

ILMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS - TJAM

PROC. Nº 17751/2017

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 010/2018-TJAM

TIPO: MENO PREÇO GLOBAL.

OBJETO: Prestação de serviços continuados de operação, manutenção predial preventiva e corretiva de sistemas, equipamentos e instalações, com fornecimento de mão-de-obra, todo o material de consumo, insumos e equipamentos necessários e adequados à execução dos serviços em todas as instalações do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM) na capital e municípios com fácil acesso a partir da capital, para atender ao tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

R e V INDÚTRIA E COMERCIO DE MATERIAL E SERVIÇOS DE CONSTRUÇÕES LTDA. – ME, com CNPJ nº 09.253.671/0001-39, com sede, na cidade de Manaus, na Av. Dom Pedro I, nº 621, Bairro Dom Pedro I, CEP 69.040-040, com fundamento no artigo 41, § 2º, da Lei 8.666/93, e nos termos do Edital vem apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

acima referenciado, pelas razões a seguir, requerendo para tanto sua apreciação, julgamento e admissão. A presente impugnação pretende afastar do presente procedimento licitatório, exigência feita em extrapolação ao disposto no estatuto que disciplina o instituto das licitações, com intuito inclusive, de evitar que ocorra restrição desnecessária do universo de possíveis e capacitados competidores, obstando a **BUSCA DA CONTRATAÇÃO MAIS VANTAJOSA**, senão vejamos:

DO MÉRITO

Trata de Pregão Eletrônico para Prestação de serviços continuados de operação, manutenção predial preventiva e corretiva de sistemas, equipamentos e instalações, com fornecimento de mão-de-obra, todo o material de consumo, insumos e equipamentos necessários e adequados à execução dos serviços em todas as instalações do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM) na capital e municípios com fácil acesso a partir da capital, para atender ao tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Ocorre que a Impugnante constatou que o Edital padece de vícios que compromete a competitividade, bem como a legalidade do procedimento licitatório, da qual passará a expor.

DOS MOTIVOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

DO SUBITEM 16.3- a3 e a.4 – HABILITAÇÃO

O edital em questão apresenta, no subitem 16.3, a3 e a4, cláusulas que restringe a competitividade, portanto, fato impeditivo à participação de várias empresas no procedimento licitatório, com a afronta ao princípio da isonomia, de modo que deve ser imediatamente corrigido, sendo ela:

16.3 – As licitante deverão encaminhar a seguinte documentação complementar para verificação da sua Qualificação Técnica e Qualificação Econômico-Financeira:

a.3) Na contratação de serviços continuados com mais de 40 (quarenta) postos o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) com um mínimo de 50% (cinquenta por cento) do número de postos de trabalho a serem contratados;

a.4) Quando o número de trabalho a ser contratado for igual ou inferior a 40 (quarenta), o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) com um número de 20 (vinte) postos;

Fica evidente, que de acordo com o termo em questão, cria obstáculos para que um número maior de interessados venha a participar da licitação, demonstrando clara afronta à competitividade.

Conforme se depreende da leitura do item, trata-se de qualificação técnico-operacional, que segundo doutrina de Marçal Justen Filho, pode ser conceituada como sendo: "a comprovação documental da idoneidade técnica para execução do objeto do contrato licitado,

mediante a demonstração de experiência anterior na execução de contrato similar e da disponibilidade do pessoal e dos equipamentos indispensáveis" (MARÇAL JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, 4ª ed., Dialética, 2009, p. 399). Trata-se de requisito de habilitação na licitação.

O tema da qualificação técnica não é de fácil assimilação no direito positivo, em especial, por conta do teor do art. 30 da Lei 8.666/93. Trata-se da norma que impõe limites à exigência de documentação comprobatória da capacidade técnica dos licitantes, e isto, com plena autorização da Constituição Federal, que em seu artigo 37, inciso XXI, dispõe que:

“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.”

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação; IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Ao ponderar as questões jurídicas e técnicas envolvidas, tanto a doutrina quanto farta jurisprudência tem entendido que a exigência de comprovação da capacidade técnico-operacional conduz a uma reserva de mercado, o que violaria a razoabilidade e a proporcionalidade.

Em qualquer situação, a exigência de comprovação de qualificação mediante serviços anteriores deve ser ponderada e compatível (em natureza e extensão) com o objeto da licitação, sob pena de se tornar arbitrária.

A verificação dessa qualificação por meio de atestados de serviços anteriores conduz a um resultado artificial e, de certo modo, arbitrário. Sobre isto, confira-se trecho do voto do Conselheiro Cezar Miola, do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro TP-0511/2009, do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul:

“Repiso que a exigência dessas certificações, do modo como usualmente se produzem e são formalmente requeridas, efetivamente afronta o princípio da proporcionalidade. E isso porque, no louvável intuito de obter melhores garantias de atingimento dos objetivos colimados pela Administração quando da execução de obras e serviços na área de engenharia, exige-se uma certificação não necessariamente eficaz - e, como antes se mencionou, nem sempre segura -, o que, reconhecidamente, acaba por restringir a competição, quando medidas outras de preservação do interesse público específico poderiam ser implementadas, com melhores resultados práticos, em benefício da sociedade.

Entre essas cautelas em prol do Erário, pode ser relacionadas uma correta análise da hígidez financeira das empresas licitantes; a exigência de demonstração cabal da capacidade de mobilização em favor do empreendimento (recursos humanos, maquinário, infraestrutura de apoio, instalações, etc.); a elaboração de termos contratuais com disposições claras, definição pormenorizada de direitos e obrigações recíprocos e previsão de efetiva imposição de penalidades por inadimplemento; e fiscalização atuante, com acompanhamento *pari passu* da execução das obras e serviços contratados.”

Conforme se observa, segundo o entendimento do Tribunal, como a exigência de atestados de capacidade técnico-operacional é inidônea como instrumento de aferição da efetiva qualificação para a execução do contrato, acaba por se tornar um meio de restrição de acesso de novos agentes ao mercado de contratações públicas. Isso é explicado no trecho seguinte:

“Assim, o que se sustenta, em face das regras e princípios constitucionais, é a possibilidade de novas organizações também terem acesso às contratações públicas, observados, por lógico, critérios e garantias que preservem amplamente o interesse público. Ou, dito de outro modo: não se pode admitir que a execução de obras públicas se transforme em "prerrogativa" exclusiva das empresas atualmente constituídas e já "qualificadas", num entendimento que leva a verdadeiro absurdo e também colide com os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da equidade (arts. 1º, IV, e 170, IV, da CR/1988), além daqueles já antes referidos.

Em suma: à luz da interpretação restritiva, quem não detém experiência/qualificação nunca a terá, porque absolutamente impedido de obtê-la. E, então, a concorrência se resumirá a um número restrito e privilegiado de concorrentes, com todas as limitações, riscos e possíveis ônus decorrentes. Será esta uma conclusão reducionista, literal, desproporcional, injusta e até perigosa. E, por tudo isso, inaceitável.”

Resta evidente, da leitura do dispositivo, que é possível a exigência de comprovação de capacidade técnico-profissional do licitante, ou seja, da existência, no quadro permanente da empresa, de profissionais que detenham experiência anterior na execução de contrato similar. Todavia, não fica explícita a possibilidade de exigência de comprovação da capacidade técnico operacional, vale dizer, da experiência anterior da própria empresa licitante.

A perplexidade deriva do veto presidencial ao conteúdo do inciso II, alíneas "a" e "b", do § 1º do aludido artigo. Tais alíneas é que dispunham sobre a exigência de comprovação da capacidade técnico-operacional. Em virtude do veto e para dar conta da realidade, coube à doutrina e à jurisprudência o entendimento de que a exigência de comprovação da capacidade técnico-operacional desapareceu, pois havia sido prevista exclusivamente no art. 30, § 1º, inciso II, bem como porque o § 5º, ainda do art. 30, veda a exigência de comprovação restritiva da participação no certame, não prevista na Lei 8.666.

Ora, o que está a se exigir cria uma reserva de mercado, conforme alinhavado nas razões acima e ainda, fere o artigo 37, inciso XXI da Carta Magna.

A doutrina de Toshio Mukai, ensina que:

“o princípio da igualdade é o princípio fundamental da licitação, posto que oferece aos licitantes iguais oportunidades de vencer o certame. Observa-se que o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ao contemplá-lo, diz que no processo de licitação pública deverá ser assegurada a igualdade de condições a todos os concorrentes. No caso, já de se entender concorrentes concretos e potenciais, eis que o princípio vigora já quando da elaboração do Edital; não pode o instrumento convocatório conter cláusulas discriminatórias.

O princípio da competitividade é um dos princípios fundamentais da licitação, é também conhecido como o princípio da oposição, é tão essencial à matéria que se num procedimento licitatório, por obra e conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, posto que esta é sinônimo de competição” (Curso avançado de Licitações e Contratos Públicos – pag. 08,09 – Ed. Juarez Oliveira – Ed. 2000).

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho ensina que “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. Veda-se a cláusula que visa não a seleção da proposta mais vantajosa e sim a beneficiar alguns particulares” (comentários à lei de licitações e contratos. Pg. 78,79 – Ed. Dialética – Ed. 1999).

A Administração deve estabelecer regras que não causem prejuízo a ela própria e nem aos administrados, e ainda, regras que permitam a participação do maior número possível de concorrentes, pois só assim encontrar-se-á a proposta mais vantajosa.

Em sede jurisprudencial, não é outro o entendimento. Com toda veemência, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 423/2007, observou que exigências como a ora impugnada não têm amparo legal, além de constituir uma cláusula restritiva ao caráter competitivo das licitações, por não ser, em princípio, uma condição indispensável à garantia do cumprimento das obrigações advindas dos contratos a serem celebrados.

Por força deste exposto, cumpre requerer a exclusão do subitem 16.3 –a3 e a.4 do certame, e sugerir que a exigência se refira tão somente à capacidade técnico-profissional, vale dizer, à exigência de que a empresa apresente a certidão de acervo técnico de seu profissional com experiência na prestação dos serviços licitados.

Ademais, o referido texto, por si só, sem qualquer dificuldade, demonstra a violação ao princípio da competitividade, vale ponderar: qual a razão de contratar somente empresa que tenha executado contratos com um mínimo de 50% de postos de trabalho do objeto do edital? Isso não demonstra garantia alguma de excelência na prestação de serviços e sim conduz a uma reserva de mercado, privilegiando poucas empresas que atuam no mercado.

Aplica-se, ao caso, o comando normativo já mencionado acima, qual seja, o artigo 3º da Lei Licitação Federal. O poder da Administração não é absoluto ao fazer exigências no âmbito de um certame, ao contrário, encontra limites nos princípios gerais de licitação elencados nos termos do artigo 3º da Lei 8666/93, in verbis:

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.

O princípio da competitividade estabelece ser defeso ao Administrador Público prever cláusulas ou condições, impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato, que restrinjam ou frustrem seu caráter competitivo, conforme prevê o artigo 3º acima, cujo parágrafo 1º, inciso I, também salienta que:

“§ 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;”

Nesse sentido, conforme já aventado, entende o Tribunal de Contas da União que não pode a Administração adotar critério que represente condição determinante de intensa restrição da competitividade do certame, ou seja, quando pouquíssimas empresas puderem cumpri-la (Acórdão 152/2002 – Plenário, Rel Min. Walton Alencar Rodrigues).

Despiciendo argumentar que a reserva de mercado fere a livre concorrência, uma vez que o mercado tem livre iniciativa para buscar a melhor contratação, aquisição e a melhor oportunidade, mas sempre respeitando a livre concorrência, pois a sua limitação é uma infração à ordem econômica prevista no art. 170 da Constituição Federal.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;(grifamos)

Em consequência da argumentação acima, a medida correta a ser tomada por esse Pregoeiro, não é outra, senão, excluir o item 16.3 –a3 e a.4. do Termo de Referência.

DO PEDIDO

Em que pese o habitual zelo, revestido de elevado rigor que convém a todo órgão da Administração Pública, indubitavelmente a Administração Licitante não vem atendendo a legislação vigente. Quer crer a Impugnante que os vícios encontrados no Edital tenham ocorrido por um equívoco.

Diante de todo o exposto, requer e espera meticulosa atenção de V.Sa. para acolher as alegações trazidas a lume e rejeitar o Edital em apreço, SUSPENDENDO o ato convocatório para posterior republicação com as devidas correções , como medida de obediência ao sistema normativo vigente.

Nestes Termos

P. deferimento

Manaus, 05 de fevereiro de 2018.



Raquel da Silva Conte de Melo

Sócia - Administradora