

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 21/2018

IMPUGNAÇÃO 01

(Encaminhado por e-mail no dia 21/01/2018)

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO – FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS (FINEP)

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 21/2018 - Contratação de empresa especializada em serviços de Gestão de Qualidade de Vida, incluindo disponibilidade de mão de obra e materiais para operacionalização dos serviços.

SIGMA SERVIÇOS EM SAÚDE LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 07.767.071/0001-63, com sede na Avenida Queiroz Filho, 1700, Sala 508, Torre E, Star Tower, Vila Hamburguesa, São Paulo/SP, CEP 05319-000, por intermédio do seu representante legal infra-assinado, vem, por meio desta, interpor a presente **IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL, com requerimento de Efeito Suspensivo**, mediante as razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

1- OBJETO:

O presente Termo de Referência tem por objeto a contratação de empresa especializada em serviços de Gestão de Qualidade de Vida, incluindo disponibilização de mão de obra e materiais para operacionalização dos serviços, em conformidade com as exigências e condições expressas no Edital e seus Anexos, sob o número em epígrafe.

2- DA TEMPESTIVIDADE:

Conforme se depreende do item 18 do Edital "DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO E DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL", em especial pelo item 18.1, o prazo para interposição de impugnação, será de 03 (três) dias úteis anteriores da data fixada para abertura da sessão pública.

Assim, tendo sido determinado o dia 29/agosto/2018 para a realização da sessão pública, e considerando-se que a data limite para fins de impugnação, encerra-se em 24/agosto/2018, perfeitamente tempestivo, o presente pedido.

3- DOS FATOS

A FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS (FINEP) instaurou processo administrativo de licitação, tendo por objeto o disposto no item 1 "DO OBJETO" do edital, *in verbis*:

Contratação de empresa especializada em serviços de Gestão de Qualidade de Vida, incluindo disponibilidade de mão de obra e materiais para operacionalização dos serviços.

Trata-se a presente licitação, da modalidade de PREGÃO ELETRÔNICO, tipo MENOR PREÇO, o qual se realizará no dia 29 de agosto de 2018, às 10:00 horas, por meio de sistema eletrônico no sítio <http://www.comprasgovernamentais.gov.br> (Comprasnet).

A IMPUGNANTE tendo interesse em participar do certame supramencionado, analisando o respectivo edital, especificamente quanto ao valor estimado máximo, constatou que o instrumento convocatório não se encontra em consonância às determinações legais.

Isso porque, em relação ao subitem "21.1" do item 21. DO VALOR ESTIMADO DA LICITAÇÃO (pág. 40) e subitem "22.4.4" do item 22. DO ORÇAMENTO ESTIMADO (págs. 48/49), do edital, que dizem respeito ao valor estimado e aceitável para fins de proposta, resta inexequível, ferindo o ordenamento jurídico pátrio, bem como aos princípios norteadores dos certames licitatórios, conforme será abaixo pormenorizadamente demonstrado, merecendo ser reformado.

4- DAS RAZÕES RECURSAIS

4.1- DA INEXIQUIDADE RELATIVA AO SUBITEM 22.4.4

Preliminarmente, cumpre salientar que o particular, ao contrário da Administração Pública, visa o lucro na contratação. No entanto, o valor estimado para a prestação do serviço ora licitado, apresenta indícios de inexequibilidade, pois **não é suficiente sequer para**

cobrir os custos do serviço, tais como o salário, os encargos incidentes sobre os salários, os insumos, taxa administrativa/lucro e tributos que, somados, extrapolam o valor estimado, sendo assim inexequível contratar por tal valor, senão vejamos.

Constata-se a partir da leitura dos itens abaixo delineados que, para o caso em tela, fora estimado o valor máximo por hora de trabalho do profissional Educador Físico, a quantia de **R\$ 40,70** (quarenta reais e setenta centavos):

10. PROPOSTA DE PREÇOS

[...]

10.1.4 Os salários-bases dos profissionais que ocuparão os postos de trabalho de Fisioterapia do Trabalho e Psicologia do Trabalho foram estipulados pela Finep com base em pesquisa de mercado. **O valor fixado deve servir de base para a definição dos salários-bases mínimos dos terceirizados pela contratada.** O valor do salário-base dos profissionais que ocuparão os postos de trabalho de Fisioterapia do Trabalho e Psicologia do Trabalho não deverá ser menor do que os valores definidos em sequência, nas planilhas do subitem 10.1 **Já o profissional de Educação Física e Fisioterapeuta do Trabalho (shiatsu) a base utilizada para cálculo das horas trabalhadas será o piso estipulado em Lei Estadual Rio de Janeiro.**

10.1.5 O **serviço de Ginástica Laboral não será contratado por posto de serviço, mas sim por hora.**

[...]

12. CARGA HORÁRIA E SALÁRIO-BASE MÍNIMO DO SERVIÇO DE GINÁSTICA LABORAL

12.1 O horário de execução do serviço está na tabela abaixo:

| POSTOS DE TRABALHO | QDE | PROFISSIONAL | CARGA HORÁRIA | SALÁRIO-BASE MÍNIMO |
|---|-----|------------------------------|--|---------------------|
| Professor(a) de Ginástica Laboral - horista | 1 | Professor de Educação Física | 9h30 às 12h 2h30/dia (2ª, 4ª e 6ª) - 10h às 12h 2 horas/dia (3ª, 5ª e 6ª) | R\$ 3.044,78 |

12.1.1 O **salário hora mínimo na tabela acima é para efeito de cálculo do valor hora do serviço a ser fornecido,** conforme planilha de estimativa no ANEXO II.

12.1.2 **Estes profissionais serão horistas,** ou seja, **sua remuneração será calculada por horas trabalhadas,** conforme ANEXO II.

[...]

22. DO ORÇAMENTO ESTIMADO

22.4. Planilha de Custos e Formação de Preços

22.4.4. Professor(a) Ginástica Laboral – horista

2- QUADRO-RESUMO DO CUSTO POR EMPREGADO

| | Mão de Obra vinculada à execução contratual (valor por empregado) | Valor (R\$) |
|---|---|---------------------|
| A | Módulo 1 - Composição da Remuneração | 3.044,78 |
| B | Módulo 2 - Encargos e Benefícios Anuais, Mensais e Diários | 2.856,66 |
| C | Módulo 3 - Provisão para Rescisão | 268,26 |
| D | Módulo 4 - Custo de Reposição do Profissional Ausente | 70,78 |
| E | Módulo 5 - Insumos Diversos | 407,08 |
| | Subtotal (A + B + C + D + E) | 6.647,56 |
| F | Módulo 6 - Custos Indiretos, Tributos e Lucro | 2.306,27 |
| | VALOR TOTAL POR EMPREGADO | R\$ 8.953,82 |
| | VALOR POR HORA DE TRABALHO | R\$ 40,70 |

Ocorre que, frente às especificações técnicas apresentadas, em **especial a carga horária estipulada para o profissional em comento**, e rigorosas expectativas de garantia do serviço, o valor orçado **não é condizente e fica aquém das necessidades e custos das empresas** interessadas na participação do certame em questão.

Tal estimativa de preços resta impraticável no mercado, visto que temos duas situações em evidência, uma quando contratamos o profissional na modalidade mensalista, e neste caso, baseando-se nos termos do edital, considerou-se uma jornada de trabalho de 220 horas/mensais (média de 08 horas/diárias), mediante o salário estabelecido no valor de R\$ 3.044,78, nestas condições, em regra, o profissional manterá apenas um vínculo empregatício, visto que atinge sua jornada máxima de trabalho com o referido contrato.

Todavia, quando tratamos de contratação na forma de horista, a realidade do mercado se altera consideravelmente, visto que para alcançar a mesma carga horária, e, por conseguinte, o salário estipulado, o profissional sujeito a uma carga horária média de 2horas e 30min. por dia, dificilmente manterá apenas este vínculo, e certamente buscará outras contratações, e por sua vez, encontrará grandes dificuldades para conciliar sua carga horária, conforme especificado no quadro constante do item 12.1, acima descrito, com outras colocações no mercado de trabalho.

Note-se que o profissional que atuará neste posto de trabalho terá seu período matutino semanal preenchido com no máximo 2h30min/diárias efetivas de trabalho e enfrentarão inúmeras dificuldades relativas à conciliação de horários, deslocamento, distância entre outros empregos, etc..., enquanto que assumindo uma vaga como mensalista, praticaria uma carga horária efetiva de aproximadamente 04hs por período (matutino e vespertino), sem interferência dos fatores supracitados.

Portanto, a captação na modalidade horista resta mais complexa e árdua que a forma mensalista, visto que o profissional pondera sobre todos esses aspectos, em especial o financeiro, antes de assumir uma vaga nestes termos, e levando-se em conta que a remuneração será a mesma (cálculo por hora), remotamente o empregado optará por vaga horista, onde a carga horária média será de 2h30min/diárias, e se deparará com vários obstáculos para conciliar com outras oportunidades, conforme já mencionados, em vez de um posto de trabalho mensalista, onde além de não passar pelas circunstâncias supra, receberá integral a remuneração estabelecida.

Assim, no presente caso, o valor orçado baseou-se em uma carga horária de 220 horas/mensais, e proporcionalizou-se pelas horas efetivamente trabalhadas, que na prática dificilmente ultrapassará 10hs/semanais, **sem considerar, contudo, as circunstâncias acima delineadas**, que influenciam negativamente no recrutamento e contratação dos profissionais, pois o empregado horista, remotamente, aceitará perceber o mesmo valor hora que um funcionário mensalista, haja vista as desvantagens acima expostas.

Frise-se que o valor não representa a realidade do mercado e corresponde a um valor abaixo do praticado pelas empresas que atuam nesse setor, **considerando as especificidades deste caso**, logo, sendo um valor insuficiente para cobrir os custos do serviço e em clara desconformidade com os preços usualmente praticados no mercado, esse valor **inviabilizará a contratação por preço justo e razoável**.

Ademais, corroborando com a necessidade de revisão e retificação quanto ao orçamento estimado para este item, verifica-se do cálculo dos custos com a remuneração do Educador Físico, quadro referente ao subitem 22.4.4, que o mesmo não contempla o descanso semanal remunerado (DSR), obrigatório, tanto para contratações mensalistas como para horistas.

4.2- DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS PREDECESSORES

O processo atual, Pregão Eletrônico nº 21/2018, tem objeto e condições idênticos aos editais concernentes aos Pregões Eletrônicos nº 03/2015 e nº 10/2017, realizados respectivamente, nos anos de 2015 e 2017, e em ambos, consta **previsão de vigência contratual inicial de 12 (meses)**, renováveis por iguais períodos, até o limite previsto no artigo 57, inciso II da Lei nº 8.666/93, ou seja, **60 (sessenta) meses**.

Note-se que, no período de 04 (quatro) anos, serão realizados 03 (três) procedimentos licitatórios com o mesmo objetivo, uma média de quase um por ano, sendo que, o processo de 2015, poderia ter sua contratação vigente até o ano de 2020, limite estabelecido por lei, conforme acima indicado.

Nos causa estranheza, que as contratações antecedidas pelos dois últimos procedimentos em comento, não tenham perdurado pelo prazo legal, uma vez que, quando se move a máquina pública para fins de realização de certames licitatórios, visa-se seu melhor aproveitamento, prezando, assim, pelos princípios basilares, tais como: razoabilidade e proporcionalidade; economicidade; eficiência; eficácia, entre tantos outros norteadores; e não é coerente que, as contratações provenientes dessas licitações, tenham duração de apenas 01 (um) ano, como se depreende que ocorreu no último processo, visto que fora realizado em meados de 2017.

Infere-se, portanto, que uma das razões que podem estar ocasionando o insucesso dos mesmos, está relacionada ao valor orçado e estimado para o objeto, a exemplo do que demonstramos acima, pois dificilmente uma empresa conseguirá manter um contrato, onde

não se obtém a lucratividade, visto que o valor estimado é insuficiente para cobrir os custos do serviço.

Portanto, razoável que, o valor estimado na presente licitação esteja consoante à realidade do mercado, permitindo assim, a viabilidade e manutenção das contratações realizadas com a Administração Pública, não se fazendo compatível a forma como se estimou o valor do atual Pregão, a exemplo dos anteriores, visto a existência de consideráveis diferenças entre a prática das contratações na modalidade mensalista e horista.

Assim, a ilegalidade da estimada remuneração constitui-se em vício insanável de origem, ficando o edital nulo de pleno direito, e seus frutos sem efeito, tornando-o não abjudicável ainda que seja mantido o certame nas atuais condições, e, sob pena de causar consequências e prejuízos a Administração, pois igualmente aos procedimentos precedentes, inclina-se ao fracasso.

4.3- DA BASE LEGAL

Inicialmente, cumpre salientar o que dispõe o art. 37, XXI da Constituição Federal, cujo texto pede-se *vênia* para transcrever:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(grifo nosso)

Além disto, o art. 3.º da Lei 8.666/93 abaixo exposto, também se manifesta em relação a exigências exacerbadas na fase de habilitação.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Do cotejo entre os dispositivos constitucionais supratranscritos e a determinação do edital impugnado verifica-se que este os afronta, uma vez que fixa **valor estimado inexecuível**, como condição habilitatória que, se mantida, acabarão por **onerar demasiadamente as licitantes e/ou ocasionar fracasso ou deserção da licitação**.

A estimativa de preços ora apresentada deve corresponder a uma contraprestação justa e razoável, de forma a cobrir os custos e permitir que o contratado aufera lucro.

Destaca-se que, conforme estabelece o artigo 48, da Lei nº 8.666/93, o **preço não deverá ser inexecuível**, e a proposta vencedora deverá atender às exigências do edital.

Para Hely Lopes Meireles, evidencia-se a inexecuibilidade de preços nas seguintes situações:

[...] A **inexecuibilidade se evidencia nos preços** zero, simbólicos ou **excessivamente baixos**, nos prazos impraticáveis de entrega e nas **condições irrealizáveis de execução diante da realidade do mercado**, da situação efetiva do proponente e de outros fatores, preexistentes ou supervenientes, verificados pela Administração. (MEIRELES, 2010, p. 202).

(grifo nosso)

Ainda sobre o tema, de acordo com o respeitado Prof. Jesse Torres assim assevera sobre o preço inexecuível e/ou inviável:

Preço inviável é aquele que sequer cobre o custo do produto, da obra ou do serviço. **Inaceitável que empresa privada (que almeja sempre o lucro) possa cotar preço abaixo do custo, o que a levaria a arcar com prejuízo se saísse vencedora do certame**, adjudicando-lhe o respectivo objeto. Tal fato, por incongruente com a razão de existir de todo empreendimento comercial ou industrial (o lucro), conduz, necessariamente, à presunção de que a empresa que assim age está a abusar do poder econômico, com o fim de ganhar mercado ilegítimamente, inclusive asfixiando competidores de menor porte. São hipóteses previstas na Lei nº 4.137, de 10.09.62, que regula a repressão ao abuso do poder econômico. (PEREIRA JÚNIOR, 2007, p. 557-558)

(grifo nosso)

Nesse sentido, a lição de Marçal Justen Filho:

Ressalte-se que o **preço máximo fixado pode ser objeto de questionamento por parte dos licitantes, na medida em que se caracterize como inexecuível**. Fixar preço máximo não é a via para a Administração inviabilizar contratação por preço justo. **Quando a Administração apurar certo valor como sendo o máximo admissível e produzir redução que tornar inviável a execução do contrato, caracterizar-se-á desvio de poder.**(in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Edição, 2005, Ed. Dialética, pág. 393).

(grifo nosso)

Caso seja mantida a estimativa constante no Edital a contratada arcará com os gastos para prestar o serviço, o que não é permitido, configurando flagrante afronta ao princípio da **legalidade** e até mesmo da **moralidade**, pois a contratante, através de sua estimativa, tem como escopo receber um serviço **sem a contraprestação justa e razoável** pela execução do mesmo.

Essa situação ainda viola o **princípio da razoabilidade**, pois a estimativa que não supre nem o custo dos serviços não pode ser considerado razoável.

Insta salientar ainda que, como é cediço, a Administração detém a obrigação constitucional de selecionar a **proposta mais vantajosa**, conforme critérios objetivamente definidos no edital, de acordo com a legislação vigente, todavia, a realização de **contratação mediante valores manifestamente inexequíveis**, além de afrontar aos princípios norteadores dos certames licitatórios, conforme supramencionado, **poderá acarretar consequências irremediáveis e prejudiciais à Administração Pública**, como: má prestação de serviço, transtornos quanto à execução do escopo, o que poderá ocasionar a necessidade de novo procedimento licitatório, sem olvidar quanto à grande probabilidade de fracasso ou deserção da licitação, que demandam custos para a Administração.

Ademais, a prática de proposta e/ou preço inviável, sendo aquele que sequer cobertura do custo do serviço, interfere negativamente na ordem econômica e financeira, conforme previsão constitucional constantes do TÍTULO VII, que definem os princípios gerais da atividade econômica, visto que as empresas *"que assim age está a abusar do poder econômico, com o fim de ganhar mercado ilegítimamente"*.

Sendo assim, **necessária se faz a alteração da presente estimativa**, de forma a ser previsto um **preço justo e razoável frente a todas especificações técnicas solicitadas**, suficiente a cobrir o custo dos serviços e a permitir que o particular aufera lucro, coadunando-se assim à realidade do mercado.

Se a respectiva exigência permanecer, ocorrerá desrespeito às regras constitucionais existentes e desde já restam IMPUGNADOS, E PREQUESTIONADAS POR EVENTUAL NEGATIVA DE VIGÊNCIA.

O edital constitui a lei interna do certame, não podendo a administração descumprir tais normas e condições, ao qual se acha estritamente vinculada, verificando-se no caso impugnado que o referido edital contém vício, o que cerceia o direito das licitantes de participarem.

Diante do exposto, **aguarda-se que referida exigência seja reformulada, determinando novos patamares para fins de estimativa dos valores máximos, a serem considerados nas respectivas propostas, condizentes com as especificações do serviço e valores praticados no mercado.**

Por fim, verifica-se que o Edital em combate apresenta-se eivado de vícios, posto que o subitem "21.1" do item 21. DO VALOR ESTIMADO DA LICITAÇÃO (pág. 40) e subitem "22.4.4" do item 22. DO ORÇAMENTO ESTIMADO (págs. 48/49), ao estipularem valor estimado máximo inexecutável, extrapolam os ditames legais, morais e razoáveis, prejudicando a disputa isonômica e igualitária, que são os objetivos primordiais de qualquer licitação pública.

5- DO PEDIDO

Isto posto, REQUER o recebimento e provimento da presente impugnação, considerando a expressa vinculação do administrador ao Edital, prevista no "caput" do art. 3.º e no "caput" do art. 41 da Lei n.º 8.666/93, para determinar a suspensão do processo administrativo relativo ao Edital de Pregão Eletrônico nº 21/2018, para assim revisar o Edital observando as irregularidades apontadas pela Impugnante.

São Paulo/SP, 20 de agosto de 2018.

Resposta:

Impugnação indeferida.

Entendemos que a fixação dos salários dos profissionais de laboral e shiatsu devem adotar o previsto em legislação específica, acordo, dissídio ou convenção coletiva, quando houver. Desta forma, com base na lei estadual do Rio de Janeiro.

Acrescento que o edital encontra-se fundamentado na Lei nº 13.303/2016.

Atenciosamente,
Sônia de Bessa Alves
Equipe de Apoio