “custo com veículos utilizados pelas equipes da Estratégia de Saúde da Família” que ficará a cargo da futura contratante.

A propósito, assim estabelece o Edital n.º 20/2.014:

7.12.1 (...)

e)3 Os preços deverão ser apurados à data de sua apresentação, sem inclusão de qualquer encargo financeiro ou previsão inflacionária. Nos preços propostos deverão estar incluídos, além do lucro, todas as despesas e custos relacionados com o fornecimento do objeto da presente licitação, além dos custos relativos às maletas e jalecos dos profissionais;

Em hipóteses como essa, tem inteira aplicação julgado proferido por esta Corte, no TC 781/026/03, relator o E. Conselheiro RENATO MARTINS COSTA, em sessão de 12.02.03:

“A par da controvérsia existente na doutrina e na jurisprudência, e mesmo crendo que ao menos o valor global estimado deva ser divulgado juntamente com o edital, o fato é que o processo que abriga os procedimentos levados a efeito pela Administração é público, dele podendo conhecer os interessados para sanar suas dúvidas. Não há, portanto, sigilo quanto ao valor orçado, havendo, quando muito, omissão sem potencial de restringir a participação de eventuais interessados, já que os mesmos devem compor seus preços não segundo o orçamento da Administração, mas, sim, pelas condições próprias de executarem de forma bem sucedida os serviços. Os efeitos práticos dessa omissão, contudo, em face da ausência de risco iminente de prejuízo aos licitantes e especialmente ao interesse público, estão relevados a segundo plano, remetendo a análise à oportunidade do exame ordinário da contratação”.

No mesmo sentido decidiu a Corte de Contas nos autos TC – 26545/026/05 e TC-26672/026/05, relator o E. Conselheiro FÚLVIO JULIÃO BIAZZI, em sessão de 28-09-05.

É imperioso assinalar que a adoção de uma planilha pela Administração não elimina a autonomia privada na elaboração da proposta. Essa planilha tem efeito vinculante para a Administração, não para o particular. Aliás, segundo escólio de Marçal Justen Filho,

Excluídas certas soluções ou certos itens reputados como essenciais pela Administração, caberá ao particular a autonomia para inovar os termos da planilha de custos.

Isso significa que é perfeitamente possível que o particular atinja à conclusão de que o objeto pode ser executado mediante soluções e custos distintos daqueles estimados pela Administração. Em tal caso, caberá a ele apresentar planilha contendo as próprias projeções. A Administração poderá realizar diligências para verificar a seriedade e a exequibilidade da proposta. Essa autonomia envolve, inclusive, a margem de lucro propiciada pelo empreendimento. É vedado à Administração padronizar referido item, o que colide com a garantia constitucional da livre iniciativa (CF/88, art. 170). Portanto, a Administração pode formular uma estimativa sobre a margem de lucro, mas não lhe é facultado impor como obrigatória a adoção pelo

licitante dessa adoção¹⁴.

Assim, é óbvio que não cabe ao edital estabelecer coeficientes mínimos de produtividade, margens de lucro ou preços máximos de insumos e custos, ficando a cargo dos proponentes licitantes aferir o valor a ser despendido para a execução dos trabalhos.

6 - PAGAMENTO NO DÉCIMO DIA ÚTIL DO MÊS E COMPROVAÇÃO DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FGTS

Na contratação de empresa, entidade do terceiro setor ou cooperativa, deve a Administração precaver-se do risco de pagar duas vezes por um mesmo serviço, exigindo-se, a cada liberação do pagamento pelos serviços contratado, a apresentação do comprovante de quitação da empresa para com as obrigações trabalhistas e previdenciárias, de molde a fazer cumprir a norma dos artigos 67 e 71, que lhe impõe obrigação de fiscalizar os contratos firmados, sob pena de não o fazendo, incidir no disposto nos arts. 82 e 92.

E a previsão de pagamento nos moldes fixados no certame, não prejudica nem implica em violação aos princípios administrativos que regem a licitação. Basta ver o que dispõe o art. 40, XIV, da Lei 8.666/93, a saber:

“Art. 40. (...)

XIV – condições de pagamento, prevendo:

- a) prazo de pagamento, não superior a trinta dias, contados a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela; (...).”

Portanto, executada a prestação dos serviços mensalmente, a Administração pagará os montantes que lhe incumbem. Conforme JUSTEN FILHO, “cabe ao edital dispor sobre o tema, porém o prazo máximo será de trinta dias”. A disciplina nos termos fixados no certame para pagamento, repise-se, visa afastar o descumprimento pela futura contratada de suas responsabilidades quanto ao pagamento dos profissionais que contratar.

E o TCU já decidiu:

“1 – É compatível com a Lei de Licitações a disposição de edital que preveja pagamento do preço ajustado em até trinta dias do adimplemento da obrigação pelo contratado” (Acórdão n. 1.123/2005, 2ª C., rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).

Nesse trilhar, também se afigura legítima a comprovação do quantum recebido, isso decorre da estipulação do Governo Federal a respeito das metas a serem atingidas pelo Município beneficiado por convênio, cujas verbas custeiam em parte, os serviços do programa Estratégia Saúde da Família. Isto é, se a Administração não cumprir os quantitativos preestabelecidos quanto à prestação de tal serviço de saúde, consequentemente não receberá à integralidade daqueles valores, o que por certo acarretará prejuízos ao serviço público, objeto do certame.

7 – MATERIAIS FORNECIDOS

A licitante quando da execução dos serviços, deverá fornecer aos profissionais que contratar apenas: jalecos, crachás e maletas. O edital é claro e não faz menção a qualquer outro insumo necessário para atuação das equipes do ESF.

8 – O ITEM 17.3. - necessidade de exclusão

O item referido, cuja redação estabelece que “Após a rescisão contratual, a Contratada obriga-se a devolver a Contratante imediatamente, após a rescisão contratual, por qualquer motivo sob pena de aplicação das sanções previstas nos artigos 86 e 87 da Lei nº 8.666/93, os dicionários de dados e layout dos arquivos”, deve ser excluído do edital por não guardar correlação com o objeto licitado, com competente retificação e publicação, observadas as disposições do item 2 deste parecer, quando trata da desnecessidade de reabertura de prazos.

9 – DAS PENALIDADES NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO

Prosseguindo, também com relação à pena de suspensão e impedimento de contratar, bem como declaração de inidoneidade, o entendimento firmado por esta Secretaria de Negócios Jurídicos é no sentido de que ela circunscreve-se a Administração licitante, tal como fora publicado. Essa interpretação é corroborada pelo art. 6º, em seus incisos XI e XII, da lei citada, que se destinam a indicar as acepções semânticas em que as palavras são utilizadas no corpo da Lei. A propósito, elas são citadas no seu devido contexto, isso para que não remanesça

qualquer dúvida quanto à limitação da sanção imposta ao âmbito desta Administração.

"Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente; (...)"

Além, disso essa interpretação é consubstanciada pelo Tribunal de Contas da União, no Informativo de Licitações e Contratos nº 139, **Sessões: 5 e 6 de fevereiro de 2013.**

"4. As sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, previstas no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcançam apenas o órgão ou a entidade que as aplicaram.

Representação formulada por empresa apontou supostas irregularidades na condução do Pregão Eletrônico 122/ADCO/SRCO/2012, realizado pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero, que tem por objeto *“a contratação de empresa para prestação de serviços de transporte de cargas e encomendas via aérea e/ou terrestre, em âmbito nacional, no sistema direto e exclusivo (porta-a-porta), para atendimento à Superintendência Regional do Centro-Oeste, aeroportos e grupamentos de navegação aérea (gna's) vinculados”*. A autora da representação apontou possível falta de conformidade entre o comando contido no subitem 3.5.3 do edital do citado pregão, o disposto no art. 7º da Lei 10.520/2002 e os princípios da competitividade. Tal cláusula do edital impedia a participação, na licitação, de empresa apenada com as sanções previstas no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 (suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração) não só pela Infraero, mas também por outros entes da Administração, em qualquer de suas esferas. Em face de tal vedação, a autora estaria impedida de participar desse certame, por ter sido apenada por entidade que não a Infraero. O relator, ao reconhecer a pertinência de suas alegações e endossar o entendimento da unidade técnica, anotou que a citada cláusula *“está em desacordo com o disposto nos arts. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 e 7º da Lei 10.520/2002 e, também, com a jurisprudência do Tribunal, consoante explicitado no Acórdão 3.243/2012 – TCU – Plenário...”*. E também que a extrapolação a outros entes da Administração dos efeitos de sanção somente poderia ocorrer na hipótese prevista no inciso IV do art. 87 da Lei 8.666/1993 (declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública). Em face desse panorama e da iminência de realização do certame, o relator entendeu configurados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e determinou à Infraero, em caráter cautelar, que promova a correção do subitem 3.5.3 do referido edital, a fim de ajustá-lo ao disposto nos referidos comandos normativos, *“no sentido de limitar o impedimento de participar do certame apenas a empresa que se encontrar suspensa de licitar ou contratar com aquela estatal, consoante entendimento constante do Acórdão 3.243/2012 – TCU – Plenário”*. O Plenário do Tribunal endossou essa providência. Precedente mencionado: Acórdão 3.243/2012 – Plenário. **Comunicação de Cautelar, TC-046.782/2012-5, relator Ministro Aroldo Cedraz, 6.2.2013.**

Não se verifica, dessa forma, violação ao art. 7º, da Lei n.10.520/2002.

10 – PUBLICAÇÃO DOS ATOS NA IMPRENSA OFICIAL

Como cediço, os atos praticados por esta Administração são disponibilizados em jornal de grande circulação na região, já que inexistente no Município de Birigui diário local. Não haverá, portanto, qualquer prejuízo aos interessados quanto ao conhecimento dos atos levado a efeito em referido certame, haja vista que serão divulgados na página virtual da Prefeitura, no jornal regional, no Diário Oficial do Estado e da União.

11- DA DESCISÃO:

Diante disso, não acolho os argumentos lançados pela **GEMEBI – GESTÃO MÉDICA DE BIRIGUI LTDA. e INSTITUTO CORPORE PARA O DESENVOLVIMENTO DA QUALIDADE DE VIDA.**, com fulcro na fundamentação acima e julgo IMPROCEDENTE as impugnações ao Edital.

Notifique-se a Impugnante acerca dessa decisão e divulgue-se seu inteiro teor na INTERNET, em atendimento ao princípio da publicidade (37, caput, Constituição Federal).

BERNADETE FERRETE FÁVERO ZEN

Pregoeira Oficial

15 Art. 1º São atividades privativas de advocacia: (...) II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. (...) Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). § 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional. (...) Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia. § 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância. § 2º Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão. Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.