

Domingos Martins-ES, 28 de Dezembro de 2022.

À
Prefeitura Municipal de Iúna/ES
Pregão Presencial nº 071/2022

Assunto: Questionamento

Como é sabido, a elaboração do edital subordina-se a regras vinculantes previstas em lei, somadas ao exercício de escolhas discricionárias da Administração Pública. Assim, todas as vezes que analisamos um edital, podemos nos deparar com vícios tanto de natureza vinculada como de natureza discricionária.

Após análise do edital, na modalidade Pregão Presencial nº 071/2022, apresentamos questionamento acerca dos seguintes itens:

Questionamento 1

Ao analisar o referido edital, não identificamos o índice de reajuste do referido contrato.

Vejamos o que diz a Lei:

Na lei 8.666, de 1993, o reajuste dos contratos administrativos, e a admissão da adoção de índice específico ou setorial, tem previsão nos artigos 40, XI, e 55 de teor seguinte:

*Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, **obrigatoriamente**, o seguinte:*

(...)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou

do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:(...)

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

O reajuste de contratos administrativos firmados pela Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é regido pelas disposições da Lei 10.192, de 2001 e, no que com ela não conflitam, com as disposições da Lei 8.666.93. Confirma-se, a propósito, o inteiro teor do art. 3º, caput, da Lei 10.192/2001:

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitam, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

O reajuste dos preços praticados no contrato administrativo é convencionado entre os contratantes no propósito de evitar que venha a se romper o equilíbrio financeiro do ajuste em razão da elevação dos custos decorrentes da mão de obra ou de insumos utilizados no contrato.

Considerando as informações citadas acima, o item das condições de reajustamento para este objeto poderia ser como o exemplo abaixo:

“O contrato oriundo desta licitação vigorará por 12 (doze) meses, a contar da data de sua assinatura, podendo ser prorrogado, nos termos do Inciso IV, do Artigo 57, da Lei nº 8.666/93 e suas atualizações, podendo seu valor ser reajustado automaticamente a cada 12 (doze) meses pelo Índice do IGP-M – FGV.”

Sendo assim, questiona-se: As condições de reajustamento, bem como a informação de qual índice deverá ser considerado no momento da renovação, serão retificadas na Minuta de Contrato?

Ainda ao analisar o referido edital, verificamos no modelo da minuta do contrato a seguinte exigência como condição para realização do pagamento pelos serviços prestados:

02) CLÁUSULA SEGUNDA – DO VALOR E CONDIÇÕES DE PAGAMENTO:

2.2.2. Apresentar ainda, declaração informando que todos possuem CTPS devidamente assinada, juntamente com relação dos funcionários vinculados ao contrato, com comprovação de recolhimento dos encargos, como GFIP e/ou SEFIP.

Como é sabido, a elaboração do edital subordina-se a regras vinculantes previstas em lei, somadas ao exercício de escolhas discricionárias da Administração Pública licitante. Assim, todas as vezes que analisamos um edital, podemos nos deparar com vícios tanto de natureza vinculada como de natureza discricionária.

No caso presente, podemos observar que o edital apresenta vício de competência vinculada, residindo este na exigência de que o futuro contratado apresente a comprovação de recolhimento dos encargos GFIP e/ou SEFIP, como condição para realização do pagamento.

Tal exigência é desnecessária, dispensável, desproporcional e pode causar a exclusão prematura e injusta de inúmeros licitantes do certame.

No que diz respeito a inclusão de condição capaz de restringir ou frustrar o caráter competitivo da licitação, vejamos o que vem decidindo o Tribunal de Contas da União – TCU:

Abstenha-se de incluir em instrumentos convocatórios exigências não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em observância ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e em atendimento aos dispositivos legais que vedam cláusulas editalícias restritivas da competitividade, em especial o art. 3º, § 1º, inciso I, o art. 30, § 1º, inciso I, e § 5º, da Lei nº 8.666/1993. (TCU - Acórdão 1312/2008 Plenário).

Evite estabelecer cláusula ou condição capazes de comprometer, restringir ou frustrar indevidamente o caráter competitivo do certame quando do estabelecimento dos requisitos de

capacidade técnico-operacional, conforme art. 30 da Lei nº 8.666/1993.(TCU - Acórdão 890/2008 Plenário).

Tal exigência viola o princípio da igualdade porque proporciona evidente vantagem a poucos e determinados licitantes e obrigação desproporcional e dispensável a outros.

A exclusão do certame de todos estes potenciais vencedores, que poderiam perfeitamente executar as atividades enumeradas no objeto da licitação, com qualidade e eficiência, em nada se identifica com os interesses da Administração.

Ao revés, deseja a Administração Pública o maior número de competidores disputando o menor preço, para, só assim, auferir a proposta mais vantajosa.

Ciente dos perigos da violação do princípio da igualdade também para o interesse público, houve por bem o legislador pátrio positivar o dever para o agente público de não proporcionar, nos atos convocatórios, preferências e distinções a uns ou a outros licitantes.

O artigo 3º, §1º, da Lei Federal nº 8666/93 dispõe que:

Artigo 3º, §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 n. 8.248 de 23 de outubro de 1991. (grifamos)

O dispositivo legal transcrito acima positiva o princípio da competitividade. Este princípio implementa o princípio da igualdade ao vedar ao administrador público estabelecer regras ou condições no ato convocatório do certame que, por serem dispensáveis ou desproporcionais acabem por excluir potenciais competidores, comprometendo, restringindo ou frustrando o seu caráter competitivo.

É a competição que proporciona a obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração. E para que esse objetivo seja alcançado, é indispensável oportunizar o acesso à competição do maior número possível de licitantes competidores.

Tamanha é a preocupação do legislador em garantir a competitividade dos procedimentos licitatórios que tipificou como crime a referida conduta no artigo 337-F do Código Penal Brasileiro quando, evidentemente, praticada com dolo especial, senão vejamos:

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Em todos os casos, por ser imposição legal, ao tomar conhecimento de cláusula editalícia impertinente ou irrelevante capaz de comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame, o administrador público, no exercício do seu poder-dever de autotutela, deverá retificar o ato convocatório a fim de excluir as cláusulas eivadas de vício de legalidade, sob pena de manutenção de sua nulidade.

Sendo assim, questiona-se: A Administração equivocou-se ao exigir do futuro contratado as guias de recolhimentos de encargos GFIP e/ou SEFIP como condição para realização do pagamento pelos serviços prestados? O edital será retificado a fim de excluir tal exigência constante no item 2.2.2 da Minuta do Contrato?

Ressaltamos que tais informações são indispensável à elaboração de nossa proposta. Desta feita, solicitamos receber a resposta o mais breve possível, dada urgência que o caso requer.

Dados para contato:

Fax: 27-3268 3123

e-mail: licitacao@el.com.br

Sem mais agradecemos.

À disposição para maiores esclarecimentos,

Ester Kohler Ludovico

Divisão de Licitação e Contratos

E&L Produções de Software Ltda



SECRETARIA DE GESTÃO, PLANEJAMENTO E FINANÇAS
SECRETARIA DE GESTÃO



Iúna-ES, 04 de janeiro de 2023.

Processo nº: 2962/2022

Detalhamento: Contratação de empresa para fornecimento de sistemas informatizados de gestão pública integrada.

DESPACHO

Trata-se de questionamento realizado pela empresa EeL Produções de Software LTDA, ao edital do Pregão nº 071/2022, acima especificado.

No questionamento 1, a empresa indaga se as condições de reajuste serão retificadas na minuta de contrato.

No questionamento 2, a empresa indaga se a exigência de recolhimento dos encargos como GFIP e/ou SEFIP serão mantidos no edital.

Quanto à questão do reajuste econômico, em detida análise à minuta de edital, bem como ao termo de referência, verifica-se não constar. Nos termos do art. 40, XI e 55 da Lei 8.666/93, o edital deverá constar, obrigatoriamente, o índice de reajuste caso haja prorrogação da vigência do contrato, por um período superior a doze meses, o contrato será reajustado pelo índice IGP-M, IPCA ou por outro índice oficial que mais lhe convenha.



SECRETARIA DE GESTÃO, PLANEJAMENTO E FINANÇAS
SECRETARIA DE GESTÃO



Quanto ao segundo questionamento, tal exigência não frustra o caráter competitivo da licitação, razão pela qual devem ser mantidas na íntegra as cláusulas que fazem tal exigência.

Posto isto, acrescente-se ao edital, item contendo o índice e condições de reajuste, nos termos do art. 40, XI e 55 da Lei 8.666/93.

Mantenha-se na íntegra os demais itens do edital e do termo de referência.

Considerando que a inclusão acima não irá interferir no teor do edital, continue com a data prevista para o pregão.


WALDREM MARCELO DE OLIVEIRA

Secretário Municipal de Gestão, Planejamento e Finanças