

TOMADA DE PREÇOS Nº 213/2019 – PMBC

OBJETO: *Contratação de empresa para manutenção do sistema de iluminação, em diversos logradouros públicos, praças, jardins, vias e rodovias do Município de Balneário Camboriú, na forma do projeto básico, memorial descritivo e demais documentos que integram o processo licitatório.*

JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

Trata-se de resposta à impugnação apresentada por **JOÃO MARIA BATISTA DE OLIVEIRA**, pessoa física, inscrito no CPF sob o nº 906.452.359-20, em face do edital do processo licitatório em epígrafe.

ADMISSIBILIDADE

Nos termos do subitem 19.1 do edital, em consonância para com o art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993, qualquer cidadão poderá, no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, e qualquer licitante, no prazo de até 2 (dois) dias úteis da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, impugnar os termos do edital.

O impugnante protocolizou sua petição no dia 20/11/2019, e, considerando que a abertura da sessão pública está marcada para o dia 26/11/2019, a presente impugnação é tempestiva.

Por derradeiro, a impugnação foi protocolizada no Departamento de Protocolo Geral, atende à forma prevista no subitem 19.2 do edital e objetiva a alteração do instrumento convocatório, atendendo, portanto, aos pressupostos de admissibilidade, motivo pelo qual merece ser conhecida.

RAZÕES

O impugnante insurge-se em face dos subitens 6.1.4, alínea "e", itens 1 à 3, e 6.1.3 do edital, sob o argumento de que as exigências previstas no subitem 6.1.4, alínea "e", são extremamente desarrazoadas e configuram restrição ao certame e de que a condição prevista no subitem 6.1.3 seria absolutamente ilegal; e também em face do valor estimado para a licitação.

De acordo com o impugnante, a exigência do subitem 6.1.4, alínea "e", itens 1 à 3, cria óbice para a realização de disputa no certame, limitando o leque da licitação para apenas algumas seletas empresas, pela forma delineada no instrumento convocatório.

Quanto ao subitem 6.1.3, o impugnante sustenta que a exigência contida no dispositivo ignora as empresas constituídas no ano vigente, o que, ao seu ver, representa cláusula comprometedoras ou restritiva do caráter competitivo que deve presidir toda e qualquer licitação, visto que supostamente ignoraria as empresas constituídas no ano vigente e prossegue:

Dada a meridiana clareza com que se apresenta a ilegalidade do item apontado, pelo mero cotejo com a letra fria da lei, despiciendo é arrostar cometimentos doutrinários ou o posicionamento de nossos Pretórios. Senão vejamos:

- I - poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação;
- II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto no caso de inversão de fases;
- III - no caso de inversão de fases, só serão recebidas as propostas dos licitantes previamente habilitados; e
- IV - em qualquer caso, os documentos relativos à regularidade fiscal poderão ser exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas em relação ao licitante mais bem classificado.

Adiante, em suas razões, o impugnante escreve:

Assim, sendo, uma vez que a recorrente provou a regularidade de sua situação econômico-financeira através da comprovação do Balanço Patrimonial de Abertura e da comprovação do capital social mínimo, é ilegal exigir - como exigiu a Comissão de Licitação -, as demonstrações mencionadas [...].

Quanto ao valor estimado, o impugnante aduz que o mesmo é impraticável no mercado e seria, ao seu ver, inexecutável. Prossegue com a alegação de que o valor estimado não é suficiente para cobrir os custos do serviço e que tal fato constituiria vício insanável que ensejaria a nulidade do edital.

De acordo com o seu raciocínio, a contratada arcaria com os gastos para prestar o serviço e configuraria afronta ao princípio da legalidade e o da moralidade, sustentando que com o estimativa prevista no instrumento convocatório, a Administração teria como escopo receber um serviço sem a contraprestação justa e razoável pela execução do mesmo.

Ao final, requer seja alterada a redação dos subitens 6.1.4, alínea "e", itens 1 à 3, e 6.1.3, alínea "d" do edital e referida a previsão de preço máximo admitido ou revisado o valor estimado da licitação.

JULGAMENTO

No tocante à impugnação acerca da exigência prevista no subitem 6.1.4, alínea "e", itens 1 à 3, do edital, mister analisar a redação do dispositivo impugnado, que exige, como condição para a habilitação da licitante, a apresentação de:

e) Atestado(s) de capacidade técnica, emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, que ateste(m) a experiência da licitante em atividades compatíveis com o objeto licitado, assim entendidos: (Vide 1ª Nota de Esclarecimento)

1. Execução de manutenção do sistema de iluminação pública em vias e rodovias, praças e jardins com no mínimo 6.900 pontos;
2. Execução de manutenção em rede de energia elétrica energizada;
3. Execução de manutenção de rede subterrânea de iluminação pública. (Redação dada pelo 1º Termo de Errata)

O impugnante entende que a exigência prevista no dispositivo acima é desarrazoada e configura restrição ao certame, todavia, razão não lhe assiste.

A exigência de comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação encontra respaldo no art. 30, II, da Lei nº 8.666/1993, no que a doutrina convencionou denominar "qualificação técnico-operacional", que envolve a comprovação de que a empresa "participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública".

A exigência da comprovação da qualificação técnico-operacional da licitante como condição de habilitação visa proteger a Administração de contratar empresas aventureiras, sem as condições necessárias para a adequada execução do serviço.

Assim, exigir atestados de capacidade técnica que comprovem a experiência da licitante em atividades compatíveis com o objeto licitado com condição de qualificação técnico-operacional representa medida revestida de legalidade e consentânea para com a Lei nº 8.666/1993.

Neste ponto, é oportuno destacar que o impugnante objetiva alterar a redação do aludido dispositivo para que conste disposição no sentido de exigir tão somente "atestado de capacidade técnica que comprove a execução de serviços com características semelhantes ao objeto do edital", no entanto, replicar exigência genérica sem delimitar os critérios objetivos de admissibilidade dos atestados representaria medida contrária Lei Geral de Licitações e ao entendimento vigente no Tribunal de Contas da União.

Isso porque o art. 40, VII, da Lei nº 8.666/1993, é claro quando expressa que o edital indicará, obrigatoriamente, o critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos.

Ora, o subitem 6.1.4, alínea "e", itens 1 à 3, do edital materializa o perfeito cumprimento do disposto no artigo citado acima e mais, possibilita à Administração e aos licitantes conhecer de antemão os requisitos que serão exigidos para a comprovação da qualificação técnico-operacional da empresa.

Transcrever exigência genérica, sem parâmetros objetivos, representa afronta ao princípio do julgamento objetivo e mais, deixa o edital com lacunas e incertezas quando da aferição da capacidade técnica.

Em suma, definir parâmetros objetivos para a aferição da qualificação técnico-operacional é obrigação da Administração e o instrumento convocatório deve estabelecer quais serão os critérios de julgamento.

Nesse sentido, colhe-se do Informativo de Licitações e Contratos nº 138 do Tribunal de Contas da União:

2. É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha prestado serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993).

Representação formulada por licitante apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico promovido pelo Instituto Brasileiro de Turismo (Embratur), destinado ao registro de preços para fornecimento e instalação de solução de rede local sem fio (WLAN), incluindo, entre outros serviços acessórios, manutenção e suporte técnico. Na inicial, destacara a representante a "ausência de definição, de modo preciso, dos quantitativos de serviços que deveriam ter sido demonstrados pelos licitantes para o fim de qualificação técnica". Analisando o ponto, após promover oitivas e audiências regimentais, bem como a suspensão cautelar do certame, anotou o relator que, de fato, "a ausência de definição de parâmetros objetivos para as comprovações de prestações anteriores contribuiu, como bem pontuou a Selog, para os problemas que foram levantados pela empresa representante". Em seu entendimento, "ainda que a Lei 8.666/1993 não tenha estabelecido mandamento direto pela definição de quantitativos, faz-se mister defini-los

em nome dos princípios da transparência, da impessoalidade e do julgamento objetivo, insculpidos em seu art. 3º. Nesse aspecto, prosseguiu, "admite-se a inclusão, no edital da licitação, de exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional de licitantes, conquanto que limitada às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, consoante sólida jurisprudência do TCU, consolidada na Súmula 263". No caso concreto, anotou o relator, considerando que o objeto da contratação era constituído de bens e serviços comuns de baixa complexidade, fora argumentado que o termo de referência anexo ao edital "limitou-se a exigir a apresentação de atestado de capacidade técnica que comprovasse o anterior fornecimento e instalação de 'solução de porte similar com o objeto desta licitação' [...], sem indicar, contudo, os critérios objetivos que comprovariam a similaridade entre os serviços anteriormente executados e o objeto da contratação pretendida". Nessa moldura, registrou, "a ausência de indicação de quantitativos mínimos em serviços com características semelhantes que deveriam ser comprovados pela licitante veio a resultar que, na prática, a exigência contida no item 18.1.1 do Termo de Referência (item 10.6.2.1 do edital) representou mera formalidade, insuscetível de mensuração objetiva". Nada obstante, considerando, em síntese, que a "falha na elaboração do edital não veio a resultar, concretamente, em quebra de isonomia entre os interessados" e que a licitação obteve a proposta mais vantajosa para a Administração, entendeu o relator por revogar a cautelar concedida de modo a possibilitar o aproveitamento do certame. Em decorrência, votou pela rejeição das razões de justificativa apresentadas pelo titular da Diretoria de Gestão Interna da Embratur, sem contudo sancioná-lo com multa, por preservada a competitividade do certame. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta da relatoria para considerar parcialmente procedente a representação, revogar a cautelar concedida, permitindo a utilização da ata de registro de preços constituída, sem prejuízo de cientificar a Embratur de que a ausência de parâmetros objetivos para análise da comprovação de que a licitante já tenha prestado serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação contraria o disposto no art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993.

Acórdão 361/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo.

Logo, não há como prosperar o pedido do impugnante no tocante à modificação da redação do subitem 6.1.4, alínea "e", com vistas a incluir exigência genérica, sem fixar parâmetros objetivos de admissibilidade dos atestados de capacidade técnica apresentados pelas licitantes.

Quanto à alegação de que a exigência seria exorbitante, é oportuno colacionar a manifestação do órgão técnico da COSIP, órgão técnico do Município:

[...] é pacífico, dentro do TCU, a viabilidade de solicitar a experiência anterior baseada em quantidades mínimas para a capacidade técnico operacional, pois, além da isonomia do contrato, pouco se aproveitaria de um serviço contratado por um ótimo preço mas executado com qualidade ruim, deste modo, a fase de habilitação busca a garantia prévia da boa execução do objeto, sendo necessário historiar o know-how da futura contratada para evitar contratemplos durante a execução do contrato. A capacidade técnico-operacional envolve a comprovação de que a empresa participou anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração pública. Busca-se examinar a capacidade que a licitante – pessoa jurídica – tem de reunir mão de obra, equipamentos e materiais, devidamente coordenados, para a perfeita execução do objeto, na quantidade, qualidade e prazos exigidos.

É da necessidade de examinar a semelhança do objeto (especificamente quanto ao porte) que se admite a exigência de quantitativos mínimos. Uma empresa poderia ser capaz de edificar uma casa. Mas estaria habilitada – em termos de gestão e de coordenação de pessoal – a executar um loteamento com mil casas? Com base no histórico de decisões do TCU acerca dos limites na imposição destes quantitativos, a recomendação do Tribunal é que as exigências sejam limitadas a 50% dos quantitativos previstos no instrumento convocatório. Em um exemplo prático, se se deseja construir um hospital de 5.000m², é razoável solicitar atestados demonstrando a execução de objeto semelhante com 2.500m²; caso se intente contratar um serviço de terraplanagem com 100.000m³ de escavação, exija-se a comprovação de execução de 50.000m³, e assim por diante. Os acórdãos abaixo podem auxiliar na verificação dos fatos expostos acima:

Acórdão nº 2781/2017-Plenário; Acórdão nº 637/2017-Plenário; Acórdão nº 872/2016-Plenário; Acórdão nº 1931/2016-Plenário; Acórdão nº 3069/2016-Plenário; Acórdão nº 2379/2016-Plenário; Acórdão nº 244/2015-Plenário; Acórdão nº 1677/2014-Plenário; Acórdão nº 2099/2009-Plenário; Acórdão nº 2666/2013-Plenário; Acórdão nº 2171/2013-Plenário; Acórdão nº 1432/2010-Plenário; Acórdão nº 2150/2008-Plenário; Acórdão nº 933/2011-Plenário e Acórdão nº 1284/2003-Plenário.

A municipalidade de Balneário Camboriú possui, aproximadamente, 14.000 mil pontos de iluminação pública nas ruas, rodovias, praças e jardins, conforme cadastro da COSIP. Por esta razão, julga-se ser procedente a execução de, no mínimo, a quantidade de 6900 pontos, sendo aproximadamente a quantidade de 50% da existente no município, logo, estando dentro da quantia expressamente orientada pelos Tribunais de Contas e atendendo aos preceitos de verificar se a empresa possui porte para atender as demandas municipais.

Em outro trecho da peça montada pela empresa, a mesma comenta: "Utilizando o raciocínio do presente Edital, um engenheiro que coloca um poste ou um engenheiro que colocou diversos postes, não teria condições de realizar as obras e serviços da presente licitação?". Reforçamos que, neste caso, está sendo citada a experiência da empresa em cumprir a citada demanda

de serviços e não a experiência do profissional, esta já solicitada no Edital no item 6.1.4.c), sem nenhuma quantificação de serviços, conforme preconizado pela 8666/93.

Ademais, a alegação suscitada pelo impugnante já foi objeto de impugnação anterior. Naquela oportunidade, o órgão técnico manifestou que a exigência prevista no item 1 da alínea "e" deve ser mantida em razão de o quantitativo exigido representar 50% (cinquenta por cento) dos pontos de iluminação do Município.

Quanto à manutenção da exigência prevista no item 2 da alínea "e", a COSIP sustentou que a redação deve ser mantida, pois parte da manutenção será feita no período noturno, onde há maior incidência de problemas, não havendo possibilidade de desligamento para execução do serviço.

No que tange ao item 3 da alínea "e", a COSIP defendeu a manutenção da exigência sob o fundamento de que o Município possui rede subterrânea nas principais avenidas e pontos turísticos, as quais possuem fluxo intenso de veículos e pedestres, o que requer constante manutenção no período diurno e noturno, havendo, portanto, a necessidade de a licitante comprovar possuir experiência necessária para a execução dos serviços.

Dessa forma, entendo que a exigência contida no subitem 6.1.4, alínea "e", itens 1 à 3, encontra amparo na Lei nº 8.666/1993 e está de acordo com o entendimento manifestado pelo Tribunal de Contas da União, ademais, os serviços e quantitativos informados no dispositivo representa parcela de maior relevância e são necessários para garantir a qualificação técnico-operacional necessária à adequada execução do objeto, conforme razões apresentadas pelo órgão técnico do Município.

Assim, a manutenção do subitem 6.1.4, alínea "e", itens 1 à 3, do edital é medida que se impõe.

Quanto à insurgência acerca subitem 6.1.3 do edital, referente à qualificação econômico-financeira, novamente entendo não assistir razão ao impugnante.

Isso porque a redação do dispositivo impugnado está de acordo com a Lei Geral de Licitações e não configura medida restritiva à participação de empresas no certame.

O art. 31, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, prescreve:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

O edital, ao seu turno, prevê no subitem 6.1.3, alínea "c":

c) Balanço patrimonial, apresentado na forma da lei, acompanhado da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE), do último exercício social (ano 2018), assinados pelo representante legal da empresa e por contador com registro profissional, sendo vedada a substituição dos documentos exigidos, por balancetes ou balanços provisórios.

A insurgência da impugnante repousa sobre a expressão entre parênteses "ano 2018", o que, de acordo com o seu entendimento, restringiria a participação de empresas constituídas no ano em exercício.

Pois bem, a expressão "ano 2018" foi inserida no instrumento convocatório com vistas a afastar qualquer dúvida acerca do que o Município define como "último exercício social", visto que, houveram no passado, situações em que as licitantes ignoraram o disposto no art. 1.078 do Código Civil e apresentaram o balanço patrimonial referente ao exercício social do penúltimo exercício social.

Assim, o Município, para elucidar a questão, conforme orientação do Tribunal de Contas da União (Acórdão 119/2016 – TCU – Plenário), expressa nos editais o ano considerado como último exercício social.

Todavia, embora haja previsão expressa no instrumento convocatório acerca da exigência da apresentação do balanço patrimonial do último exercício social, nada impede que empresas constituídas no exercício vigente participem da licitação, conquanto que apresentem o balanço de abertura como forma de suprir a exigência prevista no subitem 6.1.3, alínea "c", do edital.

Aqui, há que se pontuar que o próprio edital prevê no preâmbulo, no subitem 1.1, que a licitação será regida pela Lei nº 8.666/1993, de modo que aplicar-se-ão os preceitos atinentes à legislação de regência, admitindo-se, também, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais quando do enfrentamento de situações não previstas de maneira explícita no instrumento convocatório, sem que isso demande a alteração das cláusulas editalícias.

Assim, não merece guarida a alegação de que o subitem 6.1.3, alínea "c", restringe a participação de empresas, visto que o mesmo encontra-se de acordo para com a Lei nº 8.666/1993 e entendimento jurisprudencial.

Por fim, quanto à impugnação acerca do valor estimado para a licitação, o impugnante aduz que os preços são incompatíveis com os praticados no mercado, todavia, não instrui a petição com nenhum documento que fundamente a alegada inexecuibilidade dos preços previstos na planilha orçamentária.

O valor estimado para esta licitação é resultado de pesquisa de preços, tomando-se em conta os valores praticados em contratos administrativos celebrados por outros municípios da região, de acordo com os entendimentos mais recentes do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (Prejulgado nº 2.207).

Quanto à sugestão para que o Município exigisse das licitantes apenas a declaração de que atende aos requisitos de habilitação e que somente fosse exigido os documentos de habilitação do licitante vencedor, entendo que houve clara confusão por parte do impugnante acerca da diferença entre uma contratação processada por meio das modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/1993 e uma contratação processada por meio do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, regido pela Lei nº 12.462/2011.

As sugestões do impugnante representam a transcrição literal do art. 14 da Lei nº 12.462/2011, o qual é inaplicável na licitação em comento, uma tomada de preços, regida pela Lei nº 8.666/1993.

Por último, o impugnante expressou em suas razões fundamentos trechos como se já tivesse sido julgada a fase de habilitação do certame, todavia, a sessão de abertura e julgamento somente ocorrerá amanhã, o que, ao meu ver, denota certa confusão quando dos argumentos apresentados.

Dessa forma, a impugnação não merece guarida, mantendo-se incautas todas as disposições do edital.

DECISÃO

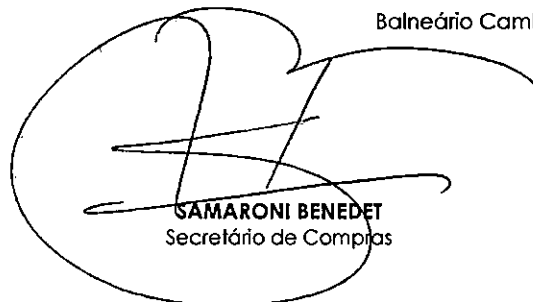
Considerando os fatos e fundamentos acima, no uso das atribuições que me são conferidas, **DECIDO**:

1. **CONHECER** da impugnação apresentada contra o edital da Tomada de Preços nº 213/2019 - PMBC, por atender aos pressupostos de admissibilidade;
2. **JULGAR IMPROCEDENTE** a impugnação;
3. **MANTER** os termos do edital e a data da sessão de abertura e julgamento da habilitação para as 9h30min do dia 26 de novembro de 2019.

É como decido.

Publique-se e intime-se.

Balneário Camboriú, SC, 25 de novembro de 2019.



SAMARONI BENEDET
Secretário de Compras

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. 2009. p. 327.