

RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO DO EDITAL Nº 010/2017:

Processo nº: 01416.003996/2017-42

DA ADMISSIBILIDADE:

Nos termos do disposto no art. 18 do Decreto 5.450 de 31/05/2005, é cabível a impugnação, por qualquer pessoa, do ato convocatório do pregão na forma eletrônica até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública.

Considerando que a abertura das propostas se encontra agendada para o dia 09/05/2017, às 11h, observa-se que a impugnação é tempestiva, posto que a impugnante encaminhou suas razões, via e-mail licitacao@ancine.gov.br, no dia 05/05/2017, em observância aos ditames legais e editalícios.

DO MÉRITO:

1. Do quantitativo de postos exigidos na qualificação técnica

Quanto à exigência prevista no item 8.7.2 do edital, a impugnante alega que a exigência de mais de cinquenta por cento do quantitativo de postos de trabalho prevista seria contrária ao entendimento da Corte de Contas pátria (Acórdãos 1.284/2003, 2.0088/2004, 2656/2007 e 2.215/2008, todos do Plenário).

Ocorre que tal orientação é prévia a edição da Instrução Normativa nº 02/2008 da SLTI/ MPOG, que prevê expressamente no Artigo 19º, §8º, conforme transição abaixo:

*§ 8º Quando o número de postos de trabalho a ser contratado for igual ou inferior a 40 (quarenta), o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) com um mínimo de 20 (vinte) postos. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013 e retificado conforme redação publicada na página 86 da Seção 1 do DOU nº 68, de 9 de abril de 2014)***

Portanto tal exigência encontra amparo legal.

2. Quanto a Remuneração de Postos de Trabalho definida no Processo

De fato a fixação de remuneração mínima estabelecida pela Administração é uma medida de caráter excepcional. Razão pela qual foi consultada a Área demandante sobre a real necessidade de sua aplicação, a qual se manifestou da seguinte forma:

“Remuneração de Postos – Item 7.1 do TR

Reposta: O TCU, por meio do Acórdão n.º 614/2008-Plenário, firmou o entendimento de que, “para modelos de execução indireta de serviços, inclusive os baseados na alocação de postos de trabalho, se a categoria profissional requerida se encontra amparada por convenção coletiva de trabalho, ou outra norma coletiva aplicável a toda a categoria, determinando o respectivo valor salarial mínimo, esse pacto laboral deve ser rigorosamente observado nas licitações efetivadas pela Administração Pública e nas contratações delas decorrentes”(grifou-se).

Ocorre que a categoria profissional requerida não se encontra amparada por convenção coletiva de trabalho ou outra norma coletiva aplicável a toda a categoria, circunstância esta que impede a ANCINE de aferir, concretamente, patamar remuneratório minimamente condizente com a realidade desses trabalhadores no mercado de gestão arquivística. Diante disso, para preservar a qualidade dos serviços prestados, o qual requer que os profissionais envolvidos na contratação atendam aos requisitos do Edital, foi realizada uma pesquisa para o balizamento da remuneração desses colaboradores. Tal fato ensejou na definição dos valores indicados no instrumento convocatório, de sorte que a Administração não tenha prejuízos na consecução das suas atividades institucionais em razão da alocação de profissionais despreparados ou não capacitados e da rotatividade de mão de obra decorrente do pagamento de salários desproporcionais a realidade fática do mercado. Nesse passo, tem-se que o Acórdão n.º 1122/2008-Plenário do TCU, também, admite a definição de remuneração, desde que devidamente justificada, o que efetivamente se verifica no presente caso. “

Cabe mencionar que a referida possibilidade encontra guarida no entendimento do Tribunal de Contas da União, vejamos:

12. Finalmente, gostaria de ressaltar que fixar, nos instrumentos convocatórios, os salários das categorias ou dos profissionais que serão disponibilizados para a execução do serviço pela contratada, deixou de ser uma prática vedada à Administração desde a

edição da Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 3/2009, que expressamente revogou o inciso II do art. 20 da Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 2/2008.(ACÓRDÃO 1612/2010 – PLENÁRIO, rel. Min. Raimundo Carneiro)

2. Admite-se a estipulação de valores mínimos de remuneração de trabalhadores, com base em pesquisas de mercado, previamente efetuadas, a partir de dados obtidos junto a associações e sindicatos de cada categoria profissional e de informações divulgadas, por outros órgãos públicos que tenham recentemente contratado o mesmo tipo de serviço, nos contratos execução indireta de serviços, em que há alocação de postos de trabalho, quando houver necessidade de afastar o risco de seleção de trabalhadores com capacitação inferior à necessária para execução dos serviços contratados. 3. É vedada a fixação de valores mínimos de remuneração dos trabalhadores nas contratações de serviços que devem ser medidos e pagos por resultados. 4. Nos contratos em que houve prefixação de remuneração, é dever da Administração fiscalizar periodicamente o efetivo pagamento das remunerações lançadas nas propostas contratadas, mediante verificação das folhas de pagamento, de cópias das carteiras de trabalho dos empregados, dos recibos e dos respectivos documentos bancários, entre outros meios de fiscalização cabíveis.(ACÓRDÃO 2647/2009 – PLENÁRIO, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues)

A representante alegava, dentre outros, restrição ao caráter competitivo do certame, pelo fato do edital prever valores mínimos para a remuneração das categorias profissionais que seriam objeto de contratação, o que configuraria infração ao disposto no art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93. O entendimento anterior dessa Corte de Contas era no sentido de que a fixação de valores mínimos para os salários a serem pagos pelos licitantes aos profissionais em decorrência de eventual contratação implicava em fixação de preços mínimos, vedada pelo art. 40, inc. X, da Lei de Licitações (Decisão nº 577/2001, Acórdãos nº 1.937/2003 e 2.024/2004, todos do Plenário, e Acórdão nº 617/2003 - 1ª Câmara). Contudo, o juízo mais recente do Tribunal é de ser possível o estabelecimento de valores mínimos para os salários dos empregados, sem que ocorra, com isso, infração ao aludido dispositivo, consoante o Voto condutor do Acórdão nº 256/2005 - Plenário, do ilustre Ministro Marcos Vinícios Vilaça(...) (ACÓRDÃO 290/2006 – PLENÁRIO, rel. Min, Augusto Nardes)

Também a Advocacia Geral da União já expôs seu entendimento sobre o tema, vejamos:

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 18/2012

I. NAS CONTRATAÇÕES QUE ENVOLVAM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO-DE-OBRA, SEJAM AQUELAS POR ALOCAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO SEJAM AQUELAS MEDIDAS E PAGAS POR RESULTADO, A ADMINISTRAÇÃO ESTÁ OBRIGADA A OBEDECER AOS PISOS SALARIAIS DAS CATEGORIAS;

II. É ADMITIDA, EXCEPCIONALMENTE, A FIXAÇÃO DE SALÁRIO ACIMA DO PISO DA CATEGORIA NAS CONTRATAÇÕES POR POSTOS DE TRABALHO, SENDO VEDADA NAQUELAS EM QUE O SERVIÇO É MEDIDO E PAGO POR RESULTADOS;

III. QUANDO UTILIZAR-SE DA FIXAÇÃO DE SALÁRIO ACIMA DO PISO DA CATEGORIA, A ADMINISTRAÇÃO DEVERÁ FAZER CONSTAR EXPRESSAMENTE DOS AUTOS FUNDAMENTAÇÃO CLARA E OBJETIVA QUE DEMONSTRE A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DA MEDIDA, COM RESPALDO EM ESTUDOS APTOS A COMPROVAR O VALOR ADOTADO, O GANHO DE EFICIÊNCIA ESPERADO, A ESPECIFICIDADE DOS SERVIÇOS, A QUALIFICAÇÃO DIFERENCIADA DA MÃO-DE-OBRA EXIGIDA, BEM COMO OUTROS MOTIVOS IDÔNEOS A FUNDAMENTAR A EXCEPCIONALIDADE.

REFERÊNCIA: PARECER Nº 05/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU, APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 7.12.2012.

Desse modo, considerando a justificativa da remuneração mínima pelo setor demandante, a falta de uma convecção coletiva específica, o entendimento da AGU e os precedentes do TCU , não vislumbro afronta a juridicidade.

3. Da exigência de escritório na cidade do Rio de Janeiro

Também se trata de medida a ser exigida com cautela pelo Poder Público, dessa forma foi consultado o setor demandante que se manifestou da seguinte forma:

“Exigência de Escritório na Cidade do Rio de Janeiro

Resposta: Sobre o tema já se manifestou o Tribunal de Contas da União – TCU por meio dos acórdãos 1214/2013 e 273/2014. Em síntese, o TCU veda a exigência de instalação escritório no local da prestação do serviço como critério de habilitação no certame, mas admite que tal exigência pode ser feita a partir da assinatura do contrato, desde que respaldada em análise técnica fundamentada. O item 14.31 do Termo de Referência, anexo ao Edital, exige que a licitante apresente, durante

procedimento licitatório, tão somente **“declaração que instalará escritório no município do Rio de Janeiro, a ser comprovado no prazo máximo de 60 (sessenta) dias a partir da vigência do Contrato (...)”**. Com efeito, a constatação de que a futura contratada deve dispor de escritório no Rio de Janeiro, funda-se na experiência prática da fiscalização dos contratos administrativos no âmbito da ANCINE, mormente quanto às substituições de colaboradores em caráter de urgência, o que prejudica sobremaneira a execução de serviços que são imprescindíveis para a rotina administrativa. Nesse contexto, tem-se que a seleção da proposta mais vantajosa não deve atender apenas e isoladamente o critério do menor preço, mas este, aliado ao princípio da eficiência que deve nortear o dia a dia da Administração e encontra-se consagrado no caput do art. 37 da CRFB/1988. Ademais, o art. 30, II, da lei 8.666/93 prevê que a documentação relativa à qualificação técnica, entre outros fatores, limitar-se-á a: **“comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos”**. (grifou-se)

Com isso, verifica-se que caso a contratada não disponha de uma estrutura adequada no local de prestação dos serviços, a prática tem mostrado que isso causa dificuldades para a boa execução do serviço. Portanto, considerando que, não havendo impedimentos legais para tal exigência, que tem por objetivo diminuir potenciais problemas no tocante a regular execução contratual, não merece prosperar as alegações da possível licitante para retirar do edital a previsão de instalação de escritório na cidade do Rio de Janeiro após 60 (sessenta) dias da assinatura do contrato, pois a exigência em questão visa salvaguardar a ANCINE de prejuízos, como a não substituição de colaboradores em caráter de urgência em razão da futura contratada não possuir profissional habilitado, no local da prestação dos serviços, para suprimir necessidade imediata. “

Vale observar o que já está assentado na orientação do Tribunal de Contas da União, e a vedação de tal tipo na fase de Aceitação e/ou habilitação da Licitação, senão observemos:

10. Conforme apontado pela unidade técnica, dos quatro pontos apresentados, um aparenta ser parcialmente procedente. Neste sentido, a exigência, ainda na fase de

*habilitação, de os licitantes disporem de instalações na capital paulista, constitui medida restritiva, uma vez que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que esta exigência **somente é cabível na fase de contratação.**(grifos nossos)(ACÓRDÃO 1134/2011 – PLENÁRIO, rel. Min. Valmir Campelo)*

*8. A interpretação que se deve extrair do § 6º do artigo 30 da Lei nº 8.666/93, sob pena de violação a esse preceito, é a de que as exigências de comprovação de propriedade de equipamentos (no qual se inclui a usina de asfalto) ou de apresentação de licenças de qualquer natureza (como a de funcionamento de usina para fabricação de pré-mistura de asfalto) **somente são devidas pela proponente vencedora no momento da lavratura do contrato**, não podendo funcionar como requisito de habilitação.(grifos nossos) (ACÓRDÃO 7558/2010 - SEGUNDA CÂMARA, rel. Min, Benjamin Zymler)*

Além disso, a edição da Instrução Normativa nº 02/2008 da SLTI/ MPOG Artigo 19º, em seu §5º, faculta à Administração essa possibilidade, conforme transcrição abaixo:

*§ 5º Na contratação de serviços continuados, a Administração Pública poderá exigir do licitante: **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)***

*II - declaração de que o licitante instalará escritório em local (cidade/município) previamente definido pela Administração, a ser comprovado no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contado a partir da vigência do contrato. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)***

Assim, foram observadas as disposições legais, bem como o entendimento da Corte de Contas.

4. DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Embora reconheça certo mérito na argumentação, no que se refere à parte fática e lógica, legalmente a disposição expressa tanto na Lei de Licitações:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

Nesse ponto faz-se mister esclarecer que a Lei de licitações é anterior a edição do que se convencionou chamar de Nova Lei de Falências, que data de 2005. De modo que o instituto da concordata foi extinto, dando lugar ao instrumento da recuperação judicial. Sem adentrar no mérito jurídico das diferenças entre os institutos do Direito Empresarial, é certo que a recuperação judicial, conquanto mais ampla, abarca a “antiga” concordata.

Ainda que se possa haver controvérsia doutrinária sobre o papel de cada referido instituto, a Lei nº 11.101, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005, sem deixar lacuna para dúvidas, dispõe:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

*II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, **exceto para contratação com o Poder Público** ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;(grifos nossos)*

Cabe mencionar ainda que a referida vedação consta no Modelo de Edital disponibilizado no sítio da Advocacia Geral da União, servindo de orientação jurídica a todos os Entes do Poder Executivo Federal.

Assim, não vislumbro hipótese de alteração do edital nesse caso.

Diante de todo o exposto, decido **NÃO ACATAR** o pedido de impugnação do Edital 10/2017.

Rio de Janeiro, 08 de Maio de 2017.

Mauro Simas Augusto Lima
Pregoeiro