

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO MATEUS

Assunto: Impugnação ao Edital
Pregão Eletrônico nº 032/2021

EFICAZ GESTÃO EM SAUDE LTDA, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ nº 20.306.489/0001-31, localizada na Avenida Perimetral Brigadeiro Lima e Silva, 1204, Sala 506 – Jardim 25 de Agosto, Centro, Duque de Caxias, RJ - CEP: 25.071-182, por intermédio de seu representante legal, vem, mui respeitosamente à presença de V. S^a. apresentar:

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Referente ao Pregão Eletrônico nº 032/2021, nos termos do §2º do artigo 41 da Lei 8666/93, o que o faz conforme as razões de fato e de direito que a seguir passa a expor:

1. DO CABIMENTO E TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO/PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS

O §2º do art. 41 da Lei 8.666/93 prevê que:

Art. 41(...)

§ 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 viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Já o art 12 §§ 1º e 2º do Decreto 3.555/2000, dispõe que:

Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

§ 1º Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º Acolhida a petição contra o ato convocatório, será designada nova data para a realização do certame.

2. DAS RAZÕES QUE MOTIVARAM A PRESENTE IMPUGNAÇÃO

Impugna-se o presente certame com fundamento nos motivos a seguir delineados:

2.1 DA EXCESSIVA EXIGÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO PARA OBJETO EM QUESTÃO

O Edital em comento prevê como exigências de qualificação técnica os seguintes documentos:

- a) Registro ou inscrição da empresa no Conselho Regional de Administração – CRA, da sua região;*
- b) Registro ou inscrição da empresa no Conselho Regional de Medicina – CRM, de sua região;*
- c) Registro ou inscrição da empresa no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA, de sua região;*
- d) Registro ou inscrição da empresa no Conselho Regional de Psicologia – CRP, de sua região;*
- e) Registro ou inscrição da empresa no Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – CREFITO, de sua Região;*
- f) Registro ou inscrição da empresa no Conselho Regional de Fonoaudiologia – CREFONO, de sua Região;*
- g) Registro ou inscrição da empresa no Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho – SESMT;*
- h) Declaração de disponibilidade de Unidade Móvel conforme especificações deste Termo de Referência, indicando Renavam do Veículo e licenciamento no ano de 2020, bem como Alvará Sanitário correspondente.*

A exigência de que a licitante possua registro em seis Conselhos Profissionais, Registro no SESMT que não se justifica e Unidade Móvel com exigência de alvará sanitário mostrando demasiadamente excessiva, visto que algum deles sequer possuem relação com o objeto licitado.

Nota se que o intuito desta administração é simplesmente dificultar a participação de outras empresas direcionando o presente edital de licitação e criando condições há apenas uma empresa, pois dificilmente um empresa de medicina e segurança do trabalho teria condições de atender tal habilitação.

Saliente-se ainda que o art. 30 da lei 8.666/93 indica, de forma exaustiva, a documentação relativa a qualificação técnica. Dentre elas, solicitamos especial atenção ao item I, abaixo transcrito:

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

I – registro ou inscrição na entidade profissional competente.

No edital em questão, cujo o objeto é a execução de serviços relacionados à Medicina e Segurança do Trabalho, conclui-se que o Registro no CRM/CREA seria o suficiente para a garantia da execução dos serviços.

A exigência de que a empresa licitante seja registrada em 6 conselhos diferentes, configura-se como restrição indevida ao caráter competitivo

Tal disposição não pode permanecer no instrumento convocatório, sob risco de se incorrer em afronta direta aos princípios presentes na Lei 8.666/93.

Reza a Constituição Federal, de forma peremptória, em seu 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**".*

Também o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 veda expressamente a restrição ao caráter competitivo:

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:

*l - **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;*

Conforme esclarece o autor Marçal Justen Filho, a Lei nº 8.666/93 buscou "evitar que as exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumento de indevida restrição à

liberdade de participação em licitação. (...) A regra geral é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas.

Exigências desarrazoadas não podem ser legitimadas sob o argumento de que a Administração necessita de segurança maior do que a efetivamente necessária à execução do objeto a ser contratado, sob pena de ofensa ao texto constitucional, que autoriza apenas o mínimo de exigências, sempre alicerçadas em critérios razoáveis.

Nesse mesmo diapasão, encontramos mais uma vez a manifestação de Marçal Justen Filho:

“(...) não é possível a Administração invocar algum tipo de presunção de legitimidade de atos administrativos para transferir ao particular o ônus de prova extremamente complexa. Assim o é porque foi a Constituição que determinou a admissibilidade apenas das exigências as mais mínimas possíveis. Portanto, quando a Administração produzir exigências maiores, recairá sobre ela o dever de evidenciar a conformidade de sua conduta em face da Constituição.

Mas há outro motivo para isso. É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discricionariedade na fixação das exigências de qualificação técnico-operacional não significa que a Administração possa escolher as que bem entender. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer.” (in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Dialética, 7ª edição, p. 337)

Dessa forma, requer a alteração do edital em comento no sentido de que haja a exigência de registro no Conselho Regional de Medicina para o lote 1 e Conselho Regional de Medicina e Conselho Regional de Engenharia e Agronomia para o lote 2.

2.2 Qualificação técnica — Visto do atestado da empresa licitante no CRA, DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO - Restrição indevida ao caráter competitivo

O processo licitatório supramencionado trouxe, em seu item 5.2, exigências de qualificação técnica. Dentre elas, destacamos a exigência prevista no item 16.11.4 “k”, abaixo transcrita:

k) Apresentação de no mínimo 1 (um) atestado de aptidão da empresa licitante para execução de serviços compatíveis com o objeto desta licitação em características, quantidades e prazo, que permita a avaliação da capacidade de atendimento, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado ou visado (o atestado) no Conselho Regional de Administração do Espírito Santo - CRA-ES.

Percebe-se então que o órgão inseriu como exigência de qualificação técnica do licitante, comprovação de que a empresa possua atestado (registrado ou visado) visto no Conselho Regional de Administração, especificamente do Estado do Espírito Santo.

Tal disposição não pode permanecer no instrumento convocatório, sob risco de se incorrer em afronta direta aos princípios presentes na Lei 8.666/93.

Reza a Constituição Federal, de forma peremptória, em seu 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**".*

Também o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 veda expressamente a restrição ao caráter competitivo:

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:

*1 - **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;

Conforme esclarece o autor Marçal Justen Filho, a Lei nº 8.666/93 buscou “evitar que as exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação. (...) A regra geral é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas.”

Exigências desarrazoadas não podem ser legitimadas sob o argumento de que a Administração necessita de segurança maior do que a efetivamente necessária à execução do objeto a ser contratado, sob pena de ofensa ao texto constitucional, que autoriza apenas o mínimo de exigências, sempre alicerçadas em critérios razoáveis.

Nesse mesmo diapasão, encontramos mais uma vez a manifestação de Marçal Justen Filho:

“(...) não é possível a Administração invocar algum tipo de presunção de legitimidade de atos administrativos para transferir ao particular o ônus de prova extremamente complexa. Assim o é porque foi a Constituição que determinou a admissibilidade apenas das exigências as mais mínimas possíveis. Portanto, quando a Administração produzir exigências maiores, recairá sobre ela o dever de evidenciar a conformidade de sua conduta em face da Constituição.

Mas há outro motivo para isso. É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discricionariedade na fixação das exigências de qualificação técnico-operacional não significa que a Administração possa escolher as que bem entender. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer.” (in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Dialética, 7ª edição, p. 337)

Manter a exigência de comprovação de que a empresa e possua visto de atestado em órgãos de fiscalização de estado específico, no caso, do Estado do Espírito Santo em licitação para este objeto constituiria, inequivocamente, restrição indevida ao caráter competitivo do certame, ferindo de morte o Princípio da Ampla Concorrência, disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Ademais, apesar do CRA exigir para o exercício da profissão que o particular/empresa possua a inscrição no estado em que se localiza sua sede e/ou registro/visto nos locais em que atuar, **para fins de participação nas licitações** tal exigência é desnecessária. Nesse sentido, o próprio Tribunal de Contas da União vem traçando entendimento no sentido de que o **visto somente seria necessário no início da execução do contrato**, a saber:

“... Conforme bem destacou o Sr. Analista de Controle Externo, este Tribunal tem entendido que somente no momento da contratação da licitante vencedora é que a entidade poderá exigir a comprovação de inscrição junto ao órgão de fiscalização profissional do local onde o serviço será prestado.” (Acórdão nº 979/2005, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

“[...] exigir visto do registro do profissional pelo simples fato de participar da licitação parece ser exigência acima daquela fixada pelo legislador ordinário, o que acaba por restringir, além do necessário, a competitividade do certame. Lembremo-nos de que o art. 30, I, da Lei 8.666/93 exige, para efeitos de qualificação técnica, apenas o registro ou inscrição na entidade profissional competente, não mencionando qualquer necessidade de visto do registro no conselho regional do local da obra, o que reforça o entendimento de que somente por força do art. 58 da Lei 5.194/66 surge tal necessidade e apenas no momento da contratação.” (TCU. Processo nº TC-011.423/96-0. Acórdão nº 279/1998 – Plenário)

De acordo com todo o exposto, entende-se que tal exigência, para fins de mera participação em licitação, é desarrazoada e viola o princípio da competitividade previsto no art. 3º, §1º, I da Lei 8.666/93, devendo portanto ser retirada do presente edital ou ao menos ser exigida apenas na ocasião da contratação da empresa vencedora do certame.

2.3 DA SUBCONTRATAÇÃO

Da atenta leitura dos termos edital conclui-se que não há a qualquer previsão quanto a permissão de subcontratação dos serviços.

Nesse sentido, em atenção ao princípio da legalidade e segurança jurídica, requer haja a alteração do Edital do presente pregão eletrônico no sentido de que haja a previsão das condições para a autorização de subcontratação parcial do serviço contratado

Cumprе ressaltar que o legislador ordinário previu, no art. 72 da Lei nº8.666/93, expressamente, a possibilidade da Contratada subcontratar parte da obra, serviço ou fornecimento.

Analisando o referido dispositivo legal, Marçal Justen Filho esclarece que:

"A escolha da Administração deve ser orientada pelos princípios que regem a atividade privada. Se, na iniciativa privada, prevalece a subcontratação na execução de certas prestações, o ato convocatório deverá albergar permissão para que idênticos procedimentos sejam adotados na execução do contrato administrativo. Assim se impõe porque, estabelecendo regras diversas das práticas entre os particulares, a Administração reduziria a competitividade do certame. É óbvio que se pressupõe, em todas as hipóteses, que a Administração comprove se as práticas usuais adotadas pela iniciativa privada são adequadas para satisfazer ao interesse público."

Conforme salientado pelo ilustre Doutrinador, a limitação da subcontratação impede a Administração de obter a proposta mais vantajosa, eis que compromete, em muito, o caráter competitivo a que está sujeito o procedimento licitatório (Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª edição, pág. 533. 35

Dessa maneira, na presente licitação, não existe razão para a Contratante impor limites ou condições à subcontratação de alguns dos serviços.

Saliente-se, ademais, que, na subcontratação, não ocorre a cessão do objeto do contrato, mas, sim, a execução, permanecendo, portanto, inalterável o vínculo direto e imediato entre esta e a Administração Pública.

Nesse sentido, Diógenes Gasparini assim se manifesta:

"O contratado, por exemplo, subcontrata com um terceiro (escolhido se qualquer interferência da contratante) a execução das fundações e do sistemas hidráulico e elétrico de um edifício público. Embora seja assim continua respondendo, perante a contratante, pela execução do objeto do contrato como um todo. Desse modo, a Administração Pública contratante não se relaciona, nem tem por que, com o subcontratado. Qualquer problema surgido, relacionado com os objetos das subcontratações, é solucionado entre o contratado e o subcontratado (...)." (Direito Administrativo, Editora Saraiva, 7ª edição, 2002, p. 564).

Sendo assim, da análise do objeto da presente licitação, verifica-se que alguns serviços podem ser desempenhados por terceiros, sem que isso acarrete qualquer prejuízo à Contratante, pois a responsabilidade técnica-operacional pela execução dos serviços "subcontratados", como se disse, recai exclusivamente sobre a empresa Contratada.

Ademais, a ora Impugnante tem notória especialização no ramo objeto da presente licitação. Todavia, nas diversas licitações através das quais foi contratada para prestação de serviços, utilizou-se da prerrogativa do aludido artigo 72 da Lei nº 8.666/93, e subcontratou alguns serviços, responsabilizando-

se integralmente por tal subcontratação, e executando, de maneira plenamente satisfatória, o objeto licitado.

Oportuno salientar a judiciosa posição de Hely Lopes Meirelles a respeito da possibilidade de transferência de parte da execução do contrato licitatório a terceiros:

“Modernamente, a complexidade das grandes obras e a diversificação de instalações e equipamentos dos serviços públicos exigem a participação de diferentes técnicos e especialistas, o que fica subentendido nos contratos desse tipo; o que se veda é o transpasse de encargos contratuais a terceiros, com liberação do contrato original, sem prévia anuência da Administração (Lei 8.666, art. 78, VI).” (Licitação e Contrato Administrativo, Malheiros Editores, 11ª edição, 1996, p. 189).

Acrescente-se, ainda, que essa licitação não possui motivo lógico, jurídico e operacional que justifique a imposição de limites à subcontratação; ou seja, a presente licitação não trata de serviços que só possam ser executados pela pessoa da Contratada.

Dessa maneira, não pode esse Contratante criar restrição a subcontratação de parte do serviço licitado, sem apresentar justificativa plausível para o ato, requerendo portanto a alteração do edital no sentido de que haja a expressa previsão de subcontratação – ainda que parcial – do objeto contratado.

2.4 DA UNIFICAÇÃO DOS OBJETOS EM UM ÚNICO LOTE – RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME - SUMULA 247 DO TCU.

É de conhecimento geral que a junção de objetos, principalmente com a complexidade da presente licitação, restringe o universo de participantes vilipendiando o princípio da competitividade.

Nesse sentido, solicitamos atenção ao que o que reza o inciso I, § 1º do artigo 3º da Lei 8666/93:

§ 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;

A jurisprudência também tem se posicionado nesse sentido, conforme pode ser comprovado nos acórdãos abaixo transcritos:

TJ/SP – LICITAÇÃO – Requisitos – Mandado de segurança, impetrado por empresa impedida de participar de procedimento licitatório, ora agravante, com pretensão de se suspender os efeitos de pregão licitatório que tem por objeto dois serviços distintos: o de

monitoramento eletrônico à distância, com instalação de equipamentos nas dependências das unidades do Conselho Regional de Saúde Norte, e o de vigilância patrimonial desarmada; serviços, esses, licitados de forma conjunta – Hipótese – Circunstância em que não se pode vincular no edital, à mesma empresa licitante, a prestação de serviços que, malgrado complementares, são totalmente distintos nas suas características e na especialização que exigem para o seu desempenho, restringindo, demasiadamente, o número de licitantes, contrariando o interesse público – Ocorrência – Recurso provido. (Agravo de instrumento nº 635.534-5/0-00 – São Paulo – 4a Câmara de Direito Público – Relator: Thales do Amaral – 29.03.07 – V.U. – Voto nº 6.142)

TCU – Acórdão nº 1.753/2008-Plenário – “9.1.5. oriente os órgãos/entidades integrantes do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais a: I – absterem-se de licitar serviços de instalação, manutenção ou aluguel de equipamentos de vigilância eletrônica (alarmes, circuito fechado de TV, etc) em conjunto com serviços contínuos de vigilância armada/desarmada ou de monitoramento eletrônico;”.

TCU – Decisão 393/94 do Plenário – “firmar o entendimento, de que, em decorrência do disposto no art. 3º, §1º, inciso I; art. 8º, § 1º e artigo 15, inciso IV, todos da Lei nº 8.666/1993, é obrigatória a admissão, nas licitações para a contratação de obras, serviços e compras, e para alienações, onde o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, da adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequarem-se a essa divisibilidade”.

Súmula nº 247 do TCU – “É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade”.

Dessa forma, em atenção ao disposto na Súmula 247 do TCU, além de jurisprudência pacífica, requer a divisão do objeto do presente certame em lotes a fim de que seja assegurado o princípio da ampla competitividade além da contratação da proposta mais vantajosa à Administração.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer-se o recebimento da petição e o acolhimento da presente IMPUGNAÇÃO para que sejam sanadas as omissões presentes no edital em comento.

Requer ainda que seja suspenso o Pregão Eletrônico 032/2021 até que haja apreciação da presente impugnação e até que se alterem todos os itens indicados, sob pena de se estar violando os preceitos constitucionais da legalidade, proibição administrativa, lisura do procedimento e igualdade de condições dos licitantes.

Por fim, caso não seja acolhido o teor da presente IMPUGNAÇÃO, pelas razões aqui explicitadas, a IMPUGNANTE informa que serão tomadas as medidas cabíveis junto às autoridades competentes, dentre as quais a Câmara de Municipal de São Mateus, Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo e Ministério Público Estadual, com vistas ao saneamento dos vícios apontados e das ilegalidades que o permeiam.

Nestes termos,
Pede deferimento

Rio de Janeiro, 09 de junho de 2021

LAVINIA PROCOPIO
DA
SILVA:13873686724

Assinado de forma digital por
LAVINIA PROCOPIO DA
SILVA:13873686724
Dados: 2021.06.09 11:01:48 -03'00'

EFICAZ GESTÃO EM SAÚDE LTDA