

Nota Técnica nº 001/2019/CGM-AUDI

São Paulo, 21 de fevereiro de 2019.

ASSUNTO: Análise do Edital nº 001/SUB-CL/2019, relativo ao Pregão Eletrônico para contratação de mão-de-obra especializada para manutenção de PABX.

SUMÁRIO EXECUTIVO

1. Em atendimento à Ordem de Serviço nº 025/2019/CGM_AUDI, a presente Nota Técnica apresenta as conclusões da análise do Edital nº 001/SUB-CL/2019, relativo ao Pregão Eletrônico para contratação de mão-de-obra especializada para manutenção de PABX, publicado em 14/02/2019 (Processo Eletrônico SEI nº 6032.2018/0001034-7).
2. O trabalho de auditoria teve como objetivo verificar a adequação e regularidade das cláusulas do referido edital e da minuta do contrato à luz do ordenamento jurídico vigente.
3. Como resultado da análise, foram identificadas as seguintes fragilidades no instrumento convocatório:
 - a) Ilegalidade da exigência contida no item 5.3.2 ó ödó (qualificação técnica) do edital;
 - b) Inadequação quanto à assinatura do edital pela pregoeira; e
 - c) Incoerência no que se refere à redação de cláusulas presentes no edital.
4. Foram elencadas, ainda, recomendações para que se corrijam as vulnerabilidades em momento anterior à abertura da sessão, de modo a sanar as irregularidades apontadas e evitar a ocorrência de problemas futuros, sem prejuízo do prosseguimento da licitação.

INFORMAÇÃO

5. A Subprefeitura Campo Limpo (SUB-CL) publicou, em 14/02/2019, o Edital de Pregão Eletrônico nº 001/SUB-CL/2019, cujo objeto é a contratação de mão-de-obra especializada para manutenção de PABX.
6. Trata-se de licitação de lote único, aberta à ampla concorrência, com julgamento do tipo menor preço global, sem a indicação do preço máximo ou preço de referência.

7. Conforme indicado no preâmbulo do edital, a sessão será aberta, em sistema eletrônico, às 10 horas do dia 26/02/2019.

8. Examinando-se os dispositivos inseridos no ato convocatório, especialmente segundo os parâmetros da legalidade, e considerando, outrossim, a jurisprudência reunida acerca das questões aqui listadas, a Equipe de Auditoria deparou-se com vulnerabilidades tendentes a prejudicar o correto andamento do certame, as quais estão a seguir pormenorizadas.

Ilegalidade da exigência contida no item 5.3.2 ó òdö (qualificação técnica) do edital.

9. O item 5.3.2 do referido edital enumera as exigências de qualificação técnica para habilitação das licitantes. Dentre elas, destaca-se a condição estabelecida no subitem òdö, abaixo transcrito:

òd) Alvará de licença de localização e funcionamento das instalações da empresa, expedido pela Prefeitura do Município onde se localiza a sede da empresa licitante. Caso a empresa possua sede fora do Estado de São Paulo, deverá também apresentar de sua filial no Estado de São Paulo, sede dos serviços.ö

10. Quanto aos critérios para aferição da qualificação técnica dos proponentes, a Lei Federal nº 8.666/93, que institui normas gerais para licitações da Administração Pública, assim dispõe:

òArt. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.ö (Grifo Nosso)

Coordenadoria de Auditoria Geral

Rua Libero Badaró, 293 ó 23º andar ó Edifício Conde Prates ó CEP 01009-900

11. Verifica-se, portanto, que a exigência de alvará de localização e funcionamento para comprovação da qualificação técnica não encontra fundamento na Lei de Licitações, uma vez que o rol estabelecido no artigo 30 da referida lei é taxativo (vide grifo no texto supratranscrito), não sendo cabível a imposição da obrigatoriedade de apresentação de documentos diversos daqueles ali estipulados.

12. De posse da lista restritiva de documentos relativos à qualificação técnica previstos na Lei Federal nº 8.666/93, parece-se que a exigência do alvará, tal como inserida no edital em análise, configura afronta ao princípio da legalidade.

13. Ademais, ao exigir que as licitantes, caso possuam sede em outros estados, apresentem alvará de localização e funcionamento de sua filial no Estado de São Paulo, a unidade instauradora da licitação esbarra em **descabida restrição do caráter competitivo do certame**, posto que impõe uma limitação ó sem embasamento legal ó à participação de proponentes de outras regiões.

14. A inclusão desta condição adicional à habilitação de licitantes, baseada tão somente em sua localização geográfica, resulta, ainda, em tratamento diferenciado e não-isonômico. Com isso, macula-se a regularidade e licitude do dispositivo constante do item 5.3.2 ó òdo do edital.

15. Vale registrar que, caso a referida exigência seja devidamente fundamentada, em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e represente condição comprovadamente essencial à boa execução dos serviços, a fase de habilitação não corresponde ao momento adequado para sua exigência e apresentação.

16. Com efeito, caso relevante para o tipo de serviço a ser prestado, a fixação da obrigatoriedade da posse do alvará como cláusula contratual, a ser fiscalizada e requerida somente da empresa vencedora, após a adjudicação e homologação, seria medida suficiente e razoável para não prejudicar a ampla competição e a busca pela proposta mais vantajosa. Assim, somente com a certeza de ser a adjudicatária, é que a empresa vencedora eventualmente sediada em outro estado deveria mobilizar recursos para constituir nova filial no Estado de São Paulo.

17. Além disso, constata-se que não há relação plausível entre a qualificação e capacidade técnica da licitante e o alvará de localização e funcionamento. Haveria possível nexó caso se tratasse da habilitação jurídica. No entanto, o alvará tampouco está listado no rol taxativo de documentos previstos para a habilitação jurídica dos proponentes conforme a Lei Federal nº 8.666/93.

18. A jurisprudência existente acerca da questão corrobora a ilegalidade da exigência do alvará de localização e funcionamento para habilitação. O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no julgamento da denúncia nº 969444 pela Segunda Câmara, em 27/10/2016, acordou o seguinte

entendimento:

*õO Alvará de Funcionamento, portanto, não está previsto dentre os documentos relativos à regularidade fiscal, explicitados no artigo 29 da Lei de Licitações, nem mesmo dentre os demais documentos previstos para a fase de habilitação (artigos 27 a 31), **razão pela qual considero irregular a exigência editalícia na fase de habilitação**. Tal exigência, além de afrontar a Lei de Licitações, fere o princípio da competitividade e da isonomia, sendo cabível, tão somente, em relação à empresa vencedora da licitação no momento da contratação.õ*

*õA doutrina, aqui representada por Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - 14ª Ed., Editora Dialética, 1010, pag.401 e 423) é unânime em afirmar que o **rol das exigências dos artigos 28 a 31 explicitam todos os itens que podem ser exigidos como forma de regulamentar a habilitação das empresas, não comportando ampliação do rol**:*

–O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos.õ

–Não se admite a ampliação das exigências contidas no artigo 29 da Lei Federal 8.666/1993 especialmente para o fim de exigir a comprovação de débitos de outra ordem, que não os previstos no referido dispositivo legal.õ

õAssim, o alvará de localização não pode ser exigido como forma de comprovação da regularidade fiscal, da mesma forma quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica ou qualificação econômico-financeira, pois afronta o disposto nos artigos 27 a 31 da lei de Licitações, bem como os princípios da competitividade e da isonomia. Tal documento, quando cabível, pode ser exigido somente quando da contratação.õ (Grifos Nossos)

19. Destarte, depreende-se que a regra incluída no item 5.3.2 ó õõ do edital não encontra amparo legal. **Configura, na verdade, afronta ao princípio da isonomia e restringe, indevidamente, a competitividade do certame.**

Inadequação quanto à assinatura do edital pela pregoeira.

Coordenadoria de Auditoria Geral

Rua Libero Badaró, 293 ó 23º andar ó Edifício Conde Prates ó CEP 01009-900

20. Ainda com relação ao ato convocatório, depreende-se, mediante exame do documento, que a responsabilidade de sua elaboração/aprovação teria sido atribuída à pregoeira responsável pela condução do respectivo certame licitatório.

21. Diante do exposto, cumpre apresentar o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) expresso no Acórdão 2389/2006 ó Plenário:

õO pregoeiro não pode ser responsabilizado por eventual irregularidade em editais de licitação, uma vez que a elaboração desse não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas.ö

22. A Lei 10.520/2002, que institui as regras gerais da licitação na modalidade denominada pregão, assim determina:

õArt. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

[...]

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.ö (Grifo Nosso)

23. Do inciso I supratranscrito, extrai-se que cabe, na verdade, à autoridade competente definir as cláusulas do instrumento convocatório, recaindo sobre ela, desse modo, a atribuição de assinar o edital e a responsabilização por eventuais irregularidades nele presentes.

24. Adicionalmente, caso o pregoeiro seja o responsável pela elaboração do edital, manifesta-se uma situação de claro desrespeito ao princípio da segregação de funções, um dos pilares básicos de qualquer sistema de controle a fim de evitar erros e fraudes. Considerando que compete ao pregoeiro, conforme a lei, julgar as propostas e conduzir o certame com base nas normas estabelecidas no ato convocatório, este não pode ser o sujeito responsável justamente pela definição de tais normas.

25. Ressalta-se, por fim, que o edital, lei interna da licitação, corresponde a um ato normativo que objetiva disciplinar o certame. Desta forma, não é atribuição do pregoeiro editar atos normativos, sendo que a competência para elaboração e assinatura do edital é, na realidade, da autoridade competente, consoante à incumbência estabelecida no art. 3º, inciso I da Lei nº 10.520/2002.

Incoerência no que se refere à redação de cláusulas presentes no edital.

26. O item 1.1 do edital em referência assim dispõe:

*õ1.1 ó Constitui objeto deste PREGÃO a Contratação de Mão de Obra especializada para manutenção de PABX a serem prestados nas unidades subordinadas a Subprefeitura Campo Limpo, pelo período de 12 (doze) meses, prorrogáveis **por igual ou superior período**, conforme Especificações do Objeto ó Anexo I.õ (Grifo Nosso)*

27. Por outro lado, a Cláusula Quarta da minuta do contrato anexa ao edital determina que:

*õ4.1. O prazo de prestação dos serviços é de 12 (doze) meses, a contar da data da assinatura do contrato juntamente com a Autorização de Serviços, podendo ser prorrogado, **por igual ou menor período** e nas mesmas condições constantes do ajuste, observado o prazo limite estabelecido no inc. II, do art. 57 da Lei Federal nº 8.666/93.õ (Grifo Nosso)*

28. Identifica-se, com isso, contradição entre os dois dispositivos. Uma vez que a vigência inicial é de 12 (doze) meses, cada prorrogação contratual não poderá superar este prazo, até que se alcance o limite de 60 (sessenta) meses definido no art. 57 da Lei Federal nº 8.666/93.

29. Torna-se imperativo, por conseguinte, corrigir a redação do item 1.1 do edital, de modo a compatibilizá-lo com a regra acertadamente fixada na Cláusula Quarta da minuta do contrato supracitada.

30. No tocante à minuta do contrato, sua Cláusula Décima Quinta apresenta como conteúdo:

õ15. - DISPOSIÇÕES FINAIS

[...]

15.2. - Indicação de preposto/responsável e eventuais encarregados pelos serviços que deverão garantir o seu bom andamento, permanecendo no local do trabalho, em tempo integral, fiscalizando e ministrando a orientação necessária aos executantes dos serviços,

Coordenadoria de Auditoria Geral

Rua Libero Badaró, 293 ó 23º andar ó Edifício Conde Prates ó CEP 01009-900

bem assim, mantendo-se em contato permanente com a Coordenadoria de Administração e Finanças da Subprefeitura.

15.2.1. - Os eventuais encarregados reportar-se-ão sempre ao preposto que se reportara aos responsáveis pela fiscalização da Subprefeitura e deverão tomar as providências pertinentes para que sejam corrigidas as eventuais falhas detectadas;

15.2.2. ó relação nominal dos funcionários que ficarão vinculados à execução deste contrato;

15.2.3. - Documentos já exigíveis por ocasião da habilitação, necessários à contratação, atualizados, caso solicitado pela SUB-CL:

(Relacionar eventuais documentos solicitados)

- a) Inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ);*
- b) Inscrição no Cadastro de Contribuintes Estadual ou Municipal, se houver, relativo à sede da licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;*
- c) Certidão Negativa de Débitos Tributários Mobiliários, relativa ao Município de São Paulo.*

c.1) Na hipótese de não ser cadastrada como contribuinte neste Município de São Paulo, DECLARAÇÃO firmada por seu representante legal ou procurador, sob as penas da Lei, do não cadastramento e de que nada deve à Fazenda deste Município, relativamente aos tributos mobiliários.

d) Certidão Negativa de Débito para com o Sistema de Seguridade Social ó CND;

e) Certificado de Regularidade de Situação para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ó FGTS.

(Se não for a hipótese estes itens poderão ser suprimidos)ö

31. Nota-se, pela leitura, a existência de uma série de incoerências/inconsistências, a saber:

31.1 A redação dos itens, com a ausência de um sujeito na oração, e sem respeitar a lógica

Coordenadoria de Auditoria Geral

Rua Libero Badaró, 293 ó 23º andar ó Edifício Conde Prates ó CEP 01009-900

õsujeito ó verbo ó complementoõ prejudica de forma notória o entendimento daquilo que a unidade pretendeu expressar na cláusula, restando ininteligível seu conteúdo.

31.2 Não é possível compreender se as disposições correspondem a obrigações adicionais da Contratada (as quais deveriam estar na cláusula própria), ou se simplesmente foram incorretamente deslocadas no texto.

31.3 Não há relação lógica entre o estabelecido no item 15.2 e o disposto em seus subitens.

31.4 As frases õ(*Relacionar eventuais documentos solicitados*)õ e õ(*Se não for a hipótese estes itens poderão ser suprimidos*)õ, inseridas no item 15.2.3, evidenciam problemas na elaboração e falha de revisão do documento, pois fazem transparecer que o texto não está inteiramente e corretamente finalizado.

32. Para possibilitar o perfeito entendimento das normas disciplinadas no edital e seus anexos, bem como para prevenir futuros questionamentos e controvérsias durante a execução do contrato, torna-se imprescindível à revisão da referida cláusula.

CONCLUSÃO

33. Diante do exposto, conclui-se que o edital analisado contém, nas condições de habilitação, notadamente no que tange à qualificação técnica, exigência indevida que compromete a aderência do certame aos princípios que lhe são correlatos.

34. Além disso, foram identificadas vulnerabilidades adicionais, de menor criticidade, as quais devem ser igualmente sanadas para garantir a regularidade e a excelência da condução desta ó e das futuras ó licitações da unidade.

35. Com o intuito de viabilizar a retificação das falhas apontadas, a Equipe de Auditoria oferece as seguintes recomendações:

Recomendação 01: Recomenda-se que a SUB-CL remova a condição constante no item 5.3.2 ó õdo do edital, de modo a restabelecer a regularidade das exigências de qualificação técnica, principalmente quanto aos princípios da legalidade, isonomia e ampla competição.

Observação: Caso a referida exigência seja fundamental à boa execução dos serviços, e somente se estiver escorada em justificativa motivada constante dos autos do processo, sugere-se que a SUB-CL opte, então, por inseri-la mediante cláusula contratual, a ser

reivindicada somente após a homologação da licitação, quando da assinatura do ajuste entre as partes.

Recomendação 02: Recomenda-se que futuros editais formulados pela SUB-CL sejam assinados pela autoridade competente, em obediência ao art. 3º, inciso I da Lei nº 10.520/2002 e ao princípio da segregação de funções, de maneira a resguardar o pregoeiro quanto a eventual responsabilização decorrente de atribuições alheias às que lhe foram incumbidas por lei.

Recomendação 03: Recomenda-se que a SUB-CL revise e retifique a redação do item 1.1 do edital e da Cláusula Décima Quinta da minuta do contrato, com o objetivo de possibilitar a total compreensão e adequado entendimento, por todos os interessados, no que se refere ao prazo das prorrogações contratuais e às responsabilidades da Contratada.

Recomendação 04: Tendo em vista a existência de erros manifestos de redação e incoerência nas cláusulas do edital publicado, recomenda-se que a SUB-CL institua procedimento efetivo de revisão de seus editais, abrangendo os aspectos materiais, jurídicos e formais, com o propósito de minimizar a ocorrência de falhas, retrabalho e atrasos no andamento das licitações. É importante mencionar que o procedimento de revisão deve ser planejado e implementado também em conformidade com o preceito da segregação de funções.

36. Finalmente, considerando que o edital já fora publicado, cumpre ressaltar que as modificações enumeradas nas Recomendações 01 e 03 devem ser efetuadas mediante retificação ao documento e, visto que representam alteração nas condições de participação, deve-se recontar o prazo entre a publicação e data agendada para abertura das propostas.