

Brasília, 31 de Agosto de 2018.

PROC/FL 3084
59500.001326/17-12
PROTOCOLO SEDEParecer PR/AJ/RLB n.º: 515 /2018

Assunto: Recurso Administrativo Intertechne Consultores S.A. – Edital Concorrência 03/2018

Processo n° 59500.001287/2018-34

Senhor Chefe da PR/AJ,

Por ocasião do Despacho de fl. 37, retornam os autos para análise dos questionamentos apresentados pela Comissão de Julgamento às fls. 49/52.

Inicialmente, cumpre informar que a análise será realizada apenas no que concerne aos argumentos jurídicos quem envolvam os questionamentos apresentados, não analisando aspectos técnicos e os que se coadunarem com a oportunidade e conveniência da Comissão de Licitação e/ou do administrador, mormente quando da análise de mérito do recurso aviado, ainda pendente.

Questionamento 1

A Comissão requer manifestação jurídica sobre o conceito de proposta mais vantajosa, questionando se apenas o menor preço, se sobrepõe aos demais requisitos para habilitação/classificação da licitante recorrente.

O art. 3º da Lei n.º 8.666/93¹ garante que a licitação, entre outros objetivos, destina-se a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, haja vista que, diante da possibilidade de haver no mercado diversos interessados em firmar contratos com a Administração Pública, este objetivo servirá de parâmetro para a contratação.

Veja-se que o que a Lei dispõe é que a Administração busque sempre a melhor proposta, não havendo qualquer menção expressa a menor preço. Evidente que uma proposta com valor reduzido em relação às outras licitantes, *a priori*, seria a que melhor representaria o interesse público. Destaca-se, todavia, tal pressuposto não reflete a realidade quando o preço ofertado não foi formulado com base nos requisitos impostos pela Administração, hipótese em que o menor preço não equivalerá à melhor proposta.

Destarte, como já salientou a AGU,

¹ 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.

Por melhor proposta deve se entender não somente aquela que oferecer o menor preço, mas também, e principalmente, a que guardar consonância com os requisitos impostos pela Administração como necessários à sua elaboração. Nesse sentido, de nada adianta uma proposta que apresente valor reduzido se, na sua elaboração, não foram obedecidos os critérios previstos expressamente no edital².

Nessa esteia, menor proposta não se confunde com melhor proposta, que é muito mais abrangente e engloba além do aspecto financeiro, outros critérios que possibilitam a avaliação quanto aos aspectos técnicos da obra ou serviço que será contratado.

Convém, de pronto, destacar que o Edital 03/2018³ é do tipo técnica e preço, o que denota que serão considerados fatores relacionados ao preço e à capacidade técnica da licitante que, através deste binômio, deverá demonstrar que sua proposta é a mais vantajosa para a Administração. Desnecessário dizer, outrossim, que a aferição do menor preço não é o único critério a ser levado em consideração para classificação da melhor proposta.

Desse modo, torna-se forçoso concluir que a análise da fase de classificação não deve levar em conta somente o menor preço ofertado, mas também os aspectos técnicos que garantirão a futura execução do objeto a ser contratado, principalmente no presente caso, o qual baseia-se na aquisição de serviços intelectuais pautados em licitação do tipo “técnica e preço”, como asseverou a AGU.

De mais a mais, a questão que envolve a análise do Questionamento 1 não se lastreia, somente, na questão apenas do critério do menor preço, mas perfaz-se acerca da planilha referente ao Detalhamento dos Encargos Sobre Contribuintes Individuais – K1 apresentada pela licitante, ora recorrente, e que não estava prevista no Edital, sendo apresentada apenas para os engenheiros responsáveis pelo desenvolvimento de atividades fim do objeto licitado, conforme se informa à fl. 50.

Com efeito, a controvérsia reside na relação de entre o técnico e a empresa licitante, nos termos do que dispõe o item 4.2.2.3 Qualificação Técnica:

[...]

c) Comprovação de que a licitante possui em seu quadro permanente, na data da entrega da proposta, profissional de nível superior, para atuar como Coordenador Geral do Contrato (P0), detentor de atestados de capacidade técnica expedido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, acompanhadas das respectivas Certidões de Acervo Técnico (CAT) ou documento similar emitidos pelos Conselhos Profissionais competentes, comprovando a execução de serviços similares, conforme alínea “b” deste subitem;

c1) Entende-se, para fins deste Edital, como pertencente ao quadro permanente;

1) O Empregado;

2) O Sócio;

3) O detentor de contrato de prestação de serviço.

c2) A licitante deverá comprovar através da juntada de cópia de: ficha ou livro de registro de empregado ou carteira de trabalho do profissional, que comprove a condição de pertencente ao quadro da licitante, do contrato social, que demonstre a condição de sócio do profissional, ou do contrato de prestação de serviço, celebrado de acordo com a legislação civil comum, ou declaração de contratação futura do profissional detentor do atestado apresentado, desde que acompanhado da anuência deste.

² www.agu.gov.br/page/download/index/id/3115759

³ <http://licitacao.codevasf.gov.br/licitacoes/sede-brasilia-df/concorrenca/editais-publicados-em-2018/edital-03-2018-concorrenca-tecnica-e-preco/>

- c3) quando se tratar de dirigente ou sócio da licitante tal comprovação será através do ato constitutivo;
- c4) No caso de duas ou mais licitantes apresentarem atestados de um mesmo profissional como responsável técnico, como comprovação de qualificação técnica, ambas serão inabilitadas.
- c5) O profissional indicado deverá apresentar uma declaração aceitando participar dos serviços, obrigatoriamente como coordenador-geral, admitindo-se sua substituição por profissional de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Codevasf.

Vê-se, então, que se admite como pertencente ao quadro permanente o empregado, o sócio e o prestador de serviço, mediante contrato específico, nos termos do Edital.

É esse, inclusive, o entendimento da melhor doutrina, sobre a abrangência do que se entende como “quadro permanente”:

Não é possível, enfim, transformar a exigência de qualificação técnico-profissional em uma oportunidade para garantir ‘emprego’ para certos profissionais. Não se pode conceder que as empresas sejam obrigadas a contratar, sob vínculo empregatício, alguns profissionais apenas para participar de licitação. A interpretação ampliativa e rigorosa da exigência de vínculo trabalhista se configura como uma modalidade de distorção: o fundamental, para a Administração Pública, é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus trabalhos por ocasião do futuro contrato. É inútil, para ela, que os licitantes mantenham profissionais de alta qualificação empregados apenas para participar da licitação.

Aliás, essa é a interpretação que se extrai do próprio art. 30, quando estabelece que as exigências acerca de pessoal qualificado devem reputar-se atendidas mediante mera declaração de disponibilidade apresentada pelo licitante. Como justificar entendimento diverso a propósito de profissionais de maior experiência? Não se afigura existente alguma resposta satisfatória para tal indagação⁴.

Pari passu, a jurisprudência pacífica do Tribunal de Contas da União:

[...] o profissional esteja em condições de desempenhar seus trabalhos de forma efetiva no momento da execução contratual. Sendo assim, o contrato de prestação de serviços regido pela legislação civil comum se revela suficiente para a Administração Pública.
Acórdão n.º 1898/2011

É desnecessário, para comprovação da capacitação técnico-profissional, que o empregado possua vínculo empregatício, por meio de Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS assinada, sendo suficiente prova da existência de contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum, tratada no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993.
Acórdão 103/2009 Plenário

Assim, a questão que deve ser analisada não é a planilha apresentada fora dos documentos exigidos pela licitação, mas se a capacidade técnica da licitante atende aos critérios previstos no certame, haja vista que, **aparentemente**, a planilha em desacordo com edital referia-se aos profissionais pertencentes ao quadro permanente mediante sistema de contratação diverso da CLT, mas juridicamente possível e dentro das hipóteses previstas em edital.

Ressalta-se que, na Comunicação Externa à fl. 25, respondendo aos Esclarecimentos da licitante, ora recorrente, afirmou-se que “é exigido comprovação do coordenador geral como integrante do quadro permanente”, conceito que engloba o que foi acima explanado.

⁴ JUSTEN FILHO, M. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11º Ed, São Paulo: Dialética, 2005, pgs. 332/333.

Questionamento 2

Com base no que foi acima exposto em relação ao Questionamento 1, a Comissão de Julgamento deverá analisar o recurso aviado e adotar o entendimento que entender cabível, dentro de sua autonomia técnica de avaliação e julgamento. Reclassificando a empresa, os procedimentos seguintes poderão ser esclarecidos mediante Secretaria de Licitações – PR/SL.

Questionamento 3

A matéria referente ao questionamento 3 encontra-se analisada quando da manifestação do Questionamento 1.

Ante o exposto, smj, entendemos como juridicamente analisados o todos os Questionamentos apresentados pela Comissão de Julgamento às fls. 49/52.

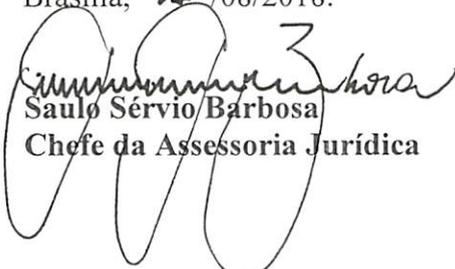
É o parecer, que encaminho para superior análise.


Renila Lacerda Bragagnoli
Chefe da PR/AJ/UAA

Encontro-me de acordo com o parecer supra por seus próprios fundamentos.

Ao **Presidente da Comissão de Julgamento Edital 03/2018 (AD/GEP/UEB)**, para os devidos fins.

Brasília, ~~31~~ 31 /08/2018.


Saulo Sérgio Barbosa
Chefe da Assessoria Jurídica

Brasília, 26 de Setembro de 2018.

PARECER PR/AJ/JSL Nº 575 /2018
Processo nº 59500.001287/2018-34
Assunto: Recurso Administrativo - Edital nº 03/2018

PROC/FL 3089
59500.001287/17-12
PROTOCOLO-SEDE

Senhor Chefe,

Em atenção aos questionamentos do parecer da Comissão Técnica de Julgamento (fls.56/57) acerca do recurso administrativo, interposto pela empresa Intertechne Consultores S.A., ao edital nº 03/2018, na modalidade de Concorrência do tipo melhor técnica e preço, segue manifestação.

Cumprir informar que a análise dos questionamentos será realizada apenas no que concerne aos argumentos jurídicos, não analisando aspectos técnicos e os que coadunarem com a oportunidade e conveniência da Comissão de Licitação e/ou do administrador, inclusive a análise do mérito recursal.

Questionamento 1

O requerimento da Comissão para o pronunciamento desta Assessoria Jurídica é se o caso em tela se caracteriza em uma subcontratação de terceiros para a realização das atividades fins da licitação, uma vez que a lei proíbe essa hipótese.

Introduzimos a análise com o conceito de subcontratação de terceiros sob a ótica do Tribunal de Contas da União¹, entendendo-se que a subcontratação consiste na entrega de parte de fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço a terceiro, estranho ao contrato, para que execute em nome do contratado item, etapa ou parcela do objeto avençado.

Ressaltamos, portanto, o entendimento do aludido Doutrinador Justen Filho²:

“Não se caracterizará subcontratação quando a prestação for executada diretamente pelo contratado, ainda que necessite recorrer a terceiros para obter os elementos necessários.”

“A questão da subcontratação adquire outros contornos quando a execução da prestação envolver objeto complexo, não produzido integralmente por uma única empresa.”

Há de se entender que a subcontratação se caracteriza pela delegação à outra empresa para prestação de determinado serviço, ou seja, trata-se da contratação de uma

¹ Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU, 4. ed. Brasília: TCU, 2010

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13ª edição, São Paulo: Dialética, 2009, pág.: 791.



pessoa jurídica para essa realização, pois terá de apresentar requisitos de habilitação e qualificação técnica na parte que lhe couber, tal que a pessoa jurídica licitante. Dessa forma, analisando o caso em tela, a priori estamos diante de pessoas físicas, as quais se encaixariam num dos polos de uma relação de trabalho, no âmbito do Direito Privado, desclassificando, portanto, a subcontratação.

Observa Marques Neto:³

“Não há a possibilidade de uma empresa executar, por si e pelos seus empregados, todas as etapas do processo produtivo demandadas para execução de um complexo objeto contratual”.

O doutrinador explana no sentido de que dependendo da complexidade do objeto da licitação, é natural que haja subcontratações de empresas, caso permitido na licitação, ou até mesmo a contratação de pessoal diverso de seus próprios empregados, para a execução dos serviços.

Entendemos, porém, que as atividades principais da obra, seu núcleo, não devem ser subcontratadas. De todo modo, devem ser realizadas por pessoas físicas, cujas relações de trabalho com a contratada refogem à ingerência da administração, na relação administrativa estabelecida através da licitação e posterior contratação.

Salientamos ainda que a Administração não deve interferir no quadro de pessoal das licitantes, uma vez que a modalidade de contratação feita pela empresa não está atrelada ao interesse público. Agora, se a escolha por uma determinada forma de relação de trabalho vai onerar a proposta da licitante, é um risco que ela assume, no caso de um eventual não oferecimento da melhor proposta.

Nesse sentido, pondera Justen Filho⁴:

“A atividade administrativa do Estado rege-se pelo princípio da impessoalidade, o que significa que as características pessoais do particular contratado não se configuram com fator relevante para a contratação”. [...]

“Portanto, e em tese, o que interessa a Administração é o recebimento da prestação ofertada na proposta vencedora. A identidade do executante até pode ser irrelevante, desde que o contratado se responsabilize pela perfeição do adimplemento”.

O denominado autônomo, de fato, não tem vínculos empregatícios, porém é reconhecido como um polo numa relação de trabalho, onde não recebe um salário fixo, mas sim uma remuneração específica e previamente estabelecida por um contrato de prestação

³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A admissão de atestados de subcontratada nomeada nas licitações para concessão de serviços públicos. Boletim de Licitações e Contratos – BLC. Ano XX, nº 2, Fev-2007, São Paulo: NDJ, 2007, pág.: 122-128.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15ª edição, São Paulo: Dialética, 2009, pág.944.

de serviços por prazo determinado, respeitando-se os preços de mercado, para aceitação em licitações.

Remetemos ao item 15.3.2.5, b do Termo de Referência que ressalva a hipótese dos prestadores de serviços em caráter eventual, não contendo relação de emprego na licitação.

“demonstrar os percentuais dos encargos sociais básicos previstos em Lei. Os grupos de encargos que recebem incidência e reincidência dos encargos básicos devem ser corretamente definidos. Aos segurados contribuintes individuais que prestam serviços em caráter eventual, sem relação de emprego, considerar 20% (vinte por cento) sobre o total da remuneração e 15% (quinze por cento) relativamente a serviços prestados por intermédio de cooperativas de trabalho, de acordo com o que dispõe a Lei 9.876, de 26 de novembro de 1999;”

Ainda sim, relembramos que a recorrente realizou um questionamento, mediante a Comunicação Externa 35/2018, no que tange ao mesmo assunto deste parecer, o qual foi esclarecido pela Secretaria de Licitações. Ressaltamos o seguinte fragmento da resposta:

“A exigência de comprovação de integração dos demais membros da equipe no quadro permanente da licitante não se justifica, pois cabe a ela determinar a melhor forma de contratação do regime de trabalho de sua equipe”.

Portanto, há de se concluir que, no presente caso específico, não está caracterizada a subcontratação de terceiros, pelos demais motivos expostos acima.

Questionamento 2

O Segundo questionamento foi referente à possível violação ao princípio da isonomia no procedimento licitatório em tela, mais precisamente se a classificação da recorrente no certame não incorreria em afronta desse princípio.

Neste caso, esta Assessoria Jurídica não tem conhecimentos técnicos nem competência para analisar se tal planilha acarreta algum tipo de desigualdade àqueles citados no Edital, ou seja, não se sabe, de certo, se a planilha da contratada foi um fator relevante para ensejo de desigualdade em relação às planilhas das demais licitantes.

Portanto, remetemos esta análise específica para a área técnica competente, para que esclareça se as planilhas deverão ser aceitas ou não. Diante disso, orientamos, portanto, que seja seguida a opinião técnica, pois se, de fato, houve alguma distinção das planilhas de modo a comprometer a classificação da proposta da licitante por desrespeito ao edital, de certo, isso acarreta uma violação ao princípio da isonomia, caso contrário, não há de se falar em afronta ao princípio referido.

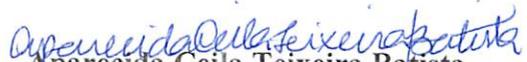


MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL
Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – CODEVASF
PR/Assessoria Jurídica

ANTE O EXPOSTO, mediante todas as razões supra citadas e abstendo de analisar os critérios técnicos, de conveniência e de oportunidade, damos por analisados no âmbito jurídico os questionamentos propostos pela Comissão de Julgamento, devendo-se remeter o processo ao responsável pela elaboração da planilha da licitação, para resposta ao Questionamento 2.

É o parecer, *sub examine*.


Julye da Silva Lino
Esfagiária de Direito


Aparecida Ceila Teixeira Batista
Chefe Substituta da PR/AJ/UAA

Encontro-me de acordo com o parecer supra pelos seus próprios fundamentos.

Em 26 /09/2018.

À Comissão de Julgamento Edital 03/2018 para os devidos fins.


Saulo Sérgio Barbosa
Chefe da Assessoria Jurídica

ADJES - 03/2018
Em 27/09/2018
AS 08:29
CODEVASF

Brasília, 17 de Outubro de 2018.

PARECER PR/AJ/JSL N° 636/2018
Processo n° 59500.001294/2018-36
Assunto: Recurso Administrativo - Edital n° 03/2018

PROC/FL 3201
59500.001294/17-12
PROTOCOLO-SEDE

Senhor Chefe,

Em atenção aos questionamentos presentes na Nota Técnica da Comissão de Julgamento (fl.46) acerca do recurso administrativo, interposto pelo Consórcio Themag/Tractebel, ao edital n° 03/2018, na modalidade de Concorrência do tipo melhor técnica e preço, segue manifestação.

Cumprir informar que a análise dos questionamentos será realizada apenas no que concerne aos argumentos jurídicos, não analisando aspectos técnicos e os que se coadunarem com a oportunidade e conveniência da Comissão de Licitação.

Esclarecemos que os princípios do contraditório e da ampla defesa foram observados, conforme solicitação anterior nos autos. Com contrarrazões devidamente apresentadas às fls. 58/77, portanto, de maneira técnica processual o processo encontra-se válido, não havendo nulidades que o macule.

O requerimento da Comissão para o pronunciamento desta Assessoria Jurídica é sobre a ambiguidade da Certidão Negativa de Licitantes Inidôneos da Empresa Engevix Engenharia e Projetos S.A e o Acórdão do TCU de n° 2135/2018 onde declara a inidoneidade da mesma.

Explanamos que, tal decisão só terá eficácia plena após seu trânsito em julgado, ou seja, quando já se esgotaram as possibilidades para recorrer, quando tiverem transcorridos os prazos para interposição de recursos, ou mesmo quando a matéria a ser analisada já se exauriu. Dessa forma, trazendo ao caso concreto, observa-se que neste processo ainda não houve o trânsito em julgado, pois de acordo com o seu andamento e com os documentos juntados que comprovam, de fato, que foi interposto o recurso “Pedido de Reexame”, ao Acórdão suso referido do Tribunal de Contas da União.

Há a possibilidade também de a decisão ser executada antes do trânsito em julgado, esta ocorre quando o recurso interposto pela parte não tiver efeito suspensivo.

Referente ao recurso interposto, o Pedido de Reexame se encontra na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União n° 8.443/1992 em seu artigo 48, dispondo taxativamente que tal recurso possui efeito suspensivo, ou seja, a decisão não pode ser considerada definitiva até seu trânsito em julgado.

Por conta deste fato, o nome da empresa não consta na certidão de Inidoneidade de Licitantes, motivo de tal ambiguidade, uma vez que o Acórdão dos Ministros do TCU ainda não pode ser considerado absoluto, não podendo ser concretizado de imediato devido ao efeito suspensivo do recurso.

Deste modo, entende-se que a empresa não está impedida de licitar com a Administração Pública, até que qualquer decisão definitiva do Tribunal de Contas da União a impeça. Contudo, recomenda-se que sejam observadas constantemente as certidões da empresa relevantes para o certame, inclusive as do TCU, a fim de que somente possa dar prosseguimento aos procedimentos licitatórios caso a empresa continue idônea.

ANTE O EXPOSTO, conclui-se que pela ótica jurídica, neste momento, a empresa não têm motivos para ser desclassificada, inabilitada ou obstada sua contratação, caso a mesma tenha preenchido todos os requisitos de habilitação e proposta. Mediante todas as razões supra citadas e abstando de analisar os critérios técnicos, de conveniência e de oportunidade, damos por analisados no âmbito jurídico o questionamento proposto pela Comissão de Julgamento.

É o parecer, *sub examine*.


Jalye da Silva Lino
Estagiária de Direito


Renila Lacerda Bragagnoli
Chefe da PR/AJ/UAA

Encontro-me de acordo com o parecer supra pelos seus próprios fundamentos.

Em 17/10/2018.

À Comissão de Julgamento Edital 03/2018 para os devidos fins.


Saulo Sérgio Barbosa
Chefe da Assessoria Jurídica