

Domingos Martins-ES, 19 de fevereiro de 2019

À PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO MATEUS/ES
PREGÃO PRESENCIAL N°. 008/2019

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 n° 008/2019, apresentamos questionamento acerca do seguinte itens:

Questionamento 1

EXIGÊNCIA DA PROVA DE REGULARIDADE FISCAL COMO PRESSUPOSTO AO PAGAMENTO DA DESPESA PÚBLICA.

Trata-se da legalidade da obrigatoriedade ou não da comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada como condição para o pagamento da despesa por parte do órgão público contratante, conforme se vê da previsão disposta no item 16.12.5 e 16.12.6 do edital:

16.12.5 A *CONTRATADA* deverá apresentar, sempre que solicitada, a documentação relativa à comprovação do adimplemento de suas obrigações trabalhistas, inclusive contribuições previdenciárias e depósitos do FGTS, para com seus empregados.

16.12.6 Cumprir integralmente os dispositivos legais provenientes de trabalho seguro, inclusive Lei Municipal do Trabalho Seguro n° 1.286/2013.

Inicialmente, vejamos uma importante deliberação contida no Acórdão nº 1.299/2006 do Tribunal de Contas da União - TCU, que negou provimento ao Recurso de Reconsideração interposto pelo TRT/RJ contra o Acórdão nº 740/2004, mantida, pois, a determinação a este Tribunal do Trabalho de "efetuar pagamentos decorrentes de obrigações assumidas mediante a verificação da situação de regularidade fiscal do credor, em obediência à Decisão nº 705/94 - Plenário (Ata nº 54/94)", que assim determina:

Decisão 705/1994 - Nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado pela Administração contratante, há que existir a prévia verificação da regularidade do contratado com o sistema de seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Lei Maior.

Por via de consequência, a partir dessa deliberação restou estabelecido que a Administração Pública deveria dar eficácia à determinação 9.3.15 do Acórdão nº 740/2004, que assim estabelecia:

Acórdão 740/2004 - ... 9.3.15. Incluir nos contratos celebrados com terceiros cláusula facultando à Administração a possibilidade de retenção de pagamentos devidos, caso as contratadas não estejam regulares com a seguridade social, em observância ao § 3º do art. 195 da Constituição Federal.

Veja que era pacífica a jurisprudência do Tribunal de Contas da União no sentido de que, nos pagamentos efetuados pela Administração, decorrentes ou não de contratação para pronta entrega, inclusive nos contratos de execução continuada ou parcelada, era

obrigatória a exigência da documentação relativa à regularidade para com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e, como foi dito, com a Seguridade Social.

Neste sentido, podemos citar os seguintes julgados: Acórdãos 593/2005 (Primeira Câmara), 251/2005 (Plenário), 984/2004 (Plenário), 295/2004 (Segunda Câmara), 1.708/2003 (Plenário), 208/2000 (Plenário) e Decisões 407/2002 (Segunda Câmara), 559/2001 (Plenário), 386/2001 (Plenário), 182/1999 (Primeira Câmara), 472/1999 (Plenário), 377/1977 (Plenário).

Entretanto, destaca-se que já havia entendimento divergente no Superior Tribunal de Justiça - STJ, bem como junto ao Tribunal Regional da 1ª Região, que começaram a apontar no sentido da ilegalidade da retenção de pagamento por serviços prestados, assim como pretende fazer esta Administração, ex vi dos julgados colacionados abaixo:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no §3º do art. 195 que “a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”, e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei nº 8.666/93. 2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina. 3. Deveras, não constando o rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93 a retenção de pagamento pelos serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços. 4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional “não

significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob a alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A Administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança” (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549). 5. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ – Resp nº 633.432 – MG- 2004/0030029-4).

Processo Civil. Antecipação de tutela. Suspensão de comprovação de regularidade perante o Sicaf e/ou apresentação de certidões negativas e balanço atualizado como condição para o pagamento dos serviços prestados. Precedentes da Corte. 1. É incabível condicionar o pagamento por um serviço já prestado à comprovação da regularidade fiscal da agravada, sob pena de enriquecimento ilícito. Agravo de Instrumento. Improvido (TRF 1ª Região – AI nº 2004.01.00.0289960/DF).

Recentemente, o próprio Tribunal de Contas da União passou a adotar posicionamento contrário à retenção de pagamento por serviços executados ou fornecimento já entregue, acompanhando o entendimento do STJ, conforme se vê da Consulta transcrita abaixo:

A perda da regularidade fiscal no curso de contratos de execução continuada ou parcelada justifica a imposição de sanções à contratada, mas não autoriza a retenção de pagamentos por serviços prestados. Consulta formulada pelo Ministério da Saúde suscitou possível divergência entre o Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) 401/2000 e a Decisão nº 705/1994 – Plenário do TCU, relativamente à legalidade de pagamento a fornecedores em débito com o sistema da seguridade social que constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf). A consultante registra a expedição, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão de orientação baseada no Parecer 401/2000 da PGFN, no sentido de que “os bens e serviços efetivamente entregues ou realizados devem ser pagos, ainda que constem irregularidades no Sicaf”. Tal orientação, em seu entendimento, colidiria com a referida decisão, por meio do qual o Tribunal firmou o entendimento de que os órgãos e as entidades

da Administração Pública Federal devem exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a da seguridade social. O relator, ao endossar o raciocínio e conclusões do diretor de unidade técnica, ressaltou a necessidade de os órgãos e entidade da Administração Pública Federal incluírem, "nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação", além das sanções resultantes de seu descumprimento. Acrescentou que a falta de comprovação da regularidade fiscal e o descumprimento de cláusulas contratuais "podem motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, mas não a retenção do pagamento". Caso contrário estaria a Administração incorrendo em enriquecimento sem causa. Observou, também, que a retenção de pagamento ofende o princípio da legalidade por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93. O Tribunal, então, decidiu responder à consulente que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem: a) "... exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal"; b) "... incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a integral execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93)". (Acórdão n.º 964/2012-Plenário, TC 017.371/2011-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.4.2012).

Desta feita, diante de todo exposto, temos que a Administração Pública deverá estabelecer em seus editais e contratos cláusula que estabeleça a obrigação do futuro contratado de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula contratual, a rescisão do contrato e a execução da garantia, quando houver, para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além da possível aplicação das penalidades previstas na Lei Federal nº 8.666/93 (Vide arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III e 87).

Verificado, no entanto, a situação de irregularidade fiscal da empresa contratada, incluindo a seguridade social, não poderá a Administração Pública simplesmente reter o pagamento na hipótese de regular execução do contrato, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Assim, a não comprovação da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, e o descumprimento de cláusulas contratuais, podem motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para recebimento dos valores e indenizações devidas à Administração e a aplicação das penalidades cabíveis, como dito, mas não a retenção do pagamento, uma vez que não há fundamento legal para que este fique condicionado à comprovação da regularidade fiscal, devendo tal exigência ser excluída do edital.

Diante desses fatos questionamos foi um equívoco da administração em exigir tal situação para pagamento da empresa? Caso seja, a administração vai

desconsiderar tal exigência tendo em vista a falta de legalidade do mesmo, conforme relatado anteriormente?

Questionamento 02

Ao continuar a análise do mesmo identificamos que alguns itens mencionam sobre o atendimento "in loco" na Prefeitura de um técnico em tempo integral, de acordo com o funcionamento da unidade, conforme destacamos abaixo:

16.8 Deverá ser garantido o atendimento, em português, para pedidos de suporte no horário das 08:00 h às 18:00 h, de segunda à sexta feira, devendo a empresa contratada disponibilizar um técnico para ficar nas dependências da Prefeitura Municipal de São Mateus, com fins de solucionar as falhas no sistema e prestar o devido suporte técnico aos servidores.

4.1.9. Suporte (anexo I - Termo de Referência)

Deverá ser garantido o atendimento, em português, para pedidos de suporte no horário das 08:00 h às 18:00 h, de segunda à sexta feira, devendo a empresa contratada disponibilizar um técnico para ficar nas dependências da Prefeitura Municipal de São Mateus, com fins de solucionar as falhas no sistema e prestar o devido suporte técnico aos servidores.

XI. OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA (minuta de contrato)

Deverá ser garantido o atendimento, em português, para pedidos de suporte no horário das 08:00 h às 18:00 h, de segunda à sexta feira, devendo a empresa contratada disponibilizar um técnico para ficar nas dependências da Prefeitura Municipal de São Mateus, com fins de solucionar as falhas no sistema e prestar o devido suporte técnico aos servidores.

Tais informações mencionadas acima, encontram-se em divergência com o citado na planilha orçamentaria (item 2.30), bem como no modelo de proposta (anexo V - item 2.15), o qual deve ser apresentado no dia do certame. Nesses itens citados é solicitado a visita de um técnico de 15 em 15 dias, conforme destacamos:

Planilha Orçamentária

2.30	Mês	12	<i>Manutenção Técnica - Novas Customizações, Parametrização e Desenvolvimento, Adaptação, Implementação, Treinamento, Manutenção e Suporte, com visitas técnicas de 15 em 15 dias, com profissional habilitado em cada área.</i>
------	-----	----	--

Anexo V - Modelo de proposta de Preços

2.15	Mês	12	<i>Manutenção Técnica - Novas Customizações, Parametrização e Desenvolvimento, Adaptação, Implementação, Treinamento, Manutenção e Suporte, com visitas técnicas de 15 em 15 dias, com profissional habilitado em cada área.</i>
------	-----	----	--

Diante desses fatos, questionamos: qual será o prazo para realização das visitas técnicas na unidade da Prefeitura, tendo em vista que a proposta de preço deverá contemplar o prazo de 15 em 15 dias e o contrato em tempo integral?

Questionamento 03

Em continuidade a análise do referido edital, detectamos que no item 4.1.5 Documentação do Anexo I - Termo de Referência, é exigido das licitantes a apresentação na proposta técnica uma relação de documentos referente aos sistemas, conforme comprovado abaixo:

4.1.5. Documentação

Fornecer juntamente com a Proposta Técnica e em meio magnético a seguinte documentação:

Manual do usuário, que permita uma utilização adequada dos softwares licitados, por técnicos e usuários da CONTRATANTE;

Modelo de dados (Modelo Entidade Relacionamento);

Dicionário de Dados, com as definições sobre Entidades, Atributos, Relacionamentos e Domínios;

Conforme podemos observar, essa relação é uma vasta documentação referente a toda estrutura tecnologia de todos os sistemas, bem como de sua completa relação de funcionalidades. Ao nosso ver não seria tão proveitoso a administração essas informações a não ser que a mesma desenvolveria os sistemas assim propostos.

Como se trata de uma prestação de serviços de sistemas e por acerto dessa administração contemplar treinamento aos usuários, pois com esses treinamentos e acompanhamentos das rotinas de trabalho dos usuários seria o suficiente para uma boa utilização do mesmo e eficácia para a administração em relação aos trabalhos realizados.

Ressaltando que todo o material didático para utilização dos sistemas é disponibilizado pela empresa vencedora durante o período de treinamento ou quando se fizer necessário.

Com isso questionamos: Foi um equívoco da administração em exigir tais documentos referente aos sistemas? Será necessário incluir toda essa relação na proposta de preços?

Questionamento 04

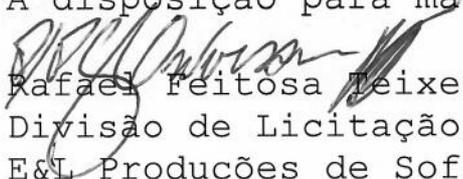
Ao verificar o anexo IX - VALORES MÁXIMOS ESTIMADOS PARA O MUNICÍPIO, constatamos que a soma final está com o valor errado. A soma final publicada por essa respeitosa administração ficou no valor de R\$ 1.971.783,69, sendo que ao realizarmos a conferência da somatória verificamos que o valor final seria de R\$ 1.971.764,32, resultando em uma diferença de R\$ 19,37.

Sendo assim questionamos: Podemos considerar o valor estimado pela administração como sendo R\$ 1.971.764,32 ou a administração irá realizar a correção e enviar a todos licitantes?

Ressaltamos que tal informação é indispensável à elaboração de nossa proposta. Se possível, gostaríamos de receber a resposta o mais breve possível.

Dados para contato:
Fax: 27-3268 3123
e-mail: licitacao@el.com.br

Sem mais agradecemos.
À disposição para maiores esclarecimentos,


Rafael Feitosa Teixeira
Divisão de Licitação e Contratos
E&L Produções de Software Ltda