

Licitações - Município De Aguas Frias

De: Carlos Daga <adm@aguasfrias.sc.gov.br>
Enviado em: quinta-feira, 25 de outubro de 2018 15:24
Para: Cris
Assunto: ENC: Comunicação 1068
Anexos: Águas frias.pdf

De: João Sergio Santana [<mailto:sergio@tce.sc.gov.br>]
Enviada em: quinta-feira, 25 de outubro de 2018 14:16
Para: adm@aguasfrias.sc.gov.br
Assunto: Comunicação 1068

Boa tarde
Anexo documento referente comunicação Tribunal de Contas 1068.
João SAergio Santana
48 3221-3610

EXCELENTÍSSIMO PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO E SENHOR RICARDO ROLIM DE MOURA PREFEITO DO MUNICÍPIO DE AGUAS FRIAS NO ESTADO DE SANTA CATARINA.

**Ref.: EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL nº 28/2018
PROCESSO LICITATÓRIO Nº 74/2018**

ROSILENE LUZIA PERIN, brasileira, casada, advogada, residente em Palmas Tocantins, portador da Cédula de Identidade RG nº 7.240.211-1 SSP/PR, e CPF/MF 031.513.669-37, e-mail rosi@ferronato.net Fone (63) 3233-6069, vêm, respeitosamente, com fulcro no § 2º, do art. 41, da Lei nº 8666/93, e item 12.7 do Edital em Epígrafe, em tempo hábil, vem à presença de Vossa Senhoria para, não concordando com disposição constante do Instrumento Convocatório do certame mencionado na epígrafe, apresentar

IMPUGNAÇÃO

para que surta os legais efeitos, e o faz com fundamento nos motivos de fato e de direito adiante articulados:

DO CABIMENTO DA IMPUGNAÇÃO:

Prevê o item 12.7 do edital ora impugnado:

12.7. Até dois dias úteis antes da data fixada para o recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do PREGÃO;

De igual forma prevê o art. 41º da Lei 8.666/93:

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

§ 2- 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 viciariam esse edital, hipótese em que tal

comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94J"

Considerando que a data prevista para abertura da Sessão Pública é o dia 29/10/2018, portanto, considerando o prazo de 02 (dois) dias anteriores a data de abertura para impugnação ao edital, desta feita, temos que a presente peça é legal, tempestiva e deverá ser conhecida e julgada no prazo de vinte e quatro horas, conforme expresso mandamento editalício, o que se requer desde já:

12.8. Caberá ao Prefeito decidir sobre a petição no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

DOS FATOS

A PREFEITURA MUNICIPAL DE AGUAS FRIAS - SC, fez publicar o Edital de PREGÃO PRESENCIAL Nº 28/2018, PROCESSO LICITATÓRIO Nº 74/2018, "objetivo a obtenção da proposta mais vantajosa para a AQUISIÇÃO DE ESCAVADEIRA HIDRÁULICA, para suprir as necessidades da Secretaria Municipal de Agricultura e Meio Ambiente em conformidade com o Contrato Repasse nº871425/2018/MAPA/CAIXA, conforme especificações contidas na lista de itens, Anexo I do presente edital.

A Impugnante, tendo interesse em participar da licitação em questão, verificou que o referido Edital contém restrições despropositadas no que se refere à habilitação das empresas participantes.

Com todo respeito, não se pode admitir que a presente disputa se mantenha adstrita aos termos impostos pelo Edital, quando se sabe que tais exigências vão de encontro às normas e princípios regulamentadores das licitações.

Vejamos.

DO MÉRITO

DA EXIGÊNCIA EXACERBADA DE DECLARAÇÃO, CERTIDÃO E COMPROVAÇÃO DE VINCULO EMPREGATÍCIO.

O instrumento convocatório trouxe, dentre as exigências "DECLARAÇÃO informando a empresa autorizada da marca fabricante do equipamento em uma distância máxima de 100 km do Município de Águas Frias.", "Certidão de Pessoa Física emitida pelo site do CREA do Engenheiro Mecânico", "Comprovação de vínculo do Engenheiro Mecânico com a empresa autorizada da marca do equipamento através dos seguintes documentos: A comprovação de vinculação dos profissionais deverá atender os seguintes requisitos: a) Empregado: cópia atualizada da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS ou Contrato de Trabalho em vigor (registrado em cartório); b) Sócio: Contrato Social devidamente registrado no órgão competente; c) Diretor: cópia do Contrato Social, em se tratando de firma individual ou limitada, ou cópia da ata de eleição devidamente publicada na imprensa, em se tratando de sociedade anônima; d) Responsável Técnico: cópia da Certidão expedida pelo CREA da Sede ou Filial da empresa autorizada onde consta o registro do profissional como RT."

Ora, se o edital exige o "fornecimento de equipamento", não há porque admitir-se "DECLARAÇÃO informando a empresa autorizada da marca fabricante do equipamento em uma distância máxima de 100 km do Município de Águas Frias.", "Certidão de Pessoa Física emitida pelo site do CREA do Engenheiro Mecânico", "Comprovação de vínculo do Engenheiro Mecânico com a empresa autorizada da marca do equipamento através dos seguintes documentos". A comprovação de vinculação dos profissionais deverá atender os seguintes requisitos: a) Empregado: cópia atualizada da Carteira de Trabalho e

Previdência Social – CTPS ou Contrato de Trabalho em vigor (registrado em cartório); b) Sócio: Contrato Social devidamente registrado no órgão competente; c) Diretor: cópia do Contrato Social, em se tratando de firma individual ou limitada, ou cópia da ata de eleição devidamente publicada na imprensa, em se tratando de sociedade anônima; d) Responsável Técnico: cópia da Certidão expedida pelo CREA da Sede ou Filial da empresa autorizada onde consta o registro do profissional como RT.”, para fins de qualificação operacional da empresa.

As exigências de tais previsões no bojo do edital fez instaurar-se indevida restrição no presente certame, porquanto afasta da disputa potenciais concorrentes, que teriam condições de lograr êxito e executar de forma eficaz o objeto do futuro contrato, porém acabam por impedidos de participar em função das limitações impostas. É cristalino que tais restrições fere de morte a competitividade do certame, porquanto limita demasiadamente o número de participantes aptos a concorrer pelo objeto do presente Edital.

É patente a ilegalidade e acintoso ao princípio da Isonomia, obrigar apenas empresas detentoras de **“DECLARAÇÃO informando a empresa autorizada da marca fabricante do equipamento em uma distância máxima de 100 km do Município de Águas Frias”** a participarem da licitação. A exigência em tela fere de açoite a Lei Federal nº 8.666/93, pois ultrapassa os parâmetros do regramento legal previsto no artigo 30, em que obriga a Administração a se limitar em exigir somente o que está previsto em lei.

E a lei exige apenas a **comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação**, ou seja, fornecimento de bens.

Com lastro nas considerações acima expostas, o TCU, (Acórdão 1.805/2015), entende que, em regra, a Administração Pública não pode demandar a declaração de fabricante, carta de solidariedade ou credenciamento como condição de habilitação do licitante.

Ainda para esse tipo de produto, a assistência é feita *in loco* sendo que não é o equipamento que vai até a assistência para manutenção e sim o técnico responsável pelo serviço que vai até o equipamento para a manutenção, sendo assim a distância não interfere para a administração uma vez que o custo de deslocamento não lhes compete e sim ao prestador de serviços.

Em alguns julgados, analisa-se a questão sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor – CDC. O raciocínio utilizado é o seguinte: ao contratar bens e serviços como destinatária final, a Administração caracteriza-se como consumidora, beneficiando-se das proteções inerentes ao CDC. Esse Diploma, por sua vez, dita que o fornecedor e o fabricante são solidariamente responsáveis pelos produtos que disponibilizam. Desnecessária, portanto, a apresentação de carta de solidariedade, haja vista que a responsabilidade solidária já é imposta por força de Lei.

Não há motivo e nem justificativa cabível para exigir-se do licitante a autorização do fabricante do produto, pois a Lei de Defesa do Consumidor estabelece responsabilidade solidária ao fornecedor ou fabricante para a garantia do produto ou serviço, conforme Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990, in verbis:

“Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores. (grifo nosso)

E ainda, o artigo 24 vincula o fornecedor a prestar a garantia, independentemente da relação existente com o fabricante:

“Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.”

Portanto, não há razão para exigir, da empresa interessada em participar do certame, a **“DECLARAÇÃO informando a empresa autorizada da marca fabricante do equipamento em uma**

distância máxima de 100 km do Município de Águas Frias", mesmo porque, o instrumento convocatório deverá fixar o prazo de garantia e as condições rigorosas que a Contratada deverá cumprir sem a intervenção do fabricante e sem qualquer isenção ou privilégio.

No caso em tela, há vários acórdãos que apontam a ilegalidade de se exigir a declaração do fabricante, nos moldes do contido no certame em análise. Nesse sentido, os Acórdãos 847/2012-TCU-Plenário e 5.748/2011-TCU-1ª Câmara,

Verifica-se que o objetivo pretendido pela Administração, conforme alegado, pode ser obtido por meio de outras medidas, que não restringem a competitividade do certame.

O Tribunal de Contas da União, Acórdão do nº 1.805/2015, Processo 008.137/2015-3, Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro.

A exigência em tela, além de restringir o número de participantes, pode proporcionar às empresas mal intencionadas "discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência" (Lei 8.173/90, "DOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA E AS RELAÇÃO DE CONSUMO", artigo 4º, inciso III).

Portanto, exigir a "**DECLARAÇÃO informando a empresa autorizada da marca fabricante do equipamento em uma distância máxima de 100 km do Município de Águas Frias**" é exigência demasiada que restringe o universo de competidores e afasta o caráter competitivo do certame, desferindo golpe fatal ao princípio da Isonomia, amparado pela Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI:

"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 nosso)

Como se vê, a exigência de comprovação de responsável engenheiro mecânico como qualificação técnica da empresa se revela extravagante ante o objeto da licitação, pois o objetivo do certame é o "fornecimento de Escavadeira Hidráulica", e não a prestação de "serviços".

Além disso, exigir "**comprovação de vínculo de Engenheiro Mecânico**" registrado no "**CREA**" e comprovar a vinculação do profissional através de "**cópia de carteira de trabalho**", restringe, claramente, a participação de empresas que não são fabricantes de equipamentos de "Escavadeiras Hidráulicas". Ou seja, tal condição poderia restringir a participação de empresas que não trabalham com fabricação dos produtos, mas são concessionárias autorizadas da Fabricante.

Logo, a exigência editalícia para qualificação da empresa, revela-se exorbitante no caso e não guarda relevância para comprovar a aptidão da empresa em face do fornecimento do equipamento objeto da licitação, em afronta ao artigo 3º, inciso II, da Lei (federal) nº 8.666/93. Esta condição restringe o caráter competitivo do certame, em colisão com o que prevê o artigo 3º, inciso I, do supracitado diploma legal, macular a isonomia do procedimento e subverter a busca da proposta mais vantajosa pela Administração Pública, relegando a supremacia do interesse público.

O objetivo da lei de licitações foi limitar as exigências àquelas descritas em lei, sob pena de comprometimento da competitividade do certame. Para corroborar tal entendimento, cito a lição do mestre Marçal Justen Filho:

"O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração,

em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos" (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13 ed. P. 386)

Ilustres, em que pese a necessidade indiscutível da Administração Pública em garantir que o vencedor de um certame licitatório guarde, ao menos, o mínimo necessário de condições no que toca à sua qualificação e capacidade técnica para gerir o objeto do contrato, fato é que o edital em comento, ao fazê-lo, extrapolou completamente os limites impostos pela lei e pela boa gestão da coisa pública.

Não obstante o poder discricionário da Administração para impor a qualificação técnica necessária aos competidores, a exigência é claramente exagerada e dispensável.

Cabe aqui trazer ensinamento colhido dos dizeres de Marçal Justen Filho:

"A Administração não tem liberdade para impor exigências quando a atividade a ser executada não apresentar complexidade nem envolver graus mais elevados de aperfeiçoamento. Especialmente em virtude da regra constitucional (art. 37, XXI), somente poderão ser impostas exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração Pública."

[...]

"O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter "competitivo" da licitação".

Isso decorre da vedação expressa contida na Constituição Federal, mas também presente nos princípios do processo licitatório constantes da Lei de Licitações, que preceituam que o **Administrador deve se abster de inserir no instrumento convocatório quaisquer cláusulas que comprometam ou restrinjam a competitividade do certame.**

Nesse sentido, importante verificar a redação do §1º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, nos seguintes termos:

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, 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;

Em comentário ao dispositivo, Jessé Torres Pereira Junior elucida:

A nenhum servidor da Administração Pública é dado, por qualquer modo, violar o caráter competitivo da licitação. Este é da sua essência, é a razão de existir do instituto. Deveria figurar entre os princípios referidos no caput do art. 3º, embora se possa presumir sua presença entre os correlatos, tanto que será inexigível a licitação "quando houver inviabilidade de competição" (art. 25).

Neste mesmo norte assinala Toshio Mukai:

[...] tão essencial à matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, posto que esta é sinônimo de competição.

Fica claro, portanto, que o edital não pode trazer formalidades exacerbadas e exigências desnecessárias, que prejudiquem o caráter competitivo do certame, bem como a isonomia do procedimento licitatório, vindo a acarretar numa escolha que não necessariamente será a mais vantajosa à Administração.

Logo, tais exigências não trazem benefício técnico algum ao certame, ao contrário, apenas impossibilitam a competitividade, ferindo em absoluto o princípio constitucional e administrativo da isonomia.

Acerca da isonomia entre os participantes, verifica-se o posicionamento do mestre Marçal Justen Filho, nos termos a seguir:

A isonomia não obriga adoção de formalismo irracional. Atende-se ao princípio da isonomia quando se assegura que todos os licitantes poderão ser beneficiados por idêntico tratamento menos severo.

A competência da Administração, na fixação dos requisitos necessários à comprovação da qualificação técnica dos participantes, **não pode ser utilizada para frustrar o mandamento constitucional de garantir o mais amplo acesso dos participantes ao procedimento licitatório, nem mesmo pode ser utilizada para ferir o princípio da isonomia e o da competitividade entre os licitantes.**

A propósito, colhe-se da brilhante lição de Marçal:

O art. 3º sintetiza o conteúdo da Lei, no âmbito da licitação. Os dispositivos restantes, acerca da licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. **Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o artigo 3º.** Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre as diversas soluções possíveis, **deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º.** (grifou-se) (Ob. Cit. p. 42)

Observa-se ainda do entendimento jurisprudencial do egrégio STJ:

É certo que não pode a licitação, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações." (STJ Resp. nº 474781/DF, Rel. Min. Franciulli Neto, DJ 12.05.03)

A exigência editalícia que **restringe a participação de concorrente,** constitui critério discriminatório desprovido de interesse público, desfigurando a discricionariedade, por consubstanciar 'agir' abusivo, **afetando o princípio da igualdade.** (STJ, Resp nº 43856/RS, rel Min. Milton Luiz Pereira, DJ 04.09.95) (grifou-se)

A própria Constituição Federal/88 preceitua com severo rigor a admissibilidade das exigências mínimas possíveis. É imperioso salientar também que a Constituição autoriza somente exigências que configurem um mínimo de segurança, não se admitindo requisitos que vão além disso. Vejamos:

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: [...]

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. (grifou-se)

Destarte, as exigências não serve para garantir a segurança no fornecimento de Escavadeira Hidráulica, ao contrário, impede a entrada e participação de um universo enorme de empresas cuja qualificação técnica para fornecer o produto e prestar o serviço de assistência técnica é indiscutível.

Conclui-se, portanto, que é injustificada a ausência de previsão de “**DECLARAÇÃO informando a empresa autorizada da marca fabricante do equipamento em uma distância máxima de 100 km do Município de Águas Frias.**”, “**Certidão de Pessoa Física emitida pelo site do CREA do Engenheiro Mecânico**”, “**Comprovação de vínculo do Engenheiro Mecânico com a empresa autorizada da marca do equipamento através dos seguintes documentos:** A comprovação de vinculação dos profissionais deverá atender os seguintes requisitos: a) Empregado: cópia atualizada da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS ou Contrato de Trabalho em vigor (registrado em cartório); b) Sócio: Contrato Social devidamente registrado no órgão competente; c) Diretor: cópia do Contrato Social, em se tratando de firma individual ou limitada, ou cópia da ata de eleição devidamente publicada na imprensa, em se tratando de sociedade anônima; d) Responsável Técnico: cópia da Certidão expedida pelo CREA da Sede ou Filial da empresa autorizada onde consta o registro do profissional como RT”, de modo que não pode a Administração Pública frustrar a exigência legal de amplitude da qualificação.

Desse modo, face à remansosa jurisprudência aplicada e vasta doutrina administrativista que apoia a ampla competitividade, outra solução não há senão o acolhimento das razões acima elencadas, para que o edital em espécie seja reformulado.

DO PEDIDO

Aduzidas as razões que balizaram a presente Impugnação, esta Impugnante, requer, com supedâneo na Lei nº. 8.666/93 e suas posteriores alterações, bem como as demais legislações vigentes, o recebimento, análise e admissão desta peça, para que o ato convocatório seja retificado no assunto ora impugnado DETERMINANDO-SE:

- a) Declarar-se nulo os itens atacados;
- b) Determinar-se a republicação do Edital, escoimado dos vícios apontados.
- c) Caso não seja esse o entendimento, que seja remetidos a autoridade superior, Ministério Público e Tribunal de Contas, para análise e manifestação.

Caso não entenda pela adequação do edital, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais que embasaram a decisão do Senhor Prefeito.

Nestes Termos,
P. Deferimento,

Palmas-TO, 24 de outubro de 2018



Rosilene Luzia Perin
AOB/TO 8674