



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO

Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira – UNILAB
Divisão de Licitações

PROCESSO N°: 23282.504655/19-57

Pregão Eletrônico nº 29/2019

RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

Assunto: Resposta ao pedido de impugnação impetrado por MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA, CNPJ n° 68.593.979/001-92.

Trata-se da análise do pedido de impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 29/2019 interposto tempestivamente por MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA, CNPJ n° 68.593.979/001-92, que tem como objeto a contratação sob demanda de serviços de refeições prontas transportadas, para os refeitórios da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira (UNILAB), Campus da Liberdade, Campus de Auroras e Unidade Acadêmica Palmares, com concessão onerosa de uso de espaço público.

Após análise e manifestação da Divisão de Elaboração de Editais e Apoio Administrativo e da Divisão de Alimentação e Nutrição, foi constatado os seguintes fatos:

DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO DA EMPRESA MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA ENTREGUE EM 25/NOVEMBRO/2019:

A impugnante, resumidamente, solicita a revisão dos seguintes pontos: “I) do objeto da licitação-natureza tributária - regime de execução; II) inaplicabilidade da IN nº 5, de 25/05/2017, ao objeto licitado; III) da confusa formação do preço da refeição-base para elaboração dos custos; IV) da exigência prévia de instalações; V) da natureza tributária-corolário do item I - CNPJ de entrega; VI) da impropriedade do uso das expressões concedente/ concessionária no termo de referência”.

DA RESPOSTA:

I – DO OBJETO DA LICITAÇÃO – NATUREZA TRIBUTÁRIA – REGIME DE EXECUÇÃO

Afirma a impugnante que há um equívoco no instrumento convocatório por estabelecer “a contratação mediante prestação de serviço quando, notadamente, o objeto se refere a compras mediante fornecimento continuado”.

A licitação em questão não visa um mero fornecimento, mas sim uma prestação de serviço que vai desde a aquisição de gêneros até a entrega final da refeição, como descrito no termo de referência e demais anexos do edital.

Quanto ao aspecto legal, cabe-nos destacar a Portaria nº 443, de 27 de dezembro de 2018, que estabelece os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta mediante contratação, ou seja, serviços terceirizados. O normativo regulamenta o art. 2º do Decreto nº 9.507/2018 e aplica-se às contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional, às empresas públicas e às sociedades de economia mista controladas pela União, o que é o caso da Unilab. A Portaria apresenta uma lista exemplificativa dos serviços que podem ser terceirizados e, dentre estes, encontra-se o serviço de alimentação (Art. 1º, I).

No caso, a cessão de uso para instalação de lanchonete/ restaurante é considerada como "serviço de apoio", uma vez que o objetivo é suprir as necessidades de alimentação dos alunos e servidores. Foi, portanto, classificada corretamente como serviço comum pela Administração no termo de referência.

O Parecer n. 3/2016/DEPCONSU/CPLC/PGF/AGU, aprovado pelo Exmo. Sr. Procurador Geral Federal, corrobora o entendimento acima explanado, conforme segue:

II) Em se tratando da outorga de uso de imóveis administrados pelas autarquias e fundações federais cujo objetivo da Administração seja o de disponibilizar um determinado serviço de apoio aos seus servidores ou demais administrados (interesse público), é possível considerar como **objeto do contrato a própria prestação do serviço comum**, sendo irrelevante que seja ela remunerada pela própria Administração ou pelo usuário, por meio de preço predefinido. A ocupação do espaço, a seu turno, constitui apenas um aspecto acessório do ajuste a ser firmado, necessário para que o contratado realize a prestação do serviço de apoio.

Além do exposto, o PARECER n. 00964/2019/NLC/ETRLIC/PGF/AGU, que trata sobre análise jurídica do presente processo, afirma que a escolha do Pregão Eletrônico, como modalidade de licitação, foi adequada, pois o serviço a ser contratado foi qualificado como comum pela unidade técnica.

Exaurido esse primeiro ponto de análise, passemos ao seguinte. A impugnante refuta o regime de empreitada por preço unitário, baseando essa ideia de que o fornecimento de refeições prontas não seria um serviço e sim uma compra. Contudo, tal base de defesa da impugnante torna-se inexistente uma vez que, pelas razões expostas, mostrou-se que essa primeira consideração é errônea. O setor técnico, no Termo de Referência – item 1.5.1 e subitens – justifica como regime de execução a empreitada por preço unitário, não restando mais nenhum esclarecimento a ser feito sobre o assunto.

Por fim, a impugnante tenta reforçar a ideia de que o presente processo trata-se de compra com base na natureza tributária de operação, no caso, o ICMS. Ademais, alega que a empresa foi autuada, no passado, em contrato com a Unilab, em quase dois milhões de reais pelo Fisco do

Estado do Ceará. Contudo, cabe a empresa considerar nos cálculos de sua proposta todos os tributos, inclusive a diferença de alíquota do ICMS, quando for o caso, não tendo a Unilab qualquer responsabilidade pelo dimensionamento equivocada da proposta da licitante.

Portanto, de acordo com as exposições acima, INDEFERIMOS quanto a caracterização da natureza do fornecimento como compra.

II – DA INAPLICABILIDADE DA IN Nº 05, DE 26/05/2017, AO OBJETO LICITADO

A impugnante afirma que não se aplica a IN SEGES/MP Nº 05/2017 sob a justificativa de que a pretendida contratação não tem natureza de serviço. Como, pelas razões expostas no primeiro tópico da impugnação, tais considerações são errôneas, confirmando-se que a presente aquisição trata-se de serviço comum, implica na aplicação das regras e diretrizes da referida Instrução Normativa.

Assim, INDEFERIMOS a solicitação de não aplicação da IN SEGES/MP Nº 05/2017.

III- DA CONFUSA FORMAÇÃO DO PREÇO DA REFEIÇÃO - BASE PARA ELABORAÇÃO DOS CUSTOS

Esclarecemos à impugnante que o valor de R\$ 10,25 (dez reais e vinte e cinco centavos) é referente ao contrato Nº 06/2016, encerrado em 05 de dezembro de 2018. No contrato em vigência nº 21/2018, o valor da refeição é R\$ 6,50 (seis reais e cinquenta centavos), sendo R\$ 6,25 (seis reais e vinte e cinco centavos para as refeições servidas no jantar do campus da Liberdade). Dessa forma, o preço apresentado no edital de R\$ 7,44 (sete reais e quarenta e quatro centavos) encontra-se expresso corretamente (real valor unitário estimado), visto que será o valor pago por refeição efetivamente servida (subitem 8.2.2.9 do Termo de referência).

Os valores relativos à arrecadação são referentes ao pagamento para acesso dos usuários aos restaurantes universitários (RUs). Tais valores de acesso estão disponíveis no site da Unilab (<http://www.unilab.edu.br/restauranteuniversitario/>), sendo definidos pelo Conselho Universitário e em resolução própria do RU. Cabe à empresa CONTRATADA o recolhimento desses valores (subitens 7.1.9 a 7.1.9.3 do Termo de referência), os quais serão complementados pela Unilab para quitação do valor total da nota mensal do serviço. Os usuários poderão ainda adquirir créditos em seu cartão de acesso que também devem ser recolhidos pela CONTRATADA.

Ressaltamos que a vistoria está prevista no edital e disponibilizada nos itens 9.11.4 e 9.11.4.1 para conhecimento das condições e peculiaridades inerentes à natureza do trabalho.

Portanto, INDEFERIMOS a solicitação desse ponto da Impugnação, uma vez que a formação de preços é descrita de forma clara no edital, além de existir no mesmo a prerrogativa de vistoria do local de execução do objeto para sanar dúvidas inerentes ao processo de trabalho.

IV – DA EXIGÊNCIA PRÉVIA DE INSTALAÇÕES

A impugnante afirma que “o Edital é silente quanto ao prazo que os licitantes terão para providenciar a estrutura de cozinha industrial compatível com o volume de refeições pretendido”. Esclarecemos que o item 7.1.1 do Termo de Referência relata sobre o prazo de 40 (quarenta) dias para início da execução do objeto, a partir da retirada do instrumento equivalente ao contrato. A Unilab entende que este prazo é suficiente para a empresa CONTRATADA estruturar-se quanto as suas instalações, não havendo em nenhuma parte do instrumento convocatório a exigência de instalações prévias no estado do Ceará, nem restrição do caráter competitivo da licitação.

Portanto, INDEFERIMOS a solicitação desse ponto da Impugnação, uma vez que não há exigência prévia de instalações no estado do Ceará, onde é executado o serviço.

V – DA NATUREZA TRIBUTÁRIA – COROLÁRIO DO ITEM 1 – CNPJ DE ENTREGA

A impugnante alega que “o instrumento convocatório é silente acerca da possibilidade de participação de empresas de fora do Estado do Ceará, principalmente, e esse é o caso, daquelas que não possuem filial instalada no Estado do Ceará”. Cabe-nos esclarecer, quanto a participação de empresas de fora do Estado do Ceará, que no rol de licitantes que serão vedadas a participação (subitens do item 4.2 do Edital) não há qualquer menção a empresas de outro Estado, logo, não há restrição de participação das mesmas na licitação. Contudo, em relação a possuir filial instalada no Estado do Ceará, informamos que durante a licitação a empresa que ainda não possui filial no Estado deve comprometer-se em instalar e manter escritório com infraestrutura adequada à prestação dos serviços objeto desta licitação (Anexo VI do Edital). Vale salientar ainda que tal exigência é discricionária a Administração e optou-se por aplicar essa condição a futura contratada tendo em vista esse serviço ser essencial (qualquer interrupção ou atraso causaria grandes transtornos); a demanda da Unilab representar um expressivo número de refeições diárias a serem fornecidas, e por evitar que ocorram problemas de fornecimento (como em contratos anteriores). Adiciona-se a todas essas razões, o fato de não ser permitido a subcontratação (item 13 do TR, Edital nº 29/2019), assim é inviável fornecer satisfatoriamente esse serviço sem ter uma sede ou filial no Estado, nas cidades relacionadas no item 8.9.5.

Em relação a aplicação do ICMS, reforça-se sobre o tema que a pretensa contratação é um serviço, com algumas características de fornecimento de produto (no caso, as refeições), em que a nota fiscal expedida no atual contrato já incide ICMS, cabendo a empresa considerar nos cálculos de sua proposta todos os tributos, inclusive o ICMS, não tendo a Unilab qualquer responsabilidade pelo mau dimensionamento da proposta da licitante, pois, de acordo com o item 6.4 do Edital e subitens, a empresa é a única responsável pela cotação correta dos encargos tributários.

Dessa forma, não há qualquer ausência de informação ou regramento estabelecido neste Edital sobre os assuntos tratados neste tópico de impugnação que venha a afetar o bom andamento do certame, razão pela qual INDEFERIMOS essa solicitação.

VI – DA IMPROPRIEDADE DO USO DAS EXPRESSÕES CONCEDENTE/CONCESSIONÁRIA NO TERMO DE REFERÊNCIA

A impugnante coloca em questionamento o instituto jurídico utilizado - concessão, permissão e autorização administrativa. Em relação a esse aspecto, cabe-nos destacar que a UNILAB pretende realizar pregão eletrônico, com o objetivo de contratar a prestação de serviços de fornecimento de refeições, com a cessão de espaço público. Está previsto o pagamento de um valor mensal a título de aluguel, acrescido do rateio das despesas de água e luz, além da obrigação da contratada em arcar com as despesas de limpeza e conservação do local.

Com relação à cessão de uso de bem público, dispõe a Coletânea de Entendimentos da CGU para as IFES (p.27):

A cessão para a prestação dos serviços definidos no art. 12, Decreto n.º 3.725/01 (posto bancário, posto dos correios e telégrafos, restaurante e lanchonete, central de atendimento à saúde, creche), está condicionada à utilização exclusiva para atendimento das necessidades da Instituição e seus servidores, e deverá observar as seguintes condições:

- I - disponibilidade de espaço físico, de forma que não venha a prejudicar a atividade-fim da Instituição;
- II - inexistência de qualquer ônus para a União, sobretudo no que diz respeito aos empregados da cessionária;
- III - compatibilidade de horário de funcionamento da cessionária com o horário de funcionamento do órgão cedente;
- IV - obediência às normas relacionadas com o funcionamento da atividade e às normas de utilização do imóvel;
- V - aprovação prévia do órgão cedente para realização de qualquer obra de adequação do espaço físico a ser utilizado pela cessionária;
- VI - precariedade da cessão, que poderá ser revogada a qualquer tempo, havendo interesse do serviço público, independentemente de indenização;
- VII - participação proporcional da cessionária no rateio das despesas com manutenção, conservação e vigilância do prédio;
- VIII - quando destinada a empreendimento com fins lucrativos, a cessão deverá ser sempre onerosa e sempre que houver condições de competitividade deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei; e
- IX - outras que venham a ser estabelecidas no termo de cessão, que será divulgado pela Secretaria do Patrimônio da União.

Mais específico, o Parecer n. 3/2016/DEPCONSU/CPLC/PGF/AGU, aprovado pelo Exmo. Sr. Procurador Geral Federal e, portanto, vinculante para a Procuradoria, tratou das diversas formas legais de outorga de bens públicos (autorização de uso, permissão de uso, concessão de uso, cessão de uso, concessão de direito real de uso e concessão para fins de moradia), tendo estabelecido que o caso de outorga para instalação de lanchonete deve ser definido como concessão de uso:

33. Além disso, trata-se de um instituto não precário (com duração estabelecida em contrato), vinculado ao seu instrumento convocatório (edital) e, por isso, não discricionário quanto às regras de outorga.

34. Exemplos corriqueiros de concessão de uso são as outorgas de espaço para instalação de lojas, restaurantes e lanchonetes em áreas públicas (de uso comum ou especial). Neste caso, há a imperiosa necessidade de competição e da celebração de contrato administrativo.

35. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU), em parecer acolhido em parte pelo Ministro Relator no Acórdão na 1443/2006 - Plenário, dispôs que;

2.11 Pelo exposto, podemos concluir que a modalidade de outorga aplicável a restaurantes e lanchonetes é 'concessão administrativa de uso de bem público', ato bilateral, de natureza contratual, pelo qual a Administração Pública 'atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio ao particular, para que o explore segundo sua destinação específica', devendo ser precedida de licitação, conforme entendimento deste 'Tribunal, proferido na Decisão n.º 585/97-TCU-Plenário. " (grifamos),

Referido parecer trata, ainda, da questão da outorga de bens públicos pelas Instituições Federais de Ensino (IFES), como é o caso da UNILAB. Conclui que está em vigor e deve ser observada a **Lei nº 6.120/74**, que é específica e foi recepcionada pela Constituição de 1988, não sendo derrogada por normas gerais posteriores, verbis:

Art. 2º Os imóveis de que trata esta Lei poderão ainda ser objeto de:

- a) Permuta, sob condições especiais;
- b) Hipoteca, para garantia de empréstimos contraídos junto a estabelecimentos de crédito oficiais;
- c) **Locação.**

§ 1º A permuta e a hipoteca também dependem de prévia autorização do Presidente da República, nos termos do disposto no § 1º do artigo anterior.

§ 2º Somente se dará a execução da hipoteca após manifestação do Ministério da Educação e Cultura sobre o interesse na solvência do débito por outra forma que não a execução.

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior o Ministro da Educação e Cultura apurará se houver má fé na instrução do processo que autorizou a operação ou na execução do contrato, promovendo as responsabilidades civil, criminal e administrativa respectivas, conforme o caso.

§ 4º **A locação será realizada mediante concorrência pública, observadas as normas legais vigentes e respeitado o valor locativo respectivo, consoante as condições locais do mercado imobiliário.**

(...)

Art. 5º **Em nenhuma hipótese será permitida a doação ou cessão gratuita, a qualquer título, de bens imóveis das instituições de que trata esta Lei.** (grifou-se)

Vale observar que, no caso em análise, a cessão de uso equivale à "locação" tratada na lei, conforme disposto no item 43 do Parecer nº 3/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, acima transscrito.

Ainda de acordo com o Parecer em referência, não é cabível, aos IFES, aplicar outros diplomas legais relativos a imóveis da União, prevalecendo, em todos os casos, a Lei nº 6.120/74:

95. Os institutos da alienação, permuta, hipoteca, locação, doação e cessão que estão devidamente regulamentados pela Lei n° 6.120/1974, que tem aplicação específica as IFES, sendo tal norma vigente e eficaz. E sobre a doação e a cessão gratuita, temos quais hipóteses foram expressamente vedadas pela referida lei.

96. Sobre as espécies de outorgas mencionadas no item anterior, não é cabível a aplicação aos IFES de outros diplomas gerais, relativos a imóveis da União, ainda posteriores, eis que a Lei n° 6.120/1974, sobre os institutos que nela são tratados, é g e, por isso, não derogada pelo Decreto-Lei n° 9.760/1946, pela Lei n° 9.636/1998 quaisquer outras leis posteriores que versem somente sobre bens imóveis somente dê (L1CC, art. 22, § 22).

97. A Lei n° 6.120/1974 não fere o Princípio da Autonomia Universitária (art. CF).

Por outro lado, é cediço, quando o objeto da licitação se classifica como bem/serviço comum, é obrigatória a adoção da modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, nos termos do art. 1º do Decreto n° 10.024/2019:

Art. 1º. Este Decreto regulamenta a licitação, na modalidade de pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.

§ 1º. A utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais é obrigatória.

No caso, a cessão de uso para instalação de lanchonete/restaurante é considerada como "serviço de apoio", uma vez que o objetivo é suprir as necessidades de alimentação dos alunos, servidores. Foi, portanto, classificada como serviço comum pela Administração no termo de referência.

O Parecer n. 3/2016/DEPCONSU/CPLC/PGF/AGU conclui que, nesses casos, a Administração deverá optar pelo pregão, em sua forma eletrônica, para o processamento da licitação, conforme segue:

II) Em se tratando da outorga de uso de imóveis administrados pelas autarquias e fundações federais cujo objetivo da Administração seja o de disponibilizar um determinado serviço de apoio aos seus servidores ou demais administrados (interesse público), é possível considerar como objeto do contrato a própria prestação do serviço comum, sendo irrelevante que seja ela remunerada pela própria Administração ou pelo usuário, por meio de preço predefinido. **A ocupação do espaço, a seu turno, constitui apenas um aspecto acessório do ajuste a ser firmado, necessário para que o contratado realize a prestação do serviço de apoio.**

III) Nos casos em que o objeto contratual principal é a prestação de um serviço comum, mostra-se obrigatória a adoção da modalidade licitatória do Pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica. (Grifos nossos)

Portanto, correta a utilização do pregão, na forma eletrônica, para o processamento da licitação.

Esclarecido esse aspecto, passemos ao seguinte questionamento da impugnante - o de que o Termo de Referência traz impropriedade de expressões. Em nenhum momento a impugnante informa onde foram apresentadas tais impropriedades no documento. Ao analisar o Termo de Referência, afirmamos que não há nenhuma impropriedade de expressões ou informação que contrarie ou coloque em dúvida as obrigações a serem assumidas, em destaque as relativas à concessão onerosa, pela licitante que venha a ser contratada.

Desta forma, INDEFERIMOS a solicitação desse ponto da Impugnação, uma vez que não há impropriedade de expressões no Termo de Referência.

DA DECISÃO:

Portanto, de acordo com as exposições dadas acima ponto a ponto, **INDEFERIMOS** quanto ao provimento da impugnação feita pela empresa MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

Redenção/CE, 26 de novembro de 2019.

Aline Alves da Silva
Pregoeira/UNILAB

(Documento original assinado)