

Pelotas, 05 de julho de 2018

Ofício nº 011/2018

Senhor

PAULO MORALES

Secretário Municipal de Planejamento

Secretaria Municipal de Planejamento e Gestão

Avenida Ferreira Viana, 1135 / Praça Coronel Pedro Osório, 101.

Pelotas/RS

E-mail: seplag@pelotas.rs.gov.br / secretaria.planejamento2017@gmail.com

Referência: Licitação. Concorrência Pública 02/2018.

Senhor secretário,

O Observatório Social de Pelotas, juntamente com o Observatório Social do Brasil e a Transparência Brasil, instituições parceiras no projeto Obra Transparente, no âmbito do qual temos realizado atividades de monitoramento de obras financiadas pelo FNDE em Pelotas, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, requerer a **SUSPENSÃO DA LICITAÇÃO CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 02/2018** para que as seguintes irregularidades sejam sanadas:

I – Irregularidades

a) Definição do objeto reunindo a contratação das 3 obras num único item – ausência de motivação.

Conforme consta do Edital Concorrência 02/2018 (item 3), a presente licitação abarcou em um único item 3 (três) unidades escolares no município de Pelotas/RS, quais sejam: EMEI Sanga Funda; EMEI Vila Princesa; EMEI Sítio Floresta.

Ocorre que o objeto desta licitação não é compatível com o que determina o §1º do art. 23 da Lei 8.666/93 que ressalta que obras e serviços devem ser

parcelados em tantas etapas quantas técnica e economicamente viáveis, determinação esta, inclusive, disposta na Súmula 247 do TCU:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

O objetivo do §1º do art. 23 da Lei 8.666/93 e da Súmula 247 do TCU é impor o fracionamento como orientação obrigatória a ser seguida pela Administração Pública quando da elaboração dos editais de licitação, tendo como pano de fundo a ampliação da competitividade, aumentando o número de participantes e, conseqüentemente, reduzindo os requisitos de habilitação (os quais serão proporcionais às dimensões dos lotes).

Há de constar que não há qualquer oposição quanto a indivisibilidade de determinados objetos que, se fossem separados, tornariam a execução inviável. O que se verifica, na verdade, é que o objeto da Concorrência nº 02/2018 é plenamente divisível, por se tratar de execução de remanescente de obra de 3 (três) unidades escolares distintas, objeto que poderia ter sido dividido em 3 (três) lotes.

Chama a atenção, também, o item 6.5 do edital Concorrência nº 02/2018, o qual permite a participação de empresas como consorciadas, conforme se vê abaixo:

6.5. É permitida a participação de proponentes em consórcio para prestar os serviços ora licitados. É vedada aos licitantes a participação em mais de um consórcio e a participação em consórcio e isoladamente e, em isso ocorrendo, será inabilitada a proponente e o(s) consórcio(s) em que figura como proponente consorciante. Todos os integrantes do consórcio deverão apresentar os documentos de habilitação exigidos, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômicofinanceira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, conforme estabelece o inciso II, art. 33 da Lei 8.666/93.

Ante a redação do item referido, a pergunta que se faz é a seguinte: qual a finalidade de se reunir todas as obras em um único objeto, reduzindo, assim, a competitividade, e logo em seguida permitir participação em consórcio? Não seria mais consentâneo com o interesse público e o princípio da competitividade permitir a participação isolada de empresas, possibilitando a disputa e o confronto entre os licitantes, possibilitando que a administração visualize a proposta mais vantajosa?

A regra no ordenamento jurídico é a divisão do objeto da licitação, sem desconsiderar a possibilidade de a administração demonstrar que a reunião de todas as obras em um único item é econômica e tecnicamente mais viável, concretizando o postulado do princípio da eficiência e economicidade, **no entanto o processo licitatório em questão não trouxe qualquer parecer técnico ou jurídico que justificasse a aglutinação das 3 (três) obras em um único objeto.**

Vale lembrar que, de acordo com a teoria dos motivos determinantes, um ato apenas pode ser considerado válido quando os motivos nele manifestos correspondam a existência concreta dos fatos que fundamentaram sua edição. Portanto, conforme se percebe do presente edital e processo licitatório, a reunião de 3 (três) obras em um único objeto, desacompanhada de laudo técnico, pareceres, informações, relatórios fundamentando exaustivamente os motivos que determinaram sua prática, ocasionou a **invalidação do ato** exarado pela Secretaria de Planejamento e Gestão do Município de Pelotas.

É oportuno aqui recordar as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello¹, ao discorrer sobre o princípio da motivação:

Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo. (grifo nosso)

¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 30ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 115

No mesmo sentido ensina Marçal²:

Todo procedimento será concluído por uma decisão, que retrata o exercício de uma competência própria da autoridade administrativa. A titularidade da competência para decidir não autoriza, no entanto, proferir decisões imotivadas. É nula a decisão fundada simplesmente no argumento da titularidade da competência. É juridicamente inválida a decisão aos moldes de "cabe a mim decidir, portanto eu decido a favor de (...)". Toda e qualquer decisão administrativa deve ser acompanhada de um "porquê" claramente indicado. (grifo nosso)

Sendo assim, em tese, o ato que deu azo a aglutinação de 3 (três) obras em um único objeto é inválido por ausência de motivo. Requer-se, portanto, que a Secretaria de Planejamento e Gestão do Município de Pelotas traga o parecer técnico (financeiro/engenharia) e jurídico que motivou a escolha do objeto do Edital Concorrência 02/2018, caso exista, uma vez não constar do processo licitatório.

b) Numeração confusa dos anexos e da ordem de “interpretação” recomendada.

A partir de análise do edital Concorrência nº. 02/2018, realizada por este Observatório Social, constatou-se que o item 5.10 do edital é confuso em relação à ordem de numeração. Vejamos:

5.10. Os documentos deste processo de licitação devem ser interpretados (na fase licitatória) obedecendo a seguinte ordem de prioridade: (01) Edital; (02) Anexo 03 – Orçamento e Cronograma Físico-Financeiro; (03) Anexo 02 – Especificações Técnicas; (04) Anexo 06: Relatório da Situação Atual das Obras das Escolas; (05) Anexo 07 – Plantas (06) Anexo 05 – Minuta do Contrato; (07) Respostas aos Pedidos de Esclarecimentos (caso aplicável).

De fato, a redação do item supra, que deveria ser clara, é bastante confusa. A citada inconsistência, inclusive, poderá resultar em interpretações diferentes daquelas almejadas pela administração pública. Sobre isso Marçal afirma:

A maioria dos problemas práticos ocorridos em licitações deriva da equivocada elaboração do ato convocatório. Não seria exagero afirmar que os erros na elaboração dos editais constituem-se em fatores muito mais prejudiciais do que as complexidades ou defeitos da Lei 8.666/1993. Se

² Justen Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

esse diploma possui defeitos, eles são potencializados em virtude de editais mal redigidos.

E o autor vai adiante destacando que:

Além disso, é recomendável organizar o edital de moto sistemático, agrupando logicamente os itens pertinentes a cada tema. A ordem de elaboração do edital pode seguir o desenvolvimento estimado do procedimento licitatório.

De igual modo é o entendimento do TCU:

O edital da licitação deve ser claro e objetivo, de modo que se possa, de maneira direta e sem maiores esforços interpretativos, compreender os critérios e as exigências nele postas, conforme expressa disposição da Lei 8.666/1993, que exige a descrição sucinta e clara do objeto da licitação (inc. I, art. 40). Acordão 1.474/2008, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira.

Ademais, muito embora o princípio da vinculação do instrumento convocatório informe que o edital é lei entre as partes e, como tal, vincula tanto a Administração quando os licitantes, o item 5.10 do edital Concorrência nº. 02/2018 não se presta a tal finalidade, em razão da sua confusa redação.

Sendo assim, sugere-se que este item seja reformulado de modo que a ordem de interpretação corresponda à ordem de numeração dos anexos.

c) Estipulação de modalidade de garantia não prevista em lei.

De acordo com o Item 6.12, alínea “a” do edital, as modalidades de garantias exigidas pela Secretaria de Planejamento do Município de Pelotas são as seguintes:

Garantia da proposta, no valor igual a 1% (um por cento) do valor orçado pela Administração para realização da obra com validade de 60 dias, em consonância com o item 7.3 deste Edital, dentre as seguintes modalidades: **cheque administrativo** emitido por instituição financeira, seguro garantia e fiança bancária. (destaque nosso)

Ocorre que, ao excluir a modalidade de garantia dinheiro e título da dívida pública para incluir o cheque administrativo, o edital limitou o poder de escolha do particular, garantia assegurada pela própria lei de licitações em seu artigo 56, §1º

quando diz que “caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia”.

Portanto, em observância ao princípio da competitividade, deve a administração corrigir o edital para incluir todas as modalidades de garantia previstas no art. 56 da Lei 8.666/93, bem como evitar a inclusão de modalidades não previstas em lei.

d) Critério de aceitabilidade de preços.

O item 7.8 do edital Concorrência nº 02/2018 trouxe critérios de aceitabilidade apenas para o preço global, mas não o fez para preços unitários, contrariando orientação sumulada pelo TCU:

Súmula 259 do TCU: Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor. (destaque nosso)

Ademais, a Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitações – LGL), dispõe em seu art. 40, inc. X, que o edital deverá indicar, obrigatoriamente, o critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, conforme o caso. Vejamos:

Art. 40. (...) X - **critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso**, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48.

Assim, percebe-se que, independentemente da forma como se dê o julgamento das propostas, seja pelo valor global ou por lotes, deve-se exigir no edital, em conformidade com o disposto nos arts. 40, inc. X, e 44, §3º, da Lei Geral de Licitações, a apresentação dos **preços unitários que compõem os itens, a fim de que a Administração e o licitante tenham um parâmetro de exequibilidade dos valores apresentados.**

Nesse sentido, a fixação de critérios para que se efetue a análise dos preços unitários apresentados, independentemente de a análise pairar também sobre o menor preço global proposto, é de suma importância, pois, muito embora não enseje nenhuma consequência de imediato, pode determinar variações significativas no tocante ao valor contratado, na hipótese de insurgirem-se alterações quantitativas necessárias a serem feitas.

Interessante mencionar, também, outra decisão emitida pelo TCU, a qual, de forma elucidativa, demonstra a opinião segundo a qual embasou-se a Súmula suprarrelatada:

6. Destaco que o entendimento pacífico nesta Corte de Contas é o de que, ainda que haja compatibilidade do preço global, há que se ter a adequabilidade dos custos unitários de modo a coibir o famigerado "jogo de planilhas". Assim, em licitações para obras e serviços, especialmente, sob o regime de empreitada por preço global, **os Responsáveis pela licitação, ao selecionar a proposta mais vantajosa para Administração, deverão efetuar análise individual dos preços unitários.** Verificada a ocorrência de itens com preços manifestamente superiores aos praticados no mercado, o agente público deve negociar com o licitante vencedor do certame novas bases condizentes com os custos de mercado, envolvidos na formulação dos preços, e com os valores do projeto básico e da planilha de formação de preços. **7. Dessa forma, não releva demonstrar a existência no mercado de proposta mais vantajosa que aquela apresentada no âmbito do pregão sob exame. A verificação da inadequação dos custos unitários é suficiente para macular a proposta do licitante** aceita pela pregoeira, ora Embargante. (TCU Acórdão 93/09 – Plenário – Relator: Ministro Augusto Nardes. DOU: 06/02/09.) (destaque nosso).

Vejamos, mesmo que o critério de julgamento seja o “menor preço” global, a análise dos valores unitários que compõem cada proposta é recomendada de modo a evitar a contratação de uma empresa que tenha apresentado uma proposta global exequível, porém, com preços unitários inexecutáveis ou excessivos, iniciativa que, inclusive, solucionaria a falta de clareza dos itens 8.5 e 8.6 do edital em comento. A inclusão da referida planilha em edital, mesmo que estimada, terá o condão de orientar os licitantes a não incidirem nestas irregularidades que prejudicarão suas propostas.

Nesse contexto, é obrigatória a estipulação de critérios em instrumentos convocatórios, independentemente da modalidade licitatória a ser utilizada, no que

tange à aceitabilidade de preços unitários, quando o objeto consubstanciar-se em itens, os quais por si só, possam remeter à possibilidade/necessidade de posterior alteração contratual-quantitativa, a exemplo de obras e serviços de engenharia, os quais, conforme a já mencionada Súmula 259 do TCU, **submetem-se à obrigatoriedade e não faculdade do gestor no que pertine à estipulação dos referidos critérios.**

e) Prazo de execução contratual desproporcional

Os itens 11.2 e 11.3 do edital Concorrência nº 02/2018, trazem, respectivamente, os seguintes comandos:

11.2. **O prazo de execução do objeto do contrato é de 18 (dezoito) meses**, contados a partir do décimo dia útil do recebimento da respectiva Ordem de Serviço. **Tal prazo poderá ser prorrogado por termo aditivo.**

11.3. **Para execução desta obra** e observação ao Cronograma Físico-Financeiro **será obrigatória a utilização de TRÊS FRENTES de trabalho simultaneamente**; a não utilização caracterizará descumprimento do Contrato. (destaque nosso)

Não é possível visualizar uma justificativa plausível para que a Secretaria de Planejamento e Gestão de Pelotas tenha incluído no edital os 2 itens supracitados, determinando a obrigatoriedade de execução simultânea das três obras em um prazo de 18 (dezoito) meses, em total incompatibilidade com o cronograma padrão do FNDE para esse tipo de projeto, que é de 8 meses (Tipo 2). Além disso, a desnecessidade dos itens em comento evidencia-se pelo fato de as obras já terem sido parcialmente executadas, portanto parece incoerente e desarrazoado definir um prazo de execução tão dilatado (prazo inclusive passível de prorrogação por meio de termo aditivo), e ao mesmo tempo exigir a execução simultânea em três frentes de trabalho.

Além disso, o prazo de 18 (dezoito) meses para a execução das obras com possibilidade de prorrogação via termo aditivo, sem qualquer previsão de multa

moratória em caso de atraso injustificado³, submeteria a conclusão das obras à vontade do contratado, sobrepondo o interesse privado ao público.

Portanto, requer-se à Secretaria de Planejamento e Gestão do Município de Pelotas apresente justificativa para a inclusão dos itens 11.2 e 11.3, ou que reformule o edital da Concorrência nº 02/2018 de modo a prever prazo de execução razoável, evitando atrasos desnecessários para a conclusão das obras.

f) Exigência de experiência em parcela irrelevante do objeto e ausência de objetividade de itens do edital

O item 6.13, alínea “d” do Edital 02/2018 informa que o licitante deve apresentar atestado de capacidade técnica com as seguintes características:

Atestado(s) de capacidade técnico-operacional em nome da empresa, registrado no CREA ou CAU, acompanhado da Certidão de Acervo Técnico (CAT), comprovando a execução de serviço(s) de características semelhantes e de complexidade tecnológica e operacional equivalentes ou superiores ao objeto desta licitação, sendo que as parcelas de maior relevância são:

d.1 – mínimo de 49 metros lineares de estacas de 10 metros de profundidade;

d.2 – mínimo de 42 m³ de estrutura de concreto armado;

d.3 – mínimo de 595 m² de alvenaria;

d.4 – mínimo de 2.520 m² de revestimento de edificação;

d.5 – mínimo de 623 m² de instalações complementares.

Em primeira análise, afigurou-se estranha a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnico que contenha, no mínimo, 49m lineares de estacas de 10m de profundidade. Em vista disso, o OS analisou toda a documentação constante do processo licitatório que instruiu a citada licitação na busca do motivo que ensejou tal exigência, uma vez que o requisito recai sobre parcela irrelevante do objeto. Contudo, não há no processo licitatório justificativa para tanto.

³ A Lei 8.666/93 diz expressamente que deve constar do instrumento convocatório a imposição de multa de mora em caso de atraso injustificado. “**Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.**”

Na planilha orçamentária, por exemplo, consta apenas um item referente à execução de estacas de 10 metros de profundidade, qual seja, o item “Estaca escavada mecanicamente, com 30 cm de diâmetro – Profundidade 10,00m”, que prevê um quantitativo de 70 metros para cada uma das três construções. O valor total desse item é de apenas R\$ 3.091,90 para cada obra, representando meros 0,17% do total orçado para cada obra.

Vale mencionar que o art. 30, inc. II da Lei 8.666/93 informa expressamente que a administração deve limitar-se a exigir atestado de capacidade técnico suficiente para comprovar a **“aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação”**. Ou seja, exigir atestado de capacidade técnica sobre item inexpressivo da planilha orçamentária sem que haja motivação para tanto, além de configurar indevida restrição à liberdade de participação em licitação, é atitude amplamente combatida pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em suas decisões. Vejamos:

É ilegal a exigência de comprovação de capacitação técnico-profissional e técnico-operacional relativamente à execução de serviços de pequena representatividade no cômputo do valor global do objeto licitado (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 e Súmula TCU 263). (Acórdão 2303/2015 - 16/09/2015 – Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO)

As exigências de atributos técnicos inseridas no edital devem ser absolutamente relevantes e proporcionais ao fim que se busca atingir com a realização da licitação, isto é, pertinentes para o específico objeto que se intenta contratar. **Para se legitimar determinada restrição em processo licitatório, deve ser apresentada a devida justificativa técnica e/ou econômica para tal**. (Acórdão 445/2014 - 26/02/2014 - Relator JOSÉ JORGE)

A Administração deve demonstrar no processo de licitação ou no instrumento convocatório a relevância e o valor significativo das parcelas que serão objeto de comprovação de capacidade técnica dos licitantes. (Acórdão 1309/2014 - 21/05/2014 – Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES)

A exigência de comprovação de capacidade técnica para a execução de parcelas de obra, para fins de qualificação técnica de licitante, que não atendem, simultaneamente, aos critérios de maior relevância e valor significativo do objeto, contraria o disposto na Súmula-TCU 263. (Acórdão 3148/2014 - 12/11/2014 – Relator WEDER DE OLIVEIRA)

SÚMULA Nº 263 - TCU: Para a comprovação da capacidade técnico operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Por sua vez, as alíneas d.4 e d.5 do item 6.13 do edital chamam a atenção em razão da falta de clareza de seu conteúdo, ao mencionar, respectivamente, que o atestado de capacidade técnica deverá apresentar o mínimo de 2.520 m² de revestimento de edificação e mínimo de 623 m² de instalações complementares. Ora, de qual tipo de revestimento de edificação e instalações complementares trata-se estas alíneas? Não verdade não há como saber, pois tal avaliação, dado o indeterminismo das alíneas supra, ficará a cargo da administração, o que não é o recomendável, uma vez que o instrumento convocatório (edital) deve ser formado por critérios objetivos, afastando qualquer margem de subjetivismo na análise das propostas apresentadas pelos licitantes, garantindo a isonomia, a impessoalidade e a lisura no trato com a coisa pública.

Ante o exposto, sugere-se que a administração reformule os itens e alíneas supracitadas, ou apresente os motivos que sustentaram tal escolha, uma vez não haver no processo licitatório qualquer menção a eles.

II – Do Pedido

Ante o exposto, requer-se à Secretaria de Planejamento e Gestão da Prefeitura de Pelotas:

- a) que apresente parecer técnico (financeiro/engenharia) e jurídico com os motivos que levaram a aglutinação de 3 (três) obras em um único objeto do Edital Concorrência 02/2018;
- b) reformule o item 5.10 do edital Concorrência nº. 02/2018 buscando corrigir sua confusa redação;

- c) corrija o Item 6.12, alínea “a” do edital para incluir todas as modalidades de garantia previstas no art. 56 da Lei 8.666/93 e excluir modalidades não previstas em lei;
- d) corrija o item 7.8 do edital Concorrência nº 02/2018 para incluir critério de aceitabilidade de preço unitários, e não apenas para o preço global;
- e) apresente os motivos que levaram a inclusão dos itens 11.2 e 11.3 no edital Concorrência nº 02/2018, os quais determinam a obrigatoriedade de execução simultânea das três obras em um prazo de 18 (dezoito) meses;
- f) apresente os motivos que levaram a exigência de experiência em parcela irrelevante do objeto (cf. item 6.13, alínea d.1), e reformule as alíneas d.4 e d.5 buscando sanar a falta de clareza de seu conteúdo.

Para tanto, concede-se o prazo de **20 (vinte) dias**.

É importante frisar que a solicitação destas informações pauta-se no previsto pelo Estatuto Social desta entidade, em seu art. 2, VI, VII e XII, onde respectivamente disserta sobre seus objetivos:

Contribuir, diretamente, para que haja maior transparência na gestão dos recursos públicos, de acordo com o previsto no artigo 5º, incisos XIV e XXXIV; no artigo 37, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988.

Estimular a participação da sociedade civil organizada no processo de avaliação da gestão dos recursos públicos, visando defender e reivindicar a austeridade necessária na sua aplicação, dentro de princípios éticos com vistas à paz e à justiça social.

Apresentar propostas para o desenvolvimento de projetos, atividades, estudos, que contemplem a promoção de mudanças fundamentais e essenciais no processo de gestão dos recursos públicos, principalmente nas áreas de saúde, educação, recursos humanos, licitações, gastos do poder legislativo e assistência social.

Além disso, como é padrão do sistema de controle social do Observatório Social do Brasil, através dos mais de 130 Observatórios Sociais instalados em diversos Estados Brasileiros, na ausência de cumprimento da solicitação por parte da Secretaria de Planejamento da Prefeitura de Pelotas, os fatos serão levados ao conhecimento dos órgãos de controle competentes.

Atenciosamente,

RENATO LUIZ TAVARES DE OLIVEIRA

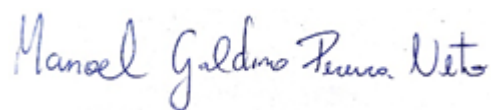
Presidente

Observatório Social do Brasil - Pelotas



NEY DA NÓBREGA RIBAS

Presidente
Observatório Social do Brasil



MANOEL GALDINO PEREIRA NETO

Diretor-Executivo
Transparência Brasil