

CONCORRÊNCIA PÚBLICA SRP no. 003/2023 | Processo Administrativo no. 560/2023
- inciso I, §1º do art. 3º c/c §2º do artigo 41 c/c o artigo 110, ambos da Lei 8.666/93
c/c o item 20.3 do edital - IMPUGNAÇÃO, apresenta.

contato@grupoworking.com.br <contato@grupoworking.com.br>

Qua, 29/03/2023 12:35

Para: Licitação Prefeitura de Búzios <licitacao@buzios.rj.gov.br>

Cc: estevaoazevedo@gmail.com <estevaoazevedo@gmail.com>;fernandezmayse@gmail.com
<fernandezmayse@gmail.com>; 'Pollyanna Paes' <pollyanna.passos.paes@gmail.com>

 1 anexos (12 MB)

IMPUGNAÇÃO - CP 003-2023 (manutenção asfáltica) - assinada docs_compressed_compres.pdf;

Prezados membros da Comissão de Licitações da Prefeitura de Armação dos Búzios/RJ,

Por meio deste, apresenta-se a peça impugnatória, em anexo, ao edital da Concorrência Pública CP 003/2023. Após uma análise detalhada do edital em questão, identificou-se alguns pontos restritivos a ampla concorrência e que, portanto, devem ser revistos antes da abertura da licitação. Diante dessas irregularidades, solicito a revisão do edital da Concorrência Pública CP 003/2023, de forma a garantir a transparência e a lisura do processo licitatório.

Espera-se que essa questão possa ser solucionada o mais brevemente possível para que a licitação ocorra de maneira justa e equilibrada.

Atenciosamente,

Estevão Souza de Azevedo

Diretor de Negócios

WES

AO ILUSTRE PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ARMAÇÃO DOS BÚZIOS, ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Ref.: **CONCORRÊNCIA PÚBLICA SRP nº. 003/2023** | Processo Administrativo nº. 560/2023. “Registro de Preços para futura e eventual contratação de empresa especializada em Serviços de Engenharia para Manutenção de Pavimentação Asfáltica, redes de água pluvial e esgotos, e sinalização viária nos bairros do Município de Armação dos Búzios.” – inciso I, §1º do art. 3º c/c §2º do artigo 41 c/c o artigo 110, ambos da Lei 8.666/93 c/c o item 20.3 do edital – **IMPUGNAÇÃO**, apresenta.

A **WES EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.**, inscrita no CNPJ sob o n.º 05.947.935/0001-01, registrada no CREA/RJ n.º 2004200206, com sede à Avenida Nossa Senhora do Carmo, n.º 269, Pq Aurora, Campos dos Goytacazes/RJ, CEP 28.025-486¹, e-mail obras@grupoworking.com.br, este o endereço para futuras notificações/respostas, vêm, respeitosamente, por meio de seu sócio administrador, nos termos do inciso I, §1º do art. 3º c/c §2º do artigo 41 c/c o artigo 110, ambos da Lei 8.666/93 c/c o item 20.3 do edital, interpor a presente **IMPUGNAÇÃO** contra o ato convocatório em epígrafe.

Ante o exposto e, sem prejuízo das medidas judiciais cabíveis e do direito de representação junto ao Tribunal de Contas do Estado, requer ao Presidente desta Emérita Comissão que seja deferida o processamento da presente Impugnação, recebida em seu efeito legal e encaminhado ao Presidente desta Fundação (ou a Superior Instância designada), para apreciação e julgamento, após o cumprimento das formalidades processuais.

Termos em que, pede e espera deferimento pelas razões a seguir expostas.

Búzios/RJ, 28 de março de 2023.

DocuSigned by:

André Luiz da Silva Rodrigues

52AD5412E2174D2...

WES EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA

CNPJ n.º 05.947.935/0001-01



¹ Doc.j. 01 – Contrato Social da impugnante e doc. do sócio administrador (laudas: 08)

AO ILUSTRE SECRETÁRIO DE OBRAS, SANEAMENTO E DRENAGEM DO MUNICÍPIO DE ARMAÇÃO DOS BÚZIOS ESTADO DO RIO DE JANEIRO OU AUTORIDADE SUPERIOR DESIGNADA.

Ref.: **CONCORRÊNCIA PÚBLICA SRP nº. 003/2023** | Processo Administrativo nº. 560/2023. “Registro de Preços para futura e eventual contratação de empresa especializada em Serviços de Engenharia para Manutenção de Pavimentação Asfáltica, redes de água pluvial e esgotos, e sinalização viária nos bairros do Município de Armação dos Búzios.” – inciso I, §1º do art. 3º c/c §2º do artigo 41 c/c o artigo 110, ambos da Lei 8.666/93 c/c o item 20.3 do edital – **IMPUGNAÇÃO**, razões.

Impugnante: **WES EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.**

Impugnada: **Ato Convocatório (parte) – CPL**

RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

DATA MAXIMA VENIA, merece impugnação os itens 9.1 e 9.1.3² (vedação de consórcio); itens 10.5.1.7.1, 10.5.1.7.2, 10.5.1.7.3 e 10.5.1.7.4³ (quantitativo e parcelas de relevância técnica e valor significativo); itens 10.5.2.1.3 e 10.5.2.1.4⁴ (vedação a apresentação de atestado parcial e de subcontratação), todos do Edital em epígrafe; e, itens 5.6.1, 5.6.2, 5.6.3 e 5.6.4 (quantitativo e parcelas de relevância técnica e valor significativo), itens 6.1.3 e 6.1.4 (vedação a apresentação de atestado parcial e de subcontratação) do Termo de Referência - Anexo I do edital em destaque, tornado público pela Comissão de Licitações desta municipalidade, pois tais itens se mantidos, divergirão da Constituição Federal, da Lei n.º 8.666/93, e ainda, de decisões de tribunal de contas em processos anteriores, podendo ocorrer interpretação divergente das mesmas, e diversamente de outras interpretações emprestadas e precedentes jurisprudenciais das Egrégias Altas Cortes pátrias e por outros Tribunais pátrios em casos idênticos, além da de órgãos técnicos, a hipótese dos autos, senão vejamos:

² 9.1 - Não poderão concorrer nesta licitação as sociedades empresárias e empresários: (...) 9.1.3 - Em consórcio de empresas, qualquer que seja a sua forma de constituição. Fica vedado a formação de consórcio, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.666/93, pois a vedação não tornará restrito o universo de possíveis licitantes individuais, por conseguinte, não ocasionará qualquer prejuízo à competitividade do certame; especialmente, porque o objeto da contratação não envolve questões de alta complexidade, múltiplas especialidades ou grande vulto econômico os quais, por consequência, teriam o condão de afastar a possibilidade de participação isolada dos interessados; (...)

³ “10.5.1.7.1 - REVESTIMENTO DE CONCRETO BITUMINOSO USINADO A QUENTE, IMPORTADO DE USINA, EXECUTADO EM UMA CAMADA, DE ACORDO COM AS INSTRUÇÕES/ESPECIFICAÇÕES DO CONTRATANTE, COMPREENDENDO PREPARO, ESPALHAMENTO E COMPACTAÇÃO MECÂNICOS E OS MATERIAIS, EXCLUSIVE TRANSPORTE DA USINA PARA PISTA, na quantidade mínima de 9.500,00 T; 10.5.1.7.2 - TRANSPORTE DE CARGA DE QUALQUER NATUREZA, EXCLUSIVE AS DESPESAS DE CARGA E DESCARGA, TANTO DE ESPERA DO CAMINHAO COMO DO SERVENTE OU EQUIPAMENTO AUXILIAR, A VELOCIDADE MÉDIA DE 50KM/H, EM CAMINHAO TRUCADO DE CARROCERIA FIXA A ÓLEO DIESEL, COM CAPACIDADE ÚTIL DE 12T, na quantidade mínima de 5.000.000, 00 T x KM.; 10.5.1.7.3 - ENCADEIRA DE ESTACAS-PRANCHAS DE AÇO EM CAVAS OU VALAS COM PROFUNDIDADE ATÉ 4,00M. O CUSTO INCLUI O FORNECIMENTO, EXECUÇÃO E RETIRADA DE TODOS OS MATERIAIS, CONSIDERANDO A REUTILIZAÇÃO DE 60 VEZES PARA ESTACAS-PRANCHAS E 10 VEZES PARA GUIAS DE ESTRONCAS DE MADEIRA, EXCL. ESCAVAÇÃO. MEDIÇÃO DO SERVIÇO SERÁ PELA SUPERFÍCIE ÚTIL COBRINDO PAREDES DAS VALAS, na quantidade mínima de 8.000M2; 10.5.1.7.4 - CANAL PRÉ-FABRICADO, EM CONCRETO PROTENDIDO E/OU ARMADO, COM SEÇÃO EM “U”, MEDIDO PELA ÁREA DO PERÍMETRO INTERNO DA SEÇÃO VEZES O CUMPRIMENTO DO CANAL, FORNECIMENTO E ASSENTAMENTO, na quantidade mínima de 3000, 00 M2.”

⁴ “10.5.2.1.3 - Não será aceito atestado de serviço/obra inacabada, executada parcialmente ou em andamento; 10.5.2.1.4 - Não será aceito atestado de capacitação técnica PARCIAL ou de SUBCONTRATADA.”

1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS E INTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO

A presente IMPUGNAÇÃO é tempestiva, considerando o disposto no art. 41, §2º, da Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre o cabimento desta, pela Impugnante, *até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação.*

Registra-se aqui a divergência da segunda parte do item 20.3⁵ do Edital com a Lei Geral das Licitações.

A interposição da presente impugnação subsume-se à observância dos requisitos exigidos pela Lei Procedimental das Licitações.

Há inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de impugnar por parte da ora Impugnante, considerando que a mesma, respaldada pela lei, exercita oportunamente tal direito subjetivo, resguardando interesse seu e da sociedade, que tem interesse neste certame, objetivando *selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º, da Lei 8.666/93).*

Há interesse em impugnar por parte da ora Impugnante, interessada em licitar, haja vista que espera, em tese, do julgamento da Impugnação, situação favorável pelo que se configura a necessidade e a utilidade da presente impugnação, considerando o teor dos princípios arrolados no art. 3º da Lei 8.666/93.

Face a ausência de custas para interposição de impugnação, o preparo da presente não foi providenciado.

A presente impugnação foi enviada eletronicamente através do endereço eletrônico licitacao@buzios.rj.gov.br, conforme permissão dada pelo item 20.3⁶ do edital.

DS
ALDSR

⁵ “20.3 - Qualquer pedido de esclarecimento ou de impugnação poderá ser enviado eletronicamente através do endereço eletrônico licitacao@buzios.rj.gov.br ou apresentado presencialmente na sede da Prefeitura Municipal de Armação dos Búzios de segunda a sexta-feira, das 09h às 16:30 horas, excetuados os dias de feriado municipal, estadual e federal, até às 13:00h do 3º (terceiro) dia útil anterior à data fixada no edital para abertura da sessão pública.” [nosso grifo]

⁶ idem

2. O MÉRITO

2.1. A RESTRIÇÃO A AMPLA COMPETIÇÃO COM A PROIBIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS POR CONSÓRCIO (ITEM 9.1/9.1.3) EM OBRAS DE GRANDE VULTUO – VALOR ESTIMADO EM R\$ 151.659.658,55 (CENTO E CINQUENTA E UM MILHÕES SEISCENTOS E CINQUENTA E NOVE MIL SEISCENTOS E CINQUENTA E OITO REAIS E CINQUENTA E CINCO CENTAVOS), CORRESPONDENTE A 22,12% DO ORÇAMENTO⁷ DO MUNICÍPIO DE ARMAÇÃO DOS BÚZIOS PARA O ANO DE 2023.

Os consórcios são coligações despersonalizadas de empresas constituídas, pela via contratual, com vistas a executar determinado empreendimento em conjunto, conforme a disciplina jurídica dos arts. 278 e 279 da Lei n.º 6.404/76. O instituto calca-se na autonomia recíproca dos que se associam para a persecução de um objetivo empresarial comum que, muito provavelmente, não seria alcançado somente com a capacidade individual de cada consorciado, seja por razões de ordem técnica, seja por motivos econômico-financeiros.

Algumas demandas, públicas ou privadas, por sua dilatada magnitude e/ou elevada complexidade, como caso concreto, só logram ser satisfeitas através dessa ferramenta societária. No âmbito do Direito Administrativo, a Lei das Licitações (art. 33⁸) e a Lei das Concessões (art. 19⁹) expressamente autorizam que o ente promotor da licitação admita a participação de consórcios.

A jurisprudência e a doutrina costumavam asseverar, sem maiores temperamentos e problematizações, que a possibilidade da participação de consórcios em procedimentos licitatórios se sujeitaria a uma deliberação discricionária da Administração licitante.

Contudo, com o decorrer dos anos, o Tribunal de Contas da União e os mais proeminentes administrativistas passaram a relativizar a discricionariedade sobre o tema, que outrora, equivocadamente, dispunha de feições quase absolutas.

Aliás, a título de parêntesis, cabe pontuar que, nos últimos anos, grande parte da doutrina vem superando a rígida e clássica, porém anacrônica, dicotomia entre os atos administrativos discricionários e vinculados. De tal sorte, sobretudo tendo em vista o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios jurídicos, vem se desenvolvendo a teoria dos graus de vinculação à juridicidade¹⁰ e delineando-se o instituto da

⁷ Doc.j. 02 – Ofício GAPRE n.º 686/2022 – Mensagem n.º 59/2022 e Projeto de Lei Orçamentária / 2023 (laudas: 198)

⁸ “Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...)”

⁹ “Art. 19. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...)”

¹⁰ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p.34. “A respeito do tema, confira-se, no cenário pátrio, o magistral contributo doutrinário de Gustavo Binenbojm em Uma Teoria do Direito Administrativo, mais

discricionariedade justificável, em consonância com a necessidade de motivação das decisões administrativas¹¹.

A discricionariedade administrativa, como se sabe, consiste na “margem de escolha deixada pela lei ao juízo do administrador público para que, na busca da realização dos objetivos legais, opte, entre as opções juridicamente legítimas, pela medida que, naquela realidade concreta, entender mais conveniente”¹². Neste prisma, não se pode, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, confundir discricionariedade com cheque em branco ou escusa universal para arbítrios vários¹³.

Em um primeiro momento, consagrou-se a necessidade de se “*demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios*” (TCU, Acórdão 1.165/2012, Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro).

Nessa mesma linha, Marçal Justen Filho alerta que a discricionariedade em voga:

“evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas. Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto. Como toda decisão exercitada em virtude de competência discricionária, admite-se o controle relativamente à compatibilidade entre os motivos e a realidade e no tocante à adequação proporcional entre os meios e os resultados pretendidos”¹⁴.

[destaque original]

Contemporaneamente, diversos autores, o e. Superior Tribunal de Justiça, Tribunais de Justiça e a uníssona jurisprudência do Tribunal de Contas da União indicam que, embora aprioristicamente o Administrador disponha de grande margem decisória sobre o ponto, a participação de consórcios é obrigatória nas

especificamente no “Capítulo V – Da Dicotomia Ato Vinculado versus Ato Discricionário à Teoria dos Graus de Vinculação à Juridicidade”, p. 195-241, 2008, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. No Direito Comparado, ver Georges Vedel, *Droit Administratif*, p. 318/319: “La Administration ne se trouve jamais dans une situation de pur pouvoir discrétionnaire ou de pur compétence liée. Il n’y a jamais pur compétence liée. [...] Mais surtout, il n’y a jamais pur pouvoir discrétionnaire”

¹¹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p.34. - “Portanto, hodiernamente, não só no que toca à problemática tratada neste artigo, mostra-se equivocado emprestar feições absolutas à discricionariedade administrativa – que hoje é limitada pelos princípios constitucionais e pode, observados alguns parâmetros, ser objeto de controle do Poder Judiciário.”

¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2 a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 161.

¹³ O termo “discricionariedade”, ao longo dos séculos XVI a XVIII, possuía justamente este significado. Em sua origem, a palavra “expressava a soberania decisória do monarca absoluto (voluntas regis suprema lex). Naquela época, do chamado Estado de polícia, em que o governo confundia-se integralmente com a Administração Pública, a sinonímia entre discricionariedade e arbitrariedade era total”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 3a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. Em idêntico sentido, ver Paulo Magalhães de Costa Coelho, *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, 2002, p. 40: “Haverá, portanto, plena identidade entre a vontade do príncipe absoluto e a ordem jurídica”

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16ª Ed., 2014, p.661.

licitações em que a vultuosidade, a heterogeneidade e a inviabilidade de parcelamento material do objeto licitado tornem o universo de possíveis licitantes demasiadamente restrito. Senão vejamos um dos precedentes:

“A EXIGÊNCIA GLOBALIZADA EM UMA ÚNICA CONCORRÊNCIA DESTINADA À COMPRA DE UMA VARIEDADE HETEROGÊNEA DE BENS DESTINADOS A EQUIPAR ENTIDADE HOSPITALAR NÃO VEDA A COMPETITIVIDADE ENTRE AS EMPRESAS CONCORRENTES, DESDE QUE O EDITAL PERMITA A FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO QUE, ULTIMA RATIO, RESULTA NO PARCELAMENTO DAS CONTRATAÇÕES DE MODO A AMPLIAR O ACESSO DE PEQUENAS EMPRESAS NO CERTAME, NA INTELIGÊNCIA HARMÔNICA DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NOS ARTIGOS 23, PARÁGRAFO 1 E 15, IV, COM A REDAÇÃO DO ART. 33, TODOS DA LEI 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993”. (RMS 6.597/MS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/1996, DJ 14/04/1997).

[nosso destaque]

Nesse sentido, Carlos Ari Sunfeld propugnou que, *“nas hipóteses em que, embora tratando-se de um objeto de porte, mostre-se totalmente inviável, por razões operacionais, efetuar o parcelamento, deverá o edital, obrigatoriamente, admitir o consórcio de empresas”*¹⁵. Endossando tal posicionamento, assim se manifestaram Egonn Bockmann¹⁶ e Fernando Vernalha¹⁷:

“(…) produzindo-se uma licitação expressiva e exigente, a Administração deve buscar meios de mitigar a alta concentração do mercado, admitindo a participação de licitantes em regime de consórcio, tal como facultado pelo art. 33 da LGL. É evidente que a sistemática do consórcio poderá favorecer a ampliação da participação do mercado, compensando, em certa medida, a restrição do universo de ofertantes imposta pela dimensão técnica ou econômica do objeto licitado.”

[nosso destaque]

Baseados nessas premissas, tais autores concluem que o que determinará a existência ou não de discricionariedade sobre o ponto *“serão as características do caso concreto: caso a competitividade seja mantida sem a participação de empresas consorciadas, o edital poderá vedar a participação por meio de consórcios”*¹⁸.

^{DS}
ALDSR

¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e Contrato Administrativo, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 67.

¹⁶ BOCKMANN, Egon. Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível na internet: <http://goo.gl/A2nL4U>. Acesso em: 31.08.2015.

¹⁷ VERNALHA, Fernando. Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações, 2012, p. 119.

¹⁸ BOCKMANN, Egon. e VERNALHA, Fernando. Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações, 2012, p. 120.

Não é outro o entendimento esposado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

“APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPUGNAÇÃO A EDITAL DE LICITAÇÃO – MULTIPLICIDADE DE SERVIÇOS – HABILITAÇÃO SIMULTÂNEA – EXIGÊNCIA ILEGAL – PREJUÍZO À CONCORRÊNCIA – LEI Nº 8.666/1993 – ARTS. 15, IV E 23, § 1º – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DESCABIMENTO EM SEDE DE WRIT. O parcelamento ou fracionamento do objeto licitado se faz imperioso quando, além de ser tecnicamente viável, não importar em prejuízo financeiro para a Administração.

O ente contratante, por sua vez, não procedendo à contratação por item, tem o dever de explicitar as razões pela aquisição global, **bem como prever no edital a possibilidade de participação de interessados constituídos sob a forma de consórcio, podendo, do contrário, restar caracterizada a ilegalidade da licitação, por violação ao princípio da competitividade.**” (TJMG – Apelação Cível 1.0024.06.098029-9/002, Relator(a): Des.(a) Cláudia Maia, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/09/2010, publicação da súmula em 29/10/2010).

[destaque original]

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, além de considerar ilegal a injustificada vedação à participação de empresas consorciadas em licitações de grande porte, entende que o futuro contrato administrativo padece de nulidade absoluta e, mais grave, que o gestor que, através deste expediente, dolosamente frustra a competitividade do certame, comete improbidade administrativa (além de delito penal, *ex vi* do art. 90, da Lei de Licitações):

“APELAÇÕES. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TOMADA DE PREÇOS Nº 16/2007 DO MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO. **VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM CONSÓRCIO. VIOLAÇÃO DA AMPLA CONCORRÊNCIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO DECLARADO NULO.** A Tomada de Preços visava à contratação de empresa para prestação dos serviços de vigilância volante e operação de embarcação pluvial. Certame do tipo Menor Preço Global que se atém apenas aos requisitos legais e à proposta de menor valor. **Cláusula 2.1.2 do Edital obstativa da formação de consórcio que ofende o art. 33 da Lei 8.666/93 e não atende ao interesse público. Decretação de nulidade do pacto que se impunha. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. COMPETITIVIDADE.** EDITAL. ALTERAÇÃO. EXIGÊNCIA. SERVIÇO DE VIGILÂNCIA ARMADA. OPERADOR DE EMBARCAÇÃO FLUVIAL. **Constitui ato de improbidade administrativa inserir o Presidente da Comissão de Licitação, de ofício, sem solicitação de alguma**

Secretaria Municipal, no edital de licitação, exigência manifestamente descabida para o fim de frustrar a competitividade do certame. Hipótese em que, no edital para contratação do serviço de vigilância armada volante, se incluiu a de operador de embarcação fluvial, o qual jamais foi prestado. **NULIDADE DO CONTRATO. SERVIÇO PRESTADO RESSARCIMENTO DESCABIDO.** A procedência da ação com o ressarcimento do dano pressupõe que o ato cuja nulidade se declara seja lesivo ao patrimônio público. Ausente a comprovação, não é devido o ressarcimento. Não há causa de imputação de responsabilidade à empresa contratada, que não praticou qualquer ato ilícito. Os valores percebidos em razão de efetiva prestação de serviço não necessitam ser devolvidos. APELO DO MUNICÍPIO DESPROVIDO. UNÂNIME. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. POR MAIORIA.” (TJ/RS, Apelação Cível Nº 70052803954, Vigésima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Kraemer, Julgado em 28/11/2013).

[destaque original]

Portanto, sempre que o objeto **licitado for marcadamente vultuoso ou de composição complexa e inomogênea**, como no caso concreto, o ente licitante deverá obrigatoriamente admitir a participação de coligações empresárias no certame. Em outras palavras, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro e o seu conjunto de princípios informadores impõem a admissão de consórcios em grandes ou heteróclitas licitações – sob pena de restar asfixiado o princípio da competitividade e, em algumas circunstâncias, a própria licitação acabar convertida em procedimento inidôneo e ineficaz.

Não em outro sentido, o Tribunal de Contas da União vem reiteradamente determinando que, em casos dessa natureza, o Administrador ou bem parcela o objeto licitado em diversos procedimentos, se possível for, ou bem realiza uma só concorrência, devendo, neste caso, impositivamente admitir a participação de empresas em consórcio. Ilustrativos dessa tendência jurisprudencial são os seguintes julgados:

“9.1.1. considerando o disposto no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 8.883/94, e na Súmula 247 do Tribunal, realize o parcelamento do objeto da licitação a ser promovida com vistas à contratação das obras, serviços e fornecimentos necessários à Implantação e Complementação do Centro de Lançamento de Alcântara e Centro Espacial de Alcântara, **devendo proceder anteriormente, para fundamentar a escolha da forma de configuração dos “blocos” ou “lotes” a serem formados em função do parcelamento, a estudos técnicos que considerem as características de mercado e que indiquem a alternativa de divisão que melhor satisfaz aos princípios da competitividade, da isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração,** respeitadas as limitações

de ordem técnica, **sem prejuízo da possibilidade alternativa de realizar concorrência única para a contratação de todo o complexo ou conjunto com um só licitante, mas, neste caso, desde que admitida expressamente a participação no certame de empresas em consórcio, como forma de assegurar o parcelamento material do objeto, respeitando as regras prescritas no art. 33 da Lei 8.666/93.**” (TCU, Acórdão 108/2006, Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, com nova redação conferida pelo Acórdão 766/2006, também do Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes).

“A jurisprudência deste Tribunal já se firmou no sentido de que a admissão ou não de consórcio de empresas em licitações e contratações é competência discricionária do administrador, devendo este exercê-la sempre mediante justificativa fundamentada. Não obstante a participação de consórcio seja recomendada sempre que o objeto seja considerado de alta complexidade ou vulto, tal alternativa também não é obrigatória. **Devem ser consideradas as circunstâncias concretas que indiquem se o objeto apresenta vulto ou complexidade que torne restrito o universo de possíveis licitantes. Somente nessa hipótese, fica o administrador obrigado a autorizar a participação de consórcio de empresas no certame, com o intuito precípuo de ampliar a competitividade e proporcionar a obtenção da proposta mais vantajosa.**” (TCU, Acórdão 2.831, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes).

[nosso destaque]

Nessa linha, mostra-se oportuno registrar que o TCU, acertadamente, já reputou ilegal até mesmo a injustificada restrição do número de empresas integrantes de cada consórcio, em dado procedimento licitatório – por entender que, ante às características do objeto então licitado, tal prática implicaria constrição excessiva do caráter competitivo do procedimento. Confira-se trecho da mencionada decisão:

“O parecer técnico não recomenda a limitação do número de empresas por consórcio. Mesmo que recomendasse, isto não seria suficiente para se justificar limitação não prevista na Lei. Além de não prevista na Lei, tal limitação, no presente caso, conforme exposto na análise inicial desta ocorrência, é fator de forte restrição ao caráter competitivo do certame. Dadas as peculiaridades, a dimensão, a quantidade e a diversidade de obras, serviços e sistemas, alguns bastantes específicos, que compõem o objeto da licitação, limitar o número de empresas por consórcio, ainda mais em apenas três, certamente limitará em muito o número de consórcios que se formarão com

possibilidade de cumprir todas as exigências de qualificação técnica, quanto mais se perdurarem as que constaram do edital da Concorrência 002 [003]/AEB/06”.

[destaque original]

Mesmo se pudéssemos entender, como no passado fora, que o administrador público pudesse promover a vedação de participação de empresas por consórcio apenas com mera justificativa, ressoa evidente, nessa perspectiva, que a decisão administrativa não pode se fundamentar em considerações abstratas e genéricas e, muito menos, **fingir** que o valor previsto no orçamento é de pequeno vulto e que o objeto não envolve questões complexas, *in verbis*:

“9.1 - Não poderão concorrer nesta licitação as sociedades empresárias e empresários:

(...)

9.1.3 - Em consórcio de empresas, qualquer que seja a sua forma de constituição. Fica vedado a formação de consórcio, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.666/93, pois a vedação não tornará restrito o universo de possíveis licitantes individuais, por conseguinte, não ocasionará qualquer prejuízo à competitividade do certame; especialmente, **porque o objeto da contratação não envolve questões de alta complexidade**, múltiplas especialidades **ou grande vulto econômico** os quais, por consequência, teriam o condão de afastar a possibilidade de participação isolada dos interessados;

(...)”

[nosso destaque]

Imperiosos destacar que, o próprio Termo de Referência – Anexo I do Edital em seu item 5.7, contradiz a errônea motivação que levou o gestor público a decidir pela proibição da participação por consórcio. *In verbis*:

“5.7. As referidas parcelas de relevância técnico-operacional são referentes aos serviços, interpretados pelo setor técnico como aqueles que possuem mais complexidade técnica em sua execução, e portanto, sua eventual inexecução, ou má execução, importe em riscos elevados à Administração. **Outrossim, considerando tratar-se de uma solicitação vultuosa de registro de preços, é imprescindível que o fornecedor comprove que já gerenciou as parcelas de relevância técnico-operacional indicadas.**”

[nosso destaque]

Considerando tudo acima exposto, as dimensões e a complexidade crescentes das atividades públicas e, via de consequência, do objeto desta licitação pública com valor estimado (item 5.1) de **R\$ 151.659.658,55** (*cento e cinquenta e um milhões seiscentos e cinquenta e nove mil seiscentos e cinquenta e oito reais e cinquenta e cinco centavos*), correspondente a **22,12%** (*vinte e dois vírgula doze por cento*) do Orçamento (R\$ 685.641.994,12) de Armação dos Búzios para este ano de 2023, pode-se afirmar que a associação consorcial no âmbito desta contratação administrativa consiste em fenômeno de grande atualidade, relevância e de imperiosa necessidade.

2.2. A IMPOSSIBILIDADE DE EXIGIR COMO PARCELA DE MAIOR RELEVÂNCIA E VALOR SIGNIFICATIVO, ITEM COM VALOR ÍNFIMO EM RELAÇÃO AO PREÇO GLOBAL DA PLANILHA (ITEM 10.5.1.7.2 DO EDITAL E 5.6.3. DO TERMO DE REFERÊNCIA), QUE NÃO TENHA SINGULARIDADE PRÓPRIA (ITEM 10.5.1.7.2 DO EDITAL E 5.6.2 DO TERMO DE REFERÊNCIA) CAPAZ DE SER CONSIDERADO DE SUMA RELEVÂNCIA, E AINDA, QUE NÃO CONSTE NA PLANILHA ORÇAMENTÁRIA

Com o fim de regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o Congresso Nacional decretou e o presidente da república sancionou a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, cujo propósito foi estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Destaca-se que estão subordinados ao regime da citada lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, a Lei n.º 8.666/93 disciplina exigências cabíveis para a comprovação, pelos licitantes, da sua aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação. Em relação a obras e serviços, a lei determina que a comprovação da aptidão deverá ser feita da seguinte forma:

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

"§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:

I - capacitação técnica 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; §2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório."

[nosso destaque]

Ou seja, os licitantes deverão apresentar atestados que demonstrem sua experiência anterior na realização de obra ou serviço semelhante àquele que é OBJETO do edital, conforme exigido pela Administração. No entanto, essas exigências por parte da Administração são limitadas às "parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação".

A maior relevância e o valor significativo são um binômio e, devem ser interpretados em conjunto, ou seja, não basta a parcela ter relevância técnica, ela também deverá ter um valor expressivo e vice versa e tem que constar na planilha orçamentária.

Nesse sentido, após diversas intervenções do Tribunal de Contas da União, em 1º de fevereiro de 2008, o DNIT editou a Portaria nº 108, dispondo o seguinte:

"Considerando determinações do Ministério dos Transportes, por meio da Instrução Normativa 01, de 04 de outubro de 2007, e do Egrégio Tribunal de Contas no que diz respeito aos procedimentos e exigências a serem adotados quanto às capacitações técnicas previstas nos editais de licitação, resolve:

Art. 1º Determinar que a exigência de Capacitação Técnica se restrinja aos itens de maior relevância técnica e financeira contidos no objeto a ser licitado em número máximo de 8 (oito) e não superior a 50% (cinquenta por cento) das quantidades licitadas para o serviço específico.

Art. 2º Os itens de maior relevância são entendidos como aqueles que constem do objeto licitado em valor igual ou superior a 4% (quatro por cento).

Art. 3º Revoga-se a Portaria nº 721, de 9 de maio de 2007.

Art. 4º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação."

DS
ALDSR

[nosso destaque]

Assim, muito embora tal portaria seja do DNIT, trata-se de mais uma evidência da tendência de se reprimir exigências desnecessárias ou meramente formais a respeito do tema de qualificação técnica em matéria de licitações. Com isso, tomaremos essa portaria como norte de nossa tese.

Como visto acima, a Portaria nº 108 do DNIT estabeleceu que serão considerados "itens de maior relevância aqueles que constem do objeto licitado em valor igual ou superior a 4% (quatro por cento)". Ou seja, os itens que somem menos de 4% do valor da obra, não poderão ser exigidos para atestar a qualificação técnica dos licitantes.

De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO, a determinação do §2º do art. 30, da Lei 8.666/93 "destina-se a assegurar o vínculo de pertinência entre a exigência de experiência anterior e o objeto licitado. A essência da questão reside em que a comprovação de experiência anterior como requisito de habilitação não se justifica por si só. Trata-se de condicionamento de natureza instrumental, destinado a restringir a participação no certame aos sujeitos que não detenham condições de executar o objeto licitado"¹⁹.

De fato, itens que representem menos de 4% (quatro por cento) do valor total da obra objeto do edital não são aptos a demonstrar qualquer vínculo de pertinência com o objeto da obra, quanto mais ainda, os itens que não constam na planilha orçamentária. Com isso, não podem ser considerados indispensáveis à demonstração da aptidão do licitante para executar a obra ou o serviço objeto do edital.

No caso concreto, o item 5.6.3²⁰ do Termo de Referência e o item 10.5.1.7.3²¹ do edital, que definem como parcela de relevância técnica e valor significativo o item 28 (05.080.0020-0) da Planilha Orçamentária (ENSECADEIRA DE ESTACAS-PRANCHAS DE AÇO EM CAVAS OU VALAS COM PROFUNDIDADE ATE 4,00M. O CUSTO INCLUI O FORNECIMENTO, EXECUÇÃO E RETIRADA DE TODOS OS MATERIAIS, CONSIDERANDO A REUTILIZAÇÃO DE 60 VEZES PARA ESTACAS-PRANCHAS E 10 VEZES PARA GUIAS E ESTRONCAS DE MADEIRA, EXCL. ESCAVAÇÃO. MEDIÇÃO DO SERVIÇO SERÁ PELA SUPERFÍCIE ÚTIL COBRINDO PAREDES DAS CAVAS OU VALAS), não atinge 4% (quarto por cento) do valor global, vejamos:

¹⁹ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12. ed., São Paulo: Dialética, 2008, p.416.

²⁰ "5.6.3. ENSECADEIRA DE ESTACAS-PRANCHAS DE AÇO EM CAVAS OU VALAS COM PROFUNDIDADE ATE 4,00M. O CUSTO INCLUI O FORNECIMENTO, EXECUÇÃO E RETIRADA DE TODOS OS MATERIAIS, CONSIDERANDO A REUTILIZAÇÃO DE 60VEZES PARA ESTACAS-PRANCHAS E 10 VEZES PARA GUIAS DE ESTRONCAS DE MADEIRA, EXCL. ESCAVAÇÃO. MEDIÇÃO DO SERVIÇO SERÁ PELA SUPERFÍCIE ÚTIL COBRINDO PAREDES DAS VALAS, na quantidade mínima de 8.000M2;"

²¹ "10.5.1.7.3 - ENSECADEIRA DE ESTACAS-PRANCHAS DE AÇO EM CAVAS OU VALAS COM PROFUNDIDADE ATE 4,00M. O CUSTO INCLUI O FORNECIMENTO, EXECUÇÃO E RETIRADA DE TODOS OS MATERIAIS, CONSIDERANDO A REUTILIZAÇÃO DE 60 VEZES PARA ESTACAS-PRANCHAS E 10 VEZES PARA GUIAS DE ESTRONCAS DE MADEIRA, EXCL. ESCAVAÇÃO. MEDIÇÃO DO SERVIÇO SERÁ PELA SUPERFÍCIE ÚTIL COBRINDO PAREDES DAS VALAS, na quantidade mínima de 8.000M2;"

CP 003/2023 - BÚZIOS								
Descrição	08.015.0267-0		04.005.0015-0		05.080.0020-0		06.004.0253-1	
	Revestimento de concreto usinado a quente		Transporte de carga de qualquer natureza		Enscadeira de estacas-pranchas de aço em cavas ou valas		Canal pré-fabricado, em concreto protendido e/ou armado	
	9500 T		3000000 TKKM		3000 m ²		3000 m ²	
4% do valor total:	R\$ 11.447.106,00	10,19%	R\$ 10.747.880,10	7%	R\$ 1.827.189,00	1,20%	R\$ 7.063.288,00	18,63%
50% do quantitativo:	OK		OK		OK		OK	

Sendo o valor global de R\$ **151.659.658,55**²² igual a 100% (cem por cento) e o valor de R\$ 1.827.189,00 do item 28. Multiplicando o valor do item 28 por 100 e, depois, dividindo o resultado pelo valor total da planilha, verifica-se que o item 28 corresponde, tão somente, a 1,20% (um virgula vinte por cento) da obra.

Dessa maneira, as “ENSCADEIRA DE ESTACAS-PRANCHAS DE AÇO EM CAVAS OU VALAS COM PROFUNDIDADE ATE 4,00M. O CUSTO INCLUI O FORNECIMENTO, EXECUÇÃO E RETIRADA DE TODOS OS MATERIAIS, CONSIDERANDO A REUTILIZAÇÃO DE 60 VEZES PARA ESTACAS-PRANCHAS E 10 VEZES PARA GUIAS E ESTRONCAS DE MADEIRA, EXCL. ESCAVAÇÃO. MEDIÇÃO DO SERVIÇO SERÁ PELA SUPERFÍCIE ÚTIL COBRINDO PAREDES DAS CAVAS OU VALAS”, não tem valor significativo, não podendo constar como parcela de relevância técnica e valor significativo para esse certame.

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, já decidiu que não é possível a exigência de itens que representem parcela ínfima do futuro contrato como requisito de qualificação técnica. Com base no acórdão nº 170/2007 - Plenário, itens que representam 2,93% do valor total da obra não podem ser considerados parcela de maior relevância e, assim, não podem ser exigidos a título de qualificação técnica.

"REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS: COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA, VÍNCULO EMPREGATÍCIO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO, CAPITAL SOCIAL E GARANTIA, ÍNDICES CONTÁBEIS E CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO. VEDAÇÃO INDEVIDA DE SOMATÓRIO DE ATESTADOS. PROCEDÊNCIA. ANULAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO.

1. Exigir-se comprovação de capacidade técnica para parcelas da obra que não se afiguram como sendo de relevância técnica e financeira, além de restringir a competitividade do certame, constitui-se em clara afronta ao estabelecido pelo art. 30 da Lei 8.666/93 e vai de encontro ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. (...)"

[nosso destaque]

²² 100% do Valor Total Desonerado com B.D.I.

Do texto da decisão extrai-se o seguinte:

13. O primeiro questionamento feito pela representante diz respeito à participação, no valor total da obra, de 3 (três) das 6 (seis) parcelas de maior relevância fixadas no edital, que corresponderiam a apenas 2% do custo total estimado da obra. Este ponto não foi enfrentado nem pelos responsáveis nem pela empresa Volume.

(...)

15. Observa-se que o custo das parcelas de maior relevância fixadas no edital da Concorrência nº 04/06 monta a R\$ 60.898,06, o que representa apenas 2,93% do custo total estimado das obras de reforma e ampliação do Hospital Municipal de Magé. Não podem, destarte, ser consideradas parcelas de relevância técnica e de valor significativo, como exige a Lei de Licitações e Contratos em seu art. 30, I e § 2º: (...)" (Rel. Min. Valmir Campelo, publicado no DOU 16/02/2007).

O TCU decidiu, ainda, que não é possível somar-se os custos dos itens de pequeno valor para justificar a sua exigência pelo edital:

"d) em relação à comprovação de experiência de itens de pouco valor, a Lei nº 8.666/93 é clara ao limitar a exigência aos itens de maior relevância e valor significativo. (...)

e) não é suficiente somar os custos de todos os itens para os quais se exigiu comprovação de experiência, chegar num percentual de 33,72%, e afirmar que este valor é representativo. O fato é que integram este valor de 33,72% parcelas de 1,70%, 2,02%, 2,50%, 2,59% e 2,81%." (Acórdão 2383/2007 - Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler, publicado no DOU de 20/11/2007)

[Nosso destaque]

Além disso, ao analisar a legalidade de edital do DER/SC, o TCU que: "O item 6.4.2.1 do Edital de concorrência nº 0124/01, do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Santa Catarina, definiu quais as parcelas de 'maior relevância', incluindo dentre elas o 'fornecimento e aplicação de drenos verticais sintéticos em quantidade igual ou superior a 100.000 metros lineares'. Entretanto, tal item não possui valor significativo em relação ao objeto licitado, representando apenas 2,7% do orçamento total da obra. Em relação a ele não poderia, por conseguinte, ser exigida a apresentação de atestados, nos termos do inciso I, do §1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93" (Decisão nº 574/2002 - Processo nº 004.912/2002-5, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, publicado no DOU 11.6.2002).

Ainda em outra oportunidade, considerou que a exigência de comprovação de serviço que representa apenas 3,8% do total do objeto licitado também é indevida. Confira-se:

"3. Veja-se que a exigência de que fosse apresentada comprovação de habilitação técnica para a execução de rede de 69 KV se deu com inobservância à limitação constante do referido inciso I do § 1º do art. 30 e revelou-se restritiva e inoportuna: restritiva, porque resultou na inabilitação de licitantes; inoportuna, porque os serviços relativos à rede de 69KV não representavam, nos contratos originais, sequer 3,8% de seu valor total." (AC-0167-28/01-Plenário TC-006.368/2000-0 - grifo nosso).

Desse modo, constata-se que o TCU considera que a exigência de comprovação de experiência na prestação de itens que correspondem (por exemplo) a 3,8%, 2,93% e 2,7% do valor da futura contratação é indevida porque restringe a concorrência.

Permitir a exigência de parcela que representem menos de 4% da obra objeto da licitação configuraria restrição à competitividade e contrariaria frontalmente a Lei 8.666/93, que expressamente limita as exigências de qualificação técnica às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, quanto mais se permitir um item que não consta na planilha orçamentária.

Assim, a Portaria n.º 108 do DNIT, que aqui foi nosso norte, sedimenta o que já vinha sendo decidido pelo Tribunal de Contas da União, também com relação às parcelas de maior relevância e de valor significativo, devendo, por pura lógica e prudência, ser considerada como norte para o processo licitatório em questão.

Quanto ao item 5.6.2²³ do Termo de Referência e o item 10.5.1.7.2²⁴ do edital (TRANSPORTE DE CARGA DE QUALQUER NATUREZA, EXCLUSIVE AS DESPESAS DE CARGA E DESCARGA, TANTO DE ESPERA DO CAMINHAO COMO DO SERVENTE OU EQUIPAMENTO AUXILIAR, A VELOCIDADE MEDIA DE 50KM/H, EM CAMINHAO TRUCADO DE CARROCERIA FIXA A OLEO DIESEL, COM CAPACIDADE UTIL DE 12T, na quantidade mínima de 5.000.000, 00 T x KM.), ocorre o inverso.

Apesar de atingir métrica superior a 4% (quatro por cento) do total da Planilha Orçamentária, tal item não traz nenhuma característica para ser um item de relevância técnica. A própria descrição do item não é

²³ "5.6.2. TRANSPORTE DE CARGA DE QUALQUER NATUREZA, EXCLUSIVE AS DESPESAS DE CARGA E DESCARGA, TANTO DE ESPERA DO CAMINHAO COMO DO SERVENTE OU EQUIPAMENTO AUXILIAR, A VELOCIDADE MEDIA DE 50KM/H, EM CAMINHAO TRUCADO DE CARROCERIA FIXA A OLEO DIESEL, COM CAPACIDADE UTIL DE 12T, na quantidade mínima de 5.000.000, 00 T x KM."

²⁴ "10.5.1.7.2 - TRANSPORTE DE CARGA DE QUALQUER NATUREZA, EXCLUSIVE AS DESPESAS DE CARGA E DESCARGA, TANTO DE ESPERA DO CAMINHAO COMO DO SERVENTE OU EQUIPAMENTO AUXILIAR, A VELOCIDADE MEDIA DE 50KM/H, EM CAMINHAO TRUCADO DE CARROCERIA FIXA A OLEO DIESEL, COM CAPACIDADE UTIL DE 12T, na quantidade mínima de 5.000.000, 00 T x KM."

precisa quanto a serventia de comprovar relevante serviço anterior: “transporte de qualquer natureza”. Ou seja, o item é genérico possibilitando que qualquer transporte sirva como comprovação de aptidão anterior. Isso não é o que se espera de um item relevante. Um item de relevância técnica tem que ser singular, próprio e trazer elemento de natureza técnica relevante a execução do contrato.

Por fim, temos o absurdo dos itens 10.5.1.4²⁵, 10.5.1.5²⁶ e 10.5.1.6²⁷ listados como parcelas de relevância técnica e valor significativo, mas que não seguem nenhum critério legal e, também, não constam como itens individualizados da Planilha Orçamentária

2.3. A IMPOSSIBILIDADE, EM SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS (SRP), DE EXIGENCIA DE QUANTIDADES MÍNIMAS NAS PARCELAS DE RELEVÂNCIA TÉCNICA E VALOR SIGNIFICATIVO (ITENS 10.5.1.7.1, 10.5.1.7.2, 10.5.1.7.3 e 10.5.1.7.4 DO EDITAL E ITENS 5.6.1, 5.6.2, 5.6.3 e 5.6.4 DO TERMO DE REFERÊNCIA), COMO CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO DA EXPERIÊNCIA TÉCNICA ANTERIOR DAS LICITANTES.

De antemão, é vedado, por lei, a exigência de quantitativo mínimo. O inciso I, do § 1º do art. 30, da Lei n.º 8.666/93 que norteia esse edital é claro:

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;**

[nosso destaque]

Sabe-se que os mais desavisados irão argumentar que a jurisprudência permite a exigência de quantidades mínimas para capacitação técnico-operacional, mesmo tal possibilidade ter sido alvo de veto presidencial. Mas considerou-se que o edital da CP 003/2023 é sui generis, realizado nos moldes do Sistema de Registro de Preços? É certo que não!

DS
ALDSR

²⁵ “Comprovação por parte do licitante de que prestou ou está prestando serviços de manutenção de pavimentação em logradouro público”

²⁶ “Comprovação por parte do licitante de que prestou ou está prestando serviços de manutenção de águas pluviais em logradouro público”

²⁷ “Comprovação por parte do licitante de que prestou ou está prestando serviços de manutenção de esgotos sanitários em logradouro público”

Em apertada síntese, o **Sistema de Registro de Preços é um procedimento especial de licitação, que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão** sui generis, selecionando a proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, para **eventual e futura contratação** pela Administração.

O Sistema de Registro de Preços, nos termos do Decreto Federal n.º 7.892/2013, tem como conceito a contratação de serviços ou aquisição de bens futuras e, tendo sua quantidade e tempo para tais contratações e/ou aquisições, incerta. Senão vejamos:

“Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

I - Sistema de Registro de Preços - conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, **para contratações futuras**;

II - ata de registro de preços - documento vinculativo, obrigacional, com característica de **compromisso para futura contratação**, em que se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas;

(...)

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

(...)

IV - **quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.**”

[nosso destaque]

É da condição, do próprio SRP em questão, cláusula que o negócio jurídico (prestação dos serviços) será futuro e incerto. Ou seja, a administração pública não sabe o quanto e, nem quando, usará os serviços que objeto da CP n.º 003/2023. Senão vejamos o que diz o Código Civil a respeito desta condição:

“Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”

[destaque original]

Dessa maneira, em SRP a luz da Lei n.º 8.666/93, é imprestável a exigência de quantidades mínimas de execução anterior, como prova de qualificação técnica, mesmo se essa exigência não exceder 50% (cinquenta por cento) da quantidade total do item escolhido.

Isso porque, o SRP não dá garantia nenhuma ao licitante vencedor que este prestará os serviços e, caso seja convocado a prestá-lo, não lhe é assegurado qualquer direito a quantidade que será prestada. Não podendo, dessa maneira, condicionar a habilitação das licitantes com métricas que, sequer se sabe se serão executadas. Não se tem referência da quantidade em um SRP.

Nesse sentido, assim depreende o § 4º do art. 15, da Lei n.º 8.666/1993:

“§ 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.”

[nosso destaque]

Nessa mesma lógica da imprevisibilidade do tempo e quantidade da contratação/execução dos serviços deste certame, o item 7.1 do Termo de Referência, justifica a não apresentação de “projetos no primeiro momento”, e ainda, deixa a entender que para cada serviço/etapa será formalizado um contrato, *in verbis*:

“7.1 Tratando-se de Registro de Preços, por Concorrência Pública, esta Secretaria de Obras, Saneamento e Drenagem entende que não há necessidade de apresentação de projetos neste primeiro momento. Que os mesmos serão entregues à CONTRATADA, a cada emissão de Ordem de Início de Serviço para cada contrato pretenso a futura Ata de Registro de Preços.”

[nosso destaque]

Sendo o tempo e a quantidade da contratação impossível de ser prevista pela administração pública, ou mesmo, garantida aos licitantes sua contratação, torna-se imprestável, para não dizer restritiva, a exigência de quantitativos mínimos que constam nos itens 10.5.1.7.2, 10.5.1.7.3 e 10.5.1.7.4²⁸ do edital e itens 5.6.1, 5.6.2, 5.6.3 e 5.6.4²⁹ do Termo de Referência.

²⁸ “10.5.1.7.1 - REVESTIMENTO DE CONCRETO BITUMINOSO USINADO A QUENTE, IMPORTADO DE USINA, EXECUTADO EM UMA CAMADA, DE ACORDO COM AS INSTRUÇÕES/ESPECIFICAÇÕES DO CONTRATANTE, COMPREENDENDO PREPARO, ESPALHAMENTO E COMPACTAÇÃO MECÂNICOS E OS MATERIAIS, EXCLUSIVE TRANSPORTE DA USINA PARA PISTA, na quantidade mínima de 9.500,00 T; 10.5.1.7.2 - TRANSPORTE DE CARGA DE QUALQUER NATUREZA, EXCLUSIVE AS DESPESAS DE CARGA E DESCARGA, TANTO DE ESPERA DO CAMINHÃO COMO DO SERVENTE OU EQUIPAMENTO AUXILIAR, A VELOCIDADE MÉDIA DE 50KM/H, EM CAMINHÃO TRUCADO DE CARROCERIA FIXA A ÓLEO DIESEL, COM CAPACIDADE ÚTIL DE 12T, na quantidade mínima de 5.000.000, 00 T x KM.; 10.5.1.7.3 - ENSECADREIRA DE ESTACAS-PRANCHAS DE AÇO EM CAVAS OU VALAS COM PROFUNDIDADE ATÉ 4,00M. O CUSTO INCLUI O FORNECIMENTO, EXECUÇÃO E RETIRADA DE TODOS OS MATERIAIS, CONSIDERANDO A REUTILIZAÇÃO DE 60 VEZES PARA ESTACAS-PRANCHAS E 10 VEZES PARA GUIAS DE ESTRONCAS DE MADEIRA, EXCL. ESCAVAÇÃO. MEDIÇÃO DO SERVIÇO SERÁ PELA

Mesmo se fosse possível fazer um exercício hipotético, afastando desse certame os fundamentos da Lei n.º 8.666/93, utilizando as métricas da Nova Lei de Licitações e Contratados (Lei n.º 14.133/2021), em que o órgão público é obrigado a lançar na planilha orçamentária quantidades e valores mínimos e quantidades e valores máximos a serem contratados, a métrica da exigência de quantitativos mínimos para o SRP, que consta nos itens 10.5.1.7.2, 10.5.1.7.3 e 10.5.1.7.4 do edital e itens 5.6.1, 5.6.2, 5.6.3 e 5.6.4 do Termo de Referência, deveria tomar como base a 'coluna da planilha orçamentária' que fossem lançadas as quantidades e valores mínimos da que a administração garante e se obriga a contratar.

Não pode um critério de avaliação de capacidade técnica anterior ser usado sem critério e, dessa maneira, restringir a participação do maior número de licitantes do certame. Isso não se alinha com o objetivo do processo licitatório!

Noutro giro, mas ainda sobre o tema, nos causa espécie o valor estimado do certame de **R\$ 151.659.658,55** (cento e cinquenta e um milhões seiscientos e cinquenta e nove mil seiscientos e cinquenta e oito reais e cinquenta e cinco centavos) que é **22,12%** (vinte e dois vírgula doze por cento) do valor de todo orçamento do município de Armação dos Búzios para o corrente ano de 2023³⁰. **Sendo quase 6x (seis vezes) maior que o orçamento (R\$ 27.357.738,38) definido para todas as ações da Secretaria Municipal demandante.**

Então, pergunta-se:

- (1) De onde saíram as métricas/quantidades dos itens licitados, constantes na Planilha Orçamentária (Anexo I.III do Termo de Referência), pois sequer os projetos foram apresentados³¹?
- (2) Como exigir quantitativos mínimos baseados em uma planilha orçamentária sem nenhuma garantia/obrigatoriedade de contratação?

SUPERFÍCIE ÚTIL COBRINDO PAREDES DAS VALAS, na quantidade mínima de 8.000M2; 10.5.1.7.4 - CANAL PRÉ-FABRICADO, EM CONCRETO PROTENDIDO E/OU ARMADO, COM SEÇÃO EM "U", MEDIDO PELA ÁREA DO PERÍMETRO INTERNO DA SEÇÃO VEZES O CUMPRIMENTO DO CANAL, FORNECIMENTO E ASSENTAMENTO, na quantidade mínima de 3000, 00 M2."

²⁹ "5.6.1. REVESTIMENTO DE CONCRETO BITUMINOSO USINADO A QUENTE, IMPORTADO DE USINA, EXECUTADO EM UMA CAMADA, DE ACORDO COM AS INSTRUÇÕES/ESPECIFICAÇÕES DO CONTRATANTE, COMPREENDENDO PREPARO, ESPALHAMENTO E COMPACTAÇÃO MECÂNICOS E OS MATERIAIS, EXCLUSIVE TRANSPORTE DA USINA PARA PISTA, na quantidade mínima de 9.500,00 T; 5.6.2. TRANSPORTE DE CARGA DE QUALQUER NATUREZA, EXCLUSIVE AS DESPESAS DE CARGA E DESCARGA, TANTO DE ESPERA DO CAMINHÃO COMO DO SERVENTE OU EQUIPAMENTO AUXILIAR, A VELOCIDADE MÉDIA DE 50KM/H, EM CAMINHÃO TRUCADO DE CARROCERIA FIXA A ÓLEO DIESEL, COM CAPACIDADE ÚTIL DE 12T, na quantidade mínima de 5.000.000, 00 T x KM. 5.6.3. ENSECADREIRA DE ESTACAS-PRANCHAS DE AÇO EM CAVAS OU VALAS COM PROFUNDIDADE ATÉ 4,00M. O CUSTO INCLUI O FORNECIMENTO, EXECUÇÃO E RETIRADA DE TODOS OS MATERIAIS, CONSIDERANDO A REUTILIZAÇÃO DE 60 VEZES PARA ESTACAS-PRANCHAS E 10 VEZES PARA GUIAS DE ESTRONCAS DE MADEIRA, EXCL. ESCAVAÇÃO. MEDIÇÃO DO SERVIÇO SERÁ PELA SUPERFÍCIE ÚTIL COBRINDO PAREDES DAS VALAS, na quantidade mínima de 8.000M2; 5.6.4. CANAL PRÉ-FABRICADO, EM CONCRETO PROTENDIDO E/OU ARMADO, COM SEÇÃO EM "U", MEDIDO PELA ÁREA DO PERÍMETRO INTERNO DA SEÇÃO VEZES O CUMPRIMENTO DO CANAL, FORNECIMENTO E ASSENTAMENTO, na quantidade mínima de 3000, 00 M2".

³⁰ <https://www.armacaodosbuzios.rj.leg.br/sobrecmab/noticias/loa-e-encaminhada-na-camara-municipal-de-buzios>

³¹ "7.1 **Tratando-se de Registro de Preços, por Concorrência Pública, esta Secretaria de Obras, Saneamento e Drenagem entende que não há necessidade de apresentação de projetos neste primeiro momento. Que os mesmos serão entregues à CONTRATADA, a cada emissão de Ordem de Início de Serviço para cada contrato pretenso a futura Ata de Registro de Preços.**" [nosso destaque]

DS
ALDSR

(3) E ainda, por que despender recursos públicos para licitar objeto impossível de ser executado no valor, quantidades e prazos exigidos no edital?

2.4. A CLARA RESTRIÇÃO NA COMPETIÇÃO COM A VEDAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE ATESTATOS PARCIAIS E/OU DE SUBOCONTRATAÇÕES (ITENS 10.5.2.1.3 E 10.5.2.1.4 DO EDITAL E ITENS 6.1.3 E 6.1.4 DO TERMO DE REFERÊNCIA)

O atestado de capacidade técnica é o documento destinado à comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto de uma licitação, e indicação das instalações, do aparelhamento e do pessoal técnico para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.

Em outras palavras, este documento servirá para que a contratante tenha conhecimento se a licitante possui qualificação técnica profissional e/ou operacional para executar o objeto indicado no edital. Sua finalidade é, também, a de demonstrar que a licitante atuou no ramo pertinente ao objeto.

A norma licitatória (Lei 8.666/93) traz, especificamente em seu art. 30, inciso II, a tratativa da capacidade técnico-operacional dos licitantes, denotando, que a comprovação de sua capacidade, se dará mediante a apresentação de atestado de aptidão para o desempenho de atividade compatível com o objeto da licitação, em características, quantidades e prazos.

O D. Tribunal de Contas da União – TCU tem demonstrado com clareza que a aludida habilidade necessita ser provada unicamente mediante a demonstração de serviços análogos, sendo impedido o ultimato de comprovação com quaisquer entraves não previstos em lei que inibam a participação na licitação, e assim está amplamente demonstrado no Acórdão TCU de nº. 2882/2008-Plenário, *in part*:

“(…)

9.3. determinar à Piauí Turismo – PIEMTUR que, em relação à elaboração dos atos convocatórios das futuras licitações envolvendo a aplicação de recursos públicos federais, abstenha-se de:

(…)

9.3.2. estabelecer exigências desnecessárias ou excessivas, que restrinjam indevidamente a competitividade dos certames, tal como a exigência de capacidade técnica do licitante para a execução de parcelas de serviços de natureza especializada que não tenha maior relevância e valor significativo, nos termos do art. 30, §§ 1º e 2º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, limitando-se, nos editais de suas próximas licitações, a previsão de exigências de capacidade técnica aos requisitos mínimos necessários à garantia da execução do contrato e à segurança da obra ou serviço;
(...)”

[nosso destaque]

É cediço falar que a Administração e/ou o particular podem atestar, gradativamente, durante uma obra, que as contratadas tenham capacidade na execução do objeto contratado, ou parte dele. No entanto, não se pode esquecer, também, que o parcelamento de objetos é regra na licitação.

Nesse sentido, compete mencionar, preliminarmente, o conteúdo do art. 23, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

"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.**"

[nosso destaque]

Ora se própria lei permite o fracionamento dos objetos dos certames e, não existe previsão legal alguma que proíba o administrado de apresentar atestados parciais, ou mesmo, atestados de subcontratação, não pode a administração pública municipal fazer tal vedação no edital da CP 003/2023, sob pena de ferir de morte o princípio da estrita legalidade e promover, deliberadamente, a restrição da competição.

4. PEDIDOS

Por fim, ante o exposto, invocando os doutos suplementos do **CULTO JULGADOR**, esperando, baseado no princípio da estrita legalidade e do julgamento objetivo e nos demais princípios elencados na Lei n°. 8.666/93 e, em decisões anteriores dessa Comissão de Licitações, e ainda, que a administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais³², a **WES EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.** de pronto requer:

4.1 que seja, de qualquer sorte, recebido esta **IMPUGNAÇÃO**, por ser esta tempestiva, consoante disposto no § 2º, do artigo 41, da Lei Procedimental das Licitações e, que a presente, seja encaminhada a apreciação da autoridade competente, e a final seja, em até 3 (três) dias, julgada procedente, para que sejam revistas e reformulados os erros **IN CASU** de forma a atender o conjunto de normas indicadas, a fim de, garantir a aplicação do direito positivo na sua exatidão;

4.2 que seja a Impugnante intimada através de seu proprietário, no endereço mencionado na qualificação;

4.3 que seja dada a devida publicidade a presente **IMPUGNAÇÃO**, para que as demais licitantes e a sociedade civil tomem conhecimento das alterações realizadas a partir desta, nos termos do item 20.6 do edital;

4.4 Por derradeiro, caso seja acolhida/provida a presente **IMPUGNAÇÃO**, requer-se a cópia na íntegra de todas as laudas que integram esse processo administrativo, para fundamentar possível ação judicial.

Nestes termos, pede-se e espera, respeitosamente, deferimento.

Búzios/RJ, 28 de março de 2023.

DocuSigned by:

André Luiz da Silva Rodrigues

52AD5412E2174D2...

WES EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.

CNPJ n.º 05.947.935/0001-01



³²STF. Súmula n°. 473.