

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO
DA ARSER – AGÊNCIA MUNICIPAL DE REGULAÇÃO DE SERVIÇOS
DELEGADOS DE MACEIÓ**

Concorrência nº 02/2019

ELÉTRICA INSTALAÇÕES E SERVIÇOS LTDA-EPP, inscrita no CNPJ sob o nº 41.176.520/0001-37, devidamente registrada na Junta Comercial do Estado de Alagoas sob o nº 272.00203790, com sede na Avenida Menino Marcelo, 7709, Loja 10, Galeria Via Expressa, Bairro da Serraria, Maceió/AL, CEP 57046-000, vem, à Ilustríssima presença de Vossa Senhoria apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

da Concorrência nº 02/2019, pelos fundamentos à seguir expostos:

1. DOS FATOS

Trata-se de licitação na modalidade de Concorrência que tem por objetivo a “Contratação de Serviços de Gestão Energética Completa das Unidades Consumidoras componentes do Sistema de Iluminação Pública (SIP) do Município de Maceió com fornecimento de mão-de-obra e materiais, assessoria, auditoria, implantação de um canal permanente de relação com os contribuintes, ampliação e telegestão”.

Esta empresa, interessada em participar do referido certame, realizou a análise do edital de convocação para verificar se encontrava-se apta para participação na licitação enquanto concorrente.



RECEBIDO EM:
19/07/2019

Vanderleia Guaris
Diretora de Licitações e Contratos
Mat. 942865-8 - ARSER/PMM

Ocorre que ao realizar a análise do instrumento de convocação, esta empresa verificou que havia no referido instrumento total incongruência entre o tipo escolhido para o certame e real objeto do mesmo, qual seja o de “melhor técnica e preço”.

O objeto da licitação é descrito no Item 1 do Edital, vejamos:

1. Gestão Energética Completa das Unidades Consumidoras componentes do Sistema de Iluminação Pública (SIP) do Município de Maceió com fornecimento de mão-de-obra e materiais, assessoria, auditoria, implantação de um canal permanente de relação com os contribuintes, ampliação e telegestão, de acordo com o Projeto Básico anexo a este EDITAL.

O item sobrescrito se referencia ao Projeto Básico, que assim dispõe:

Este Projeto Básico e seus Anexos têm por objetivo realizar a contratação (*sic*) de empresa especializada em serviços de gestão completa e execução do Sistema de Iluminação Pública (SIP) do Município de Maceió com fornecimento de mão-de-obra e materiais, assessoria, auditoria, implantação de canal permanente de relação com os contribuintes, ampliação e telegestão, ao longo da vigência contratual, a ser contratado pela SIMA.

Verificando o disposto acima, tudo levaria à crer que o objeto licitado seria dotado de alta carga intelectual, sendo, portanto, adequado ao tipo de licitação escolhida, qual seja “melhor técnica e preço”.

Passou esta licitante então à verificar os critérios adotados para a pontuação do quesito técnica, quando, para sua surpresa, verificou que os referidos não só são extremamente restritivos, como também não guardam qualquer correlação, ainda que remota, à qualquer qualidade intelectual que **deveria** ser alvo de pontuação na avaliação técnica. O edital, na verdade, limita-se à pontuar licitantes sob critérios meramente operacionais, vejamos o item 10.4.2:

A handwritten signature or mark, possibly a stylized 'X' or a set of intersecting lines, located at the bottom center of the page.

ITEM	EXIGÊNCIA	CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO	Pts
A	Execução de serviços especializados em gestão de sistemas de iluminação pública, englobando assessoria técnica, planejamento, controle de materiais, com uso de recursos gerenciais informatizados, inclusive com a implantação e operação de sistema de teleatendimento (call-center), voltado para os serviços de iluminação pública	Apresentou em um município com 70.000 pontos de IP ou mais	20
		Igual ou superior a 35.000 e inferior a 70.000 pontos de IP	10
		Inferior a 35.000 pontos ou não apresentou	0
B	Execução de serviços de operação em sistema de iluminação pública, incluindo manutenção, serviços de reforma ou melhoria, ampliação, modernização e eficiência energética do sistema de Iluminação Pública,	Apresentou instalação igual ou superior a 35.000 luminárias em um município	20
		Igual ou superior a 17.500 e inferior a 35.000 luminárias	10

	com fornecimento de materiais e mão de obra	Inferior a 17.500 luminárias	0
C	Implantação e operação de serviço telefônico gratuito e por aplicativo e internet, durante os sete dias por semana;	Apresentou em um município com 70.000 pontos de IP ou mais	20
		Igual ou superior a 35.000 e inferior a 70.000 pontos de IP	10
		Inferior a 35.000 pontos ou não apresentou	0
D	Atendimento a protocolos de serviços relativos a manutenção de IP, atendidos em período igual ou inferior a 12 (doze) meses.	Igual ou superior a 25.000 protocolos	20
		Igual ou superior a 12.500 e inferior a 25.000 protocolos	10
		Inferior a 12.500 protocolos	0
E	Execução de Serviços de levantamento, atualização, manutenção e emplaquetamento de cadastro patrimonial em base cartográfica georreferenciada:	Apresentou em um município com mais de 70.000 pontos de IP	10
		Igual ou superior a 35.000 e inferior a 70.000 pontos de IP	5
		Inferior a 35.000 pontos ou não apresentou	0
F	Fornecimento e iluminação pública decorativa, ornamental e de realce em monumentos públicos, obras de arte, prédios públicos	Igual ou superior a 500 Projetores	10
		Igual ou superior a 100 e inferior a 500 projetores	5
		Inferior a 100 projetores ou não apresentou	0
G	Fornecimento e implantação de luminárias LED para Iluminação Pública	Igual ou superior a 3.000 luminárias	20
		Igual ou superior a 1.000 e inferior a 3.000 luminárias	10
		Inferior a 1.000 luminárias ou não apresentou	0
H	Fornecimento e implantação de dispositivos de telegestão	Igual ou superior a 2.500 unidades	20
		Igual ou superior a 1.250 e inferior a 2.500 unidades	10
		Inferior a 1.250 unidades	0

I	Utilização do MND (Método não destrutivo) nas instalações subterrâneas de IP	Executou	10
		Não executou	0
I	Utilização de dispositivo DR (Diferencial Residual) nos circuitos exclusivos de iluminação Pública	Executou	10
		Não executou	0

Verifique que todos os critérios de avaliação são correlatos à atividades meramente operacionais, não sendo mensurados nenhum daqueles à que se refere o artigo 46 da Lei de Licitações, como a capacitação técnica dos licitantes e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a execução do contrato.

Realizando uma análise ainda mais profunda do Projeto Básico, verifica-se que inúmeras atribuições de serviços gerenciais e intelectuais são delegadas ao futuro licitante contratado, contudo, nenhum destes serviços possui sequer descrição clara e objetiva do que seriam.

Vê-se clara a tentativa de atribuir ao certame a aparência necessária para que lhe seja designado o tipo “melhor técnica e preço”, sendo implantados no edital e em seus anexos a suposta ordenação de gerenciamento e gestão do parque de Iluminação Pública, o que, teoricamente, justificaria a adoção deste tipo de licitação. Contudo, como já dito, um estudo aprofundado revela que **o objeto da licitação não é de gerenciamento e gestão do parque de iluminação desta urbe**, e sim tão somente sua **operação**, conclusão esta que se faz mediante a análise da Planilha Orçamentária, onde não se verifica **nenhum item correlacionado à atividades preponderantemente intelectuais** e descritas no objeto do contrato, como gerenciamento, gestão e consultoria, sendo a referida planilha inteiramente dedicada à **tão somente instalação, manutenção, operação do parque de iluminação pública**. Não sendo a operação do parque de iluminação pública desta urbe um serviço de natureza essencialmente intelectual, não faz sentido algum o tipo designado da licitação ser o de “melhor técnica e preço”, pelo que resta clara a tentativa de direcionamento do certame à empresa que atualmente realiza tal operação, situação amplamente ilegal e que merece ser obstada.

Ainda, na improvável hipótese de que o verdadeiro objeto da licitação em comento fosse de natureza predominantemente intelectual, o que justificaria o tipo da licitação como “técnica e preço”, nenhum dos critérios de avaliação se relacionam à atividades de cunho predominantemente intelectual, motivo pelo qual, caso o pleito de

mudança do tipo de licitação não fosse acatado, deveriam ser excluídos ou reformulados os critérios de avaliação dispostos no item 10.4.2 do Edital.

Explanados os fatos, passaremos a discorrer sobre o mérito da presente impugnação.

2. DO MÉRITO

2.1. DA NECESSIDADE DE CORREÇÃO DO TIPO DE LICITAÇÃO – TENTATIVA DE DIRECIONAMENTO

Como discorrido no tocante aos fatos, verifica-se do certame em comento que o mesmo, em que pese ter disposto em seu objeto termos como gerenciamento, gestão e consultoria, não se infere nem da planilha orçamentária nem do anexo do Projeto Básico denominado de “descrição de atividades” a previsão da execução pela futura contratada de nenhum destes serviços, limitando-se ambos os documentos a atribuir à futura contratada serviços comuns de operação e manutenção do parque de iluminação pública do município.

Em que pese tal ocorrência, à licitação em pauta fora atribuído o tipo “melhor técnica e preço”. Vejamos o artigo 46 da Lei de Licitações:

Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados **exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual**, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.

Dos 177 itens descritos enquanto atividades à serem executadas pela futura licitante, apenas a primeira se refere à gerenciamento e gestão, sem no entanto descrever como tais serviços iriam se operar, o que torna clara a inexistência de atividade preponderantemente intelectual e que justificaria a implementação de licitação por “melhor técnica e preço”.



A simples indicação no objeto do contrato das palavras gestão, assessoria e gerenciamento não são suficientes para que a licitação seja de técnica e preço, as atividades a serem prestadas pela futura contratada devem ser essencialmente desta natureza, e, como dito e verificado no edital e em seus anexos, o que será de fato prestado pela futura contratada será a implementação e operação do parque de iluminação pública desta urbe.

Urge salientar ainda que seria impossível, e até mesmo ilegal, a prestação de serviço de “gestão” do parque de iluminação pública, uma vez que tal atribuição é de atribuição exclusiva da municipalidade, em virtude da interpretação da Resolução 414/2010 da ANEEL, como já amplamente decidido nos Tribunais de Contas dos Estados do Brasil. Vejamos:

DENÚNCIA — CONCORRÊNCIA PÚBLICA — CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE ENGENHARIA PARA GESTÃO DO SISTEMA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO — ELABORAÇÃO DE PLANO DE DESENVOLVIMENTO DA ILUMINAÇÃO — DELEGAÇÃO À CONTRATADA — COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA ADMINISTRAÇÃO — IMPOSSIBILIDADE — DEFINIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À ILUMINAÇÃO DO MUNICÍPIO — SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME

Compete à municipalidade elaborar o Plano de Desenvolvimento da Iluminação Pública definindo as políticas públicas para gestão da rede de iluminação no Município, atribuição indelegável ao particular.

(...)

Na esteira dos argumentos exarados pela unidade técnica, a transferência do parque de iluminação pública aos municípios foi determinada pela Aneel, que aprovou a Resolução Normativa n. 414, de 2010, na qual determina a transferência para os municípios da responsabilidade pelo projeto, implantação, expansão, instalações, manutenção e consumo de energia nas ruas, nos termos do art. 21 desse normativo. **Assim, o Plano de Desenvolvimento da Iluminação Pública deveria ter sido previamente elaborado pela própria Administração. Esse Plano deve estabelecer as informações necessárias, metas e objetivos a serem alcançados,**



porquanto diz respeito ao estabelecimento das políticas públicas voltadas à iluminação pública municipal, atribuição que não pode ser outorgada ao particular.

(DENÚNCIA N. 924.230 - RELATOR: CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ – TCEMG, Segunda Câmara, 10/07/2014)

Vê-se, desde já, que mesmo constando no objeto da licitação o serviço de gestão do parque de iluminação pública, ainda que enquanto ficção, já que é apresentada na descrição das atividades à serem executadas pela futura contratada (anexo do Projeto Básico) de forma absolutamente vaga e sua previsão na Planilha orçamentária não é descritiva, não sendo dispostos os custos intrínsecos à tal atividade (matéria que será melhor abordada em tópico posterior), o mesmo sequer poderia ser objeto do certame, uma vez que tal atribuição compete à esta municipalidade, não podendo ser transferida à particulares.

Ora, não sendo possível a realização de gestão pelo futuro contratado, assim como não são previstos nas atividades à serem desenvolvidas pelo mesmo serviços de natureza eminentemente intelectual, não faz qualquer sentido que a presente licitação se apresente como sendo do tipo “melhor técnica e preço”, uma vez que a legislação é taxativa ao indicar quando tal tipo de certame deve ser utilizado.

Não havendo previsão da realização de serviços de natureza predominantemente intelectual, deve ser realizada a licitação pelo tipo de “menor preço”, sendo tal entendimento o adotado pelos Tribunais de Justiça Pátrios, veja:

MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR PARA SUSPENSÃO DE PLEITO LICITATÓRIO. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO INCISO II, DO ART. 7º DA LEI N. º 1.533/51. **PARA QUE A LICITAÇÃO SEJA DO TIPO TÉCNICA E PREÇO É NECESSÁRIA ATIVIDADE EMINENTEMENTE INTELLECTUAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS QUE, AO MENOS DIANTE DA ANÁLISE DO DIREITO RELEVANTE, SE AMOLDA A DE MENOR PREÇO.** RECURSO PROVIDO. 1. Como ensina Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética. 8ª edição. pg. 459): As licitações de melhor técnica e de técnica e preço foram reservadas para situações especialíssimas. (...) **Como regra, aplicam-se à contratação de serviços em que a**



atividade do particular seja predominantemente intelectual. São hipóteses em que há uma atuação peculiar e insubstituível do ser humano. Mas também será cabível sua adoção em outras espécies de contratações, de grande vulto e cuja execução dependa do domínio de tecnologia que não se encontre à disposição de profissionais comuns; 2. O que se extrai do procedimento licitatório, no entanto, é uma prestação de serviço de gestão de faturamento que possui insumos de informática **não predominantes em relação à atividade principal.**

(TJ-PR - AI: 1292960 PR 0129296-0, Relator: Bonejos Demchuk, Data de Julgamento: 17/12/2002, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 6306)

O Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido, assim decidiu recentemente:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUBSUNÇÃO. LICITAÇÃO. SISTEMA DE LIMPEZA DA CIDADE. COLETA DE LIXO. VARRIÇÃO DE VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS. TRANSPORTE DE RESÍDUOS SÓLIDOS. EDITAL E PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ERRO NO EDITAL. CLÁUSULAS NULAS. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. NÃO CONFIGURADO. SERVIÇO DE COLETA DE LIXO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.666/93. **TIPO DE LICITAÇÃO. TÉCNICA E PREÇO. EXCLUSIVIDADE PARA SERVIÇO PREDOMINANTE INTELLECTUAL. NÃO ABRANGE O CASO EM EXAME. SERVIÇO MANUAL.** VEDAÇÃO EXPRESSA À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA CONSORCIADA SEM FUNDAMENTAÇÃO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FRUSTRAÇÃO DA LICITUDE DO PROCESSO LICITATÓRIO. PRESCINDIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 10, VIII, E 11, AMBOS DA LEI N. 8.429/92. I - O magistrado singular reconheceu expressamente na sentença que: "o Edital 10/2003, sem observar a natureza jurídica de uma ou de outra prestação de serviços, mesclou ambos os institutos. Permitiu uma concessão de serviço, por conta e risco do Município, com prazo de 12 (doze) anos, prorrogável por mais 12 (doze) anos, em completo desrespeito ao art. 57, II, da Lei 8.666/93. Logo, o Edital não pode subsistir na forma como foi



lançado. (...) No entanto, considerando que o preço será pago pelo Município e não pelos usuários, nada há a justificar a incidência de outra Lei que não a Lei 8.666/93" (fl. 1.371). **II - O critério de técnica e preço é previsto exclusivamente para as licitações de natureza predominantemente intelectual. Ao adotar referido critério, houve afronta ao art. 46, caput, da Lei 8.666/93, pois o serviço licitado é preponderantemente manual.** III - Segundo entendimento consolidado nesta Corte de Justiça, para a caracterização de improbidade administrativa, por frustração da licitude do processo de licitação, tipificada no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92, o dano apresenta-se presumido, ou seja, trata-se de dano in re ipsa. IV - Recurso especial provido, a fim de remeter os autos à origem para a fixação das sanções previstas no art. 12, II e III, da Lei n. 8.429/92.

(STJ - REsp: 1624224 RS 2015/0138325-1, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 01/03/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/03/2018)

Especificamente sobre a operação e manutenção do parque de iluminação pública Municipal, único objeto possível da presente licitação, pois como já visto não é previsto nas atividades à serem prestadas pela contratada nenhum serviço de assessoria, gerenciamento e auditoria, e sendo o serviço de gestão impossível de ser prestado por um particular, o TCU já determinou que tais serviços devem ser atribuídos enquanto serviços comuns, e que poderiam ser licitados por pregão, na modalidade eletrônica, veja:

Acórdão TCU 1711/2017 Plenário

Enunciado: Os serviços técnicos necessários à estruturação de projeto de parceria público-privada relativo à **modernização, eficientização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura de rede de iluminação pública são, em regra, serviços comuns, licitados na modalidade de pregão.**

Ou seja, todos os serviços previstos enquanto atividades à serem desenvolvidas pela futura contratada, descritos no anexo do Projeto Básico, são **serviços comuns** e por isso devem ser licitados pelo menor preço, e não por técnica e preço.



Na verdade, a utilização de “técnica e preço” como o tipo de licitação traria à municipalidade severos prejuízos financeiros, uma vez que a empresa que atualmente presta o serviço, e aparentemente a única que conseguiria pontuação máxima nos quesitos de avaliação técnica, poderia ofertar proposta extremamente alta, já que atingiria, também, um alto índice de avaliação técnica.

Tal situação decorre do fato de que, verificando a forma de pontuação na avaliação técnica, a empresa que atingir a pontuação máxima nos quesitos lá elencados poderá apresentar propostas até **30% (trinta por cento) mais elevadas do que uma empresa que tenha cumprido todos os requisitos de habilitação e tenha alcançado um Índice Técnico de 7 pontos, por exemplo.** Ou seja, o Município contrataria uma empresa por um preço superfaturado sem qualquer tipo de necessidade real, haja vista que os serviços licitados, na verdade são comuns, como atestado pelo próprio Tribunal de Contas da União.

Diante dos fundamentos acima apresentados, esta requerente impugna o Edital publicado, para que o mesmo seja convertido para o tipo “menor preço”, haja vista **inexistir a previsão de realização de atividades de cunho predominantemente intelectual** no projeto básico e seus anexos, sendo o objeto da licitação nomeado da forma que foi tão somente como uma forma de subterfúgio ao ilegal direcionamento da licitação e ao superfaturamento do valor da futura contratação.

2.2. DA INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO TÉCNICA CORRELATOS AO CARÁTER INTELECTUAL DA LICITAÇÃO POR “MELHOR TÉCNICA E PREÇO”

Conforme exposto em tópico anterior, o objeto da concorrência de número 2/2019 não possui natureza majoritariamente intelectual, pelo que certamente o critério de julgamento “técnica e preço” será afastado pela autoridade licitante. Porém, em hipótese bastante remota, poderá ser mantido o critério de seleção baseado na ponderação entre a melhor proposta técnica e o menor valor.

Sendo assim, caso a Douta Comissão de Licitação mantenha o critério de “técnica e preço” como forma de julgar a melhor proposta para administração, alguns itens do edital devem ser suprimidos ou modificados, por estarem eles em total



descompasso como o tipo licitatório selecionado, bem como por afrontarem os princípios basilares da isonomia e da razoabilidade.

Conforme dito anteriormente, o critério da "técnica e preço" somente deverá ser utilizado naqueles serviços cujo objeto possui natureza predominantemente intelectual. Veja-se o artigo da Lei 8.666/93 que legitima esta afirmação.

Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.

Por se tratar de serviço cuja predominância encontra-se na intelectualidade, supõe-se que os critérios avaliativos deverão, por consequência lógica, estar relacionados a aspectos intelectivos e cerebrais, porém, compulsando-se o edital, verifica-se situação diversa da que deveria ocorrer.

Extrai-se do item 10.4.2 do Edital da concorrência nº 02/2019 a presença de 10 quesitos avaliativos, porém, apenas um deles premia aspectos intelectuais, ainda assim de forma incorreta, uma vez que atribui pontuação ao licitante que tenha gerido o sistema de iluminação pública, serviço este que, como já visto, é de competência exclusiva da municipalidade. Veja-se:

10.4.2

(...)

- A. Execução de serviços especializados em gestão de sistemas de iluminação pública, englobando assessoria técnica, planejamento, controle de materiais, com uso de recursos gerenciais informatizados, inclusive com a implantação e operação de sistema de tele atendimento (call-center), voltado para os serviços de iluminação pública

Ora, verificado que o único item avaliativo de caráter simbolicamente intelectual atribui pontuação referente à serviço impossível de ser prestado por



particular, percebe-se claramente que tanto este quanto os demais critérios avaliativos possuem características exclusivamente executórias, não guardando qualquer relação com a intelectualidade que o tipo licitatório exige.

Não obstante, a exigência constante na alínea D do item 10.4.2 também encontra-se em descompasso com o tipo licitatório e com as normas presentes na Lei de Licitações, 8.666/93. Veja-se:

“2.4.4 Atendimento a protocolos de serviços relativos à manutenção de IP, atendidos em período igual ou inferior a 12 (doze) meses.”

De pronto, observa-se que se trata de critério executório, sem nenhuma característica intelectual que justificasse sua presença como critério avaliativo, pelo que a mesma deveria ser removida do edital sem qualquer hesitação. Porém, não obstante a tal incompatibilidade, o item alhures contém limitação temporal, o que é expressamente vedado pela Lei 8.666/93. Veja-se:

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

§ 5o **É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo** ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

Não distinto é o entendimento do TCU, conforme segue:

“Considerando que, de fato, não é possível a exigência de limitação temporal sobre os atestados de capacidade técnica, por não encontrar amparo legal, nem na Jurisprudência desta Corte de Contas (Acórdão 2205/2014-TCU-2ª Câmara, Relatora Ministra Ana Arraes; Acórdão 2163/2014-TCU-Plenário, Relator Ministro José Múcio);”

ACÓRDÃO Nº 10487/2016 - TCU - 2ª Câmara

Sendo assim, não restam dúvidas quando a necessidade de remoção de tal exigência do edital referente à concorrência nº 2/2019, por estar ela em descompasso com a legislação vigente e com o entendimento consolidado do TCU.



Em sequência, vejamos outros itens que necessitam ser removidos do edital ou serem modificados. Veja-se:

10.4.2

(...)

“E. Execução de Serviços de levantamento, atualização, manutenção e emplaquetamento de cadastro patrimonial em base cartográfica georreferenciada”.

(...)

“H. Implementação de dispositivos de telegestão”

Novamente, verifica-se a presença de exigências meramente executórias, sem qualquer característica cerebral, o que por si só ensejaria a necessidade de sua remoção do edital, entretanto, outro problema grave acomete tais itens. Ao observar a pontuação atribuída ao item 10.4.2, H, extrai-se que será dado 20 pontos àquele que já tenha implementado quantidade superior a 2500 (dois mil e quinhentos) dispositivos de telegestão, e será atribuído o total de 0 (zero) pontos àquelas empresas que instalaram menos que 1250 pontos de telegestão.

Ora, tal critério avaliativo viola um dos princípios basilares das licitações, a razoabilidade. Qual diferença substancial terá a empresa que realizou o mesmo serviço 2000 vezes daquela que realizou o MESMO serviço 999 vezes? **Nenhuma.** Trata-se, portanto, de critério avaliativo desarrazoado, e que necessita ser de pronto removido do edital.

Ainda no que diz respeito a exigências desarrazoadas, veja-se o item 10.4.2, C, do referido edital.

“C. Implantação e operação de serviço telefônico gratuito e por aplicativo e internet, durante os sete dias por semana;

Além de tratar-se de mais um critério avaliativo sem qualquer correlação com a intelectualidade, tal exigência possui pequena relevância para a realização do objeto do contrato, vez que tal serviço poderá ser facilmente terceirizado, não tendo magnitude para ser considerado critério de seleção de melhor proposta.

Conforme impera a Carta Magna, as exigências editalícias deverão ter caráter indispensável para o efetivo cumprimento da obrigação. Veja-se:



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.**

Sendo assim, à medida que se impera é a remoção dos critérios de avaliação técnica presentes no edital, por serem atos de natureza meramente executória, sem nenhuma característica intelectual.

Tais itens foram trazidos à baila da Douta Comissão apenas a título exemplificativo, porém, observa-se facilmente analisando a tabela presente no item 10.4.2 do aludido edital, que **TODAS** as exigências trazidas dizem respeito a atos meramente executórios, sem qualquer relação com o tipo de licitação selecionado, "técnica e preço", pois, conforme dito, para que tal critério de julgamento seja selecionado, deverá o certame ter natureza majoritariamente intelectual. Sendo assim, caso a Douta Comissão entenda por manter o critério da "técnica e preço" todos os quesitos executórios deverão ser removidos do edital, permanecendo tão somente aqueles que versarem sobre aspectos intelectuais.

Nenhum dos critérios de avaliação dispostos no edital pontua os quesitos descritos no artigo 4, §1º, I, como sendo essenciais para a aferição da qualidade técnica das licitantes, limitando-se, como amplamente registrado, à atribuir pontos à realização de atividades comuns e que não guardam correlação com especialidades técnicas e intelectuais. Vejamos a citada norma:

§ 1o Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:



I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, **a qualidade técnica da proposta**, compreendendo metodologia, organização, **tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução**;

Em momento algum fora apresentada pontuação por qualificações acadêmicas ou experiências de alta especialização, e isto ocorre justamente porque a **real natureza do objeto do contrato é comum**, como já dito em tópico anterior.

Diante de todo o exposto, restou evidente que caso a Douta Comissão de Licitação resolva por manter o critério de julgamento fundado no tipo “técnica e preço”, tal decisão será fundamentada no aspecto intelectual do objeto licitado, sendo assim, por ser esta a consequência lógica, todos os critérios de avaliação deverão prever exigências de caráter intelectual, devendo ser removidos do edital todos os itens que prevejam atos exclusivamente operacionais conforme amplamente mencionado alhures. Não obstante a exclusão dos itens não intelectuais pugna-se para a remoção daqueles que se encontram em desconformidade com a legislação vigente, entendimento das Cortes de Contas e princípios basilares da Administração Pública. Sendo assim, a medida que se impera é a exclusão das exigências previstas no item 10.4.2 do edital da concorrência nº 02/2019.

2.3. DOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO RESTRITIVOS

2.3.1. DA NECESSIDADE DE EXCLUSÃO DOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO CONSTANTES NO ITEM 10.4.1 DO EDITAL - AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DE AVALIAÇÃO.



Se observados o item 10.4 do edital da concorrência pública nº 002/2019, percebe-se que o julgamento das propostas técnicas será feito de acordo com os critérios de avaliação e pontuação descritos na tabela que segue (10.4.1), acrescidos dos requisitos constantes na tabela do item 10.4.2.

Item	Fatores de compreensão conceitual objetivos	Não apresentado	Não satisfatório	Satisfatório
A	Descrição da metodologia operacional sobre a forma de gestão do sistema de iluminação Pública (em conformidade com o Item 1.1 do anexo plano de metodologia e descrição dos serviços do Projeto Básico)	0	20	40
	Descrição da metodologia operacional do software de gestão completa do sistema de iluminação Pública (em			
C	Descrição da metodologia operacional a ser utilizada para a eficiência energética da iluminação Pública do Município de Maceió considerando o uso de energia convencional e energia limpa (em conformidade com o Item 1.3 do Anexo Plano de metodologia e descrição dos serviços do Projeto Básico)	0	20	40
D	Conhecimento do problema demonstrado sobre o objeto ora licitado (em conformidade com o Item 1.4 do Anexo Plano de metodologia e descrição dos serviços do Projeto Básico)	0	20	40

Verifica-se que será atribuída uma pontuação para cada item avaliado, variando de 0 a 40 pontos, divididos nas escalas de “Não apresentado”, que corresponderá a 0 pontos, “Não satisfatório”, que dará ao licitante 20 pontos e “Satisfatório”, que implicará na conferência de pontuação máxima, qual seja a de 40 pontos.

Todavia, percebe-se que não há uma definição objetiva sobre o que viria a ser um desempenho “não satisfatório” ou “satisfatório”, afetando diretamente a lisura do procedimento, uma vez que os licitantes não possuem prévio conhecimento das condições necessárias pra alcançar as notas em cada quesito.

Se analisado o edital, verifica-se uma superficial descrição do que viria a ser um plano de metodologia de execução de serviços “satisfatório” ou “não satisfatório, senão vejamos:

b) **Não satisfatório:** assim considerado o Plano de Metodologia de Execução dos Serviços cuja abordagem **não seja adequada e não se aplique as unidades consumidoras incluindo o sistema de Iluminação Pública existente no Município**, ou tecnicamente incompatível, possuindo algumas divergências, às prescrições contidas no Projeto Básico e seus Anexos, desprovido de exame detalhado e sem fundamentação metodológica, sendo insuficiente para garantir a eficaz exequibilidade dos serviços objeto do Projeto Básico e seus Anexos.

c) **Satisfatório:** assim considerado o Plano de Metodologia de Execução dos Serviços cuja abordagem encontra-se feita de maneira aplicável e adequada à realidade do Município de Maceió e tecnicamente compatível às prescrições contidas neste Projeto Básico e seus Anexos, apresentando exame detalhado e com fundamentação metodológica capaz de garantir eficaz exequibilidade dos serviços objeto deste Projeto Básico e seus Anexos.

Observa-se um elevado grau de subjetividade nos conceitos trazidos pelo edital para definir o que viria a ser um plano satisfatório ou não. Limitou-se a Administração Pública a definir como satisfatório o plano aplicável e adequado a realidade do Município e como não satisfatório aquele inaplicável e inadequado. Ora, o que seria um plano adequado a realidade do Município? O que configura a compatibilidade técnica? Quais seriam os exames necessários para que o plano do licitante fosse enquadrado como satisfatório ou não?

Percebe-se que todos estes questionamentos são inconclusivos a partir do que consta no edital, conferindo a licitação um alto grau de subjetividade, ferindo o princípio licitatório do julgamento objetivo, vez que será conferido aos julgadores um elevado poder discricionário, haja vista a inexistência de critérios objetivos de avaliação, o que é expressamente vedado pelos artigos 44 e 45 da Lei 8.666/93, facilitando um eventual direcionamento do certame e afastando eventuais propostas



mais vantajosas para a Administração. Vejamos um Acórdão do TCU que muito se assemelha ao ponto aqui suscitado.

TCU - Acórdão 1785/2013- Plenário. Relator: Marcos Bemquerer.

Enunciado: No caso de licitação do tipo técnica e preço, o edital deve definir critérios para gradação das notas, pelo escalonamento da pontuação técnica, de forma a permitir o julgamento objetivo das propostas.

Relatório: **A não apresentação de critérios para a gradação das notas de cada quesito técnico confere um elevado grau de subjetividade à avaliação dos julgadores, ferindo um dos princípios basilares da licitação que é o do julgamento objetivo. Dessa forma, favorece a ocorrência de direcionamentos e pode acarretar na não seleção da proposta mais vantajosa para a Administração,** materializadas em desclassificações indevidas e atribuições de notas sem fundamento, com a finalidade de diminuir a pontuação final de determinada licitante.

Além disso, impede que as licitantes verifiquem a lisura do procedimento, posto que não têm conhecimento prévio das condições necessárias para se alcançar uma determinada nota nos quesitos da proposta técnica.

Acórdão: No caso de licitação do tipo técnica e preço, defina, em edital, os critérios para gradação das notas, pelo escalonamento da pontuação técnica, de forma a permitir o julgamento objetivo das propostas, conforme previsto no art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos, e em atenção ao princípio da isonomia, inserido no art. 5º, caput, da Constituição Federal;

Diante do exposto, entende-se que a lisura do certame encontra-se ameaçada pela inexistência de critérios objetivos para a atribuição de pontuação aos quesitos avaliativos, sendo as disposições editalícias extremamente subjetivas e inconclusivas. Desta forma, em conformidade com o entendimento do TCU e primando pelo princípio Constitucional da Isonomia, objetivando a existência de uma concorrência justa e que a Administração Pública possa de fato escolher a proposta mais vantajosa para esta, pugna-se para que sejam excluídos os critérios subjetivos



de avaliação constantes no item 10.4.1, a fim de que a lisura do certame não seja afetada.

2.3.2. DOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO CONSTANTES NO ITEM 10.4.2

Ainda que mesmo após todas as denúncias das ilegalidades alhures expostas Vossa Senhoria decida por manter a licitação enquanto “técnica e preço”, bem como todos os critérios de avaliação operacional, e não intelectual, o edital iria incorrer em mais uma ilegalidade, qual seja a de restrição da competitividade.

O Projeto Básico da licitação prevê que o parque de iluminação pública possui pouco mais de 70.000 (setenta mil) pontos de iluminação. Verificando o edital, em seu item 10.4.2, A, vemos que é exigido, para se obter nota máxima naquele quesito, que o licitante tenha atuado num parque de iluminação pública com pelo menos 70.000 pontos de iluminação. Idêntica situação se repete nos itens C e E.

Ora, diante de tais afirmações, pode-se dizer sem receio algum que APENAS a empresa que já atua na execução dos serviços licitados terá possibilidade de vitória no certame nos moldes que o mesmo está sendo posto. Tal situação é fato inconteste.

Contudo, tentativas similares de direcionamento já foram objeto de estudo pelo Tribunais de Contas da União, que através de enunciados e acórdãos definiram a ilegalidade de situações como as presentes no Edital impugnado.

O TCU manifestou-se no sentido de considerar **ilegal** a exigência, a fim de comprovação e avaliação de capacidade técnica, de quantitativos superiores a 50% do objeto licitado, uma vez que tal situação frustra o caráter competitivo da licitação, vejamos:

É **ilícita** a exigência de número mínimo de atestados de capacidade técnica, assim como **a fixação de quantitativo mínimo nesses atestados superior a 50%** dos quantitativos dos bens ou serviços pretendidos, a não ser que a especificidade do objeto recomendado estabeleça o estabelecimento de tais requisitos.



Não há no edital ou em seu projeto base **nenhuma** justificativa técnica que comprove a necessidade de pontuação de quesitos **meramente operacionais** da forma como se é feita no edital impugnado, qual seja em quantitativos superiores à 50% do que de fato será prestado na vigência contratual, situação que viola princípios inerentes às licitações, qual seja o da competitividade, assim como julgados claros como o acima colocado.

Igual problemática se estende às demais exigências quantitativas realizadas nas alíneas do item 10.4.2 do edital, as quais, inclusive, sequer possuem embasamento fundado na totalidade do objeto licitado, uma vez que tais dados não foram disponibilizados no edital ou em seus anexos, como é o caso dos projetores de iluminação decorativa, implantação de luminárias LED e outros.

Assim, requer-se que, caso Vossa Senhoria não vislumbre que a licitação não deve ser pautada em “técnica e preço”, assim como que os critérios de avaliação são ilegais, uma vez que não trazem nenhuma correlação ao tipo de licitação escolhida por não tratarem de critérios de natureza intelectual, que Vossa Senhoria reformule os quantitativos utilizados para pontuar tais critérios, uma vez que a forma presente no edital é ilegal e só poderia ser alcançada em sua integralidade pela empresa que hoje presta os serviços de iluminação pública desta urbe, situação que mais uma vez torna escancarada a tentativa torpe de direcionamento da licitação.

2.3.3. DA NECESSIDADE DE EXCLUSÃO DA ALÍNEA G DO ITEM 10.4.2 DO INSTRUMENTO EDITALÍCIO

Como discorrido no tocante aos fatos, a presença das exigências técnicas contidas no item 10.4.2 do Edital são excessivas e restringem a aplicabilidade do princípio da competitividade ao certame, pelo que não podem permanecer no instrumento convocatório, sob o risco de que o mesmo ser declarado nulo, já que as referidas exigências são manifestamente restritivas e, portanto, ilegais.

Uma exigência, tanto relativa à capacidade técnica quanto de pontuação, chamou a atenção desta licitante em virtude da total ausência de razão de existir, quais sejam as dispostas no item 10.4.2, G, e 9.15.1.1, H. Vejamos:



9.15.1.1 Comprovação de que a licitante possui na data prevista para apresentação da proposta, pelo menos 1 (um) engenheiro eletricista, devidamente registrado no CREA, para atuar como responsável técnico, detentor de Atestado(s) de Responsabilidade Técnica, fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente acompanhado(s) da(s) respectiva(s) Certidão (ões) de Acervo Técnico – CAT, emitidas e registradas pelo CREA, comprovando a execução de serviços de características similares e de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior aos considerados relevantes ao atendimento do objeto desta licitação, quais sejam:

h) Fornecimento e Implantação de luminárias com tecnologia LED para iluminação pública;

10.4.2 A comprovação da experiência técnica da empresa se dará através da apresentação de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado emitido em nome da licitante, que comprove a execução dos serviços relacionados no objeto, que serão avaliados e pontuados conforme os critérios a seguir, levando-se em consideração os itens que a Diretoria Técnica consideram os itens de maior relevância a execução contratual e que são fundamentais para um bom resultado do serviço a ser contratado:

G. Fornecimento e implantação de luminárias LED para Iluminação Pública

Ocorre que no mesmo edital verifica-se que o parque de iluminação pública do Município é majoritariamente composto de luminárias de vapor de sódio, conforme se denota do Anexo II do Edital.

Ora, o LED é extremamente específico e a capacitação técnica necessária para seu emprego é detida não só por empresas que já atuam com o referido material, mas também pelas que utilizam luminária de vapor de sódio ou metálico na execução de contratos pretéritos, haja vista a alta similaridade técnica existente entre ambos serviços, sendo, inclusive, mais simples a montagem da luminária LED em comparação com suas correlativas já mencionadas.



A exigência técnica supra é excessiva e, portanto, deve ser modificada para que abranja maior número de licitantes, tão capacitados para a execução do objeto quanto àqueles que hoje atendem às exigências técnicas contidas no edital, vez que abre a possibilidade para que empresas que já prestaram serviços similares também participem do presente certame, promovendo maior competitividade à licitação e conseqüentemente maior economicidade, vez que são princípios correlatos.

O artigo 30, §3º, da Lei 8.666/93 prevê que:

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

(...)

§ 3o Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior;

Vê-se que as exigências destacadas, contidas no item 4.2.3.2.1, do instrumento convocatório ferem diretamente o artigo 30, §3º, da Lei 8.666/93, vez que a execução do serviço descrito como objeto do edital pode ser facilmente realizada por empresas que já tenham atuado na implantação de luminárias similares que empregassem lâmpadas de vapor de sódio ou metálico, em razão da similaridade técnica e tecnológica entre o emprego e execução dos referidos serviços.

Neste sentido, de se garantir a ampliação do espectro competitivo do certame com a retirada de barreiras técnicas desarrazoadas contidas no edital, a jurisprudência assegura o direito pretendido pela impugnante, veja:

Processo

REO 6969 PR 98.04.06969-5

Orgão Julgador

QUARTA TURMA

Publicação

DJ 19/04/2000 PÁGINA: 101

Relator

HERMES SIEDLER DA CONCEIÇÃO JÚNIOR



Ementa

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LICITAÇÃO. ATESTADO DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA. COMPLEXIDADE SUPERIOR AO OBJETO LICITADO. POSSIBILIDADE.

É competente a Justiça Federal para julgar mandado de segurança em que a autoridade coatora é serviço social autônomo, de natureza privada, mas que recebe recursos oriundos de contribuição arrecadada pela Previdência Social. **Não se pode inabilitar licitante que apresenta atestado de capacidade técnica com experiência de superior complexidade ao objeto licitado, sem desabono algum à qualidade dos serviços prestados, na esteira do contido no artigo 30, § 3º, da Lei nº 8.666/93.** Remessa oficial improvida.

O próprio TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, Manual Básico - Licitações e Contratos, 2016, dispõe que:

Sob o fundamento da igualdade de condições a todos os concorrentes, nos termos disposto no inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, as exigências acerca da qualificação técnico-operacional e profissional das licitantes têm sido analisadas sob a mira das Súmulas 237 , 248 e 309 deste Tribunal, portanto, imposições específicas, como a comprovação de experiência anterior em georreferenciamento de parque de iluminação pública ou **experiência comprovada em lâmpadas do tipo “LED”, ou seja, exigências de demonstração de aptidão técnica em atividade específica (no caso, iluminação pública), estão fora do fator de discrimen do Administrador e constituem afronta às súmulas mencionadas e restrição indevida à ampla participação de interessados.**

Da mesma forma, é o entendimento cristalizado dos Egrégios Tribunais de nosso país, veja:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SENTENÇA QUE CONSIDEROU INEPTA A PETIÇÃO INICIAL – REFORMA – A PETIÇÃO INICIAL DESCREVEU, CLARAMENTE, A ILICITUDE PRATICADA PELOS RÉUS, CONSISTENTE NA RESTRIÇÃO DA COMPETIÇÃO EM LICITAÇÃO DE OBRA PÚBLICA, **TENDO EM VISTA AS EXIGÊNCIAS DESARRAZADAS**



NO EDITAL, QUE RESULTARAM NA INABILITAÇÃO DE OUTRAS INTERESSADAS, COM EXCEÇÃO DA CONTRATADA. ADEMAIS, VERIFICA-SE QUE A AÇÃO FOI AJUIZADA TAMBÉM COM BASE NA ANÁLISE DO TCE, BEM COMO NAS CONCLUSÕES DO INQUÉRITO CIVIL. SENTENÇA REFORMADA COM DETERMINAÇÃO PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. RECURSO PROVIDO.

(TJ-SP - APL: 00009195720158260165 SP 0000919-57.2015.8.26.0165, Relator: Amorim Cantuária, Data de Julgamento: 10/11/2015, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 12/11/2015)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 02/2005. ITEM 4.5.4. **EXIGÊNCIA DE REQUISITO DE HABILITAÇÃO (CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL) MANIFESTAMENTE DESARRAZOADO.** VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA COMPETITIVIDADE E DA ISONOMIA. ARTIGO 30, § 1º, INCISO I e § 5º DA LEI 8.666/93. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. Revela-se atentatório aos postulados da razoabilidade, isonomia e competitividade inerentes aos certames licitatórios, a exigência de habilitação consistente em **"atestado de capacidade técnica expedido por pessoas jurídicas de direito público ou privado devidamente registrado no CRA/GO-TO, de notório conceito, para as quais o licitante esteja executando ou tenha executado serviços de limpeza e desinfecção hospitalar, em uma área de 30 mil metros quadrados com o mínimo de 110 (cento e dez) funcionários efetivos, compatíveis em qualidades e prazos com o objeto desta licitação"**. 2. Tal exigência é **manifestamente incompatível com o objeto da licitação - contratação de empresa especializada de prestação de serviços de Limpeza, Conservação e Desinfecção Hospitalar nas dependências internas e externas do prédio do Hospital das Clínicas da universidade Federal de Goiás**. Além do mais, tal exigência afronta o artigo 30, § 1º, I da Lei 8.666/93 quando veda as exigências de quantidades mínimas a título de capacitação técnico-operacional. À sua vez, o § 5º do art. 30 da Lei 8.666/93 prescreve que "É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações



de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação." 3. Remessa oficial a que se nega provimento.

(TRF-1 - REOMS: 16343 GO 2005.35.00.016343-3, Relator: JUIZ FEDERAL MÁRCIO BARBOSA MAIA, Data de Julgamento: 30/08/2011, 4ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: e-DJF1 p.583 de 21/09/2011)

Desta feita, vem a impugnante requerer que Vossa Senhoria retifique o instrumento convocatório, excluindo ou moldando para que a exigência técnica seja devidamente flexibilizada às empresas que atuem na área de iluminação pública com lâmpadas de vapor de sódio ou metálico, em observância ao artigo 30, §3º, da Lei de Licitações, em respeito ao entendimento uno da jurisprudência.

2.3.4. PROVA DE CONCEITO - RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE - EXIGÊNCIAS DESARRASOADAS - INCONGRUÊNCIA COM O OBJETO DO CONTRATO.

Conforme se extrai do item 9.15.4.2 do edital da Concorrência Pública nº 002/2019, após a divulgação do resultado da licitação, o vencedor, antes de realizada a homologação e adjudicação, terá o prazo de 5 (cinco) dias úteis pra realizar uma Prova de Conceito, que poderá acarretar na sua desclassificação. Vejamos tal item *in verbis*:

9.15.4.2 Declaração formal, em papel timbrado da licitante, que efetuará em até 05 (cinco) dias úteis, após o resultado da licitação, caso sagre-se vencedora, e antes da sua homologação e adjudicação, a PROVA DE CONCEITO, nos termos do item 5 constante no Anexo A do Projeto Básico;

Extrai-se a partir deste fragmento a informação de que todas as especificidades da denominada Prova de Conceito constam no Anexo A do Projeto Básico, sendo assim, vejamos quais são estas:



5. PROVA DE CONCEITO

- 5.1. Declarado melhor classificado nesta Concorrência, a licitante deverá, no prazo máximo de até 05 (cinco) dias úteis, realizar prova de conceito, nos seguintes termos:
- 5.2. Deverá o licitante classificado em primeiro lugar, realizar a apresentação técnica do sistema/software e de telegestão na prestação do serviço, com no mínimo 25% da quantidade de UIP total presente no SIP de Maceió e um veículo devidamente monitorado, a Diretoria Técnica da SIMA, de modo a comprovar a sua funcionalidade e atendimento aos requisitos necessários ao funcionamento do sistema e à execução dos serviços a serem prestados, nos termos estabelecidos do projeto básico em especial o ITEM 4.1.5, incluindo seus subitens, como também o ITEM 20.1 e o ITEM 28.4.1 ambos do Anexo D, "Especificação Técnica de Materiais e Equipamentos", considerando de forma discricionárias interesses da administração.
- 5.3. A avaliação da prova de conceito será feita conforme previsto no ANEXO G a este Projeto Básico.
- 5.4. Na data estabelecida para realização da prova de conceito, conforme item 5.1, acima, o licitante classificado em primeiro lugar deverá atender a todos os itens expostos no ANEXO G – Prova de Conceito, sob pena de desclassificação.
- 5.5. Do resultado da análise caberá recurso, no prazo de 05 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da Ata.
- 5.6. Se a análise concluir pela desclassificação da licitante classificada em primeiro lugar na prova de conceito, a licitante reprovada poderá renunciar ao direito de recorrer, o que deverá constar na respectiva Ata.
- 5.7. Sendo o recurso mencionado no item 5.5 indeferido, ou havendo renúncia ao direito de recorrer por parte da licitante, a COMISSÃO comunicará, com

Sobre estes requisitos, algumas considerações são necessárias: Inicialmente, observa-se com a leitura do item 5.4 que o não preenchimento de **TODOS** os itens avaliativos da prova de conceito implicará na desclassificação do licitante. Mister destacar que tal prova somente será feita com o primeiro colocado do certame, ou seja, todas as exigências contidas no Anexo A têm o condão de eliminar a melhor proposta para a Administração Pública.

Conforme se sabe, o objeto principal do certame reside na prestação de Serviços de Engenharia Elétrica, e não de Gestão do Sistema de Iluminação Pública, pois, conforme já fora exposto, esta atividade é exclusiva da municipalidade, não podendo ser transferida para terceiros. Dito isto, entende-se ser desarrazoada e ilegal a opção da Administração Pública em elencar como critério de desclassificação do melhor licitante, uma prova de conceito relacionada a software e telegestão. Ou seja, mesmo que o licitante apresente a melhor qualificação técnica e o melhor preço, este poderá ser desclassificado apenas por não ter atendido a critérios subjetivos relativos a um serviço que não figura sequer como objeto principal do contrato.



Notório é o fato de que a grande maioria das empresas de Engenharia Elétrica não possuem serviços de telegestão e de desenvolvimento de software, haja vista que comumente não são áreas que guardam correlação. Logo, todos estes serviços serão terceirizados pelo licitante vencedor, sendo extremamente restritiva a exigência de que se apresente em um prazo ínfimo de 5 dias um serviço acessório ao objeto do contrato e sem que isso acarrete na certeza de que serão posteriormente contratadas pela Administração Pública, uma vez que a subjetividade dos critérios avaliativos dão margem para incertezas.

Se analisado o item 5.2, perceber-se-á que a apresentação técnica do software e do sistema de telegestão deverá ser feita em um Parque de Iluminação com 17.500 pontos, o que corresponde a 25% do SIP de Maceió. Pergunta-se, quais empresas possuem a sua disposição 17.500 pontos de iluminação para a realização de testes? A resposta é de que somente uma empresa que esteja, no momento da prova conceito, executando um Contrato de Gerenciamento de Parque de Iluminação, poderá ser aprovada na retromencionada prova.

A partir destes pontos, verificamos uma restrição exacerbada ao caráter competitivo do certame, uma vez que são feitas exigências desarrazoadas e que podem implicar diretamente na desclassificação das propostas mais vantajosas para Administração Pública, ou até favorecer um direcionamento do certame. Vejamos o que a Lei de Licitações Aduz sobre o caráter competitivo.

Artigo 3º [...]

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, **restringam 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;

A partir dos requisitos que foram demonstrados alhures e somados aos critérios de avaliação constantes no Anexo G, percebe-se que há uma nítida restrição



ao caráter competitivo do certame licitatório, além de que uma prova conceito com tais exigências tem o condão de causar ônus excessivo a Administração Pública, vez que propostas amplamente mais vantajosas poderão ser desclassificadas em função de exigências impertinentes ao objeto principal do contrato.

Vejamos um precedente o TCU que se amolda ao presente caso:

REPRESENTAÇÃO. Sesi-DN. PREGÃO ELETRÔNICO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES. PEDIDO DE CAUTELAR SUSPENSIVA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA REFERIDA CAUTELAR. CONHECIMENTO. REFERENDO À SUSPENSÃO JÁ DEFERIDA PELO MINISTRO-RELATOR. INDEFERIMENTO DO PEDIDO PARA INGRESSO NOS AUTOS.

Como visto, a fumaça do bom direito sobressaiu, em linhas gerais, a partir dos seguintes indícios de **irregularidade**: [...]

(ii) **falta de objetividade na prova de conceito, em face da exagerada exigência de alguns itens em relação ao objeto do edital** [...]

(viii) **restrição à competitividade em função do excesso de requisitos obrigatórios na prova de conceito** [...]

(TCU - RP: 00663620187, Relator: ANDRÉ DE CARVALHO, Data de Julgamento: 04/04/2018, Plenário)

Ante o exposto, entende-se que a prova de conceito, nos moldes como foi elaborada, restringe a competitividade do certame, facilita um possível direcionamento e tem o condão de gerar dano ao erário. Assim, em virtude das irregularidades quanto a este ponto, requer que seja excluída do edital da concorrência 002/2019 a prova de conceito constante no item 9.15.4.2 do edital e seus respectivos anexos.

2.4. DA NECESSÁRIA CORREÇÃO DA COMPOSIÇÃO DE PREÇOS

Conforme se denota do anexo II do Edital, a planilha orçamentária não esmiúça os materiais e serviços empregados em cada uma das atividades à serem executadas pela licitante vencedora do certame, assim como inexistente referência ao código equivalente previsto no SINAPI, ORSE ou similares que estabeleçam a base de custo de tais objetos licitados.



Tal necessidade decorre da simplória leitura do artigo 7º, §2º, II, da Lei de Licitações, veja:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

(...)

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

In casu, não se verifica das planilhas constante no edital a descrição detalhada de todos os custos unitários envolvidos no certame. À título de exemplo temos a instalação de uma luminária, instalação esta que impende de inúmeros custos operacionais relativos à mesma, como fios, lâmpadas, mão-de-obra, mas que não são descritos na planilha em questão.

A necessidade da descrição detalhada de tal composição não se faz só em virtude de lei como em decorrência do entendimento jurisprudencial do TCU e de Tribunais de Justiça de nosso país, veja:

LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. FISCOBRAS/REFORME 2005. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA NOS EDIFÍCIOS ANEXOS I E II DO MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. AUDIÊNCIA. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA ACOLHIDAS. IMPROPRIEDADES DE NATUREZA FORMAL. DETERMINAÇÕES. ARQUIVAMENTO. 1. As alterações contratuais efetuadas dentro dos limites do art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 devem ser objeto de termo aditivo, em respeito ao que estabelecem o art. 60, parágrafo único, e 61, parágrafo único, do mesmo diploma legal. 2. É dever da Administração fixar em edital o critério de aceitabilidade de preços unitários em licitações de obras e serviços de engenharia, em respeito ao art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993. 3. **A planilha orçamentária integrante do projeto básico deve expressar a composição dos custos unitários dos itens de serviço com detalhamento suficiente à sua precisa identificação, consoante o art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, sendo vedada a cotação de itens com a denominação de verba**. 4. Cabe à Administração zelar pelo cumprimento dos



contratos celebrados por meio de licitação, promovendo as devidas ações de fiscalização com essa finalidade.

(TCU 01032020054, Relator: AUGUSTO NARDES, Data de Julgamento: 06/06/2007)

PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTAS REGULARES COM RESSALVAS. DETERMINAÇÕES. **1. É obrigatório constar nos processos licitatórios orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, nos termos do art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/93.** 2. É considerada abusiva a cláusula contratual que impeça o consumidor de acionar, em caso de erro médico, diretamente a operadora ou cooperativa que organiza ou administra o plano privado de assistência à saúde.

(TCU 01625420062, Relator: RAIMUNDO CARREIRO, Data de Julgamento: 19/02/2008)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE ENGENHARIA SANITÁRIA DE LIMPEZA PÚBLICA. EDITAL. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO COM A COMPOSIÇÃO DOS CUSTOS UNITÁRIOS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. EFEITOS. **Na licitação de serviços para a prestação de serviços, o edital deve conter ou se fazer acompanhar de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição dos custos unitários (arts. 7º, § 2º, II e 40, § 2º II, da Lei nº 8.666/93), sob pena de nulidade do procedimento.** Por expressa dicção legal (art. 49, § 2º, da Lei 8.666/93), o vício na licitação acarreta a invalidade de todos os atos posteriores, inclusive do contrato, caso tenha sido pactuado.

(TJ-SC - MS: 246775 SC 2001.024677-5, Relator: Newton Janke, Data de Julgamento: 29/03/2005, Terceira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível em Mandado de Segurança n. , de São Miguel do Oeste.)

Sendo assim, verifica-se a necessidade de reformulação do Anexo II do Edital, com o fito de se fazer respeitar texto de lei corroborado pelos Tribunais de Contas e de Justiça pátrios, devendo ser esmiuçados os custos que envolvem os objetos prestados no contrato à ser futuramente homologado entre a licitante vencedora e esta municipalidade.



3. DOS PEDIDOS

Diante dos fatos e fundamentos acima narrados, esta impugnante clama para que:

1. Seja a licitação convertida ao tipo “menor preço” haja vista que não se verifica em nenhum dos serviços descritos enquanto atividades à serem executadas pela futura contratada, assim como na planilha orçamentária, qualquer um daqueles elencados no art. 46 da Lei 8.666/93 como passíveis de licitação por melhor técnica e preço;
2. Caso a Douta Comissão de Licitação entenda pela manutenção do critério de avaliação “técnica e preço”, por entender que o objeto a ser licitado tem natureza majoritariamente intelectual, que sejam removidas todas as exigências presentes no item 10.4.2 do edital (exigência 2.4.1 até 2.4.10), por serem elas claramente de natureza executória, divergindo do tipo selecionado pelo licitante e por estarem em descompasso com a legislação vigente e com o entendimento do TCU;
3. Caso a Douta Comissão de Licitação entenda pela manutenção do critério de avaliação “técnica e preço”, que sejam excluídos os critérios de avaliação previstos no item 10.4.1 do edital, haja vista sua pungente subjetividade;
4. Que sejam reformulados os quantitativos utilizados para pontuar os critérios avaliativos constantes no item 10.4.2, uma vez que a forma presente no edital é ilegal e só poderia ser alcançada em sua integralidade pela empresa que hoje presta os serviços de iluminação pública desta urbe;
5. Que seja retificado o instrumento convocatório, excluindo ou moldando para que a exigência técnica prevista no item 10.4.2, G, seja devidamente flexibilizada às empresas que atuem na



área de iluminação pública com lâmpadas de vapor de sódio ou metálico.

6. Que seja retirada do edital a exigibilidade da prova de conceito, haja vista tal fase excludente ser relativa à um serviço subsidiário ao objeto do certame, bem como pelo fato de que a subjetividade atribuída ao mesmo abre margem no presente caso para o direcionamento da vitória da licitação, situação alarmante e que vem sendo percebida por todo o corpo do instrumento editalício;

7. Que seja devidamente esmiuçada a composição de preços do edital, com a finalidade de se obedecer o disposto no artigo 7º da Lei de Licitações.

Maceió/AL, 17 de julho de 2019.


ELÉTRICA INSTALAÇÕES E SERVIÇOS LTDA-EPP
CNPJ nº 41.176.520/0001-37