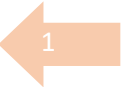




Ilmo. Sr. Presidente da Segunda Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura Municipal de Viana/ES



Edital de Licitação – Tomada de Preços nº 006/2022
Código CidadES: 2022.073E0600001.01.0002

NL CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 48.837.200/0001-20, com sede à Av. Engenheiro Mário Pinto de Castro, 361 – Recanto da Sereia – Guarapari/ES – CEP: 29.227-125, por seu Consultor / Analista do Departamento de Licitações, o Sr. **DÁKIO ANTONIO SALVALAIO AZEVEDO**, brasileiro, Administrador de Empresas, devidamente inscrito no CRA/ES sob o nº 28983, no CPF sob o nº 031.950.657-62, portador da C. I. nº 1256358/SPTC-ES, devidamente outorgado por meio de Instrumento Particular de Procuração (anexo), vem respeitosamente perante, com base no artigo 41, § 2º da Lei nº 8.666/93 e item 1.3 do edital, apresentar a presente

IMPUGNAÇÃO

ao Edital em destaque, publicado por esta distinta Prefeitura, cuja finalidade consiste na contratação de empresa de engenharia e/ou arquitetura especializada para o serviço de construção de muro de contenção, no bairro Marcílio de Noronha no município de Viana - ES, de acordo com as especificações contidas no Anexo I e condições estabelecidas no edital em referência.

NL Construtora e Incorporadora Ltda

CNPJ: 48.837.200/0001-20 – IE: 08.400.589-0

Av. Engenheiro Mário Pinto de Castro, 361 - Recanto da Sereia

Guarapari/ES – CEP: 29.227-125

Tel.: (27) 99789-6667 - e-mail: nlconstrucaoemcorporacao@gmail.com



1- TEMPESTIVIDADE

Estando a Impugnante dentro do prazo legal, para apresentar as falhas e irregularidades que viciam o edital, amparada pelo art. 41 § 2º da Lei nº 8.666/1993 e pelo Item 4.1.1.2 do Edital em referência, vem apresentar as razões de fato e de direito, para que sejam reformados os itens editalícios, abaixo indicados, que se encontram em desconformidade com a Legislação de Licitações e Contratos, especialmente, as Leis nº 8.666/1993 e nº 14.133/2021.

A impugnação de um edital pode ser feita por um licitante, aquele que irá participar do certame licitatório. A licitante deve impugnar o edital com pelo menos 2 (dois) dias úteis de antecedência da data de abertura dos envelopes de habilitação.

A tempestividade da impugnação do Edital está disciplinada no Artigo 41 da Lei 8.666/93:

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

§ 1o Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1o do art. 113.

*§ 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.** (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

§ 3o A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

§ 4o A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subseqüentes.” (grifos nossos)

E também nos itens 4.1.1.2 do Edital:

*“4.1.1.2. **Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração a licitante que não o fizer até o 2º (segundo) dia***

NL Construtora e Incorporadora Ltda

CNPJ: 48.837.200/0001-20 – IE: 08.400.589-0

Av. Engenheiro Mário Pinto de Castro, 361 - Recanto da Sereia

Guarapari/ES – CEP: 29.227-125

Tel.: (27) 99789-6667 - e-mail: nlconstrucaoemcorporacao@gmail.com

útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em competição ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.” (grifos nossos)

3

2- PRELIMINARMENTE

A empresa supracitada em análise ao Edital em referência identificou uma série de vícios e direcionamento à empresa do ramo. O Edital claramente direciona o objeto indevidamente, impedindo que empresas do ramo participem do certame, exceto àquela que apresentar Atestado de Capacidade técnica, fornecido por Pessoa Jurídica de Direito Público ou Privado, comprovando a execução de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior ao objeto desta licitação;

Torna-se, portanto, o certame inacessível nos termos que seguem, atentando contra os princípios fundamentais da licitação, em especial ao princípio da isonomia e da ampla competitividade. Ainda, como se verá adiante, o direcionamento fica evidente de forma específica para uma empresa.

Além disso, existem outros vícios ilegais que abaixo teceremos detalhadamente quais direcionamentos e impedimentos devem ser revistos sob pena de cerceamento da ampla competição e que haja vantagem pela livre competição, senão vejamos:

- O inciso do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93 ressalta ser vedado aos agentes públicos 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. O inciso II do mesmo parágrafo possui resquício dessa vedação ante a proibição de se estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras.

Qualquer cláusula que favoreça, limite, exclua, prejudique ou de qualquer modo fira a impessoalidade exigida do gestor público poderá recair sobre a questão da restrição de competição. Conforme o Tribunal de Contas, não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que a licitação se destina a garantir não só a seleção da proposta mais

vantajosa para a Administração, como também a observância do princípio constitucional da isonomia. Acórdão 1631/2007 Plenário (Sumário).

4

Relembre-se também que como ressaltado várias vezes pelos Tribunais de Contas pátrios, o dever do administrador é fazer com que o procedimento seja de forma mais ampla possível, de forma a evitar a mínima restrição e possibilitar a máxima economicidade.

3- DO DIREITO

3.1- DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR PARA COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL

É ilegal que se exija a comprovação de capacidade técnico-operacional da empresa licitante por meio de apresentação de atestados de comprovação de experiência anterior. Tal capacidade deve ser comprovada por outros documentos da empresa.

Há tempos que se discute em doutrina e jurisprudência quanto à possibilidade de se exigir em processos licitatórios a comprovação da capacidade técnico-operacional, tema esse que ganha ainda mais relevância em se tratando de licitações para obras e serviços de engenharia. Defendemos que há, sim, a possibilidade de se exigir documentação comprobatória da capacidade operacional, no entanto, não é legal a exigência de atestados de experiência anterior para tal fim.

Preliminarmente, cabe-se uma breve explanação sobre a Qualificação Técnica para fins de habilitação em licitações. Ela, a Qualificação Técnica está claramente disposta no art. 30 da Lei nº 8.666/93, que, em seu inciso II, dispõe que a referida se limitará a:

“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”

É costumeiro se dividir a qualificação técnica em duas modalidades, a saber:



- **Qualificação técnico-profissional**, que diz respeito a comprovação pela licitante de que se dispõe, para a execução da obra ou serviço, de profissionais especializados e com experiência anterior devidamente comprovada em objetos de características semelhantes ao do objeto licitado;

- **Qualificação técnico-operacional**, que se refere à capacidade da pessoa jurídica em desempenhar o objeto, demonstrando possuir aparelhagem, pessoal e demais elementos materiais para a execução da obra ou serviço.

O acórdão 1.332/2006 do Plenário do TCU diferencia bem as duas espécies:

*“A qualificação técnica abrange tanto a experiência empresarial quanto a experiência dos profissionais que irão executar o serviço. A primeira seria a **capacidade técnico-operacional**, abrangendo atributos próprios da empresa, desenvolvidos a partir do desempenho da atividade empresarial com a conjugação de diferentes fatores econômicos e de uma pluralidade de pessoas. A segunda é denominada **capacidade técnico-profissional**, referindo-se a existência de profissionais com acervo técnico compatível com a obra ou serviço de engenharia a ser licitado.”* (grifos nossos)

Ocorre que diversas Administrações Públicas exigem em suas licitações a comprovação tanto de capacidade técnico-profissional quanto técnico-operacional por meio de atestados de experiência anterior fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, nos moldes do § 1º, do art. 30, da Lei de Licitações, que é o caso do processo em referência.

E, as Administrações Públicas, fazem isso, como já citado, embasados em doutrinas e jurisprudências favoráveis. No entanto, defendemos que se trata de conduta ilícita, no que se refere aos atestados de capacidade técnico-operacional.

Para melhor compreendermos a questão, vejamos a transcrição dos dispositivos:

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

(...)



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;

(...)

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994) (Destacamos.)"

Observamos, desta feita, que o dispositivo, utilizando-se a leitura combinada entre § 1º e inc. I, é bastante claro ao prescrever que a comprovação por atestados registrados em entidades profissionais se restringe à capacitação técnico-profissional. Inclusive, o inciso II que foi vetado, se referia justamente à capacidade técnico-operacional, mas foi retirado do texto legal.

Boa parte do equívoco se decorre do entendimento de que a **interpretação literal desses dispositivos levaria à proibição da Administração exigir qualquer comprovação da capacidade técnico-operacional da licitante**. No entanto, defendemos que é ilegal, tão somente, que a comprovação se dê por meio de atestados de experiência anterior. Não queremos aqui afastar a prerrogativa do ente público exigir provas da capacidade técnico-operacional por outros meios, tal como se dispõe o § 6º do artigo em análise:



“§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.”

Assim sendo, é lícito e altamente recomendável que a Administração exija a comprovação de que a licitante possui aparelhagem e mão de obra suficientes à boa execução do objeto do contrato por meio da relação explícita desses elementos, que poderá ser provada pela apresentação de notas fiscais, recibos de aquisição de equipamentos, ou ainda, contratos de aluguel ou comodato, além dos contratos de trabalho e/ou de prestação de serviços. Ainda assim, repetimos, não é lícita a exigência de atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, para comprovação de Capacidade Técnico-operacional.

Os referidos Atestados podem ser exigidos apenas para fins de comprovação da Capacidade Técnico-profissional, nos moldes do inc. I do § 1º do Artigo em análise.

Por exemplo, no caso de obras e serviços de engenharia, se exigir-se-á dos profissionais responsáveis, atestados de responsabilidade técnica (ART), ou ainda, certidão de acervo técnico (CAT), ambos devidamente registrados no CREA competente.

Diante da falta de previsão legal e regulamentar, não é possível exigir que os licitantes comprovem sua capacidade técnico-operacional por meio de Atestados de Capacidade Técnica.

Portanto, defendemos que é ilegal a exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional por meio de atestados ou certidões de experiência anterior, devendo tal comprovação ocorrer por meio de outros documentos que demonstrem que a licitante possui os requisitos materiais necessários à execução do objeto licitado.

3.2- Do princípio da competição ou ampliação da disputa

O princípio da competição relaciona-se à competitividade, às cláusulas assecuratórias da igualdade de condições a todos os concorrentes. Viés deste princípio na área econômica é o princípio da livre concorrência (inciso IV do art. 170 da Constituição Federal).



Desta forma, como a lei reprime o abuso do poder econômico que vise à denominação dos mercados e a eliminação da concorrência, a lei e os demais atos normativos não podem limitar a competitividade na licitação.

O inciso do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93 ressalta ser vedado aos agentes públicos 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.

O inciso II do mesmo parágrafo possui resquício dessa vedação ante a proibição de se estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras.

Toda e qualquer cláusula que favoreça, limite, exclua, prejudique ou de qualquer modo fira a impessoalidade exigida do gestor público poderá recair sobre a questão da restrição de competição.

Conforme o Tribunal de Contas, não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que a licitação se destina a garantir não só a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, como também a observância do princípio constitucional da isonomia. Acórdão 1631/2007 Plenário (Sumário).

É impossível elencarmos as possibilidades que poderão ensejar lesão a referido princípio, pois dependerá do caso concreto, da relação entre as exigências e o objeto do contrato, dentre tantos outros fatores que ensejam a quebra do princípio da concorrência ou da competitividade.

Por isso que não adianta enchermos de exemplos referido tema ou mesmo de centenas de decisões dos tribunais de contas. Trata-se de situação analisada em cada caso concreto.

Dessa forma, qualquer exigência qualitativa ou quantitativa que, de algum modo, sob qualquer ângulo, restrinja a competitividade deve ser rechaçada. Inclusive, a mera omissão de informações essenciais poderá ensejar a nulidade do certame, como já deliberou o TCU (Acórdão 1556/2007 Plenário).

Em última instância, a inobservância dos princípios licitatórios restringirá, ainda que de forma reflexa, o princípio em tela. De forma objetiva, o Edital de licitação deve estabelecer o essencial, necessário ou suficiente para a habilitação e execução contratual. Caso contrário, genericamente ou de forma isolada, as cláusulas deverão ser rechaçadas por impugnações.

Não podemos olvidar que as sociedades empresárias interessadas e os demais licitantes têm em si a essência da competitividade quando ofertam no mercado a sua atividade empresarial. A consequência da busca pela melhor proposta é esta: a disputa, a competição.

Devemos realçar que, se houver demasiada intromissão estatal quanto às regras de competição, esta tornar-se-á restritiva, ou seja, poderá acarretar favorecimentos ou mesmo a quebra do referido princípio.

As regras, ante a atividade e o bem desejado pela Administração, são há muito desempenhadas, no mercado, pelas sociedades empresárias. Por isso que a ingerência estatal de forma irresponsável ou parcial poderá ensejar favorecimentos ou lesão ao princípio da competitividade. A ingerência quanto ao preço (delimitação da estimativa por baixo), por exemplo, pode tornar a licitação sem efeito ou mesmo impossibilitar a execução contratual.

O Estado jamais poderá se afastar do apotegma de que as exigências de qualificação técnica e econômica devem se restringir ao estritamente indispensável para garantia do cumprimento das obrigações (inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal).

O parágrafo único, do art. 5º, do Decreto nº 5.450/05 e o art. 7º do Decreto nº 3.555/00 fazem referência a este princípio. A Administração deve, sempre, decidir em favor da ampla concorrência, tendo em vista que perquire a proposta mais vantajosa. No âmago do administrador deve estar arraigado este princípio. Qualquer conduta que restrinja a competitividade, quando possível, é passível de impugnação pelos interessados, inclusive regra de obrigatoria fiscalização pelos órgãos de controle.

Sobre o Princípio da Competitividade temos ainda as lições de Joel de Menezes Niebuhr:

“O princípio de competitividade significa a exigência de que a Administração Pública fomente e busque agregar à licitação pública o maior número de interessados, para que, com olhos na eficiência e na isonomia, aumentando o universo das propostas que lhes são encaminhadas, ela possa legitimamente escolher aquela que seja mais vantajosa.”

NL Construtora e Incorporadora Ltda

CNPJ: 48.837.200/0001-20 – IE: 08.400.589-0

Av. Engenheiro Mário Pinto de Castro, 361 - Recanto da Sereia

Guarapari/ES – CEP: 29.227-125

Tel.: (27) 99789-6667 - e-mail: nlconstrucaoemcorporacao@gmail.com

(...)

O princípio da competitividade também impõe limites às formalidades erguidas no edital de licitação pública. Tanto que o inciso I do §1º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93 veda aos agentes públicos “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”.

É que formalidades não podem ser exacerbadas a ponto de impedir a participação daqueles que teriam, em tese, condições de contratar com a administração Pública. Em análise acurada, percebe-se que as formalidades descabidas, que não guardam justificativa ou utilidade, agridem o princípio da competitividade. É que, ao proceder desta forma, impede-se que particulares em condições de satisfazer o interesse público participem da licitação. A participação em licitação pública deve ser amplamente franqueada a todos os interessados que demonstrem condições de cumprir o objeto licitado, sem que se permita incluir nos editais cláusulas ou condições que frustrem o princípio da competitividade, essencial para todos os certames.”

A ampliação da disputa não significa estabelecer quaisquer condições para a disputa, mas, analisar, sempre que possível, a proporcionalidade das exigências para uma dada contratação. Não poderá estabelecer tão somente condições genéricas, até por que cada bem e serviço possui a sua peculiaridade. Mas a exigência demasiada, que figure desproporcional, deve ser rechaçada.

4- DO PEDIDO

Com fulcro nos argumentos expostos, fundamentados em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a Impugnante requer:

a) Estando o edital em desacordo com as Leis nº 8.666/93 e nº 14.133/2021, requer a **SUSPENSÃO** do certame, para que seja alterado o edital, retirando-se todos requisitos ilegais aqui expostos, sendo republicado escoimado dos pontos que o maculou;

NL Construtora e Incorporadora Ltda

CNPJ: 48.837.200/0001-20 – IE: 08.400.589-0

Av. Engenheiro Mário Pinto de Castro, 361 - Recanto da Sereia

Guarapari/ES – CEP: 29.227-125

Tel.: (27) 99789-6667 - e-mail: nlconstrucaoemcorporacao@gmail.com

b) Assim, ao teor exposto, a ora Impugnante requer, em razão do Princípio da Legalidade, que conheça desta impugnação, dando-lhe **PROVIMENTO** e promovendo as alterações necessárias e já descritas nesta peça;

11

c) Que seja alterado o instrumento convocatório, para restabelecer a observância aos princípios basilares que norteiam as contratações públicas, sem os quais a presente licitação torna-se passível de nulidade a qualquer tempo;

d) Seja dado provimento aos pedidos da presente **IMPUGNAÇÃO** para sejam os Atestados de Capacidade Técnica servirem única e exclusivamente para comprovação de capacitação Técnico-profissional, e não para comprovação de Capacitação Técnico-operacional, assim como sejam os itens acima enfrentados alterados ou retirados do Edital, promovendo-se a legalidade ora defendida.

N. Termos
P. Deferimento

Guarapari/ES, 22 de dezembro de 2.022.

NL CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
DÁKIO ANTONIO SALVALAIO AZEVEDO
CONSULTOR / ANALISTA
CRA-ES: 28983
CI: 1.256.358-ES
CPF: 031.950.657-62