

RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO DO EDITAL

PROCESSO LICITATÓRIO:01-042.985/16-07

REFERÊNCIA: SMOBI 021/2016 – Concorrência

OBJETO: *Execução das obras de revitalização da Lagoa da Pampulha através da execução de serviços de desassoreamento e limpeza da lagoa, incluindo também a execução de batimetria periódicas, bem como, a batimetria prévia e desenvolvimento do projeto de desassoreamento (locais e quantidades) a cada início de temporada de serviço.*

I- PRELIMINARMENTE – DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA

A presente impugnação foi protocolada pelo licitante no dia 13 de março de 2018, às 13:29, restando intempestiva. A sessão de abertura da licitação está marcada para o dia 15 de março de 2018, às 9:00h. O primeiro dia útil antecedente é o dia 14/03/18, sendo que o segundo dia útil é 13/03/18. Logo, o prazo para apresentação de impugnação findou-se em 13/03/2018, às 18:00h, conforme disposto no art. 41, §2º, sendo a interposição tempestiva.

II- DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

A licitante apresentou impugnação aos seguintes pontos do edital:

- a) Defende a inclusão do item “levantamento geométrico (levantamento de área imersa)” na planilha orçamentária por entender que este item é necessário para a definição das áreas a serem desassoreadas e para referência do cálculo do volume inicial a ser dragado, em áreas em que o assoreamento já extrapolou o nível d'água, impedindo a execução do levantamento batimétrico. Afirmou que os serviços são executados de forma distinta, envolvem custos diversos e não podem ser tratados em conjunto. Solicitou a inclusão da composição de custos do item “levantamento geométrico” e alternativamente a disponibilização da composição de custo unitário do item “levantamento batimétrico”.
- b) Impugnou o item 3.6.1 do edital, que dispõe que a Contratada se obriga a aceitar, se necessário, a inclusão, mediante Termo Aditivo ao Contrato, das atividades eventualmente não previstas na Planilha de Orçamento, tendo por base os preços unitários da Tabela da SUDECAP. Consignou que não seria possível à Administração acrescentar itens não previstos na planilha de orçamento e que caso fosse necessário, que o valor unitário de serviço não previsto deveria ser fixado por acordo entre as partes, nos termos do §3º do art. 65 da lei 8666/93 e não tabelado pela Administração. Solicitou a exclusão do item do edital.
- c) Impugnou o item 3.11 do edital, a fim de que seja incorporada previsão de que na ocorrência de subcontratação dos serviços, poderá ocorrer o faturamento direto pelas subcontratadas.
- d) Insurgiu-se contra o item 12 do termo de referência, alterado pela circular nº 03, a fim de que seja previsto critério objetivo de aferição do volume de material escavado e transportado, indicando como mais técnica, a cubagem dos caminhões.

III- DA ANÁLISE DE MÉRITO

III.A – INCLUSÃO DO ITEM “LEVANTAMENTO GEOMÉTRICO”

Conforme já respondido na circular nº 6, *será realizada batimetria (item previsto na planilha) antes do início dos serviços onde são verificadas as áreas a serem desassoreadas e qual profundidade poderá ser atingida, considerando os quantitativos previstos na planilha da obra.* Os serviços a serem realizados nas áreas emersas também se enquadram como serviços topográficos, sendo remunerados pelo item de serviços de batimetria.

Dessa forma, julgamos improcedente a impugnação deste item.

III.B- IMPUGNAÇÃO AO ITEM 3.6.1 DO EDITAL

O licitante insurgiu-se contra o disposto no item 3.6.1 do edital que dispõe:

3.6.1 A Contratada se obriga a aceitar, se necessário, a inclusão, mediante Termo Aditivo ao Contrato, das atividades eventualmente não previstas na

Planilha de Orçamento, tendo por base os preços unitários da Tabela da SUDECAP, ou outra tabela de referência de preços reconhecida oficialmente, vigente na data de elaboração do orçamento, SUDECAP. Da mesma forma, as atividades não previstas na Planilha de Orçamento e nem constante da Tabela da SUDECAP, ou outra tabela de referência de preços reconhecida oficialmente, terão seus preços compostos por uma dessas, com base nos elementos que compõem a referida tabela, modificados pelo fator K."

Sustenta que o referido item não estaria abarcado pela previsão do art. 65, §1ª da lei 8.666/93, que prevê que o contratado fica obrigado a aceitar os acréscimos e supressões de obras e serviços até o limite de 25% do valor do contrato. Aduz que tais alterações somente poderiam ser quantitativas e não qualitativas.

A própria licitante consignou serem duas as hipóteses de alteração unilateral dos contratos pela Administração, previstas no art. 65 da lei 8.666/93, transcrito a seguir:

Art.65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I-unilateralmente pela Administração:

a)quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b)quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

(...)

§1º_O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§2º_Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

I - (VETADO)

II- as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

A alínea “a” traz a possibilidade de alteração unilateral do contrato no caso de haver modificação do projeto ou das especificações, tratando-se de alteração qualitativa. Pode ocorrer devido a fatos supervenientes, por situações pré-existentes, porém desconhecidas no momento da contratação, como também por inovações tecnológicas que proporcionam alternativa mais adequada para o cumprimento do objeto, A alínea “b” trata das alterações quantitativas do objeto, devendo ser respeitado o limite de 25% do valor do contrato, por expressa disposição do §1º do art. 65 da lei 8.666/93.

Observe-se que tanto as alterações qualitativas e quantitativas podem ser impostas unilateralmente pela Administração, desde que de forma fundamentada. Logo, não subsiste o argumento do licitante de que somente alterações quantitativas poderiam ser impostas ao contratado.

Parte da doutrina entende que as alterações qualitativas não estariam sujeitas ao limite de 25% do valor do contrato, podendo mesmo ser superior a este. **Isso contudo, não impede, de que tais alterações sejam impostas unilateralmente pela Administração.**

Contudo, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem entendimento de que as alterações qualitativas e quantitativas devem ser submetidas ao limite de 25% do valor do contrato. Tal entendimento foi esposado no acórdão Nº 215/99, de relatoria do Ministro José Antônio de Macedo,

conforme trecho destacado a seguir:

a) tanto as alterações contratuais quantitativas — que modificam a dimensão do objeto — quanto as unilaterais qualitativas — que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão — estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I — não acarretar para a administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II — não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III — decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV — não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V — ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI — demonstrar-se — na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea a, supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.

(grifo nosso)

Verifica-se que o TCU admite que em casos excepcionais, **poderá ser ultrapassado o limite de 25% do valor do contrato**, desde que presentes os pressupostos dos itens I a VI e de que haja concordância do contratado.

Dessa forma, a imposição de alterações qualitativas e quantitativas pode ser imposta ao contratado unilateralmente pela Administração, respeitado seu direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos do 65, inciso II, alínea “d” da lei 8.666/93.

O entendimento do TCU esposado no acórdão nº 1015/2011, é de que na inclusão de novos itens na planilha orçamentária através de termos aditivos ao contrato, deverão ser observados os preços praticados no mercado, observados os limites referenciais de preço contidos na tabela SINAPI, bem como mantido o desconto inicialmente ofertado pela licitante vencedora.

No entanto, o TCE/MG entende que nas licitações locais, deve ser observada a tabela SUDECAP, que melhor representa os preços de mercado praticados na região, desde que estes sejam mais benéficos para a Administração.

O art. 65, §3º da lei 8.666/93, dispõe que: **“Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no §1º deste artigo”**. As regras editalícias integram o contrato administrativo, devendo ser observadas durante a sua execução. Dessa forma, tal dispositivo somente se aplica caso não haja fixação pelo edital ou pelo contrato, da forma de composição dos preços extracontratuais. No entanto, no presente caso, o item impugnado, traz a forma de composição dos preços

unitários caso seja necessária a inclusão de itens não previstos na planilha orçamentária, afastando a aplicação do dispositivo, por não haver omissão do edital.

Pelo exposto, demonstrada a legalidade do item 3.6.1 do edital, julgamos improcedente a impugnação deste item.

III.C – IMPUGNAÇÃO AO ITEM 3.11 DO EDITAL

Inicialmente, cabe observar que a subcontratação é medida excepcional, só sendo admitida se houver prévio e exposto consentimento motivado da Secretaria Municipal de Obras e Infraestrutura, nos termos do subitem 3.11 do edital.

Se houver a subcontratação, a responsabilidade da contratada perante a Administração continua sendo a mesma. Isso porque a subcontratação não produz uma relação jurídica direta entre a Administração e o subcontratado. Se a contratada subcontratar parcela de determinado objeto cria-se uma nova relação jurídica, própria e autônoma, entre a contratada e a subcontratada, da qual a Administração não faz parte. Logo, a subcontratação do objeto nos limites admitidos pelo edital e contrato não tem o condão de transferir à subcontratada a responsabilidade pela execução do objeto. Será a contratada pela Administração quem responderá pelo integral cumprimento do objeto perante a Administração.

Nesse sentido, não é possível a Administração, como regra, efetuar o pagamento devido diretamente à subcontratada pelos serviços prestados e/ou materiais fornecidos, pois, conforme aduzido, a relação jurídica decorrente da subcontratação não envolve a Administração contratante diretamente. Por isso, qualquer pagamento devido à subcontratada deve ser feito pela contratada (subcontratante). No mesmo sentido, não se vislumbra a possibilidade de emissão de nota fiscal pelo subcontratado. Nessa toada, entende o Tribunal de Contas da União:

[...]
9.2. determinar à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que:

9.2.1. quando da elaboração e fiscalização de contratos, observe a vedação feita pela Lei n. 8.666/1993, nos arts. 72 e 78, inciso VI, no tocante à subcontratação total dos objetos pactuados;

9.2.2. abstenha-se de efetuar pagamentos diretos a subcontratadas, tendo em vista a falta de amparo legal, uma vez que não há qualquer relação jurídica entre a Administração Pública e o terceiro subcontratado, impossibilitando a realização de uma das fases da despesa, a saber, a liquidação, a qual deve ter por base o respectivo contrato, ajuste ou acordo; a nota de empenho; e os comprovantes da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço, conforme dispõe o art. 63, § 2º, da Lei 4.320/64. [...]. Acórdão 502/2008 – TCU. Processo 022.251/2005-8- Relator Ubiratan Aguiar. Data da sessão: 11/03/2008.

III.D – IMPUGNAÇÃO AO ITEM 12 DO TERMO DE REFERÊNCIA

O edital já previu critério objetivo de aferição do material escavado e transportado, sendo que este se dará através das medições do serviço de batimetria. Conforme disposto no item 12, “a”: *o volume do material escavado e transportado, referente ao item 03.06.00 da planilha, sua respectiva carga e transporte (item 03.13.00), será calculado através de batimetria.*

Dessa forma, julgamos improcedente a impugnação deste item.

IV- DA DECISÃO

Isto posto, conheço da impugnação apresentada pela empresa DTA Engenharia Ltda para, no mérito, negar-lhe provimento, em conformidade com a fundamentação exposta acima.

Belo Horizonte, 14 de março de 2018.

Fabíola Maria Lima França
Presidente da Comissão de Licitação