

EXMO. SR. SENHOR PREGOEIRO ENCARGADO DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 001/2018 DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS – ESTADO DE SÃO PAULO

PREGÃO PRESENCIAL Nº 001/2018

PROCESSO nº 28954/2017

A **ABRELPE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS**, associação civil sem fins lucrativos constituída desde 23 de setembro de 1976, com sede na Capital de São Paulo na Avenida Paulista nº 807, 2º andar, conjuntos 207/212, por seu advogado ao final nomeado e assinado, também na qualidade de cidadão, tendo tomado conhecimento do Edital acima em destaque, vem a presença de Vossa Senhoria, solicitar **ESCLARECIMENTOS** ao Edital 001/2018, pelos motivos de fato e de direito adiante alinhados:

I - DA ABRELPE

A **ABRELPE** é uma associação classista de âmbito nacional, que congrega empresas prestadoras de serviços de limpeza pública urbana e de resíduos especiais, os mesmos que formam objeto da presente licitação.

Como órgão classista, a atuação desta entidade tem-se pautado não só pela defesa dos interesses coletivos desse específico setor de atividade como, fundamentalmente, no controle intransigente da qualidade dos serviços prestados pelas suas associadas.

Ademais, dentre suas finalidades, emerge como de maior importância a defesa da categoria contra fatores que possam impedir e/ou dificultar o regular desenvolvimento da atividade, sendo um dos meios mais eficazes de controlar a qualidade desses serviços, o monitoramento dos procedimentos licitatórios que dizem respeito ao setor representado, ombreando-se, nesse passo, com a própria Administração Pública.

Este, na verdade, é o foro adequado para o surgimento das eventuais irregularidades verificadas no ato convocatório, sem que tal represente, no entanto, qualquer discordância do direcionamento adotado pelo poder licitante aos seus procedimentos concorrenciais.

II – DOS ESCLARECIMENTOS

Após a análise do Instrumento Convocatório da Pregão Presencial 01/2018, cujo o objeto é registrar preços de serviços de manutenção e Conservação de vias públicas, parques, jardins e outros logradouros para atender a Secretaria Municipal de Serviços Públicos no Município de São Carlos, conforme especificações do instrumento convocatório e seus anexos, solicitamos os seguintes esclarecimentos :

1 - Conforme determina a Lei Federal 10.520/2000, o Decreto Federal 3.555/2000 e a Lei Federal nº 8.666/1993, o objeto licitado no edital 01/2018 não pode ser feito na modalidade Pregão, uma vez que não é serviço comum (FUNDAMENTAÇÃO ABAIXO). Desta forma, qual o embasamento para a escolha da modalidade pregão para este objeto?

II.A - FUNDAMENTAÇÃO (INCOMPATIBILIDADE ENTRE O OBJETO LICITADO E A MODALIDADE PREGÃO):

Consta do preâmbulo do edital supra referido que o certame se dará na modalidade Pregão Presencial, visando o registro de preços para os serviços de manutenção e conservação de vias públicas, parques, jardins e outros logradouros para atender a Secretaria Municipal de Serviços Públicos no Município de São Carlos.

Referido procedimento licitatório (Pregão), disciplinado pela Lei Federal 10.520/00, pelo Decreto Federal 3.555/00 e, subsidiariamente, pela Lei Federal nº 8.666/93, não é compatível com o objeto que se pretende contratar, qual seja, em síntese, prestação de serviços de engenharia, conforme consta do próprio Edital.

Assim, a Prefeitura está realizando procedimento de Pregão para prestação de serviços para os quais não se pode utilizar desta modalidade de licitação.

Com efeito, é exatamente esse o entendimento do CONFEA – Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, órgão federal responsável pela organização, regulamentação e fiscalização das atividades e serviços caracterizados como de engenharia, conforme Decisão Plenária nº 0074/2007:

O Plenário do Confea, reunido em Brasília de 28 de fevereiro a 2 de março de 2007, apreciando a Decisão do Conselho Diretor nº CD-028/2007, que aprova a proposta de posicionamento do Confea quanto à contratação de obras e serviços de Engenharia, de Arquitetura e de Agronomia pelo setor público por meio da modalidade de licitação denominada pregão, **DECIDIU, por unanimidade, aprovar a Nota Técnica Informativa, anexa, contrária à contratação pelo setor público de obras e serviços de Engenharia, de Arquitetura e de Agronomia por pregão como modalidade de licitação.** Presidiu a Sessão o Engenheiro Civil MARCOS TÚLIO DE MELO.(...)¹
(Grifo Nosso)

Pois é notório conhecimento que o Pregão, instituído pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, destina-se, nos termos de referido diploma legal, à contratação de serviços comuns:

Art. 1º **Para** aquisição de bens e **SERVIÇOS COMUNS, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão**, que será regida por esta Lei. (Grifo Nosso)

¹ Ref. SESSÃO : Plenária Ordinária nº 1.339; DECISÃO Nº : PL-0074/2007; PROCESSO Nº : CF-2602/2006; INTERESSADO : Confea

Não há o que se discutir significado do vocábulo “comum”, que tem o condão de delimitar o âmbito de aplicação do Pregão. A palavra “comum”, na acepção do Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa, significa aquilo que é vulgar, trivial, ordinário; o que se tem por habitual, normal, usual.

Segundo Marçal Justen Filho *"o bem ou serviço é comum quando a Administração Pública não formula exigências específicas para uma contratação determinada, mas se vale dos bens ou serviços tal como disponíveis no mercado"*². Aduz ainda o doutrinador: *"bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível a qualquer tempo, num mercado próprio. Bem por isso, a regra é que obras e serviços de engenharia não se enquadrem no âmbito de "bens e serviços comuns"*³.

Importante ressaltar que os serviços que são o escopo deste certame não são comuns, vez que as atividades relacionadas ao setor de resíduos sólidos podem ter graves impactos ambientais, desta forma estas atividades precisam ter a prestação de serviços especializada e individualizada, e que a não prestação do serviço de forma especializada pode causar impactos ambientais e até ameaça a saúde pública.

Além disso, cabe ressaltar que é entendimento no âmbito do Tribunal de Contas da União de que se a qualidade do objeto a ser contratado suscitar dúvidas (comum ou não), a administração contratante não deve utilizar o pregão. Tal posição pode ser claramente observada no Acórdão 296/2007⁴, a seguir:

EMENTA:

REPRESENTAÇÃO. UTILIZAÇÃO PELA ENTIDADE DE LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA, INFRINGINDO O ART. 5º DO DECRETO 3.555/2000. LICITAÇÃO ANULADA PELA PRÓPRIA ENTIDADE. AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVAS. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. DETERMINAÇÃO À ELETROACRE.

...

Ao apreciar a questão, naquela oportunidade, deixei assente que, para precisar o conceito de serviço comum colimado pela Lei n.º 10.520/02, dever-se-ia analisar a estrutura e finalidade

² Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico - 4a ed., São Paulo: Renovar, 2005, p. 26

³ Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico - 4a ed., São Paulo: Renovar, 2005, p. 30

⁴ Processo 005.128/2006-9, Relator Min. Benjamin Zymler. D.O.U. 09-03/2007.

do pregão vis-à-vis aos preceitos da licitação na forma definida pela Lei nº 8.666/93. Reforcei também o entendimento de que **em situações que fossem necessárias medidas mais cautelosas para segurança do contrato, em razão dos riscos decorrentes de inadimplência da contratada ou da incerteza sobre a caracterização do objeto, deve o gestor preferir o pregão em favor de outras modalidades licitatórias cercadas de maior rigor formal.**

Em suma, conforme já me manifestei em outras ocasiões, minha preocupação reside no fato de que no pregão são mitigados os requisitos de participação, vez que a aferição da qualificação do licitante só é procedida no final do certame e apenas em relação à proposta vencedora. O pressuposto é de que os serviços são menos especializados, razão pela qual a fase de habilitação é relativamente simples. De outra forma, a Administração poderia se ver forçada a, freqüentemente, desclassificar a proposta de menor preço, se não confirmada a capacidade técnica do fornecedor. Nesse contexto, a lei resguardou a aplicação do pregão aos bens e serviços comuns.

(...)

A despeito de manifestar-me de acordo com entendimento esposado nas mencionadas decisões, observo que, na prática, **é fato notório que os serviços de engenharia, mormente quando desenvolvidos por engenheiros, pressupõe certa complexidade, motivo pelo qual são fiscalizados e disciplinados pelo Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA), e, ainda, necessitam de registro da ART (Anotação de Responsabilidade Técnica) nos respectivos Conselhos Regionais de Engenharia (CREA's).**

Dessa forma, reputo necessária a máxima cautela do administrador público, ao incluir tais serviços em objeto de licitação na modalidade pregão, de forma a promover maior segurança na execução contratual, conforme já discorri no início deste Voto. (...)” (grifos nossos)

Pode-se dizer que um serviço de engenharia é comum quando o objeto seja de fácil realização, com especificações usuais no mercado e além disto, na totalidade ou em relevante parte de sua execução seja dispensável orientação de profissional registrado no CREA, o que não é o caso do objeto em questão que se trata de serviços de engenharia que exigem registros juntos ao CREA.

Neste diapasão, o Plenário do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (Confea) aprovou, a Decisão PL-2467/2012, por meio da qual definiu que:

...os serviços de engenharia que exijam habilitação legal para sua elaboração ou execução, com a obrigatoriedade de participação de um engenheiro e emissão da devida ART - Anotação de Responsabilidade Técnica perante o CREA, não podem ser classificados como comuns e, portanto, não podem ser licitados por pregão, ou seja, os serviços de engenharia que demandam a execução ou supervisão por profissional legalmente habilitado, não podem ser enquadrados no gênero "comum" porque são de natureza intelectual, científica e técnica, fatores que resultam em ampla complexidade executiva...

Desta forma, resta claro que serviços como o do edital em questão restam excluído da caracterização de serviço comuns, e por consequência, da possibilidade de contratação por Pregão.

Pois, as atividades de limpeza pública, revestem-se de particularidades e reúnem características específicas que impossibilitam a sua classificação como serviços comuns, não permitindo assim a adoção da modalidade Pregão para tais serviços, vejamos:

1. a execução dos serviços de limpeza urbana deve seguir plano de trabalho a ser desenvolvido pelo prestador do serviço (contratado) e aprovado pela administração pública (contratante), após constatação do atendimento dos requisitos técnicos;
2. a execução dos serviços de limpeza urbana é dinâmica e deve estar preparada para as variações inerentes às mutações sociais e demandas pontuais (eventos, desastres, desenvolvimento ou recessão econômica, consciência e engajamento da população etc), o que retira qualquer viés ordinário e diferencia tais serviços do entendimento do que são serviços comuns;
3. a atividade de limpeza pública não se encontra padronizada, nem existem dados objetivos que permitam a sua uniformização, ou seja, as características do serviço de limpeza urbana conduzem à inviabilidade de padronização das soluções a serem adotadas, o que afeta especificamente aos parâmetros de adequação das prestação, o que reafirma a não classificação dos serviços de limpeza pública como comuns.

4. os serviços de limpeza urbana possuem elevada componente técnica (exigem responsáveis técnicos atestação) e são incontestavelmente compreendidos dentre as atividades enumeradas como “serviço de engenharia”, para os quais as especificações e responsabilização técnicas se fazem indispensáveis, conceito que os distancia dos serviços comuns;
5. os impactos decorrentes da prestação dos serviços de limpeza urbana são transversais a diversas outras áreas, tais como, meio ambiente, salubridade urbana, controle de vetores e saúde pública, dentre outros. Essa transversalidade deve ser objeto de planejamento complexo e execução integrada, sob pena de comprometer todas as demais áreas interrelacionadas, o que por sua vez, também retira o caráter “comum” dos serviços de limpeza urbana.

Não havendo, assim, como classificar serviços de limpeza urbana na condição de serviços comuns, resta inviabilizada a sua contratação por meio do procedimento licitatório do Pregão, que serve-se tão somente para referida classe de serviços. Por outro lado, não havendo autorização legal, é vedado à Administração Pública adotar referida modalidade, tendo em vista o quanto dispõe o princípio da legalidade aplicável aos atos administrativos.

Além dos aspectos técnicos que distanciam os serviços de limpeza urbana dos serviços comuns, há também os aspectos econômicos, uma vez que a contratação por meio da modalidade incorreta certamente acarretará prejuízos para a Administração Pública, pois inviabilizará a apresentação da melhor proposta, já que prestadores qualificados não atenderão ao chamamento por conta da insegurança jurídica que ronda o processo ou, levará a uma contratação deficiente e, certamente a uma execução ineficiente, contrariando os princípios que fundamentam a atividade administrativa.

Para corroborar o entendimento ora externado pela associação signatária, **encaminhamos em anexo Parecer Jurídico do E. Professor Marçal Justen Filho, renomado doutrinador da área de Direito Administrativo**, do qual **extraí-se de maneira robusta a conclusão incontestável sobre a impossibilidade de utilização do Pregão para contratação de serviços de limpeza urbana**, bem como uma análise dos riscos e consequências para os gestores públicos no caso de adoção de modalidade inadequada em processo licitatório

Desta forma, resta clara a incompatibilidade com o objeto a ser licitado com a modalidade de licitação Pregão, devendo ser desta forma anulado o presente certame e após seja publicado na modalidade de licitação apropriada.

III – CONCLUSÃO E PEDIDO

Diante de todo o acima exposto, diante do exposto, requer **seja recebida a consulta e prestados os esclarecimentos**, sem prejuízo do reconhecidos dos erros materiais apontados neste esclarecimentos com a alteração do edital nos pontos questionados **como usualmente exige-se e se faz necessário em todas as licitações da administração pública**.

Por derradeiro, solicita que a resposta a este pleito seja encaminhada para o endereço da Impugnante, do endereço eletrônico, e-mail: abrelpe@abrelpe.org.br.

Termos em que,
p. deferimento.

São Paulo, 16 de Janeiro de 2018

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Gabriel Gil Brás Maria", written over a horizontal line.

Gabriel Gil Brás Maria
OAB/306.263