

AO MUNICÍPIO DE LAGES - ESTADO DE SANTA CATARINA.

DIGNÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO OFICIAL DO MUNICÍPIO.

EXMO. SENHOR PREFEITO E AUTORIDADE MÁXIMA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO LICITATÓRIO.

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 167/2023

Data abertura: 09:00 horas do dia 09/02/2024

OBJETO: Contratação de Empresa Especializada na Coleta Manual e Mecanizada e Transporte de Resíduos Domiciliares até o Aterro do Município de Lages/SC, em regime de empreitada por preço unitário, em conformidade com as especificações prescritas no Edital.

A empresa A empresa PAMPA SANEAMENTO AMBIENTAL EIRELI, CNPJ/MF sob nº 07.424.570/0001-58, estabelecida na Rua Venâncio Aires 785, sala 306, Centro no Município de Carazinho, RS, por intermédio de sua administradora Senhora Zenaide Kinner, CPF/MF: 296.791.509-25, **na condição de licitante**, vem com respeito e urbanidade, perante Vossas Excelências, dentro dos prazos legais, em conformidade com o §2º do artigo 41 da Lei de licitações, apresentar a presente IMPUGNAÇÃO AO EDITAL, fazendo-o com base nos fatos e fundamentos a seguir deduzidos:

I – DA TEMPESTIVIDADE

A presente impugnação é tempestiva. A licitação na modalidade Pregão Presencial, tipo Menor Preço, cuja sessão pública ocorrerá no dia 9 de fevereiro de 2024, a lei de licitações cita:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

(...)

*§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o **fizer até o segundo dia útil** que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciaram esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.”* (Destacamos)

Pela regulamentação do pregão eletrônico, e o decreto federal nº 10.024/2019, o prazo é de três dias úteis, vejamos o Edital de Licitação que assim indica:

*Poderá ser apresentado **PEDIDO DE ESCLARECIMENTO e IMPUGNAÇÃO** ao Edital deste Pregão até as **23:59 horas do dia 06/02/2024**, nos termos do Decreto 10.024/19 e Diplomas Complementares, por uma das formas a seguir:*

- Em meio físico, dirigida à Secretaria Municipal de Administração, aos cuidados do Pregoeiro, obrigatoriamente via Setor de Protocolo;*
- Via e-mail: pregaoeletronico2@lages.sc.gov.br.*

O Tribunal de Contas da União referendou o entendimento que a apresentação da impugnação se dá até o segundo dia útil. No Acórdão nº. 1/2007 (processo TC 014.506/2006-2) o TCU entendeu ser tempestiva uma impugnação apresentada em 22/11/2005 (terça-feira) em face de um pregão que teria abertura em 24/11/2005 (quinta-feira). Do mesmo modo, através do Acórdão nº. 382/2003 (processo TC 016.538/2002-2) entendeu ser tempestiva uma impugnação apresentada em 27/9/2002 (sexta-feira) em face de uma licitação que ocorreria em 1/10/2002 (terça-feira).

Assim sendo, ao constatarmos que o recebimento de documentos e propostas está previsto para o dia 6 de dezembro de 2023, resta cumprido o disposto no § 2º do art. 41 da Lei 8.666/93, bem como o prazo do decreto federal nº 10.024/2019, contido no preâmbulo do Edital.

II – DA VINCULAÇÃO AO PRINCÍPIO DE LEGALIDADE

As ações dos agentes públicos estão vinculadas às disposições constitucionais que regulamentam toda a atividade administrativa, conforme emana do art. 37, *caput* da Constituição Federal:

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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Desta forma os agentes públicos, devem obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre outros.

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

“Deve-se, desde logo, começar por frisar que o próprio Estado de Direito, como se sabe, é encontrar-se, em quaisquer de suas feições, totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade. Inicialmente, submisso aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público. Deste esquema, obviamente, não poderá fugir agente estatal algum, esteja ou não no exercício de ‘poder’ discricionário”.(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e Controle Jurisdicional, 2. ed., p. 10-11.)

Como visto, a lei é uma amarra à atividade administrativa, sendo que ao agente público só é possível agir com base na lei, em seus exatos limites e disposições, sob pena de ilegalidade e improbidade administrativa.

No mesmo eixo, a vinculação aos termos contidos no edital, não é nova, segundo o saudoso Hely Lopes Meirelles, vejamos:

“O edital é a lei interna da licitação, e, como tal vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação (Estatuto, art. 33). (in Licitação e Contrato Administrativo, Revista dos Tribunais, 10. ed. 1991, p. 129 e ss.)”.

Entendemos assim, que a administração poderá efetuar as correções do edital que aqui serão solicitadas, está em tempo, pois caso contrário poderá gerar futuros inconvenientes, prejudicando a contratação, o erário e a própria administração, causando inclusive a eventual anulação da licitação conforme preceitua o artigo 49 da Lei 8.666/93.

III - MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

3.1- CONDIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO.

O edital não proíbe a participação de cooperativas na licitação, e, a presença de cooperativas em licitação é matéria controversa.

É de conhecimento dos operadores do ramo de licitações e contratos públicos a existência do Termo de Conciliação Judicial firmado entre a União Federal e o Ministério Público do Trabalho, ocorrido na Ação Civil Pública nº 01082-2002-020-10-00-0, Vigésima Vara do Trabalho de Brasília, cujas partes são o Ministério Público do Trabalho, a Uniway Cooperativa de Profissionais Liberais Ltda., a Uniwork Cooperativa de Trabalho Ltda., e a União Federal, sendo o primeiro autor e as demais rés, no qual a União Federal se compromete a não mais contratar cooperativas que atuem em atividades como serviços de limpeza, conservação e manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e instalações, dentre outros.

A grande questão está na existência de subordinação dos funcionários e a cooperativa, essa parece ser a linha seguida pelo Tribunal de Contas da União ao

autorizar a vedação à participação de cooperativas no certame. Vejamos trecho do Acórdão nº 975/2005-Segunda Câmara:

*“Defina, quando da realização de licitações para contratação de mão-de-obra terceirizável, a forma pela qual o labor será executado com supedâneo em contratações anteriores. **Se ficar patente que essas atividades ocorrem, no mais das vezes, na presença do vínculo de subordinação entre o trabalhador e o fornecedor de serviços, deve o edital ser expreso (e fundamentado) quanto a esse ponto, o que autorizará a vedação à participação de cooperativas de trabalho, ou de mão-de-obra, de acordo com entendimento firmado no Acórdão nº 1815/2003 – Plenário – TCU**”.* (Destacamos.)

No mesmo sentido, foram reiteradas decisões (Acórdão nº 1815/2003-Plenário, Acórdão nº 307/2004-Plenário que culminaram com a publicação da Súmula nº 281, TCU:

“É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade.”

A razão para essa proibição é simples. Se assim não fosse, a disciplina das cooperativas violaria pilar basilar do Direito do Trabalho (art. 3º, da CLT), pois se relaciona com direito constitucional fundamental.

Entendemos assim, que a participação das cooperativas em licitações seja possível, porém existe a condição de exceção nas contratações cujo objeto envolva o exercício de atividade que demande a existência de vínculos de emprego/subordinação desses profissionais com a pessoa jurídica contratada, os quais se percebem presentes no caso em questão, exigindo assim a vedação da participação das cooperativas.

3.2- DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO.

No rol de documentos exigidos para a habilitação temos, na qualificação técnico-operacional, e técnico-profissional, com as seguintes descrições:

DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL:

6.1.16 Comprovar, através de Atestado(s) de Capacidade Técnica fornecido(s) por Pessoa Jurídica de Direito Público ou Privado, em nome do Licitante, **devidamente registrado na entidade de Classe competente**, a execução de serviço(s) abaixo:

a) Coleta, transporte e descarga de resíduos sólidos domiciliares, comerciais e públicos, com monitoramento via satélite, com quantidade mínima de **1500 toneladas por mês**;

6.1.17 Apresentar Declaração com relação explícita do maquinário que consta em disponibilidade e da composição da equipe técnica considerada essencial para o cumprimento do objeto da contratação.

DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL:

6.1.18 Comprovar que possui em seu quadro permanente de responsáveis técnicos, na data de entrega da proposta, Profissional(is) de nível superior sendo, 01 (um) Engenheiro, devidamente(s) registrado(s) no CREA ou CRQ, detentor(es) de Certidão(ões) ou Atestado(s) de Capacidade Técnica, fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, acompanhado da respectiva CAT – Certidão de Acervo Técnico, registrado no CREA, que comprove que pelo menos um de seus responsáveis técnicos exerceu atividade de coleta de resíduos sólidos domiciliares em um Município **com no mínimo 80.000 (oitenta mil) habitantes ou com quantidade mínima acima de 1.500 (mil e quinhentas) toneladas por mês**;

6.1.19 Comprovar que o(s) Profissional(is) indicado(s), pertence(m) ao quadro de pessoal da Empresa, mediante apresentação da ficha de registro de empregados, autenticada junto a D.R.T. (Delegacia Regional do Trabalho) ou cópia da carteira de trabalho contendo as respectivas anotações de contrato de trabalho, constando a admissão do responsável técnico até a data da entrega da proposta, ou contrato específico de prestação de serviços e/ou no caso do profissional ser sócio da empresa, pela cópia do contrato social;

6.1.19.1 Na inviabilidade de comprovar que o(s) Profissional(is) indicado(s) pertence(m) ao quadro de pessoal da Empresa, apresentar Termo de Compromisso, comprometendo-se a comprovar a contratação até o momento da assinatura do contrato, se vencedora.

Primeiramente, devemos frisar que às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação estão vinculadas a prova da **capacitação técnico-operacional** e NÃO a capacitação técnico-profissional;

Depois de esclarecido tal fato, devemos separar o que é mão de obra relativa à capacitação técnico-operacional e o que é mão de obra técnico-profissional, no intuito de esclarecer o momento adequado para as suas respectivas comprovações.

A qualificação técnica poderá ser exigida em face do responsável técnico pela execução do objeto (capacitação técnico-profissional), tal como expressamente previsto no artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei de Licitações, bem como das condições operacionais da empresa licitante (capacitação técnico-operacional), artigo 30, inciso II, da lei de licitações.

Capacitação técnico-profissional

*I - **capacitação técnico-profissional**: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, **vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos**; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)*

Capacitação técnico-operacional

*II - **comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento** e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;*

No primeiro caso (capacitação técnico-profissional), a experiência a ser verificada **não** é a da pessoa jurídica, mas sim a do profissional que atuará como responsável técnico na execução do contrato, porém, a lei veda a exigência de quantidades mínimas.

Quanto à capacitação técnico-operacional, a **capacidade a ser avaliada é a da empresa**, enquanto organização empresarial capaz de realizar o empreendimento, e não a do profissional (pessoa física), **PORÉM O CREA NÃO REGISTRA ACERVO DE PESSOA JURÍDICA**, e a administração exige Atestado(s) de Capacidade Técnica **fornecido(s) por Pessoa Jurídica** de Direito Público ou Privado, em nome do Licitante, **devidamente registrado na entidade de Classe competente.**

(Resolução 1.025/09 (CONFEA))

Art. 55 - É vedada a emissão de CAT em nome da pessoa jurídica.

Assim, a mão de obra necessária ao desempenho de determinada atividade e que faça parte da estrutura de uma empresa, será abarcada pelo critério técnico-operacional. Por sua vez, a experiência do responsável técnico se enquadra na capacitação técnico-profissional.

No caso da capacitação técnico-operacional, o particular deverá demonstrar possuir determinada estrutura de funcionários apenas na etapa contratual. É o que se extrai do Acórdão nº 2.913/2009 – Plenário TCU:

“ACÓRDÃO [...]

*9.2.2.2. caso efetivamente necessite de que, por intermédio do contrato, seja disponibilizado, para a execução de seu objeto, **um quantitativo de pessoal com determinada qualificação ou experiência**, preveja tal aspecto no edital e na minuta de contrato **como exigência a ser satisfeita durante a execução contratual, tendo presente a irregularidade de se estabelecer tal condição como requisito de habilitação;**” (grifamos)*

Ao observarmos atentamente o descrito no edital, notamos que as exigências consideradas de relevância, são de natureza técnico-operacional e não técnico-profissional.

Lembramos a diferenciação entre a capacidade técnica profissional e a capacidade técnica operacional:

A mão de obra necessária ao desempenho de determinada atividade e que faça parte da estrutura de uma empresa, será abarcada pelo critério técnico-operacional.

Também devemos lembrar que para tanto do próprio texto da Lei 8.666/93, artigo 30 § 10º, texto incluído pela lei 8.883/94, note-se:

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-operacional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994) (Grifos e destaques acrescidos)

As parcelas de maior relevância estão nos equipamentos e na mão de obra, seguidos pelos controles técnicos operacionais, itens que se identificam com a capacitação técnica operacional, pois a **capacidade a ser avaliada aqui é da empresa**, enquanto organização empresarial capaz de realizar o empreendimento, e não a do profissional (pessoa física).

Devemos considerar que as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos são vedados pela lei de licitações nos atestados de capacitação técnico-profissional, restando assim ser exigidos na qualificação técnico-operacional.

Também devemos considerar que o CREA não emite CAT **em nome da pessoa jurídica** contratada para prova de capacidade técnico-operacional por falta de dispositivo legal que o autorize a fazê-lo, logo não pode ser apresentado atestado de capacidade técnico-operacional registrado no CREA.

Trocando em miúdos, as exigências de quantidades mínimas para os atestados, são vedadas pela lei de licitações, e não podem ser exigidas para qualificação técnico-profissional (pessoa física). Os atestados de qualificação técnico-operacional (pessoa jurídica), não são registrados pelo CREA.

Assim sendo, as exigências da alínea do edital são impossíveis de serem cumpridas.

A seguir elencamos os municípios de Santa Catarina, segundo o censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2022, onde apenas 18 dos 295 municípios possuem mais de 80 mil habitantes, vejamos:

Posição	Município	População
1º	 Joinville	616.317
2º	 Florianópolis	537.211
3º	 Blumenau	361.261
4º	 São José	270.299
5º	 Itajaí	264.054
6º	 Chapecó	254.785
7º	 Palhoça	222.598
8º	 Criciúma	214.493
9º	 Jaraguá do Sul	182.660
10º	 Lages	164.981
11º	 Brusque	141.385
12º	 Balneário Camboriú	139.155
13º	 Tubarão	110.088
14º	 Camboriú	103.074
15º	 Navegantes	86.401

Posição	Município	População
16º	 São Bento do Sul	83.277
17º	 Concórdia	81.646
18º	 Biguaçu	76.773

Certamente, não há intenção em direcionar o edital para que apenas grandes empresas participem, porém, ao exigir que os responsáveis técnicos devam ter exercido atividade de coleta de resíduos sólidos domiciliares em um Município com no mínimo 80.000 (oitenta mil) habitantes ou com quantidade mínima acima de 1.500 (mil e quinhentas) toneladas por mês é o que acaba por fazer.

Desta forma as empresas terão obrigatoriamente que ter efetuado trabalho em município 80.000 (oitenta mil) habitantes, ou em município com quantidade mínima acima de 1.500 (mil e quinhentas) toneladas por mês, restrição à competição, explícita.

Desta forma, constata-se o direcionamento, como dissemos, certamente não intencional, porém a quantidade de resíduos é diretamente proporcional ao número de habitantes, e, empresas que prestam serviços em diversos municípios, e que, alcançam as 1.500 toneladas, ou os 80.000 habitantes, em somatório, estão fora do pleito licitatório.

Ora, se temos no estado de Santa Catarina, 295 municípios e apenas 18 municípios possuem população superior a 80 mil habitantes, ou seja, são menos que 6,5% os municípios com população igual ou superior a 80 mil habitantes, o que torna a possibilidade de atuação nesses municípios extremamente restrita.

Desta forma, e, considerando o percentual acima descritos, notamos que a redação do edital, vem a reduzir significativamente os potenciais participantes. Motivo pelo qual, entendemos que a correção do texto se faz necessária.

A própria Constituição Federal (inciso XXI do artigo 37) preconiza a exigência de qualificação técnica necessária apenas para salvaguardar o cumprimento das obrigações, *ipsis verbis*:

*XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as 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 e negrito nosso)*

Também é salutar relembrar o texto da lei de licitações:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.

§ 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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Grifamos e destacamos)*

A literalidade do texto nos revela que a condição exigida não se coaduna com os princípios basilares do diploma legal que rege as licitações e contratos.

Ainda devemos considerar que por analogia, pode se entender que há a vedação da soma de atestados, isso pelo fato do texto ser referir que os documentos devem ser de um município com no mínimo de 80 mil habitantes ou a quantidade de 1.500 toneladas coletadas nesse município.

Desta forma e para que não reste dúvidas, entendemos que no caso, o edital deve admitir explicitamente a aceitação da soma de atestados, isso para que não existam restrições de participação na licitação, a seguir algumas manifestações nesse sentido, vejamos:

Para o fim de comprovação de capacidade técnica deve ser aceito o somatório de atestados, sempre que não houver motivo para justificar a exigência de atestado único
Auditoria do TCU tratou das obras de microdrenagem, execução da rede coletora de esgoto e urbanização da bacia da Criminosa, bem como construção da estação de tratamento de esgotos, no bairro Nova Marabá, no município de Marabá/PA. Na fiscalização, foi verificada, dentre outras irregularidades, a potencial restrição à competitividade, decorrente de critérios inadequados de habilitação e julgamento na Concorrência 5/2011-CPL/PMM, que teve por objeto um conjunto de obras e serviços ligados à engenharia. Para o relator, “a restrição ao caráter competitivo da licitação foi caracterizada pela proibição do somatório de atestados de capacidade técnica”, sendo que, para ele, “a explicação para a proibição do somatório de atestados de capacidade técnica não foi convincente”. Em circunstâncias semelhantes, ainda conforme o relator, o Tribunal tem determinado que “a comprovação de capacidade técnica seja feita mediante o somatório de atestados, sempre que não houver motivo para justificar a exigência de atestado único”. O Tribunal, então, com suporte no voto do relator, decidiu pela audiência dos responsáveis por esta e pelas outras irregularidades. Precedentes citados: Acórdãos nº 1.237/2008, 2.150/2008 e 2.882/2008, todos do Plenário. **Acórdão n.º 1231/2012-Plenário, TC 002.393/2012-3, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 23.5.2012.**

É indevida a proibição de somatório de atestados, para efeito de comprovação de qualificação técnico-operacional, quando a aptidão da licitante puder ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado

Auditoria realizada nas obras de construção do sistema de esgotamento sanitário do município de Parnamirim/RN, custeadas com recursos repassados pelo Ministério das Cidades, apontou indícios de irregularidades na Concorrência n. 001/2008, que resultou na assinatura do Contrato n. 85/2008-Semop/RN com a empresa declarada vencedora do certame, no valor de R\$ 81.714.726,01. Entre os indícios de irregularidades apontados, destaquem-se as exigências contidas em edital que vedaram o somatório de atestados para fins de habilitação dos licitantes. Anotou a unidade técnica que o edital de licitação estabeleceu, para efeito de habilitação técnico-operacional, que a capacidade para execução de cada item da obra deveria ser demonstrada “em um único atestado, referente a uma ou mais obras isoladamente, não se aceitando valores resultantes de

somatórios e, ainda, que todas as onze exigências, agrupadas nas letras a, b, c e d do item 7.5.1.2, fossem comprovadas em no máximo 03 (três) atestados”. Considerou insatisfatórias as razões de justificativos dos responsáveis, no sentido de que tal medida visava simplificar o cumprimento de exigências pelas licitantes e aumentar a participação de empresas. Ressaltou, a esse respeito, que “a possibilidade de apresentar um maior número de atestados permitiria que mais empresas alcançassem os quantitativos exigidos”. Ademais, “a jurisprudência deste Tribunal de Contas admite a soma dos quantitativos constantes de mais de um atestado”. O relator, por sua vez, anotou que as deliberações do Tribunal têm sido no sentido de que tal vedação é indevida, “nos casos, como o que ora se analisa, em que a aptidão técnica da empresa licitante possa ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado”. O Tribunal, então, quanto a esse aspecto, decidiu determinar ao Município de Parnamirim/RN que, em futuras licitações para contratação de obras e serviços de engenharia, custeadas com recursos federais, abstenha-se de: “(...) 9.2.2. estipular a necessidade de que a prova da execução anterior de determinados serviços se faça num único atestado, o que potencializa a restrição à competitividade, a não ser que a vedação ao somatório esteja devida e amplamente fundamentada nos autos do procedimento licitatório, em consonância com o disposto nos Acórdãos ns. 1636/2007, 2150/2008, 342/2012, todos do Plenário, dentre outros julgados deste Tribunal;”. Precedentes mencionados: **Acórdãos nºs 1.678/2006, 1.636/2007, 597/2008, 1.694/2007, 2.150/2008, 342/2012, todos do Plenário. Acórdão n.º 1865/2012-Plenário, TC-015.018/2010-5, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, 18.7.2012.**

6. A vedação ao somatório de atestados, para o fim de comprovação da capacidade técnico-operacional, deve estar restrita aos casos em que o aumento de quantitativos acarretarem, incontestavelmente, o aumento da complexidade técnica do objeto ou uma desproporção entre quantidades e prazos de execução, capazes de exigir maior capacidade operativa e gerencial da licitante e ensejar potencial comprometimento da qualidade ou da finalidade almejadas na contratação, devendo a restrição ser justificada técnica e detalhadamente no respectivo processo administrativo. Representação acerca de pregão eletrônico conduzido pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), para contratação de fornecimento e instalação de equipamentos e execução de serviços de adequação da climatização da sala de embarque do aeroporto Santos Dumont (RJ), questionara item do edital que vedava o somatório de atestados de capacidade técnico-operacional para se atingir o valor mínimo da parcela de carga térmica estabelecido. Para a representante, “a vedação do somatório de atestados representou exigência desarrazoada e frustrou o caráter competitivo do certame”. O relator observou inicialmente que “a questão da possibilidade de somatório dos atestados para comprovação de quantitativos mínimos deve ser averiguada caso a caso”. Em relação ao caso em exame, destacou o relator, entre outros aspectos, a “magnitude da intervenção exigida dos concorrentes no sistema de climatização do aeroporto – execução em quantitativos superiores, maior capacidade operativa, aumento da complexidade técnica e da capacidade

*gerencial”, que, no seu entender, não demonstrariam ser desproporcional a capacidade térmica mínima exigida. A fim de elucidar a questão, lembrou o relator o Acórdão 2.150/2008-Plenário, que determinara a órgão jurisdicionado que “somente limite o somatório de quantidades de atestados para a comprovação de capacidade técnico-operacional dos editais nos casos em que o aumento de quantitativos do serviço acarretarem, incontestavelmente, o aumento da complexidade técnica do objeto ou uma desproporção entre as quantidades e prazos para a sua execução, capazes de ensejar maior capacidade operativa e gerencial da licitante e de potencial comprometimento acerca da qualidade ou da finalidade almejada na contratação da obra ou serviços”. Ao concluir que não houve restrição ao caráter competitivo do certame, ponderou o relator que a Infraero deveria ser alertada “sobre a necessidade de maior detalhamento das informações técnicas sobre não aceitação do somatório dos atestados, a fim de evidenciar claramente a necessidade dessa medida e evitar dúvidas aos licitantes, até porque a não aceitação deve ser empregada em situações restritas”. Diante do exposto, o Tribunal julgou a Representação improcedente e emitiu ciência à Infraero, nos termos propostos pela relatoria. **Acórdão 7105/2014-Segunda Câmara, TC 025.867/2014-8, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 18.11.2014.***

Assim sendo, e, evidenciada a questão, é dever da administração rever a redação contida no edital, para que se alinhe com os parâmetros razoáveis do caso em tela, e, assim, certamente existirão muitas empresas participando da licitação, atendendo desta forma o princípio da competitividade, essência da licitação.

3.3- ALTERAÇÃO DO EDITAL E NA PLANILHA ORÇAMENTÁRIA.

No dia 23 de novembro do corrente ano, houve a alteração do edital de licitação, com o seguinte teor:

No Anexo I – Termo de Referência:

Onde se lê:

3.6.1 Para a execução dos serviços de coleta de resíduos domiciliares serão necessários os seguintes veículos e equipamentos:

- 7 (sete) caminhões **truck** compactadores com capacidade volumétrica de no mínimo 15 m³, sendo um reserva;*

Leia-se:

3.6.1 Para a execução dos serviços de coleta de resíduos domiciliares serão necessários os seguintes veículos e equipamentos:

- 7 (sete) caminhões compactadores com capacidade volumétrica de no mínimo 15 m³, sendo um reserva;*

As alterações citadas acima se deram apenas no Anexo I, conforme a publicação, nela se constata que seus efeitos não foram considerados na planilha de orçamento.

Ocorre porém que em tal alteração há significativa mudança em consumo de combustível, pneus, manutenção e outros itens inerentes. Desta forma a planilha orçamentária também requer alterações para se adequar a alteração efetuada.

3.4- PROPRIEDADE.

Aqui destacamos a exigência da propriedade do terreno onde irá instalar a garagem e também deve possuir instalações para atendimento do pessoal, vejamos a letra do edital:

*6.7 A proponente deverá considerar na elaboração da Proposta a necessidade de dispor de garagem ou pátio de estacionamento – que comporte toda a frota, escritório para controle e planejamento das atividades. **Também, deve possuir instalações** para atendimento de seu pessoal operacional, contemplando vestiário com chuveiros, sanitários e armários individuais, compatíveis com o número de empregados.*

Em que pese o texto usar o termo “dispor”, adiante cita “também deve possuir” o que nos leva a entender que a empresa deva possuir, e, não dispor. A lei de licitações não exige que a empresa seja proprietária de terrenos ou de edificações.

A exigência de o licitante ser proprietário do imóvel é impertinente, descabida e ilegal, essa é a essência da lei de licitações § 6º, do art. 30:

"Art. 30. ...

*§ 6º. As exigências mínimas relativas as instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, **considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidos mediante apresentação de relação explícita e da declaração formal de sua disponibilidade**, sob as penas cabíveis, **vedadas as exigências de propriedade** e de localização prévia". (Grifamos e destacamos)*

Em comentários ao dispositivo, Joel de Menezes Niebuhr salienta:

*"[...] a parte final do supracitado § 6º do artigo 30 proíbe expressamente exigências de propriedade e de localização prévia. O licitante deve dispor dos instrumentos necessários para executar o contrato. **Para a Administração Pública, é indiferente se o licitante é o proprietário de tais instrumentos ou não, importa, repita-se, que ele os disponha.** (Grifamos e destacamos)*

Sob essa perspectiva, Renato Geraldo Mendes tece as seguintes ponderações:

*"É impertinente exigência editalícia relativa à comprovação do licitante ser proprietário de equipamentos, visto que, para a Administração, **interessará apenas o fato de ele dispor dos equipamentos, isto é, tê-los disponíveis para a utilização na execução do objeto da licitação,** razão pela qual há vedação da exigência de propriedade, conforme consta do § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93".(Grifo e destaque nossos)*

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina parece ter acolhido este entendimento ao decidir o seguinte:

*"Se o edital de concorrência pública referente ao transporte do lixo metropolitano sólido não hospitalar, reclamava a comprovação pelas empresas concorrentes de determinado capital e de serem proprietárias de glebas de terras fora do município destinado ao aterro sanitário, tendo a única participante do certame comprovado de forma diversa da prevista, o primeiro requisito, **bem como que não obstante não ter a propriedade formal do imóvel destinado ao tratamento dos resíduos, mas sim a sua disponibilidade, vindo a formalizar o domínio (registro imobiliário) posteriormente,** não se pode considerar ilegal e lesiva ao patrimônio público tal situação, levando-se em conta ainda, todo um contexto que envolveu os fatos e interesse público, não tendo havido qualquer prejuízo ao erário, nem sendo cogitadas situações de malversação de verbas públicas, desvio ou abuso de poder, corrupção ou dano ao patrimônio municipal, que são objetivos que a ação popular tenta evitar e combater." (Apelação cível n. 43.292, TJSC Comarca da Capital. Relator: Des. Anselmo Cerello). (Grifamos e destacamos)*

Como se observa, a Administração não garantirá a continuidade da execução dos serviços exigindo a propriedade, e, mesmo que a administração apenas tenha se equivocado no texto, não sendo necessária a propriedade, existe a necessidade de

correção desse texto para a segurança jurídica da impugnante, pois não queremos, caso sejamos vencedores da licitação, a cobrança de propriedade da garagem.

Desta forma a exigência, ainda que futura de tal comprovação, resta ilegal, contraria não somente a vedação da lei de licitações, expressa no citado texto acima transcrito, mas também todos os princípios que regem as licitações, de forma especial, os princípios da legalidade, economicidade e da competitividade.

O Tribunal de Contas da União se manifesta em mesmo sentido, note-se:

[...] Trata-se de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela Coenco Construções, Empreendimentos e Comércio Ltda., com base no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c o art. 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU, acerca de possíveis irregularidades ocorridas na Concorrência 001/2013, promovida pela Prefeitura Municipal de Caaporã/PB, tendo por objeto a contratação para a execução de obras e serviços de engenharia para implantação do Sistema de Esgotamento Sanitário naquele município. Exame Técnico [...] 11. Quanto à segunda ocorrência informada, relativa à comprovação de propriedade de veículos, máquinas e equipamentos, consta do item 5.1.1.3 do edital (peça 1, pág. 62) a seguinte exigência de qualificação técnica: '(...) v) comprovar ser proprietário e/ou ter disponibilidade da infraestrutura predial e do aparelhamento técnico adequado e disponível para a realização do objeto da licitação através de: v.a) registro do imóvel próprio ou contrato de compromisso de cessão, locação, venda ou leasing devidamente registrado em cartório competente, e que terá os locais à sua disposição, no prazo de 10 (dez) dias da assinatura do contrato. Apresentação do layout das instalações, contendo área total, localização, detalhamento dos compartimentos/atividades, com metragem individualizada. v.b) se a empresa não possuir os veículos, máquinas, equipamentos e materiais, deverá obrigatoriamente apresentar contrato de compromisso de cessão, locação/leasing ou venda, registrado em cartório competente, no qual a mesma declare expressamente que os mesmos estarão disponíveis e vinculados ao futuro contrato, sob as penas cabíveis.' 12. **As exigências em questão são desarrazoadas e ilegais, pois afrontam o disposto no § 6º do art. 30 da Lei 8.666/1993, que veda comprovação de propriedade e de localização prévia, estabelecendo apenas que as exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis. Da mesma forma, não faz sentido demandar que a licitante formalize contrato de compromisso de cessão, locação/leasing ou venda apenas para**

participar da licitação, o que resulta no mesmo que exigir a propriedade. 13. Esclarecendo o sentido da norma, preleciona Jessé Torres Pereira Junior (in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 414):

'Em qualquer hipótese, a cláusula [do edital] não poderá impor que o equipamento ou as instalações sejam de propriedade do habilitante, ou se localizem em determinada região ou bairro. Se a compra ou locação de um equipamento, ou a localização das instalações em ponto distante daquele em que se executará o objeto da licitação, implicar oneração dos custos para o licitante (que terá, em consequência, de elevar o preço de sua proposta), o problema não é da Administração, mas do licitante. A este deve assegurar-se amplo campo de escolha quanto ao modo que mais lhe convier para atender às exigências do edital, seja adquirindo ou locando o equipamento necessário, seja instalando-se em ponto distante ou próximo do local em que teria de executar a prestação. Cabe ao licitante optar por soluções que, barateando o custo da execução, tornem sua proposta competitiva. Cabe-lhe verificar se as condições estabelecidas no edital convêm a seus negócios ou inviabilizam a apresentação de proposta séria. À Administração incumbe aferir a habilitação do licitante e a idoneidade da proposta.' **14. Nesse mesmo sentido, tem sido o entendimento desta Corte de Contas, segundo o qual não se deve exigir em edital de licitação de obras, para a comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes, o requisito de propriedade de equipamentos a serem utilizados, bem como das suas localizações prévias, conforme disposto no § 6º do artigo 30 da Lei 8.666/1993 (Acórdãos 648/2004; 608/2008; 2915/2013 e 3056/2013, todos do Plenário).**

[...]

VOTO

[...] Trata-se de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela Coenco Construções, Empreendimentos e Comércio Ltda. acerca de possíveis irregularidades na Concorrência 001/2013, promovida pela Prefeitura Municipal de Caaporã/PB, visando à contratação de empresa para a execução de obras e serviços de engenharia para implantação do Sistema de Esgotamento Sanitário naquele município. 2. A representante aponta as seguintes irregularidades no edital da concorrência:

[...]

2.2. exigência de apresentação, na fase de habilitação, de comprovação de propriedade de veículos, máquinas e equipamentos, contrariando o art. 30, § 6º, da Lei 8.666/1993; apreciação da impugnação do edital, em afronta à norma do art. 41, § 1º, da Lei 8.666/1993.

[...]

3. A Secex/PB manifesta-se pelo conhecimento da representação, bem como pela concessão da medida cautelar pleiteada com vistas à suspensão do procedimento questionado até que o Tribunal julgue o mérito

da matéria, para cuja análise faz -se necessária, ainda, entre outras providências, a oitiva da Prefeitura Municipal de Caaporã/PB a respeito dos pontos levantados pela unidade técnica na avaliação do certame.

4. Conforme se observa da instrução transcrita no relatório precedente, a ocorrência dessas irregularidades restou confirmada pelo exame da unidade técnica, indicando restrição à competitividade e direcionamento da licitação, bem como cerceamento indevido de direitos da representante.

[...]

8. Desse modo, atendidos os pressupostos para a concessão da medida cau telar e à luz do art. 276 do Regimento Interno, proponho a sua adoção imediata, sem prejuízo da oitiva da Prefeitura e da contratada acerca dos indícios de irregularidade apontados, fazendo-se também necessária, conforme sugerido pela unidade técnica, a realização de diligência à Prefeitura para que envie cópia do processo licitatório.

[...]

9.2. determinar, cautelarmente, à Prefeitura Municipal de Caaporã/PB que se abstenha de dar início à execução do contrato decorrente da Concorrência 01/2013, destinada à contratação de empresa para execução de obras e serviços de engenharia para implantação do Sistema de Esgotamento Sanitário naquele município, objeto do Convênio TC/PAC 0021/2012 (Siafi 671356), celebrado com a Fundação Nacional de Saúde, até ulterior deliberação deste Tribunal; 9.3. promover a oitiva da Prefeitura Municipal de Caaporã/PB, na pessoa do Prefeito [...], para que se manifeste, no prazo de 15 (quinze) dias, acerca das seguintes ocorrências verificadas na Concorrência 01/2013:

[...]

9.3.2 exigência de comprovação de propriedade ou de compromisso de cessão, locação/leasing ou venda das máquinas e equipamentos considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação e de infraestrutura predial, em flagrante desrespeito à norma do art. 30, § 6º, da Lei 8.666/1993 (subitem 5.1.1.3, “v”, do edital); [...] (TCU. Acórdão nº 629/2014 – Plenário. TC003.611/2014-0, j. em 19/3/2014. Rel. Min. José Múcio Monteiro).(Todos os destaques e grifos foram acrescentados)

Também é necessário e válido acrescentar acórdão também do TCU, vejamos:

(Acórdão 365/2017 Plenário)

1-A exigência de comprovação de propriedade ou de compromisso de cessão, locação/leasing ou venda das máquinas e dos equipamentos considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação contraria o art. 30, § 6º, da Lei 8.666/1993, que proíbe exigências de propriedade e de locação prévia para a participação em licitações, e restringe a competitividade do certame.

Por fim, mais uma vez, reiteramos que a Constituição da República não admite que as licitações contenham cláusulas restritivas à participação dos interessados, art. 37, XXI:

*Ressalvados os casos especificados na legislação, as 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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (Grifamos e destacamos).*

Mesmo que implícita, e cogitada em execução contratual, a exigência de propriedade em licitação, também contraria o disposto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, pois cria condição indevida, a qual restringe o caráter competitivo do certame, uma vez que impede que eventuais interessados em contratar com a Administração, participem da licitação, comprometendo, por consequência, os valores praticados no certame, relembramos:

Art. 3º ...

§ 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; (Grifos e destaques acrescidos)*

Desta forma, resta mais comprovado, a exigência contida no subitem 6.7 do edital de licitação, está na contramão do objetivo maior da licitação que é a competitividade, e, desta forma não há que se questionar que o edital carece de adequação

3.5- DESPESAS NÃO PREVISTAS NA PLANILHA DE ORÇAMENTÁRIA.

O Subitem 6.8 do edital de licitação remete à contratada a obtenção dos alvarás e licenciamentos ambientais para as operações, vejamos:

6.8 Caberá à Contratada obter os alvarás e licenciamentos ambientais necessários para a operação de suas instalações.

Ocorre, porém, que tais custos não foram previstos na planilha orçamentária e a Lei 8.666/93 exige que o orçamento estimado da licitação seja discriminado em planilha de custos unitários e global:

*“Art. 7º. As licitações para a execução de obras **e para a prestação de serviços** obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência: (...)*

*§ 2º. As obras e os serviços **somente poderão ser licitados quando:***

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

*II - **existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;***

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

*X - **o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos,** critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;*

(...)

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

(...)

***II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.** (Grifamos e destacamos)*

Depreende-se do exposto, inquestionável necessidade de o edital compor todas as despesas para a execução do objeto da licitação, mesmo que sejam de pequena monta.

IV – DO DIREITO.

O edital de licitação não pode prosperar, pois vem na contramão daquilo que a Administração Municipal deve resguardar que é o erário, a prestação de serviços de qualidade, o atendimento eficiente ao munícipe e a primazia pela legalidade.

Desmerecer os robustos argumentos aqui expostos e dar sequência ao certame licitatório, contrariando a legislação vigente, e a persistência na manutenção do ato ilegal, certamente trará consequência à Administração, ao futuro contrato e aos agentes envolvidos.

A propósito, a respeito da legalidade do ato administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello anota o seguinte:

"Os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é antitética à de conformidade com o Direito (validade)"

Assim sendo, se a administração considerar que determinado ato foi praticado em descompasso com a ordem jurídica, tem o dever de invalidá-lo ou anulá-lo. Esse, aliás, é entendimento do Supremo Tribunal Federal, a teor da Súmula 473:

"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

Assim, relembremos, mais uma vez, a condição expressa na Lei de licitações:

"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.

§ 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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Frise-se, e não cabe olvidar, é direito do impugnar o edital até o segundo dia útil que antecede a abertura dos envelopes de habilitação, pois após, “o *direito se esvai com a aceitação das regras do certame*” (STJ – RESP 402826 – SP, Relatora: Ministra Eliana Calmon).

V – DO REQUERIMENTO.

Ex positis, a impugnante, no intuito de colaborar com a administração municipal, REQUER que a presente impugnação seja acatada e o edital reformado conforme manifestações aqui descritas.

Carazinho, 05 de Fevereiro de 2024.

ZENAIDE KINNER
Administradora