

ILMO. SR. PREGOEIRO DO CONSÓRCIO DE DESENVOLVIMENTO INTERMUNICIPAL DOS MUNICÍPIOS DO ALTO JACUÍ E ALTO DA SERRA DO BOTUCARAÍ / RS

**Ref.: Impugnação ao Edital de Pregão Presencial nº 07/2019
- SRP**

JOCEMARA SCHAFFER, brasileira, solteira, residente a Rua Coronel Joaquim Pedro Salgado, 165, 404 Porto Alegre, RS inscrita no cpf sob o nº 547.471.980/91 vêm, respeitosamente, com fundamento no Artigo 41 da Lei nº 8.666/1993, Lei Federal nº. 10.250/2002 e Decreto 5.450/2005, Decreto nº 13/2016, do COMAJA e demais normas legais aplicáveis, além do item 4.3 do Edital de Pregão Presencial nº 07/2019 - SRP, interpor **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO** pelas razões de fato e direito abaixo aduzidas:

O Consórcio de Desenvolvimento Intermunicipal dos Municípios do Alto Jacuí e Alto da Serra do Botucaraí lançou o Pregão Presencial nº 07/2019 – REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO E INSTALAÇÃO DE LUMINÁRIAS COM TECNOLOGIA LED, PARA ATENDIMENTO AOS MUNICÍPIOS CONSORCIADOS AO COMAJA.

Ao iniciar o certame, porém, incorreu em diversas ilegalidades e imperfeições abaixo indicadas, que, se mantidas reduziram a necessária competitividade e economicidade, em prejuízo do erário público.

Assim, a presente impugnação visa alertar essa Administração e corrigir vício contido no instrumento convocatório, sendo tempestivamente protocolada, eis que apresentada na forma e prazo previstos no Edital, por pessoa interessada na legalidade do procedimento, embasada ainda no direito de petição, postulando a imediata suspensão do pregão em referência e do contrato eventualmente a ser firmado.

1. Pregão Para Contratação De Obras E Serviços De Engenharia

No tocante às obras de engenharia, a simples leitura do texto legal (Decreto nº 3.555/00 e Lei 10.520/02) mostra não ser possível a sua contratação por meio de Pregão.

Conforme previsto no art. 6º, IX, da Lei n.º 8.666/93, para tais contratações é necessária a definição completa e detalhada do objeto, com “nível de precisão adequado para caracterizar a obra” e “que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução” para que se possa realizar a sua contratação, bem como dos critérios de habilitação, requisitos para aceitação e recebimento do objeto.

Referidos requisitos demonstram não ter a obra de engenharia natureza comum, o que torna sua contratação incompatível com o escopo e a sistemática do Pregão.

Em Nota Técnica Informativa, o CONFEA/CREA esclarece que todo serviço de engenharia possui certo grau de complexidade que inviabiliza sua contratação por meio da licitação na modalidade pregão.

Em Decisão Plenária (2467/2012, de 03/12/2012), o Conselho decidiu que serviços que exigem habilitação legal para a sua elaboração ou execução, com a obrigatoriedade de emissão da devida ART perante o CREA, tais como projetos, consultoria, fiscalização, supervisão e perícias, **jamaís poderão ser classificados como comuns**, dada a sua natureza intelectual, científica e técnica, fatores que resultam em ampla complexidade executiva, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições, conforme também detalha o artigo 13 da Lei 8.666, de 1993, não se admitindo a sua contratação pela modalidade pregão.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. In Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico, 3. ed. rev., atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.) entende que o serviço de engenharia pode ser considerado comum se observadas as seguintes condições: **(a)** as características, quantidades e qualidades forem passíveis de ser estabelecidas através de especificações usuais de mercado; e **(b)** mesmo que exija profissional registrado no CREA

para a execução, a atuação desse não assume relevância, em termos de custo, complexidade e responsabilidade, no conjunto do serviço.

Assim, a utilização do pregão como modalidade licitatória é permitida apenas para aquisição de bens e serviços de natureza comum – de fácil especificação ou padronização – o que não se aplica ao objeto da licitação ora em questão.

O próprio Decreto nº 13/2016, do COMAJA, que “regulamenta a modalidade de licitação denominada Pregão”, veda expressamente a contratação de obras e serviços de engenharia mediante pregão.

Assim diz o artigo 5º do Decreto COMAJA nº 13/2016:

Art. 5º. A licitação na modalidade pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e suas alterações posteriores.

Pela leitura do próprio Decreto da Licitante, que acompanha as leis federais e estaduais sobre o assunto, o legislador nem sequer cogitou criar situações excepcionais que, pelas características da obra justificariam a utilização do pregão.

Apesar da tentativa de simplificar os termos, o objeto do presente Edital de pregão, prevê vários serviços específicos de Engenharia, como a elaboração de projetos, como disposto no Termo de Referência assim como a execução de obras de engenharia, que vem a ser, justamente o cerne e produto principal deste Pregão

2. Da Contratação Via Sistema De Registro De Preços

O art. 3º do Decreto 7.892/2013 prevê o cabimento do registro de preços nas seguintes hipóteses: necessidade de contratações frequentes, aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa, atendimento a mais de um órgão ou entidade e, ainda, quando não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Ou seja, observa-se que o objetivo do SRP é selecionar objetos simples e padronizados capazes de atender demandas de diversas origens e em períodos de tempo distintos.

Quanto ao objeto ora licitado, cabe consignar que **é indiscutível tratar-se de processo licitatório que visa a contratação de serviços de engenharia para execução de obra de instalação de luminárias LED, como se pode concluir das exigências referentes aos atestados de capacidade técnica, necessidade de responsável técnico, necessidade de inscrição empresarial no CREA-RS etc.**

Ora, nesse sentido, e seguindo o mesmo raciocínio anteriormente exposto, por óbvio que para a aquisição de bens e serviços simples, padronizados, comuns, passíveis de aquisição via Registro de Preços, não poderia haver quaisquer exigências relativas à apresentação de certidão de registro da empresa no Crea (Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia), indicação de responsável técnico, atestados e acervos técnicos de serviços executados e outras documentações exigidas para a execução de obras e serviços de engenharia.

É assim que entende a Controladoria Geral da União, o TCE e o TCU, pois se *cada obra exige "um projeto básico específico, não é possível realizar licitação por meio de RP com base no mesmo projeto básico, para atendimento a várias obras, em vários locais diferentes, para vários órgãos, mesmo para os casos em que exista projeto padrão, haja vista a ocorrência de fatores que podem alterar as condições preestabelecidas inicialmente – preço e projeto básico, em virtude, por exemplo, dos custos previstos na tabela SINAPI, frete, preço da mão-de-obra, condições do solo."*¹

Nesse mesmo sentido decidiu recentemente o Tribunal de Contas da União:

"O sistema de registro de preços não é aplicável à contratação de obras, pelo fato de o objeto não se enquadrar em nenhuma das hipóteses previstas no art. 3º do Decreto 7.892/2013 e também porque, na contratação de obras, não há demanda por itens

¹ (SRP – Perguntas e Respostas. Edição Revisada 2014. <http://www.cgu.gov.br/publicacoes/CartilhaGestaoRecursosFederais/Arquivos/SistemaRegistroPreços.pdf>)

isolados, pois os serviços não podem ser dissociados uns dos outros". (Acórdão [980/2018 – Plenário](#))

Ora, da própria análise do edital e do termo de referência, verifica-se a incompatibilidade da sistemática do registro de preços ao presente tipo de contratação.

Mesmo porque, no momento de elaborar o orçamento para participar do certame, não há nenhuma certeza de quantos municípios serão atendidos, quantas ruas serão executadas, quantas luminárias serão instaladas, impossibilitando a elaboração de orçamento correto e coeso. Tal artifício prejudicará a elaboração de propostas de preços com bons descontos e compatíveis com a realidade do mercado.

Portanto, sendo configurado o objeto licitatório em análise como obras e serviços de engenharia, descabido, por óbvio, a utilização do sistema de registro de preços, como pretende o consórcio licitante.

3. Do Arrendamento de bens disfarçado de Registro de Preços

Quanto ao objeto ora licitado, cabe consignar que é indiscutível tratar-se de produto complexo, de contratação de serviços de engenharia para execução de obra e serviços de fornecimento de materiais, mão de obra e equipamentos para instalação de luminárias LED, manutenção contínua, implantação e modernização ser realizado em 90 dias, dentro da validade da ATA, 12 meses, mas que deverá ser pago de forma diferida em 60 meses, prazo previsto no Contrato.

Assim está previsto na minuta de contrato:

CLÁUSULA TERCEIRA – DA VIGÊNCIA CONTRATUAL

3.1 A vigência contratual será de 60 (sessenta) meses, tendo o início em _____ e término em _____. O prazo de execução é de 90 (noventa) dias, contados a partir da data estabelecida na ordem de serviço pela CONTRATANTE.

Ao inovar nessa forma contratual e licitatória de "financiar" os serviços, pagando "a prestação" o que deveria ser um Registro de Preços de custo (e pagamento) unitário, o COMAJA fere os princípios básicos da legalidade, economicidade e da probidade são confrontados.

Se quer realizar um arrendamento para a Iluminação Pública, deve estudar essa possibilidade e fazer estudos para isso, e não simplesmente “adaptar” uma modalidade licitatória para seu objetivo imediato!

4. Da Operação De Crédito – Necessidade De Autorização Do Senado Federal.

Como consequência lógica do antes demonstrado, o licitante pretende realizar operação de crédito para financiar obra de substituição de luminárias e respectiva manutenção nos municípios que o compõem.

Observe-se que o prazo previsto para a execução da obra principal é muito inferior ao prazo para pagamento de 60 meses, em um sistema de Registro de Preços.

É dizer: a empresa vencedora adiantará os recursos financeiros necessários para efetuar a obra em curto espaço de tempo, para posterior pagamento diferido ao longo de 60 meses. Nítida, portanto, a existência de operação de crédito.

Nesses termos, a administração tem a obrigação de respeitar o que dispõe o art. 32 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que determina que a operação seja previamente autorizada pelo Ministério da Fazenda, o que não se observa no caso.

5. Da ilegalidade da contratação global e não por lotes

O item 1.5 do Edital obriga aos licitantes cotar TODOS os itens da planilha, contrariando, novamente o objetivo e a necessidade de um Registro de Preços:

A alegação de que o fornecimento global dos produtos é uma necessidade não resiste a uma mera lógica de que produtos como luminárias, braços e relés estão claramente parametrizados e descritos, podendo formar lote individual.

A economicidade é um ponto basilar, estruturante e fundamental das licitações, sendo que a sua violação, além de acarretar prejuízos para o Poder Público, também “afronta ao Princípio da Legalidade, bem como a eficiência dos atos da Administração, impedindo-a da busca do seu fim

maior, que tem como base, dentre outros princípios, o atendimento do interesse público, ou seja, o Princípio da Supremacia do Interesse Público!”²

Nesse contexto, utilizar o critério de julgamento “menor preço por lote” demonstra-se danoso ao erário: **(i)** como na licitação em apreço, nas licitações onde houver vários itens dever-se-ia fixar o menor preço por item, uma vez que nas compras a licitação deverá ser sempre do tipo menor preço e, considerando que as licitações por itens operam como se diversas licitações fossem, reunidas em uma só³; e **(ii)** a escolha do menor preço por lote deve ser previamente justificada, ao que, não havendo motivação técnica e econômica, jamais se deveria adotar tal critério.

Por oportuno, colaciona-se a orientação do TCU, no sentido de que a contratação em grupo deve ser precedida de forte justificativa: (grifamos)

Acórdão 1592/2013 – Plenário

“29. A jurisprudência desta Casa, consubstanciada na Súmula TCU 247, é pacífica no sentido de determinar a órgãos e entidades a adjudicação por itens específicos e não por lotes, compostos de diversos produtos ou serviços a serem adjudicados a um único fornecedor:

...

35. A adjudicação por grupo, em licitação para registro de preços, sem robustas, fundadas e demonstradas razões (fáticas e argumentativas) que a sustente, revela-se sem sentido quando se atenta para o evidente fato de que a Administração não está obrigada a contratar adquirir a composição do grupo a cada contrato, podendo adquirir isoladamente cada item, no momento e na quantidade que desejar.

36. **Essa modelagem torna-se potencialmente mais danosa** ao erário na medida em que diversos outros órgãos e entidade podem aderir a uma ata cujos preços não refletem os menores preços obtidos na disputa por item.

37. **O que fica registrado quando a adjudicação se dá pelo menor preço por grupo, não é o menor preço de cada item, mas o preço do item no grupo em que se sagrou vencedor o futuro fornecedor.**

38. **Embora não fosse necessário, por ser evidente, devo observar que a mera similaridade entre itens não é critério hábil para fundamentar a formação de grupos/lotes.**

² ARARUNA NETO, Antonio Augusto Rolim. Do critério de julgamento “menor preço por lote”. Uma ofensa ao Princípio da Economicidade nas Licitações. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: . Acesso em: 22 mar. 2018.

³ Art. 4º, X da Lei 10.520/02 c/c art. 8º, V do Dec. Nº 3.555/00 e, subsidiariamente, art. 15, IV c/c art. 45, §1º, I da Lei nº 8.666/93

39. Vale lembrar, também, que o registro de preços tem por escopo exatamente promover o registro de preços de muitos itens, uma vez que é da própria essência do sistema permitir aquisições à medida que forem surgindo as necessidades da Administração.

6. Da Ilegalidade de vedação de formação de consórcio.

O Edital proíbe claramente a formação de consórcios licitantes.

6.2 Não poderão participar desta licitação:

6.2.7 Entidades empresariais que estejam reunidas em consórcio, sejam controladoras, coligadas ou subsidiárias entre si.

Por certo que a decisão quanto à possibilidade ou não de participação de empresas em consórcio encontra-se na esfera de discricionariedade da Administração.

Entretanto, na medida em que a sua vedação restringe a competitividade, princípio norteador das licitações, a decisão nesse sentido não pode se revestir de arbitrariedade, e, quando aplicável, deve ser justificável e devidamente motivada.

Nesse sentido, é uníssono o entendimento da Corte de Contas da União:

"A Administração pode optar por permitir ou não a participação de consórcios em licitações públicas, devendo a decisão ser motivada, o que é especialmente importante se a opção for vedar a participação, que, em regra, restringe a competitividade do certame. (TCU - Acórdão 2447/2014 – Plenário, Relator AROLDO CEDRAZ)"

Inexiste, no Edital, qualquer motivação lógica ou jurídica referente a não aceitação de Consórcios de empresas, o que é sério limitador da competitividade.

Ora, a regra do edital, ao mesmo tempo em que obriga uma proposta integral de obras e serviços bastante díspares veda a formação de consórcios, o que prejudica enormemente a competição e reduz o aspecto de licitantes, já que a associação de empresas diferentes poderia utilizar a expertise e força operacional e financeira de cada uma para melhorar seus preços.

O princípio da competitividade deve figurar como o fiel da balança para que se admita ou se vede a participação de empresas consorciadas em licitações públicas, e acompanhada de substancial e específica fundamentação, mirar na ampliação do universo de potenciais concorrentes do certame, buscando estimular a competitividade do procedimento licitatório e, assim, assegurar a contratação mais vantajosa para a Administração.

Ao cotejar o TR e o Edital, salta aos olhos a possibilidade de divisão de itens a serem cotados, sendo absolutamente comum que serviços desta área e deste volume tenham seus custos (e riscos) partilhado através da entidade empresarial do consórcio, o que permite melhor preço e mais competitividade

7- Limitação de Atestação Técnica

O Edital delimita habilitação técnica a apenas 01 atestado de aptidão para “comprovação de experiência anterior a possibilidade de apresentação de apenas 01(um) Atestado de Capacidade Técnica”.

Ocorre que o mesmo Edital limita a apresentação da capacitação técnica, uma vez que veda a apresentação de atestados de obras realizadas em consórcio com outras empresas, na OBS 05, após o item 11.1.4:

OBSERVAÇÃO 05: Não será(ão) aceito(s) atestado(s) de obra(s) inacabada(s), executada(s) parcialmente ou em consórcio com outras empresas;

De acordo com o art. 30 da Lei nº 8.666/93, a comprovação de que a licitante possui qualificação técnica mínima para contratar com a Administração se faz por apresentação de atestados, de modo a evidenciar sua aptidão com base na demonstração de sua experiência anterior no desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

Assim, o conteúdo mínimo de um atestado deve informar as características do objeto executado e as condições de sua execução pela empresa contratada, se essa execução foi satisfatória, os prazos e demais obrigações imputadas à contratada. Em obras e serviços de engenharia, como pedido no Edital, com os devidos registros de ART.

Sabidamente, ainda que o contrato a que se refere o atestado tenha sido executado por um consórcio de empresas, do qual alguma licitante tenha feito parte, a Administração somente deve considerar, para fins de qualificação, as parcelas que efetivamente foram executadas pela empresa licitante.

Obviamente, como ocorre por vezes, não sendo possível aferir quais parcelas foram feitas pelo licitante a Administração poderia realizar uma diligência, como permite o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, antes afastar ou prejudique a competição.

Não há, assim, motivo algum para tal vedação, sendo prática a muito tempo vedada no ordenamento jurídico pátrio inserir tal tipo de restrição competitiva nos certames.

Nessa seara, a questão a ser respondida, e que deveria constar no Edital, é que se o Atestado em consórcio deve segregar as parcelas ou produtos elaborados pelo licitante, e que estes se referem a atestação requerida, e não meramente criar artificialmente uma vedação genérica e sem qualquer razão lógica ou jurídica.

8- Da Vedação A Participação De Empresas Em Recuperação Judicial.

O Edital estabelece no item 6.2. uma vedação que limita a competição e impede empresas legalmente estabelecidas de participarem do certame:

6.2 Não poderão participar desta licitação:

6.2.6 Entidades empresariais que estejam sob falência, em recuperação judicial ou extrajudicial, concurso de credores, concordata ou insolvência, em processo de dissolução ou liquidação

Trata-se de regra desprovida de amparo legal e totalmente contrária à função social e o estímulo à atividade econômica, pois veda, inclusive empresas com recuperação judicial homologada.

As empresas submetidas a processos de recuperação judicial podem participar de licitação, desde que demonstrem, na fase de habilitação, ter viabilidade econômica.

Com base nesse entendimento, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que, inexistindo autorização legislativa, é incabível a inabilitação automática de empresas submetidas à Lei 11.101/2005 unicamente em virtude da não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial. (*STJ AREsp nº 309867 / ES*)

Segundo o relator, ministro Gurgel de Faria, mesmo que a Lei da Recuperação Judicial tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o artigo 31 da Lei 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática.

E, por isso, não haveria previsão legal condicionando a participação em licitações à apresentação de certidão negativa de recuperação judicial.

Segundo Gurgel de Faria, o objetivo principal da legislação é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O ministro destacou que a jurisprudência do STJ tem se orientado no sentido de que a Administração não pode realizar interpretação extensiva ou restritiva de direitos quando a lei assim não dispuser de forma expressa.

Tal princípio conduz à necessidade da viabilização de procedimentos que permitam auxiliar a empresa em Recuperação Judicial a reestruturar-se, de forma a superar o momento de crise, preservando-a, sendo inegável que essa, passageira e temporária, condição jurídica não altera, por si só, a qualificação econômico-financeira da empresa em Recuperação, que deverá demonstrar dispor da estrutura operacional adequada para a execução do objeto do certame.

A vedação à participação de empresa em Recuperação Judicial, incluída no edital de licitação em análise, é incoerente, contraditória e ilegal, posto que exclui, decisivamente, da empresa em Recuperação Judicial a possibilidade de formalizar a contratação com o poder público, impacta diretamente no procedimento de reestruturação da empresa, fragiliza a manutenção da viabilidade econômica da empresa em tal condição jurídica e, por fim, impede que o resultado útil do seu processo de recuperação judicial seja alcançado.

9. Da Obrigatoriedade De Credenciamento.

Observemos o que estabelece o item 5.1 do Edital:

*5.1. O credenciamento é um dos pré-requisitos de participação do certame, devendo a documentação estar fora dos envelopes, e deverão ser entregues diretamente por meio de seu Representante Legal ou através de Procurador no dia, hora e local mencionados no preâmbulo deste edital, **sob pena de inabilitação**.*

O fato do licitante não credenciar representante jamais poderá constituir motivo para seu afastamento do certame, nem sua desclassificação, nem sua inabilitação.

Mesmo no pregão presencial, a ausência de credenciamento não impede o licitante de participar do certame com a proposta escrita, conforme se pode observar do art. 4º, inciso VI, da Lei 10.520/02:

Art. 4º (...)

*VI - no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, **se for o caso**, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame.*

Ora, no pregão presencial, o credenciamento tem como finalidade única viabilizar aos licitantes que se manifestem formalmente durante o certame, especialmente no que tange à apresentação de lances verbais e à manifestação quanto à intenção de recorrer.

Consequentemente, a ausência no credenciamento dos atos constitutivos capazes de refletir os poderes societários e/ou de administração da pessoa física não pode importar na exclusão da pessoa jurídica da licitação.

Portanto, o credenciamento é ato facultativo. As licitantes poderão participar do pregão sem representante credenciado.

Apenas não poderão fornecer lances orais e manifestar intenção motivada em interpor recurso administrativo.

Assim, licitante que não credencie nenhum representante participa apenas com o valor da sua proposta escrita, não podendo ofertar lances, interpor recurso administrativo ou negociar com o pregoeiro, apresentando ilegalidade intransponível tal objeção.

ANTE O EXPOSTO, resta claro que, da forma como está no ato convocatório, que as exigências ferem os princípios constitucionais e administrativos aplicáveis à espécie e frustram o caráter competitivo da licitação e a possibilidade de se aumentar a livre concorrência, **REQUERENDO** que se corrijam as irregularidades apontadas e pugnando que seja adotada a modalidade licitatória adequada as obras e serviços de engenharia, lançando-se novo edital e preservando-se a legalidade do procedimento.

Caso não seja esse o entendimento de Vossa Senhoria, que seja essa impugnação submetida a instância superior do órgão, para apreciação e decisão, aplicando-se efeito suspensivo do certame, até publicação da decisão definitiva.

Aguarda Deferimento.

Porto Alegre, 09 de julho de 2019.



JOCEMARA SCHAFER