

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA – ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 039/2019

AEX ALIMENTA COMERCIO DE REFEIÇÕES E SERVIÇOS LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 11.404.495/0001-30, vem, respeitosamente, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do Pregão Eletrônico em epígrafe, com sustentação no §2º do artigo 41 da Lei Federal 8.666/1993 – aplicável por força do artigo 9º da Lei Federal 10.520/2002 – e artigo 18 do Decreto Federal 5.450/2005 e nos termos do item 1.6¹ do instrumento convocatório deste certame, pelos fundamentos demonstrados nesta peça.

I – TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para 15/04/2019, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 02 (dois) dias úteis previsto no artigo 41, §2º da Lei Federal 8.666/1993 e artigo 18 do Regulamento do Pregão Eletrônico, bem como item 1.6 do edital do pregão em referência.

II – OBJETO DA LICITAÇÃO.

CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NO PREPARO E FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR, VISANDO

¹ 1.6 Os interessados poderão formular impugnações ao presente edital em até 2 (dois) dias úteis anteriores à abertura da sessão, mediante confirmação de recebimento no e-mail pregao@voltaredonda.rj.gov.br

ATENDER AOS ALUNOS DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO, COM O FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA, GÊNEROS ALIMENTÍCIOS E DEMAIS INSUMOS, TRANSPORTE, DISTRIBUIÇÃO, LOGÍSTICA, SUPERVISÃO, MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA DE TODOS OS EQUIPAMENTOS UTILIZADOS, REPOSIÇÃO DE UTENSÍLIOS E EQUIPAMENTOS, PARA SUPRIR AS NECESSIDADES DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO.

III – DO FUNDAMENTO DA IMPUGNAÇÃO.

III.I - Das ilegalidades do edital

III.I.I – Da violação ao tratamento isonômico das licitantes

Reputa-se indevida a exigência consubstanciada na seguinte previsão:

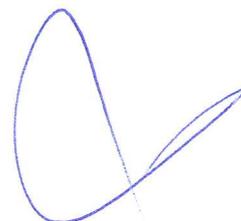
01.2 - DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

01.1.9 - A Empresa deverá instalar um escritório na cidade para apoio e suporte, disponibilizando uma linha telefônica de 0800, para que as Unidades de Ensino façam contato direto.

Ocorre que dita exigência não se justifica tecnicamente, e não há sequer motivos expostos no instrumento convocatório para tanto; logo, essa exigência beneficia diretamente as interessadas que já possuem sede ou filial no Município, já que não terão dispêndios concernentes aos registros, regularizações documentais e implantação do administrativo.

Denota-se que a exigência não é compatível com a principal vocação da licitação e consisti em violação, insofismável, ao princípio do tratamento isonômico das licitantes.

Não se nega que existe entendimento no sentido de ser possível a exigência de instalações técnicas necessárias ao cumprimento do contrato, incluindo-se a exigência de filial (sede NUNCA) em local determinado. Esse posicionamento se fundamenta, principalmente, no fato de o parágrafo 6º do art. 30 da Lei 8.666/93 vedar, expressamente, apenas "exigências de propriedade e de localização prévia". Assim, entende-se que a proibição recai sobre exigir previamente a propriedade e a localização, do que decorre a conclusão de que se pode exigir após a realização do certame até mesmo a propriedade da licitante vencedora sobre o bem imprescindível ao cumprimento do contrato. Com o devido respeito, está-se absolutamente equivocada.



Referido dispositivo, para ser compreendido corretamente, deve ser lido em conformidade com o texto constitucional, que no inciso XXI do art. 37 determina que o instrumento convocatório "somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". Nesse passo, de pronto se pode dizer que a propriedade somente pode ser exigida, mesmo que posterior ao certame, sobre bens que constituam a parte essencial do objeto do contrato, como o exemplo das locações e arrendamentos, para se evitar as subcontratações e a conseqüente burla aos requisitos de habilitação e à licitação.

Nessa mesma linha, quando se admite indiretamente na Lei de Licitações a possibilidade de exigência de localização para a execução dos serviços, percebe-se que o objetivo é garantir a execução satisfatória dos serviços, ou seja, o dispositivo exemplifica o que pode ser exigido no sentido de viabilizar a perfeita prestação, tais como equipamentos, estrutura mínima e etc. No contrapé dessa possibilidade, o edital em discussão não se limita a exigir as declarações de que haverá os equipamentos e estrutura necessários para a atividade durante todo o contrato, ele vai além. Requisita estabelecimento local para o acompanhamento das atividades e uma linha 0800.

Estipula-se essa condição de execução dos serviços à minguada de qualquer motivação, o que por si só, constitui uma ilegalidade. Aliás, a ausência de motivação dá indícios de não haver a relação de pertinência entre a exigência e o objeto do contrato, isto é, inexistente um por que da necessidade de se ter escritório na localidade e um contato 0800.

Não se olvide que a constituição de escritório acarreta custos extras de estruturação para os interessados que não o possuam instalado de antes da licitação, restando, assim, evidente o benefício aos interessados locais e o prejuízo ao tratamento isonômico. Essa perspectiva, aliás, sozinha consegue afastar potenciais interessados do certame, prejudicando a margem de possibilidade da obtenção da proposta mais vantajosa a esta administração.

Não há que se falar em discricionariedade no caso, pois a compreensão constitucional dos processos licitatórios afasta do rol de exigências aquelas que não sejam INDISPENSÁVEIS à garantia do cumprimento do contrato, em prestígio ao principal objetivo da competição, o de se possibilitar o maior número de licitantes, aumentando-se as chances de obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

A interpretação constitucional das regras, ainda, conforme consagrado no próprio caput do art. 3º da Lei 8.666/93, impõe estrita observância ao princípio constitucional da isonomia, sendo certo que nenhuma alegação de discricionariedade pode derogar o espectro desse importante preceito republicano.



Exatamente nesses termos pode-se verificar o posicionamento do TCU ao analisar edital também do Estado do Rio de Janeiro:

“(…) 7.5.1. Com efeito, cabe somente à licitante vencedora, por sua conta e risco, assumir todos os encargos contratuais aptos à fiel execução do objeto da licitação. Ademais, não se pode acolher as alegações de que essa exigência se destina a salvaguarda da administração pública uma vez que esse tipo de argumento não pode lastrear limitação quanto ao quantitativo desejável sobre o universo de possíveis licitantes. Essa limitação caracteriza infringência ao caráter competitivo da licitação nos termos do disposto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/1993. 7.5.2. Quanto à alegação de que a redação literal do disposto no citado item editalício não restringe, geograficamente, o caráter competitivo da licitação, melhor sorte não socorre aos recorrentes. Conforme se verifica, os efeitos do dispositivo conduzem àquele que for apresentar proposta, com real desejo de sagrar-se vencedor da licitação, em alocar recursos extras para manter uma estrutura administrativa física no Rio de Janeiro/RJ, que não é pressuposto necessário para a fiel execução do contrato a ser firmado.

(…)

9. Das análises anteriores, é forçoso concluir que não há motivos para convalidar o Pregão Presencial CRA-RJ 1/2014, tendo em vista que:

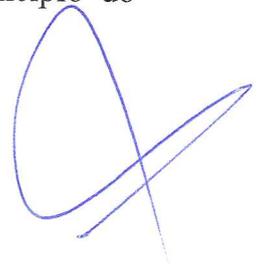
(…)

c) a comprovação de que é imprescindível a visita técnica ao local de execução do objeto do certame não foi providenciada pelo CRA-RJ; junte-se a isso a outra previsão em edital de que a licitante tenha, ou venha a ter, sede, filial ou estrutura administrativa na cidade do Rio de Janeiro, situações essas que restringem o caráter competitivo da licitação; e

(…)”

(Processo nº TC 003.083/2014-4 - ACÓRDÃO Nº 182/2016 – TCU – Plenário)

Deste pronunciamento, ainda, depreende-se o fato de a exigência ser discriminatória, ou seja, constituir tratamento diferenciado entre licitantes, que interfere, inclusive, no custo contratual que cada uma terá que suportar para a prestação dos serviços, a completo despeito do princípio do tratamento isonômico das licitantes.



Não há interesse público que sustente juridicamente o afastamento da interpretação constitucional sobre o tema no presente caso; ou que sustente a manutenção da exigência claramente excessiva e violadora do princípio da isonomia.

Assim, destaca-se que, seja pela incompatibilidade da exigência com relação à Constituição Federal, seja pela ausência de fundamentação para a sua previsão, o edital não pode ser mantido da forma em que se encontra, sob pena de restarem violados preceitos de extrema relevância na atuação da Administração nas licitações.

Sem o risco de errar, afirma-se a total impertinência e irrelevância da imposição de se ter escritório/base e linha 0800. E por esse motivo é que não há qualquer motivação ou justificativa quanto a essa obrigação.

Figura-se oportuno destacar-se a determinação legal contida no inciso I, do § 1º, do artigo 3º, da Lei de no 8.666/1993:

"Art. 3º - (*Omissis*) § 1º - É vedado aos agentes públicos:
I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (...)"

Não se pode dizer que a obrigação, apesar de impertinente e irrelevante, não restringe o pregão simplesmente por não se tratar de requisito de habilitação. É óbvio que restringe, pois a perspectiva de ter que instalar escritório na localidade, quando esse pode ser suprido pelo contato via 0800, tanto que o exige o edital, não pode ser estudada sem a consideração dos custos atinentes ao registro e à transferência ou criação de departamentos administrativos da Contratada. Considerados os custos da instalação exigida, muitas licitantes, apesar de interessadas e aptas, deixarão de mobilizar seu departamento de licitações para esse certame, ante a certeza de não poderem concorrer em pé de igualdade com as licitantes já instaladas no município de Volta Redonda.

Ademais, o dano *in casu* também atinge o dever de estrita legalidade no que tange a motivação de todos os atos públicos, discricionários ou vinculados, pela flagrante falta de fundamentação da estipulação, que trace sua pertinência e permite verificar sua relevância.

Denota-se necessário, dessa exposição, o acolhimento da presente impugnação para a alteração do dispositivo do edital apontado na presente insurgência, de modo a se adequar o ato convocatório às normas legais que regem

a matéria, e ao princípio da isonomia que se vê totalmente suprimido, passando-se assim, a exigir apenas o contato remoto via 0800 ou outro canal de comunicação, posto que supre todas as necessidades que poderia um escritório amparar.

III.I.II – Da considerável e injustificável redução do preço máximo

Considerando tratar-se a ora Impugnante de empresa especializada no preparo e fornecimento de alimentação, acompanhou ela edital de anterior licitação desse município para o mesmo objeto, e confrontando-os, constatou flagrante redução entre o valor do preço máximo atribuído em anterior certame, para o mesmo objeto ora licitado – R\$ 27.102.710,67, e o preço máximo do presente certame – apontado em sede do Anexo III, qual seja, R\$ 19.568.054,88.

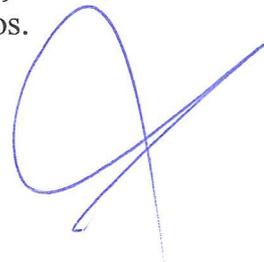
Ocorre, que compulsando os autos deste certame, não identificou essa Impugnante qualquer justificativa plausível para tão elevada redução do preço máximo – R\$ 7.534.655,79, o que representa quase 28% de redução, muito embora se tratem de certames ocorridos em anos seguintes – uma de 2018 e outra de 2019.

Como atua essa Impugnante no ramo licitado, possuindo diversos contratos com entes públicos com o mesmo objeto, pode afirmar com veemência que o setor não absorveu um abatimento tão significativo em seus custos, pelo contrário, à cada dia que passa os custos se elevam, tornando até mesmo difícil a empresa conseguir combinar em uma mesma contratação uma proposta competitiva e lucro.

Tanto que o Governo acaba de anunciar que alimentação e transporte fortemente influenciou o resultado do IPCA, sendo que a inflação acelerou para 0,75% em março, maior taxa para o mês desde 2015 (fonte: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/04/10/inflacao-fica-em-075percent-em-marco-diz-ibge.ghtml>).

No mais, sabe-se que para determinar se uma proposta é vantajosa, a Administração precisa realizar, antes, PESQUISA DE PREÇOS no mercado. Há vários dispositivos legais que exigem esse orçamento, sem o qual a licitação é considerada anulável.

É a pesquisa de preços que fundamenta o julgamento da licitação, definindo o preço de referência. O preço de referência tem diversas finalidades: suporte ao processo orçamentário da despesa; definir a modalidade de licitação conforme a Lei 8.666/93; fundamentar critérios de aceitabilidade de propostas; fundamentar a economicidade da compra ou contratação ou prorrogação contratual; justificar a compra no sistema de registro de preços.



A pesquisa de preços pode representar até 45% de todo o tempo dedicado ao processo licitatório (Casagrande, Cestari e Motta, 2012). E se for mal feita, pode representar prejuízo, já que a concorrência nem sempre é elemento suficiente para garantir preço justo e os fornecedores estarão procurando meios de vender seus produtos com lucros maiores.

Ocorre, que se o valor estimado para contratação (valor orçado) pela Administração Pública não for um dado muito bem coletado (ou seja, se a estimativa for irreal), a redução obtida, enquanto resultado do contraste matemático entre o valor orçado e o valor contratado, não está refletindo a economia anunciada. (Santana, 2006, p. 26).

A legislação exige, na fase interna da licitação, uma “ampla pesquisa de preços”.

Lei 8.666/93, art. 15, § 1º: O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

Lei 8.666/93, art. 43, IV: ...conformidade de cada proposta (...) com os preços correntes no mercado...

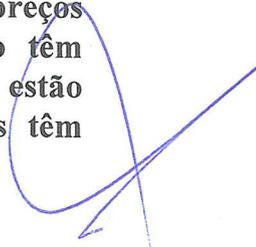
Lei 10.520/01, art. 3º, III: dos autos do procedimento constarão (...) o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados

Decreto 3555/00, art. 8º, § 2º, II: ...propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado...

E muito embora tenha-se desenvolvido o costume da média dos “três orçamentos”, o Tribunal vem reconhecendo que os orçamentos dos fornecedores não refletem, necessariamente, o preço de mercado. No Acórdão 3.452/2011-2C, o Órgão de Controle especificou as fontes de informação a serem consideradas: preços praticados no site de compras do Governo e Atas de Registros de Preços de outros órgãos “...para a obtenção de preços reais e melhores que aqueles fornecidos quando da pesquisa de mercado para aquisição de bens/produtos.”

Reforçando esse entendimento, o Acórdão 299/2011-P, tratou de Pregão Eletrônico em que os preços finais ficaram 55% menores que os estimados, chegando a 70% de diferença. Para o TCU, essa variação exagerada resultou de estimativa distorcida, baseada só em consulta a fornecedores.

A estimativa que considere apenas cotação de preços junto a fornecedores pode apresentar preços superestimados, uma vez que as empresas não têm interesse em revelar, nessa fase, o real valor a que estão dispostas a realizar o negócio. Os fornecedores têm



conhecimento de que o valor informado será usado para a definição do preço máximo que o órgão estará disposto a pagar e os valores obtidos nessas consultas tendem a ser superestimados. (Acórdão TCU 299/2011-Plenário)

Logo, não sendo feita tal estimativa de modo adequado, o que se verifica no presente, em que se usou o valor de anterior proposta vencedora do certame passado – o preço máximo dessa licitação é a proposta vencedora do edital revogado no ano passado pela municipalidade, quando objetivava contratar esse mesmo serviço de merenda, o que é completamente contrário ao regramento legal.

Além de flagrantemente haver falsa economia, também estar-se-á frustrando o caráter competitivo do certame, pois possíveis interessadas no certame podem deixar de apresentar propostas reais e exequíveis, uma vez que fora atribuído preço máximo em total descompasso com o praticado no mercado.

Assim, imperioso que seja revisto dito preço máximo, atribuindo ao mesmo valor condizente com os do mercado.

III.I.III – Da incorreção do Anexo VII – Planilha de Composição de Custos

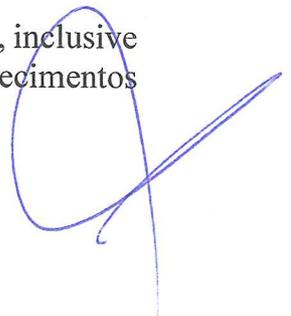
Por fim, porém não menos importante, vez que reflete diretamente no preço a ser proposto e posteriormente na execução do contratado, constatou essa Impugnante, que a Planilha de Composição de Custos incorretamente aponta em sede do módulo 6 – Custos Individuais, Tributos e Lucro, a incidência de ISS – Imposto Sobre Serviço, quando o correto, é que a atividade de fornecimento de alimentação é tributada pelo ICMS – Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços.

Embora o contrato nomeie a atividade como PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PREPARO E FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO, o que, em um primeiro momento possa induzir se tratar de um serviço a ser tributada pelo ISSQN, esta não é a posição correta.

A atividade objeto do presente contrato é a de FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES, que por sua vez, é fato gerador do ICMS (Base legal: artigos 2, I e 12, II da Lei Complementar 87/1996 e regulamentada nos artigos 2º, II, 3º, III, 14, XII e 15m §1º, 3 do Decreto Estadual nº 27.427/2000).

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;



(...)

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento;

Quanto ao fato da preparação dos alimentos se derem dentro das dependências do contratante, como é o caso em tema, em nada muda a competência tributária do Estado (ICMS) para a exigência do ICMS, conforme solução de consulta nº 016/2017.

Importante ainda salientar que a denominação dada pelas partes ao negócio jurídico realizado não tem qualquer força a fim de modificar a natureza jurídica específica do tributo (art. 4º do CTN), sendo nítido que a atividade objeto da presente contratação é a de FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES, tributada pelo ICMS.

Conforme especificação do objeto, contido no ANEXO I, do Edital, fica claro que a contratada irá fornecer alimentação e, neste sentido, a única nota fiscal que deve emitir é a nota fiscal eletrônica (modelo 55), onde o ICMS incidirá sobre o valor faturado.

1.1- A presente licitação tem por objeto a contratação de empresa especializada no Fornecimento de Alimentação Escolar, visando atender aos alunos da Rede Municipal de Ensino, com o fornecimento de mão de obra, gêneros alimentícios e demais insumos, transporte, distribuição, logística, supervisão, manutenção preventiva e corretiva de todos os equipamentos utilizados, reposição de utensílios e equipamentos, nas quantidades e especificações contidas neste edital e seus anexos.

Assim por não se tratar de cessão de mão de obra (tributado pelo ISSQN) e sim de fornecimento de refeições (tributado pelo ICMS), merece reparo o Anexo VII, módulo 6.

E tanto é correto dizer que incide ICMS e não ISS, que recentemente o Estado do RJ respondeu consulta opinando pela incidência de ISS no fornecimento de refeições, confira-se:

“ASSUNTO: : FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ICMS. ART 3º, III E ART 15, § 1º, III DA LEI Nº 2.657/96. OBRIGATORIEDADE



DE INSCRIÇÃO NO CAD-ICMS. ART. 7º, I, DO ANEXO I DA PARTE II DA RESOLUÇÃO SEFAZ Nº 720/14. CONSULTA TRIBUTÁRIA Nº 042/2018

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta acerca da sujeição de fornecimento de alimentação e nutrição hospitalar ao ICMS.

II – ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO

II.1 - DOS ASPECTOS FORMAIS:

O processo encontra-se instruído com o DARJ referente ao recolhimento da Taxa de Serviços Estaduais (fls. 04 e 17), bem como cópia dos Atos Constitutivos da consulente (fls. 05/14, conferindo poderes ao signatário da inicial.

Consta, ainda, declaração da ARF 64.09 informando a inexistência de dados da consulente nos sistemas de Cadastro (SINCAD), SRS, AIC e UPO.

II.2 - DO MÉRITO:

Conforme disposto no inciso III do art. 3º e no inciso III do § 1º do art. 15, ambos da Lei nº 2.657/96, a atividade de fornecimento de alimentação encontra-se no campo de incidência do ICMS.

Art. 3º - O fato gerador do imposto ocorre:

III - no fornecimento de alimentação, bebida ou outra mercadoria por qualquer estabelecimento;

Art. 15 - Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que rea-lize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito co-mercial, operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviços descritas como fato gerador do imposto, observado o dis-posto no § 2º deste artigo.

§ 1º - Incluem-se entre os contribuintes do imposto:

III - o fornecedor de alimentação, bebida ou outra mercadoria em qualquer estabelecimento;

Deve-se, ainda, ressaltar que conforme disposto no inciso I do art. 7º do Anexo I da Parte II da Resolução SEFAZ nº 720/14, a consulente deverá, antes do início de suas atividades, inscrever-se no CAD-ICMS.

Art. 7º - Estão obrigadas à inscrição no CAD-ICMS, antes do início de suas atividades, as seguintes pessoas jurídicas:

I - contribuintes do ICMS, conforme definidos no artigo 15 da Lei nº 2657/96, ainda que não realizem exclusivamente atividades sujei-tas ao imposto;

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que a atividade de fornecimento de alimentação é tributa-da pelo ICMS, e os contribuintes deverão inscrever-se no CAD-ICMS antes do iniciar a mesma.

C.C.J.T., em 25 de abril de 2018.”

Assim, imprescindível que sejam sanadas tais incorreções no instrumento convocatório, vez que impedem a formulação correta de propostas e maculam por completo o certame.

IV – REQUERIMENTOS.

Em síntese, requer sejam analisados os pontos detalhados nesta impugnação, com a correção necessária do ato convocatório para que se afaste qualquer antijuridicidade que macule todo o procedimento que se iniciará.

Com base nos fundamentos ora elencados, requer a Impugnante digno-se Vossa Senhoria em acolher a presente impugnação, determinando a republicação do Edital, adequando-o, de modo a afastar as irregularidades aqui apontadas, nos termos do artigo 21, § 4º da Lei 8.666/93.

Requer, caso não corrigido o edital nos pontos ora invocados, seja mantida a irresignação da Impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

Nestes termos,
pede deferimento.
Bauru, 09 de Abril de 2019.

AEX ALIMENTA COMERCIO DE REFEIÇÕES E SERVIÇOS LTDA.
CNPJ nº 11.404.495/0001-30
JOSÉ DIONÍSIO FRANCO

11.404.495/0001-30
AEX ALIMENTA COMERCIO
DE REFEIÇÕES E SERVIÇOS LTDA
Rua Nicolas Moreno Munhoz, 2-50
Jd. Contorno- CEP 17047-230
BAURU - SP