PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 03700.075546/2019
ORIGEM: SEMTEL
DESTINATÁRIO: ARSER (Comissão Permanente de Licitação)

Maceió, 23 de outubro de 2019

ASSUNTO: Resposta impugnação ao pregão 147/2019

A presente impugnação foi submetida através da pregoeira do certame, Sra. Sandra Raquel dos Santos Serafim, a equipe técnica da SEMTEL, responsável pela elaboração do termo de referência, que respondeu o que segue:

RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO DO EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 147/2019

"Trata-se de impugnação interposta tempestivamente pela empresa MP PIROTÉCNICO LTDA, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ. 10.329.304/0001-50, contra o Edital que objetiva contratação de empresa especializada na prestação de serviço de show pirotécnico/piromusicado, com fornecimento de fogos de artifícios à observância de disposição do §1º do art.41 da Lei Federal nº 8.666/93.

O pedido de impugnação, apresentado pela empresa, acima identificada foi fundamentada no art.41, §1º da Lei Federal nº 8.666/93.

As razões de impugnação apresentada pela natureza acima identificada, em resumo, são as seguintes:

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

1) Do Objeto da Licitação

Conforme se observa dos termos do instrumento de convocação em exame, o presente

Pregão Presencial tem como objeto a Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de show pirotécnico/piromusicado, incluindo locação de operação marítima e fornecimento de fogos de artifícios o para as festividades do Réveillon 2019/2020 realizar-se-á no dia 31 de dezembro de 2019, no Município de Maceió entre as orlas de Jatiúca a Ponta Verde, cujas especificações quantitativos e condições gerais encontram-se detalhados no termo de referência (ANEXO I).

DA ANÁLISE

RESPOSTA - É de bom alvitre registrar que o nosso Edital não é na modalidade Pregão Presencial, e sim, **Pregão Eletrônico nº147/2019.**

2) O primeiro ponto, refere-se à necessidade de parcelamento do objeto, haja vista que a inclusão da sonorização como obrigação da contratada, (TR Item 9.1.25 no7) traz o comprometimento da competitividade quando somada à impossibilidade de subcontratação (TR Item 9.1.11), haja vista que empresas que não possuem como objeto social a prestação de serviços dessa natureza e possivelmente nem possuam o *know how* para executá-los poderiam participar do certame apenas em relação à atividade pirotécnica, tendo sido impedidas por exigência absolutamente incompatível que inclui a sonorização no preço global quando poderia ser objeto de outra licitação ou pelo menos outro item, de forma a atender o disposto no Art. 23 §1° da Lei 8.666/93.

RESPOSTA – constata-se que o impugnante pleiteia o fracionamento do objeto da licitação por entender que o §1º do artigo 23 da Lei Federal nº 8.666/93, encontra-se vilipendiado, frustra o caráter competitivo da licitação, vejamos:

*"**§ 1o** As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração **serão divididas em tantas parcelas** quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)"*

Resta claro a não observância do licitante quanto à integridade da interpretação dos dispositivos que compõem o referido artigo. Destaca-se neste caso os §§2º e 5º do mesmo artigo.

"§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
(...)

A inexatidão da modalidade estipulada na Lei pode configura o fracionamento ilegal de despesa, que se caracteriza quando se divide a despesa para utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa ou para efetuar contratação direta. Tal prática é vedada expressamente no art. 23, §5º da Lei 8.666/93:

> Art. 23
>
> (...)
>
> *§ 5o É vedada a utilização da modalidade; convite; tomada de preços conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de;tomada de preços concorrência;, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço."*

Assim, depreende-se da leitura conjunta desses dois parágrafos que a vedação ao fracionamento ilegal aplica-se tanto às obras e aos serviços quanto às compras. Esse também é o entendimento da Corte de Contas:

"Realize planejamento de compras a fim de que possam ser feitas aquisições de produtos de mesma natureza de uma só vez, pela modalidade de licitação compatível com a estimativa da totalidade do valor a ser adquirido, abstendo-se de utilizar, nesses casos, o art. 24, inciso II, da Lei no 8.666/1993 para justificar a dispensa de licitação, por se caracterizar fracionamento de despesa."

Sem embargo das judiciosas razões explicitadas, as mesmas não poderão ser acolhidas, tendo em vista a comissão ter respeitado todas as exigências legais do TR.

Ainda sobre esse problema, vale lembrar que o fracionamento de compras, com a utilização indevida de modalidade inferior de licitação, tende a prejudicar a escolha da melhor proposta para a Administração, que poderia ser ofertada por empresas de maior porte e com capacidade de dar descontos maiores nos preços praticados;

A existência nos autos, de indícios de ocorrência de fracionamento do objeto, é considerada grave, sobretudo em razão de que outras modalidades não exigem a publicidade do edital como as outras (art. 21 da Lei de Licitações), o que diminui a concorrência do certame e, em tese, facilita o ajuste entre licitantes;

Especificamente quanto à realização de compras diluídas ao longo do exercício em substituição à efetivação de uma aquisição única, relacionada a um mesmo objeto, é importante destacar que a entidade, adotando tais procedimentos, deixa de obter ganhos de economia de escala, pois, por meio de contratações de maior vulto, são negociados descontos mais elevados nos preços praticados.

Como mencionado acima, o fracionamento de despesas é vedado em nosso ordenamento jurídico no art. 23, §5º da Lei 8.666/93.

A melhor doutrina ressalta, entretanto, que esse parágrafo deve ser interpretado conjuntamente com o §2º do mesmo dispositivo legal.

Assim, depreende-se da leitura conjunta desses dois parágrafos que a vedação ao fracionamento ilegal aplica-se tanto às obras e aos serviços quanto às compras.

A proposta incluiu a aglutinação dos componentes, entendendo-se que é possível cumprir o objeto na sua totalidade, pois, a apresentação de quatro empresas com o condão desse cumprimento, denotando a possibilidade de desempenho e execução do certame.

Assim, a Administração não vislumbrou a necessidade da referida exigência, visto que a descrição do serviço contida no Termo de Referência está clara e precisa, afastando qualquer necessidade de detalhamento maior. Justifica-se essas afirmativas pelo cadastramento das três empresas, são elas:

PARAÍBA FOGOS, CNPJ. 24396713/0001-84, JURANDIR LOPES DA SILVA FILHO, CNPJ 14.741479/0001-21 E A LACERDA COMÉRCIO DE FOGOS EIRELI, CNPJ Nº 16.732.124/0001-00.

Assim, mais uma vez não se vislumbra irregularidade no presente Termo de Referência em face do presente quesito. O citado termo atende aos critérios legais do processo de contratação.

3) Por óbvio, sonorizar o show em determinada extensão de área para 2.000 pessoas é totalmente diferente de sonorizar para 50.000 pessoas, sendo que a exigência de "som limpo e audível para todos os espectadores" não permite aos licitantes ter a previsibilidade necessária no momento de suas propostas. Após a abertura das mesmas, o Licitador pode simplesmente ignorar algumas das propostas por entender que não contemplam a qualidade esperada do som, ou mesmo um licitante apresentar uma proposta considerando projeto de som demasiadamente superdimensionado por falha na descrição do Edital, o que não é razoável.

RESPOSTA- Trata-se de diretriz que visa evitar restrições indevidas a competitividade em prejuízo, tanto do interesse particular em ter amplo acesso do certame, quanto da própria Administração em ter a proposta mais vantajosa. Assim, a Administração não vislumbrou a necessidade da referida exigência, visto que a descrição do serviço contida no Termo de Referência está clara e precisa, afastando qualquer necessidade de detalhamento maior. Justifica-se essas afirmativas pela cotação de preços realizada pelas seguintes empresas, são elas:

PARAÍBA FOGOS, CNPJ. 24396713/0001-84, JURANDIR LOPES DA SILVA FILHO, CNPJ 14.741479/0001-21 E A LACERDA COMÉRCIO DE FOGOS EIRELI, CNPJ Nº 16.732.124/0001-00.

Repetimos que não se vislumbra irregularidade no presente Termo de Referência em face do presente quesito. O citado termo atende aos critérios legais do processo de contratação.

4) Mais uma vez, o Edital traz exigências não justificáveis que comprometem a competitividade e a isonomia entre os licitantes quando no item 6.2 e 6.4 do Anexo I obrigam os licitantes a disponibilizar 30 dias antes do evento as balsas e todos os materiais

inerentes à prestação dos serviços, o que claramente favorece as empresas locais, haja vista que o show precisa apenas de 3 dias aproximadamente para ser montado e o armazenamento dos fogos e excessivas diárias extras das balsas prejudicam os licitantes de outros estados injustificadamente. Também o item 12.1 aglutina indevidamente ao objeto a obrigação da contratada de apresentar em mídia pen drive 2 (duas) trilhas sonoras produzidas em estúdio e tendo seus direitos autorais liberados (A não apresentação da mídia ou a não comprovação de sua autenticidade e liberação desabilitara a licitante).

RESPOSTA - O TCU já pacificou o entendimento de que a amostra ou prova de conceito deverá ser apresentada somente pelo licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar depois de encerrada a etapa competitiva de lances verbais -no caso em apreço, eletronicamente- podendo ocorrer em ato contínuo à sessão, em consonância com os princípios da economia e eficiência, mormente pelo fato de que o objeto da presente licitação é show pirotécnico/piromusicado.

Destarte, torna-se imperioso que o licitante declarado vencedor provisório, posteriormente a fase de classificação das propostas , deverá ser submetido à avaliação de prova de conceito ou amostra, sendo este o entendimento do TCU, *literis:*

> *A exigência de apresentação de amostras é compatível com as licitações realizadas mediante pregão, inclusive na forma eletrônica, e deve ser requerida na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar. ACÓRDÃO N° 2368/2013 – Plenário – TCU, Relator Benjamin Zymler, data da sessão 04/09/2013.*

5) A falta de correção do Edital pelo Licitador acerca dos pontos aludidos compromete a característica intrínseca da modalidade de pregão que é a concorrência. Sem deixar absolutamente evidenciado o padrão e a descrição especificada dos serviços, especialmente em relação à sonorização, muitos licitantes podem até mesmo deixar de participar do Pregão em questão, o que compromete a lisura do procedimento.

Com muita propriedade, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Visa a concorrência a fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsentâneos com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório”. (RDP 14/240) (grifos e destaques nossos)

RESPOSTA - A Administração Pública deve se ater, em caso de licitação, ao Princípio da Vinculação ao Edital, pelo que este, deve ser observado de forma rigorosa.

Em consonância com a jurisprudência nacional, o STJ assim se pronunciou sobre o supracitado princípio, a exemplo da decisão colacionada a seguir:

“É ENTENDIMENTO CORRENTIO NA DOUTRINA, COMO NA JURISPRUDÊNCIA, QUE O EDITAL, NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, CONSTITUI LEI ENTRE AS PARTES E É INSTRUMENTO DE VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS NO CURSO DA LICITAÇÃO. AO DESCUMPRIR NORMAS EDITALÍCIAS, A ADMINISTRAÇÃO FRUSTRA A PRÓPRIA RAZÃO DE SER DA LICITAÇÃO E VIOLA OS PRINCÍPIOS QUE DIRECIONAM A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA, TAIS COMO: O DA LEGALIDADE, DA MORALIDADE E DA ISONOMIA.” (STJ, MS nº 5.597/DF, 1ª S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 01.06.1998).

Então, se o edital no procedimento licitatório constitui lei entre as partes, este deve ser respeitado como foi concebido, e nenhuma mudança pode ser promovida, sob pena de ferir os princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade, moralidade e legalidade.

O objeto do contrato pode ser alterado e isso implicaria no resultado final do serviço, causando enorme prejuízo à Administração Pública, ferindo o Princípio da Eficiência. A inclusão deste princípio segundo Moraes se dá, pois “a Constituição já apontava a existência do princípio da eficiência em relação à administração pública” (MORAES, 2007, p 776), mesmo que implicitamente, este princípio já existia por trás da lei.

Importante informar que a Emenda Constitucional não apenas incluiu um novo princípio a ser atendido pela administração pública, mas engloba todos os demais princípios em um só, dando uma sincronia ainda mais completa aos princípios do art. 37 da Constituição de 1988. Pois eficiência não pode significar a falta de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, mas sim a junção de todos os princípios com o que há de mais moderno e necessário nos tempos atuais à eficiência. É visível que a lei de licitações vem para amparar esta necessidade da administração pública, contornando os riscos antes visíveis, e iniciando uma nova fase para os órgãos públicos.

Mais uma vez, consideremos que O TCU já pacificou o entendimento de que a amostra ou prova de conceito deverá ser apresentada somente pelo licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar depois de encerrada a etapa competitiva de lances verbais -no caso em apreço, eletronicamente- podendo ocorrer em ato contínuo à sessão, em consonância com os princípios da economia e eficiência, mormente pelo fato de que o objeto da presente licitação é show pirotécnico/piromusicado.

Destarte, torna-se imperioso que o licitante declarado vencedor provisório, posteriormente a fase de classificação das propostas, deverá ser submetido à avaliação de prova de conceito ou amostra, sendo este o entendimento do TCU, *literis:*

> *A exigência de apresentação de amostras é compatível com as licitações realizadas mediante pregão, inclusive na forma eletrônica, e deve ser requerida na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar. ACÓRDÃO N° 2368/2013 – Plenário – TCU, Relator Benjamin Zymler, data da sessão 04/09/2013.*

6) A falta de correção do Edital pelo Licitador acerca dos pontos aludidos compromete a característica intrínseca da modalidade de pregão que é a concorrência. Sem deixar absolutamente evidenciado o padrão e a descrição especificada dos serviços, especialmente em relação à sonorização, muitos licitantes podem até mesmo deixar de participar do Pregão em questão, o que compromete a lisura do procedimento.

Com muita propriedade, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Visa à concorrência a fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsentâneos com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório”. (RDP 14/240) (grifos e destaques nossos).

RESPOSTA- Em relação à sonorização, informamos que, a permissão legal é de 80 até 100 **dB** no caso em apreço, de grande evento Municipal.

7. **No presente caso, exigir 30 dias de antecedência para a disponibilização de produtos e balsas (obviamente alugadas) compromete muito os custos operacionais para os licitantes de outros estados. Ora, é cristalino que a falta desses esclarecimentos e modificações compromete de forma absoluta a Competitividade, pois como já explicitado, a nebulosidade acerca do padrão exigido na sonorização retira de muitos licitantes o interesse no certame. Também necessário esclarecer qual a utilidade pública da exigência da disponibilização com tão dilatado prazo das balsas e produtos no local, sendo que compromete muito a competitividade e isonomia. Com o texto do Edital mantido como está, outros princípios também são comprometidos.**

RESPOSTA – responde à indagação acima repetindo o mesmo teor a mesma explicativa explicitada quanto aos itens 6.2 e 6.4 da pergunta n° 4 da impugnação.

Ante o exposto, julgo improcedente os argumentos apresentados pela empresa impugnante, comprovado qualquer ato de ilegalidade, restrição de competitividade ou ainda, impedimento à busca da proposta mais vantajosa, mantendo todos os termos do Termo de Referência do Pregão Eletrônico n° 147/2019.”

Mirian Couto Calheiros
Assessora Jurídica

SEMTEL