

À
AGENCIA MUNICIPAL DE REGULAÇÃO DE SERVIÇOS DELEGADOS DE
MACEIO
Gerencia de Licitações
Pregoeiro
Jorge Luiz Sandes Bandeira
Nesta

Referência: **Impugnação Administrativa, PREGÃO ELETRÔNICO Nº 78/2018-CPL/ARSER.**

A **PB SERVIÇOS LTDA**, inscrita no CNPJ n.º **05.607.850/0001-76**, com sede à Rua Quintino Bocaiuva, n.º 129 – Ponta da Terra, Maceió/AL, neste ato representada pelo seu sócio procurador, **Sr. Joselito Vieira de Melo Junior**, portador do RG nº 1.233.159 SSP/AL e CPF nº 903.485.594-53, abaixo assinado, vem respeitosamente, com fulcro no item **5. DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO E DA IMPUGNAÇÃO DO EDITAL, impugnar os termos do edital**, PREGÃO ELETRÔNICO Nº 78/2018-CPL/ARSER cujo objeto é a contratação de empresa prestadora de serviços de transporte de alunos da rede pública municipal, pelos argumentos adiante expostos, com base na Lei Federal nº. 10.520/2002, Lei Complementar nº 123/2006, Decretos Federais nos 5.504/2005, 5.450/2005 e 8.538/2015, Decretos Municipais nºs. 6.417/2004, 6.476/2004, 8.415/2017, 8.557/2018 e, subsidiariamente, pela Lei Federal nº. 8.666/1993 e suas atualizações.

I – DA TEMPESTIVIDADE

Prevê o instrumento convocatório, no item 5.3, que até 02 (dois) dias antes da sessão de abertura do certame qualquer pessoa pode impugnar aos termos do edital, entendemos como tempestiva em virtude da data de abertura do certame está marcada para o dia 20 de dezembro de 2018.

“5.3. Até o fim do expediente do **SEGUNDO DIA ÚTIL ANTERIOR à data da sessão pública inicial do certame (dia 18/12/2018, às 14 horas)**, qualquer pessoa, física ou jurídica, **poderá IMPUGNAR o ato convocatório deste Pregão**, mediante petição a ser registrada no COMPRASNET e/ou enviada para o endereço eletrônico **gerencia.licitacoes@arser.maceio.al.gov.br..**” (grifo nosso)

Ademais, ainda prevê a legislação vigente, ou seja, os artigos 18 e 19 do Decreto Federal n.º 5.450/2005 a impugnação aos termos do edital deve ocorrer até 02 (dois) dias úteis antes da data marcada para a sessão pública, conforme.

Art. 18. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.

§ 1º Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas.

§ 2º **Acolhida a impugnação contra o ato convocatório, será definida e publicada nova data para realização do certame.**

Art. 19. **Os pedidos de esclarecimentos** referentes ao processo licitatório deverão ser enviados ao pregoeiro, **até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública**, exclusivamente por meio eletrônico via internet, no endereço indicado no edital. **(grifo nosso)**

Observe-se que decisão sobre o acolhimento ou não, bem como o julgamento da presente impugnação, tem respaldo legal, assim, caso não haja a devida resposta e encaminhamento da mesma a ora Impugnante, a Administração está incorrendo em ato ilegal e de improbidade administrativa, passível o certame licitatório de ser declarado nulo.

Portanto, o acesso a resposta de interesse particular é garantia constitucional, conforme prevê o artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (grifos nossos)

II – DAS RAZÕES

Trata o presente certame de futura contratação de empresa especializada em prestação de serviços de transporte escolar dos alunos da rede municipal de ensino do Município de Maceió.

Analisando os termos editalícios, verificamos que as exigências impostas estão eivadas de vícios e ilegalidades, uma vez que não atende as normas legais vigentes, bem como jurisprudência e doutrina que regem a matéria, tornando o certame restritivo e impeditivo.

Vejamos.

II.1. DA DIVISÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO

É de conhecimento notório que as licitações públicas destinam-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, conforme consagrado pela legislação, doutrina e jurisprudência nacional.

É explicitamente expresso na Lei Federal n.º 8.666/93, em especial no seu artigo 3º, a forma e o processamento dos certames licitatórios no âmbito da Administração Pública.

“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.” (grifo nosso)

Dentro dessa premissa, os editais de licitação devem primar pela seleção da proposta mais vantajosa, entendida aquela que apresenta a MELHOR oferta. Melhor no sentido de conjugar menor preço + qualificação.

Porém, a Administração, ainda, deve aplicar, conjuntamente, o princípio da ampla competitividade, que consiste na possibilidade de um número maior de oferta de pretensos interessados, desde que atendam as exigências licitatórias.

Diante dessa tendência e previsão legal, a Egrégia Corte de Contas da União, após várias decisões e acórdãos, editou a Súmula 247 que determina à Administração Pública a divisão dos certames licitatórios em ITEM.

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 dispo 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. (grifo nosso)

Portanto, de acordo com a previsão legal e Súmula daquele Tribunal de Contas, os certames licitatórios devem proceder a sua adjudicação por ITEM. Ocorre que em determinados certames licitatórios, é mais prudente para a Administração, o agrupamento de itens em lotes objetivando uma melhor fiscalização futura por parte do Poder Público.

De certo que o edital do PREGÃO ELETRÔNICO Nº 78/2018-CPL/ARSER está disposto em lotes. Contudo, em apenas 02 lotes distintos, sem qualquer parâmetro técnico que justifique tal agrupamento em apenas 02 lotes.

A prática nacional é a utilização do tipo MENOR PREÇO POR ITEM, isto porque neste tipo licitatório quer a Administração ampliar a competitividade, e garantir a possibilidade de economia de escala, visto que as licitações que englobem um grande número de itens e quantitativos expressivos garantem ao Poder Público a pretendida economia.

Por mais que a tendência nacional, bem como a jurisprudência dos Tribunais convirjam para o tipo POR ITEM, acertadamente a Administração primou por agrupar os itens (no caso as rotas) em lotes. Apenas equivocou-se ao distribuir esses itens (no caso as rotas) em apenas 02 lotes, comprometendo o princípio da competitividade, bem como afrontando a regra do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, Lei Complementar n.º 123/2006 e suas atualizações.

Vale ressaltar o que diz o Estatuto das Micro e Pequenas Empresa, Lei Complementar n.º 123/2006, em especial, no seu artigo 2º, inciso IV

Art. 2º Para a ampliação da participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, os órgãos ou as entidades contratantes deverão, sempre que possível:

I - instituir cadastro próprio, de acesso livre, ou adequar os eventuais cadastros existentes, para identificar as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente, juntamente com suas linhas de fornecimento, de modo a possibilitar a notificação das licitações e facilitar a formação de parcerias e as subcontratações;

II - padronizar e divulgar as especificações dos bens, serviços e obras contratados, de modo a orientar as microempresas e empresas de pequeno porte para que adequem os seus processos produtivos;

III - na definição do objeto da contratação, não utilizar especificações que restrinjam, injustificadamente, a participação das microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente;

IV - considerar, na construção de itens, grupos ou lotes da licitação, a oferta local ou regional dos bens e serviços a serem contratados; e

V - disponibilizar informações no sítio eletrônico oficial do órgão ou da entidade contratante sobre regras para participação nas licitações e cadastramento e prazos, regras e condições usuais de pagamento. **(grifo nosso)**

Ademais a previsão de parcelamento do objeto também está descrita na Lei Federal n.º 8.666/93, sendo de bom alvitre a alteração do critério de julgamento para atender as disposições legais vigentes.

Art. 23. ...
...

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala. (grifo nosso)

Portanto, a contratação deve ser dividida em contratações menores, de forma a possibilitar maior competitividade e melhor aproveitamento das oportunidades do mercado, decorrendo daí, ao menos presumivelmente, mais

vantagem para a Administração. Tal medida está em consonância com o princípio da eficiência, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, uma vez que representa uma economia de recursos para a Administração, evitando a realização de múltiplos certames, restritos, cada um, a um objeto específico.

A previsão editalícia de apenas 02 lotes, frustra o caráter competitivo da licitação, bem como impossibilita a participação de micro e pequenas empresas (ME's e EPP's).

Vejamos.

O item 7.5.5.1 do Anexo I – Termo de Referência determina e exige a comprovação da empresa, vencedora da fase de lances, de possuir um Capital circulante de 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento).

7.5.5. A situação financeira será avaliada ainda:

7.5.5.1. Comprovação de possuir Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação ou lote pertinente;

Aqui temos ainda outro impeditivo. Qual o valor estimado da contratação? Em nenhum dos itens editalícios não está disposto qual é o valor estimado da licitação, seja total, seja do lote 01, seja do lote 02.

As empresas podem imaginar qual é o montante da licitação, porém, para se verificar o atendimento editalício, a Administração deve dispor, no edital, qual é o valor que se estimou para a futura contratação.

Diante disso, como uma microempresa ou empresa de pequeno porte irão comprovar que possuem e atendam a exigência do item 7.5.5.1 do edital de licitação? É sabido que o limite de faturamento anual dessas empresas é de no máximo R\$ 3.600.000,00.

Assim, vê-se claramente que a separação do objeto em apenas DOIS lotes impede CLARAMENTE a participação de microempresa ou empresa de pequeno porte, seja pelo montante dos lotes, seja pela exigência do item 7.5.5.1 do Anexo I.

Apesar do até então exposto, não se pode esquecer que a opção pela **não divisão** do objeto licitado em vários lotes, se trata de exceção, devendo a licitação ser precedida de fundamentado esboço que demonstre a inviabilidade técnica e/ou econômica da sua separação em lotes (Acórdãos 3041/2008 e 839/2009, Plenário/TCU).

II.2 – DA FORMAÇÃO DO SALÁRIO-BASE DA CATEGORIA

O edital em seu Anexo I – Termo de Referência descreve as atividades a serem desenvolvidas, a carga horária e a jornada de trabalho, o local de prestação de serviços dos condutores/motoristas e dos acompanhantes/monitores.

Contudo, aquele mesmo Anexo, assim como todo o edital, não descreve a qual Sindicato as empresas interessadas devem tomar por base para a formação de custos e de preço. Esse item é de essencial importância para a formulação do preço, objetivando não haver disparidades entre as propostas comerciais das licitantes participantes, bem como nas previsões e demais vantagens convencionadas, tais como: vale/ticket alimentação, porcentagem de hora extra, auxílio creche, PAF, entre outros.

Observou-se que o edital de licitação, PREGÃO ELETRÔNICO Nº 78/2018-CPL/ARSER, dentre os instrumentos normativos utilizados, está a Instrução Normativa n.º 005/2017, IN 05/2017 da Seges – MPDG, aplicável, obrigatoriamente, aos órgãos e entidades que compõem a estrutura administrativa da União. Assim, tendo em vista essa premissa, os editais federais SEMPRE indicam a qual sindicato devem ter por base a formação do preço das categorias envolvidas na futura contratação, sendo, inclusive, cláusula padrão¹, conforme descrição abaixo:

A fim de assegurar o tratamento isonômico entre as licitantes, bem como para a contagem da anualidade prevista no art. 3º, §1º da Lei n. 10.192/2001, informa-se que foram utilizadas as seguintes convenções coletivas de trabalho no cálculo do valor estimado pela Administração.

Pelo exposto acima, deve o edital prevê a qual Convenção Coletiva de Trabalho deve ser vinculada a licitação que se pretende realizar.

II.3. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

O edital de licitação, PREGÃO ELETRÔNICO Nº 78/2018-CPL/ARSER, prevê no seu item 23, o seguinte:

23. DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

23.1. As despesas decorrentes da presente licitação correrão por conta de recursos específicos, consignados no Orçamento do Município de Maceió para o presente exercício, classificadas no(s) elemento(s) de despesa e programa(s) de trabalho indicado(s) no orçamento de cada órgão integrante da estrutura administrativa do Município de Maceió.

Da leitura de tal dispositivo, verificamos a ilegalidade do termo.

Vejamos.

A Lei Federal n.º 8.666/93, aplicável subsidiariamente a modalidade Pregão, prevê e exige em seu artigo 7º que TODAS as obras e serviços somente poderão ser objeto de licitação se tiverem recursos orçamentários e financeiros que suportem a obrigação futura.

¹ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Processo Administrativo n.º 46201.002423/2017-55, PREGÃO ELETRÔNICO Nº 07/2017; UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS, Processo Administrativo n.º 23065.012964/2018-89, PREGÃO ELETRÔNICO Nº 05/2018

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:**

...

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma; (grifo nosso)

Já o artigo 14, prevê:

Art. 14. **Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa. (grifo nosso)**

Mais adiante, no artigo 38, exige:

Art. 38. **O procedimento da licitação será iniciado** com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e **do recurso próprio para a despesa**, e ao qual serão juntados oportunamente: **(grifo nosso)**

Por fim, ainda tendo em vista o Decreto-Lei 200/67, em seu artigo 73, assim prevê:

Art. 73. **Nenhuma despesa poderá ser realizada sem a existência de crédito que a comporte** ou quando imputada a dotação imprópria, vedada expressamente qualquer atribuição de fornecimento ou prestação de serviços cujo custo exceda aos limites previamente fixados em lei. **(grifo nosso)**

Diante da lastra legislação com referência a indicação da dotação orçamentária, não há espaço para o início de procedimento licitatório sem a devida previsão dos recursos orçamentários por qual correrão as despesas pretendidas. O objetivo primordial de sua indicação é a de proporcionar segurança quanto a existência de recursos orçamentários para os dispêndios decorrentes.

Ademais, o Tribunal de Contas da União², também já se posicionou com relação a ilegalidade, e conseqüente, anulação de procedimento pela ausência da indicação da dotação orçamentária.

² Acórdão n.º 3034/2005, Ministro MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

5. Restou razão à empresa sobre a ausência de especificação, no edital, da dotação orçamentária pela qual correriam as despesas previstas.

6. De acordo com o caput do art. 38 da Lei nº 8.666/93, desde a abertura do processo administrativo da licitação é necessária a indicação dos recursos apropriados. No edital, é obrigatório definir as condições para o atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento do seu objeto, segundo o inciso VIII do art. 40 da mesma lei.

7. Também, pelo inciso III do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666/93, é preciso que o edital da licitação esteja acompanhado da minuta do contrato a ser firmado, onde, em cumprimento ao inciso V do art. 55, há que ficar estabelecido "o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica".

8. Daí decorre a jurisprudência deste Tribunal, que se posiciona pela exigência de que o edital venha consignado da dotação orçamentária que dará suporte às despesas.

9. Entretanto, é de se reconhecer que a Lei nº 8.666/93 tem como efetivamente grave e passível de anulação a compra realizada sem a indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, consoante o art. 14.

Porém, podemos citar vários outros: Acórdãos 1405/2006-P, 2158/2011-2ª CÂMARA, 2672/2011-P, 2272/2011-P, 53/2012-P, entre outros..

Por fim, a indicação da dotação orçamentária é preceito constitucional, sendo VEDADA a realização de qualquer despesa sem que haja previsão em lei orçamentária.

Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

Portanto, qualquer contratação que importe dispêndio de recursos públicos depende de previsão de recursos orçamentários. Assim, todas as despesas deverão estar previstas no orçamento, somente podendo ser assumidos compromissos e deveres com fundamento na existência de receita prevista.

II.4. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Na contramão da Lei Geral de Licitações, Lei Federal n.º 8.666/93, o edital de PREGÃO ELETRÔNICO Nº 78/2018-CPL/ARSER deixou de exigir a apresentação dos documentos necessários para habilitar empresas perante a Administração Pública.

Mais especificamente com relação ao item qualificação técnica, àquela Lei prevê:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 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; [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

II - (Vetado). [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

a) (Vetado). [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

b) (Vetado). [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

§ 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.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 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.

§ 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.

§ 7º (Vetado). ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))

I - (Vetado). ([Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994](#))

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

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração. ([Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994](#))

§ 11. (Vetado). ([Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994](#))

§ 12. (Vetado). ([Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994](#)) **(grifo nosso)**

Portanto, a legislação específica que rege a matéria licitatória nacional, determina a comprovação de aptidão técnica conforme as exigências dispostas em seu artigo 30, conforme antes transcrito.

Tal dispositivo legal descreve como deve ser a referida comprovação, indicando quais as características que devem ser analisadas. A Administração Pública tentam assegurar a qualidade por meio de uma descrição detalhada do objeto, bem como pela exigência de certos requisitos de qualificação técnica como condição de habilitação dos licitantes.

Deve-se atentar sempre para que as exigências de qualificação técnica não sejam desarrazoadas a ponto de frustrar o caráter competitivo do certame. Outro não é o posicionamento do TCU³:

“As exigências relativas à capacidade técnica guardam amparo constitucional e não constituem, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo de licitações conduzidas pelo Poder Público. Tais exigências, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-

³ Acórdão nº 1942/2009 – P, Relator: Min. André de Carvalho

operacional, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, **devendo tão-somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais. Tais exigências ser sempre devidamente fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado. (grifo nosso)**"

Toda e qualquer exigência de qualificação técnica deve ser concebida de modo a não impor custos prévios à celebração do contrato, a teor da Súmula 272/2012:

"No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato".

O TCU constantemente reafirma que a comprovação da capacidade técnica deve ser norteadada pelo art. 37, XXI da CF, que somente admite exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A exigência de apresentação de atestados de capacidade técnica da empresa é fundamental para averiguar sua qualificação técnica.

Em um de seus acórdãos, o tribunal proferiu a seguinte decisão⁴:

"Sobre a comprovação de capacidade técnico-operacional referente a itens irrelevantes ou de valor insignificante frente à estimativa global da obra, acompanho, em grande parte, as conclusões da unidade instrutiva, que se pronunciou pela ilegalidade das exigências. Entretanto, destaco que a jurisprudência deste Tribunal - Decisão 1.618/2002 e Acórdão 515/2003, ambos de Plenário - já se manifestou no sentido de que o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 somente se aplica à qualificação técnico-profissional, **estando a limitação da capacidade técnico-operacional insculpida no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, o qual somente permite exigências de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo nosso)**"

Desta forma, é imperativo que a exigência de qualificação técnica seja exigida para possibilitar às empresas licitantes a comprovação de sua capacidade-técnica, objetivando a demonstração de execução de serviços similares e compatíveis com aquele objeto do presente instrumento convocatório.

Sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina:

"O princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração firma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade.

Uma vez que os interesses que lhe incumbe perseguir são pertinentes à Sociedade como um todo, **quaisquer atos que os**

⁴ Acórdão nº 1891/2006 – P, Relator: Min. Ubiratan Aguiar.

órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida do possível, a igualdade de oportunidades para todos os administrados.” (in Elementos de Direito Administrativo, 3ª Edição, Malheiros Editores, pg. 32 **(grifo nosso)**)

Por fim, ensina, com extremo saber, Jessé Torres Pereira Júnior:

“Quanto aos princípios nomeados na Lei nº 8.666/93, consigne-se, por ora, que:

a) o da igualdade impõe à Administração elaborar regras claras, que **assegurem aos participantes da licitação condições DE ABSOLUTA EQUIVALÊNCIA durante a disputa**, tanto entre si quanto perante a Administração, intolerável qualquer espécie de favorecimento;” (in Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas, Ed. Renovar, pg. 25) **(grifo nosso)**

Note-se que a licitação visa permitir a participação do maior número possível de pretendentes a contratar com a Administração Pública, em um processo seletivo que lhes permita igualdade de condições, fazendo com que o Poder Público possa pactuar com aquele que lhe ofereça melhores condições técnicas e econômicas, com a segurança exigida.

Qualquer desvio desse rumo, que vise ou venha a limitar o universo de participantes e, conseqüentemente, a livre concorrência, caracteriza infração à ordem econômica, sendo passível de punição, independente de culpa, conforme previsto em lei.

Nas palavras do professor Joel Niebhur, nos apresenta o seguinte ensinamento que o princípio da competitividade:

“É no âmbito do princípio da competitividade que operam em licitação pública os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ocorre que tais princípios oferecem os parâmetros para **decidir se determinada exigência ou formalidade é compatível ou não com o princípio da competitividade. Sobretudo, deve-se atentar ao bom senso, bem como à proporção entre as exigências a serem realizadas e o objeto licitado**, especialmente no momento de se definir as exigências para a habilitação.” (in Pregão Presencial e Eletrônico. 5ª Ed. Curitiba: Zênite, 2008, pg 49) **(grifo nosso)**

Deste modo, com o intuito de compatibilizar a segurança da Administração na boa execução contratual e a ampla participação no certame licitatório, devem-se restringir as exigências de qualificação técnica, na fase de habilitação, àquilo que for estritamente necessário e inserir nas obrigações da contratada determinados requisitos desejáveis, mas que não puderam ser demandados na fase de habilitação técnica.

É necessário, portanto, que as exigências relativas à qualificação técnica sejam interpretadas em consonância com o disposto no art. 37, XXI da Carta Magna, juntamente com os demais dispositivos infraconstitucionais, a fim de que sejam exigidos somente os requisitos indispensáveis ao cumprimento da obrigação, de modo a possibilitar a ampla participação de competidores interessados em

contratar com a Administração, assegurar a economicidade da contratação e garantir, sempre que possível, o tratamento isonômico.

Conclui-se, deste modo, que o edital de licitação, PREGÃO ELETRÔNICO Nº 78/2018-CPL/ARSER, deve prever item editalício de exigir a comprovação da capacidade técnica da empresa, através de atestados de capacidade técnica emitidos por entidades de direito público ou privado.

II.5. IDADE DA FROTA

Conforme determina a legislação vigente, em especial os atos normativos emanados do Ministério da Educação, através do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, FUNDEB, o edital de licitação, PREGÃO ELETRÔNICO Nº 78/2018-CPL/ARSER, prevê a idade operacional da frota veicular a ser futuramente contratada.

Contudo, há uma grande divergência quanto a sua idade. Será máxima de 15 anos ou de 10 anos?

Vejamos.

Os itens 3.13.2 do Anexo 01 – Termo de Referência e Anexo 01 do Termo de Referência DEFLATORES ÔNIBUS E VANS, prevê como idade máxima dos veículos, 10 anos.

3.13.2. Ainda com base na IN 01/2017 do DETRAN/AL, para início da prestação dos serviços, inclusão ou substituição, o veículo poderá ter **no máximo 10 (dez) anos de idade operacional**, conforme Art. 9 da norma em epígrafe. **(grifo nosso)**

ANEXO 1 do Termo de Referência – DEFLATORES ÔNIBUS E VANS

VANS	DEFLATOR
0 KM	100%
1 ANO	96,51%
2 ANOS	95,84%
3 ANOS	94,73%
4 ANOS	93,97%
5 ANOS	92,94%
6 ANOS	92,24%
7 ANOS	91,55%
8 ANOS	90,75%
9 ANOS	89,96%
10 ANOS	89,16%

ÔNIBUS	DEFLATOR
0 KM	100%
1 ANO	94,95%
2 ANOS	93,73%
3 ANOS	90,56%
4 ANOS	88,53%
5 ANOS	87,12%
6 ANOS	85,89%
7 ANOS	84,61%
8 ANOS	83,13%
9 ANOS	81,64%
10 ANOS	80,15%

Já os itens 2.17 e 3.13.1 do Anexo 01 – Termo de Referência prevê a idade operacional máxima dos veículos de 15 anos.

2.17. Ainda decorrente do trabalho técnico acima mencionado, outro aspecto estratégico relevante que integra o modelo de contratação proposto é a aplicação de deflator, observados os percentuais definidos no Anexo 1 deste Termo de Referência. Deflator representa quanto se paga a menos, percentualmente, quando um veículo de maior tempo de utilização (ou de maior idade) é disponibilizado para o serviço de transporte escolar no Município de Maceió. É justo que se pague menos por veículos mais antigos, dentro do limite estabelecido **de 15 (quinze) anos no máximo**, conforme estabelecido na Instrução Normativa de Serviço DETRAN-AL Nº 01 DE 26/09/2017

3.13.1. Os veículos utilizados para a prestação dos serviços devem estar em perfeitas condições de uso e ter a capacidade compatível com a quantidade de passageiros a serem transportados por rota. Não será admitida a utilização de veículos com **tempo de uso superior a 15 (quinze) anos**, nos termos da IN 01/2017 do DETRAN/AL. (grifo nosso)

Ora, o edital deve prever normas claras e objetivas com relação aos seus objetos. O que não pode ser verificado no edital de licitação, PREGÃO ELETRÔNICO Nº 78/2018-CPL/ARSER, uma vez que há divergências com relação a idade operacional da frota. Será de 10 anos ou 15 anos? Tal dúvida gera, com absoluta certeza, um impasse para formulação da proposta, e com maior precisão, na execução contratual, em especial, com relação ao pagamento da contraprestação tendo em vista o deflator a ser aplicado.

Deste modo, o edital de licitação, PREGÃO ELETRÔNICO Nº 78/2018-CPL/ARSER, deve ser reparado neste item para deixar claro qual é a idade operacional máxima da frota.

III – DA FUNDAMENTAÇÃO

A lei geral que regulamenta a licitação e contratação pública define, de modo imperioso, quais as regras legais para que sejam realizadas as contratações públicas, sejam elas precedidas ou não de licitação.

Define, ainda, os princípios aos quais estão submetidos todos os atores envolvidos no processo contratual. Tais princípios estão dispostos no artigo 3º da lei Federal n.º 8.666/93.

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.** ([Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010](#)) (grifo nosso)

Diante dessa premissa, o legislador brasileiro ainda previu as proibições aos agentes públicos quanto as regras a serem definidas e impostas aos particulares que desejem contratar com a Administração. Tal preceito encontra-se no § 1º desse mesmo artigo

§ 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** 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;**" (grifo nosso)

Assim, não é dado aos agentes públicos, aplicadores das regras de Direito, o poder de impor regras que frustrem o caráter competitivo da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Alia-se, por outro lado o entendimento da Egrégia Corte de Contas da União, com relação as disposições do § 1º do artigo 3º da Lei Federal n.º 8.666/93.⁵

Obviamente, as condições e exigências pré-fixadas basearam-se na discricionariedade do Administrador⁶, conforme o ilustríssimo doutrinador, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes descreve:

"Na aplicação da norma, as exigências de habilitação variam de licitação para licitação, de objeto para objeto, segundo o prudente arbítrio do gestor público e a parcimônia com que se afasta do princípio da isonomia, alicerce fundamental de qualquer licitação"⁷

Contudo, tais exigências não podem, e não devem, restringir o caráter competitivo das licitações, de acordo com a lei geral de licitações, em seu artigo 3º já acima descrito.

O TCU já recomendou, conforme disposições da lei, que o edital não pode prever cláusulas prejudiciais à obtenção de proposta vantajosa:

"TCU determinou: Se abstenha de incluir, em seus editais de licitação, cláusulas que contenham critérios que sejam restritivos e prejudiciais à seleção da proposta mais vantajosa, tais como:

Previsão de desclassificação das propostas que não obtenham pontuações mínimas relacionada à capacitação da empresa, constituindo-se, indiretamente, em exigência de quantidades mínimas proibida pelo art. 30, 1º, I, da lei 8.666/93.

TCU. Processo nº. TC-013.713/2004-7. Acórdão nº. 522/2005 – 2ª Câmara"⁸

⁵ Ver ainda Acórdão 874/2007 - 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União

⁶ A jurisprudência do STJ entende que a autoridade administrativa dispõe de certa margem de discricionariedade, e ao fixar requisitos de capacidade técnica e financeira depende do futuro objeto a ser contratado. RESP n.º 474.781/DF. Relator Ministro Franciulli Netto.

⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico. 2ª edição revista e ampliada. Editora Fórum, 2007, p. 521

⁸ Idem, p. 567

Obviamente que a Administração deve se resguardar ao contratar com o particular. Contudo, não pode extrapolar os limites impostos por lei. Com essa preocupação, o legislador procurou definir esses limites, no intuito de não incorrer em ofensa ao princípio constitucional da isonomia.

Por outro lado, mais especificamente quanto ao item II.2 desta peça, acaso a Administração permita a continuidade de tal omissão, poderá responder solidariamente numa possível demanda trabalhista, uma vez que em relações trabalhistas, a Administração responde solidariamente pelas falhas nos pagamentos dos direitos dos trabalhadores.

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. **(grifos do original)**

Tendo em vista que os argumentos acima expostos influenciarão no preço final, e conseqüentemente na proposta de preços, deve a sessão ser adiada e marcada uma nova, nos mesmos moldes de sua primeira convocação, em atendimento ao §4º do artigo 21 da Lei Federal n.º 8.666/93:

“Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais

§ 4º **Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original**, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.” **(grifos nossos)**

IV – DO PEDIDO

Ex positis, vem respeitosamente solicitar que seja reconhecido e acolhido os termos desta peça impugnante conforme legislação, Lei Federal n.º 10.520/2002, Decreto Federal nº 5.450/2005 e subsidiariamente pela Lei Federal n.º 8.666/93, designando nova data de abertura do certame, tendo em vista os vícios antes apontados, todos passíveis de saneamento objetivando se adequar as normas licitatórias vigentes e legislação específica, em estrita observância aos princípios regedores da Administração Pública, em especial, o da isonomia, legalidade, moralidade, consagrados pela jurisprudência e doutrina nacionais, reabrindo-se o prazo de abertura da sessão pública, nos termos do §4º do artigo 21 da Lei Federal n.º 8.666/93.

No aguardo do deferimento.

Maceió, 18 de dezembro de 2018.



PB SERVIÇOS LTDA

CNPJ n.º 05.607.850/0001-76

Joselito Vieira de Melo Junior

CPF 903.485.594-53

Sócio Procurador