

PARECER N.º 346/2022/PJ/AAFJ**PROCESSO N.º 3249/2022****ASSUNTO: LICITAÇÃO. PREGÃO.**

Vem ao exame desta Procuradoria Jurídica **expediente** constante nos autos do **PROCESSO LICITATÓRIO N.º 3249/2022**, que tem como objeto a contratação de empresa para os serviços técnicos de laboratório para coleta e análise de água.

Da leitura dos documentos que instruem os autos, depreende-se que:

a) após lançada a licitação na modalidade **PREGÃO PRESENCIAL**, com abertura prevista para 16.08.2022 [fls. 117], a empresa Ecosystem Análises Ambientais;

b) a impugnação foi interposta, via *e-mail*, em 12/08/2022 [fls. 177];

c) a Área requisitante, ao analisar o pedido, resolveu por bem modificar alguns dos itens do Termo de Referência;

d) o Setor de Suprimentos, embasando-se na fundamentação técnica, concluiu pelo acolhimento da Impugnação e, no mérito, pela alteração das exigências estabelecidas no edital [fls. 203/202].

É a síntese do necessário.

A impugnação é o meio pelo qual particulares e licitantes podem provocar a revisão ou a supressão de uma condição prevista no edital, sob o argumento de que ela não respeita a ordem jurídica vigente. É em razão da eventual existência de uma ilegalidade que se justifica a impugnação.

O art. 41 da Lei Federal n.º 8.666/93, aplicado subsidiariamente à licitação na modalidade Pregão por força do artigo 9º da Lei Federal n.º 10.520/02, assim prescreve:

"Art. 41. [...].

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º. Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

[...]”

Nesse sentido, fixou o edital do certame:

“22.1. As impugnações aos termos do presente Edital somente poderão ocorrer em até 02 (dois) dias úteis para a licitante e 05 (cinco) dias úteis para o cidadão interessado, anteriores à data da abertura das propostas, mediante petição escrita, subscrita e com identificação do recorrente a ser enviada para o endereço eletrônico licitacao@semaepiracicaba.sp.gov.br ou protocolizadas no Setor de Protocolo, na sede da Autarquia, de segunda a sexta-feira, exceto feriados, das 08 às 16 horas, ininterruptas, dirigidos ao Senhor Presidente do SEMAE.

Depreende-se que o pedido foi feito em petição escrita, subscrita e com identificação da empresa Impugnante. Ainda, verifica-se que a data de abertura da sessão estava marcada para 16.08.2022, portanto, a **impugnação** interposta por pessoa jurídica em 12.08.2022 a qual, em tese, por ser pessoa jurídica possui condições de participar de licitação, é **TEMPESTIVA**.

Ante o exposto, opinamos pelo seu acolhimento.

Quanto ao mérito, depreende-se que a Impugnante se insurge contra dois aspectos do certame: **i-)** os requisitos relativos à acreditação dos laboratórios, pois, no seu entendimento, a exigência estava restritiva; **ii-)** a fórmula adotada na cláusula de subcontratação.

I-) IMPUGNAÇÃO SOBRE AS NORMAS DE ACREDITAÇÃO DO LABORATÓRIO:

Em apertada síntese, a empresa Impugnante alega incorreção na referência das normativas técnicas que regem a acreditação dos ensaios/laboratórios.

Juridicamente, afirma-se que a interpretação das normas que impõem limitações à participação dos licitantes deve ser restritiva (princípio da interpretação em favor da competitividade da licitação).

Logo, somente se justifica impor exigências de certificação/comprovações que sejam estritamente necessários à execução do contrato, seja por imposição legal ou por imperativo de qualidade mínima do objeto contratual.

No ponto, as exigências impugnadas foram revisadas pela Área requisitante, o que gerou alteração no Termo de Referência.

A questão é técnica e, atendidas as diretrizes ora expostas, não se vislumbram óbices jurídicos para a modificação pretendidas.

II-) IMPUGNAÇÃO SOBRE O TÓPICO DA SUBCONTRATAÇÃO:

A leitura do processo indica que houve a opção, durante a fase de planejamento, pela aglutinação dos itens. Vale dizer, os itens não foram licitados separadamente. Deve-se ter em mira que o expediente objetiva ampliar o campo de incidência dos princípios da competitividade e da economicidade (Súmula 247 do Tribunal de Contas da União).¹

¹ De acordo com o art. 72 c/c o art. 78, VI da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, a subcontratação deve ser tratada como exceção, de tal modo que a jurisprudência do TCU só tem admitido, em regra, a subcontratação parcial e, ainda assim, quando não se mostrar viável sob a ótica técnico-econômica a execução integral do objeto por parte da contratada e desde que tenha havido autorização formal do ente contratante (v.g. Acórdão 1.151/2011 – 2ª Câmara e Acórdão 3.378/2012-Plenário)

Em tese, quando algumas das atividades são aglutinadas para serem licitadas em conjunto, isso poderia implicar em uma potencial restrição da competição. Daí a opção pela permissão da subcontratação.

Fundamentalmente, a Impugnante alega que a subcontratação seria indevida em razão da Lei n.º 8.666/93 impor a permissão de subcontratação de apenas partes do objeto (não da totalidade, somente até o quantitativo descrito no edital e no contrato).

O argumento é contraditório, já que foram admitidas a subcontratação apenas dos serviços de análise de 'radioatividade alfa e beta global', o que por si representa parcela ínfima do valor global do contrato.

Não convence o fundamento de que, em relação aos serviços de 'análise de radioatividade alfa e beta global', deveria a Administração Pública exigir que o Contratado executasse diretamente pelo menos 70% (setenta por cento) do objeto.

Isso porque a subcontratação perderia a sua razão de ser, qual seja, a de ampliar a competitividade do certame, admitindo a execução indireta de determinados serviços que são de mercado mais restrito.

Sendo assim, a base de cálculo para a incidência dos limites percentuais de subcontratação toma por base de cálculo o valor total do contrato e não cada uma das atividades subcontratada. Dessa forma, as atividades específicas permitem-se subcontratar integralmente, desde que essas atividades subcontratadas não impliquem parcela relevante ou principal do contrato.

Vide, por exemplo, respectivamente determinado edital aprovado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e a minuta padrão do Governo da Paraíba:

"CONCORRÊNCIA PGE n° 02/2022. PROCESSO PGE-PRC n° 2022/01052

3. SUBCONTRATAÇÃO

13.1. Limites. Mediante prévia e expressa autorização da Unidade Contratante, a contratada poderá subcontratar parte do objeto licitado, observado o limite de 8,81% (oito inteiros e oitenta e um centésimos por cento) do valor total do contrato, para a execução das seguintes

atividades: transporte horizontal e vertical e colocação dos equipamentos na cobertura; instalação do sistema de SPDA/aterramento; instalação de entrada de energia e quadros de distribuição de força.” (g.n.)

“CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA – DA SUBCONTRATAÇÃO.

17.1 - É vedada a subcontratação total do objeto do contrato, bem como dos serviços principais, ou seja, os considerados para efeito de atestação da capacidade técnico-operacional e técnico profissional como relevantes.

17.1.1 – Os serviços relevantes para atestação da capacidade técnico-operacional e técnico profissional constam no edital que originou este Contrato.

17.2 - É permitida a subcontratação do percentual das quantidades dos serviços discriminados no quadro a seguir:

ITEM	DESCRIÇÃO	% DA QTD TOTAL

Veja que em tais minutas há referência às parcelas específicas em que se admite a subcontratação e o percentual que a subcontratação será admitida (percentual que cada uma das atividade subcontratadas, integralmente, terão em relação ao valor total do contrato).

Nos modelos utilizados pelo SEMAE, a excepcional cláusula de subcontratação geralmente adota a seguinte fórmula: “*é vedada a subcontratação de outra empresa para a realização do serviço, objeto deste contrato, exceto para as atividades previstas no Termo de Referência*”.

Logo, o documento relegou ao Termo de Referência de cada uma das Áreas requisitantes estabelecer a possibilidade excepcional de subcontratação, para as atividades lá discriminadas.

Trata-se de uma opção de formatação de documentos e de usos administrativos internos.

Mas é importante que no momento os estudos preliminares, devidamente documentados, se apure que a totalidade das atividades a serem

10/11

subcontratadas não ultrapassem aquilo que se entende por parcela relevante do contrato, de forma a não se editar Termos de Referência que admita a subcontratação total ou da maior e/ou mais relevante parte do objeto contratual.

Nesse sentido, entende-se que juridicamente o ponto dos documentos licitatórios estavam formalmente corretos, desde que a Área requisitante tenha realizado o “encontro de contas” da subcontratação durante a fase interna, não merecendo sofrer censura pela empresa Impugnante.

No entanto, provavelmente visando ampliar ainda mais competição, a Área requisitante entendeu por bem revisar os documentos, para permitir a subcontratação, além das atividades de “radioatividade alfa e beta”, também para as atividades que demandassem a “acreditação na norma ABNT NBR ISSO/IEC 17025:2005, desde que toda a subcontratação não ultrapasse o limite de 30% (trinta por cento) do valor total do contrato”.

Não se opõe obstáculo jurídico à modificação, desde que observado, no momento da execução contratual as regras da Cláusula Oitava da Minuta Contratual e apurado o limite percentual definido, para se evitar que a Contratada sirva como mera intermediária na contratação.²

III- Conclusão:

Ante o exposto, e considerando as manifestações que nos precedem pela revisão do ato administrativo, entendemos desnecessário se aprofundar na

² Vale a menção de Nota elaborada pela Consultoria Zênite: “15027 – Contratação pública – Contrato – Subcontratação – Requisitos – Regra geral. A subcontratação encontra previsão expressa na Lei de Licitações, em seus arts. 72 e 78, inc. VI, os quais, conjugados com os princípios que norteiam a atuação da Administração Pública no âmbito das suas contratações, resultam na necessidade de atendimento, a rigor, dos seguintes requisitos: a) autorização prévia em edital e/ou contrato; b) fixação de limites pela Administração contratante, de modo a vedar o repasse total do objeto para terceiros; c) não transferência das parcelas de maior relevância do objeto, que foram utilizadas inclusive como parâmetros para a análise da qualificação técnica. (Nota elaborada por Manuela Martins de Mello, integrante da Equipe Técnica Zênite.)

questão, motivos pelos quais, do ponto de vista jurídico, **opinamos pelo acolhimento da impugnação e no mérito, pela sua procedência.**

Alertamos, contudo, para observância do disposto no § 4º, do art. 21, da Lei n.º 8.666/93, a qual determina que:

"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."

Por fim, ressaltamos que o presente exame limitou-se aos aspectos jurídicos da matéria proposta e de regularidade processual, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, econômicos, financeiros e aqueles que exijam o exercício da competência e da discricionariedade administrativa a cargo dos órgãos competentes do SEMAE.

É o parecer, *sub censura*.

Ao Senhor Presidente do SEMAE.

Piracicaba, 7 de outubro de 2022


Ademir Aparecido Figueiredo Júnior

Procurador Jurídico

COMUNICADO DECISÃO IMPUGNAÇÃO

PREGÃO N.º 080/2022 PROCESSO N.º 3249/2022

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO
TÉCNICOS DE LABORATÓRIO PARA COLETA E ANÁLISES DE ÁGUA

O Serviço Municipal de Água e Esgoto de Piracicaba, Autarquia Municipal criada pela Lei n.º 1657/69, comunica que a IMPUGNAÇÃO ao Edital do PREGÃO PRESENCIAL N.º 080/2022 apresentada pela empresa EcoSystem Preservação do Meio Ambiente Ltda inscrita no CNPJ sob n.º 02.067.846-0001/74, foi acolhida, uma vez que tempestiva e no mérito foi julgada PROCEDENTE, o julgamento e a decisão foi RATIFICADA pelo presidente do SEMAE, amparada pelo Parecer Jurídico 346/2022/PJ/AAFJ, alterando o Edital nos seus devidos termos.

O Parecer está encartado nos autos e disponível em sua íntegra na sede administrativa do SEMAE situada no endereço mencionado acima.

Ante o exposto e com fundamento no Parágrafo 4º do Artigo 21 da Lei n.º 8666/93, a nova data de abertura será dia 07 de novembro de 2022.

Piracicaba, 19 de outubro de 2022.



Alana Fernandes
Chefe do Setor de Suprimentos

