

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE TUBARÃO/SC.

BOTEGA MONTAGENS ELETRICAS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 78.850.112/0001-29, com sede a Rua Minas Gerais, 100 - Bairro Santo Antônio de Pádua, na Cidade de Tubarão/SC, CEP 88701-520, por meio de seu representante legal infra assinado, tempestivamente, vem, à presença de Vossa Senhoria, a fim de

IMPUGNAR

o edital de licitação Pregão Presencial nº 14/2020, realizado pelo Município de Tubarão, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

I - RESSALVA PRÉVIA

A requerente manifesta, preliminarmente, seu respeito pelo trabalho do pregoeiro, da equipe de apoio, e de todo o corpo de funcionário do Município de Tubarão.

As divergências objeto da presente impugnação referem-se unicamente à aplicação da Constituição Federal, da lei de Licitações e da Lei do Pregão em relação ao procedimento licitatório em exame, não afeta, em nada, o respeito da requerente pela instituição e pelos ilustres profissionais que a integram.

No mais, a requerente afirma seu total interesse e disposição em vir a prestar serviços a esta municipalidade, no entanto, não pode deixar de questionar alguns vícios presentes no Pregão Presencial nº 14/2020 ora promovido.

II - SÍNTESE FÁTICA

O Município de Tubarão iniciou processo licitatório na modalidade de Pregão Presencial sob o nº 14/2020 que tem como objeto o **“registro de preços para eventual contratação de empresa de engenharia especializada para prestação dos serviços e fornecimento de materiais, em conformidade com o termo de referência e a planilha de quantitativos, que passam a fazer parte integrante deste edital”**.



Contudo o ato convocatório contém vícios que contaminam por inteiro o processo licitatório porque faz exigências **vedadas** pela legislação em vigor e pela jurisprudência.

III - CABIMENTO E TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer a tempestividade da presente impugnação.

O Decreto que regula a licitação na modalidade pregão na forma presencial (Lei nº 3.555/2000) contém as seguintes previsões específicas:

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

Considerando que a Lei nº 10.520/2002 e o Decreto nº 3.555/2000 não dispõem expressamente sobre a contagem do prazo, deve ser observado, nesse aspecto, o estabelecido na Lei nº 8.666/1993, porquanto sua aplicação subsidiária, como bem apontado, inclusive, no preâmbulo do Edital.

2/1

Assim dispõe a Lei nº 8.666/1993 sobre a contagem de prazo:

Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade. (negrito nosso)

Assim, tendo em vista que a realização do certame será no dia 15/06/2020, o prazo para impugnar o Edital deve expirar em 10/06/2020.

No caso, o dia da sessão pública deve ser considerado como do início da contagem, razão pela qual, nos termos da Lei, deve ser excluído.

A contagem dos dois dias úteis se opera de forma reversa, isto é, a partir da data da sessão pública para trás. O primeiro dia é o último dia útil anterior a abertura (12/06/2020, sexta-feira) e o segundo é dia 10/06/2020 (quarta-feira). Como o art. 110 da

Lei de Licitações manda incluir o dia do vencimento, o dia 10/06/2020 deve ser considerado na contagem, podendo, assim, a impugnação ser apresentada até essa data, inclusive.

E o cabimento se dá em face das ilegalidades que serão ao diante apontadas.

Cumpra ressaltar ainda que, independente da tempestividade do pedido, a Administração Pública possui competência para revisar os seus atos ex officio (art. 49, da Lei nº 8.666/1993 e art. 53, da Lei 9.784/1999).

Portanto, na forma da Lei, a requerente encaminha a presente Impugnação ao Ato Convocatório, inequivocamente, **cabível** e **tempestivo**.

IV - RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

a) COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA OPERACIONAL E CAPACIDADE TÉCNICA PROFISSIONAL PARA “PROJETO” E “ELABORAÇÃO DE PROJETO”

Dentre os requisitos de qualificação técnica está a exigência de comprovação de capacidade técnica operacional e capacidade técnica profissional para “projeto” e “elaboração de projeto (itens 7.7.3.1, 7.7.3.2, 7.7.3.3, 7.7.4.1, 7.7.4.2 e 7.7.4.3 do ato convocatório).

3/1

No entanto, o objeto da presente licitação é o “registro de preços para eventual contratação de empresa de engenharia especializada para prestação dos serviços e fornecimento de materiais, em conformidade com o termo de referência e a planilha de quantitativos, que passam a fazer parte integrante deste edital”, sem nenhuma menção a projeto ou elaboração de projeto, o mesmo pode ser confirmado com análise da planilha orçamentaria, que não traz nenhum item referente a projeto ou elaboração de projeto, trata-se portanto, de uma licitação exclusivamente de execução de serviços com fornecimento de materiais.

A exigência de comprovação de capacidade técnica operacional e capacidade técnica profissional para “projeto” e “elaboração de projeto, é uma ilegalidade, porque impõe aos interessados uma exigência estranha ao objeto licitado. Porque exigir dos interessados uma qualificação que não será aplicada na execução do objeto licitado? Acompanhe:

Lei nº 8666/1993, art. 3º:

B

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Lei nº 8666/1993, art. 30:

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;

Ora, não é necessária profunda análise para concluir que a exigência de comprovação de capacidade técnica operacional e capacidade técnica profissional para “projeto” e “elaboração de projeto” é ilegal, pois extrapola os limites estabelecidos em lei, “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível”, a presente exigência não é pertinente, tão pouco compatível com o objeto licitado, é totalmente estranha, já que a presente licitação não é de projeto ou elaboração de projeto.

4/1

Tratam-se, portanto, de inovação legislativa ilegítima, por extrapolar a Administração os limites de atuação a ela imposta. Limites estes, aliás expressamente afirmados no já citado art. 30, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, que veda justamente: a) a requisição de qualquer condição não prevista na Lei ou, ainda, b) que venha a frustrar o caráter competitivo do certame.

Além disso, a Administração está adstrita às limitações de exigências de qualificação técnica e econômicas tão somente consideradas indispensáveis ao cumprimento das obrigações, conforme comando constitucional previsto no art. 37:

Art. 37. (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação

B

técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (negrito nosso)

No presente caso, pode-se dizer que a referida exigência incide em ambas as ilegalidades, porque além de fazer uma exigência não prevista em lei, restringiu substancialmente o caráter competitivo do certame e ainda pior, mais grave, fez exigência expressamente vedada por lei.

b) ESPECIFICAÇÃO DAS LUMINÁRIAS LED

Embora as especificações das luminárias LED não fazerem parte do roll de exigências para habilitação, uma vez vencendo o certame a empresa fica vinculada as especificações constante do edital de licitação e seus anexos, por isso se faz necessário impugna-las.

As especificações dos materiais para fins de licitação devem se limitar as características necessárias ao funcionamento adequado dos materiais, produtos ou serviços, especificações que não tenham relação direta com o funcionamento adequado dos materiais, produtos ou serviços ou, que possam direcionar o mesmo a uma determinada marca ou empresa ou ainda, que exclua outras empresas com produtos aptos a atenderem as características necessárias ao funcionamento adequado dos materiais, produtos ou serviços, devem ficar de fora das especificações para fins de licitação.

5/1

Para ilustrar as teses colocadas, em uma licitação para aquisição de cadeiras metálicas, não pode a administração pública especificar uma cadeira metálica com pés em tubo (quadrado), quando uma cadeira com pés em cano (redondo) atenderia as necessidades do produto igualmente, assim, características, detalhes e especificações que não tenham relação direta com o funcionamento adequado dos materiais, produtos ou serviços devem ficar de fora das especificações para fins de licitação.

Características, detalhes e especificações do tipo "corpo dissipador em liga de alumínio SAE 306, gravação em alto relevo com o nome do fabricante e modelo da luminária, tampa basculante, fixação da luminária ao braço através de 3 parafusos sextavados, entre outras" não deveriam fazer parte das especificações do produto luminária, pois não tem nenhuma relação com o funcionamento adequado das mesmas,

Assim, é pertinente que a administração pública revise e retifique as especificações das luminárias LED, para que características, detalhes e especificações que não tenham relação direta com o funcionamento adequado das luminárias fiquem de fora das especificações.

c) ISONOMIA E COMPETITIVIDADE

Ainda, se não bastasse a consagração do princípio da isonomia na Constituição Federal (art. 37, XXI) e na própria Lei de licitações, o legislador foi mais além e estabeleceu não um princípio, mas uma norma expressa, contida no § 1º, I, do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993:

art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12, deste art. e no art. 3º, da Lei nº 8.248/1991; (negrito e grifo nosso)

6/1

Por oportuno, registre-se que, apesar de a modalidade em tela possuir legislação específica, válido ressaltar que a simples escolha pela modalidade Pregão não autoriza a Administração a adotar critérios e condições que firam os princípios constitucionais aos quais todas as licitações devem estrita obediência.

Por fim, sobre a competitividade e a isonomia, válido destacar o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Mandado de Segurança. Disposições Editalícias. Balanço de Abertura. Exigência Ilegal. Lei nº 8.666/93 (art. 21, § 4º). 1. O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação. (...) 3. Precedentes jurisprudenciais iterativos. 4. Segurança concedida. (MS 5693/DF, 1ª Seção, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, julg. 10.4.2000, publ. DJU 22.5.2000, p. 62); (negrito nosso)

9

E da Suprema Corte:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Licitação. Análise da proposta mais vantajosa. Discriminação Arbitrária. Isonomia. Princípio da Isonomia. Afronta ao Disposto nos artigos 5º, caput; 19, inciso III, inciso XXI e 175 da Constituição do Brasil. A licitação é um procedimento que visa a à satisfação d interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quanto pretendem acesso às contratações da Administração. A Lei, pode sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que se possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (ADI nº 3.070/RN, Plenário, relator Min. Eros Grau, j. em 29/11/2007, DJ 19/12/2007). (negrito nosso)

7/1

Em tempos de “LAVA JATO”, analisar um edital de licitação com tantas ilegalidades e restrições é no mínimo, por assim dizer, estranho, sendo assim, esperamos que todas as ilegalidades e restrições sejam afastadas, para que o processo siga dentro da legalidade, isonomia e competitividade.

V - REPUBLICAÇÃO DO EDITAL E REABERTURA DOS PRAZOS

A requerente aponta que as alterações ora pleiteadas modificam a substância do ato convocatório e, inclusive, as condições de formulação das propostas. Não haverá outra solução, data venia, senão a republicação do edital e a reabertura do prazo para a elaboração das propostas. JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, a este respeito, bem ensina:

“As regras do edital não são imutáveis; sobrevindo motivo de interesse público, deve e pode a Administração modificá-las, na medida em que bastar para atender ao interesse público,

desde, é curial, que o faça antes de iniciada a competição. **Nessas circunstâncias, a lei exige a reabertura do prazo por inteiro, a contar da divulgação da mudança introduzida, pelo mesmo modo em que se deu a de versão original do ato convocatório alterado**". (negrito nosso)

As alterações de editais de licitação, mesmo as mais singelas, que não impliquem em nova divulgação, estão previstas no art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993, da seguinte forma:

§ 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. (negrito nosso)

De pronto, deve ficar claro que este dispositivo legal transcrito, apesar de estar insculpido na Lei nº 8.666/1993, é aplicável, tanto para as modalidades tradicionais (concorrência, tomada de preços, convite, ...), quanto para o pregão, visto que este tema não foi tratado na Lei nº 10.520/2002, que instituiu o pregão, portanto aplica-se subsidiariamente, nesse caso específico, a regra estabelecida na lei geral de licitações, como ordena o art. 12, da Lei nº 10.520/2002.

8/1

Pelo teor do dispositivo legal em pauta, a exceção prevista "a republicação do edital só pode ser utilizada quando, a alteração não afetar a formulação das propostas, aqui entendendo o termo "proposta".

Mesmo que a alteração do edital ocorra nos documentos de habilitação exigidos dos interessados em disputar o certame, sem nenhuma relação com a laboração da proposta propriamente dita, a republicação é obrigatória, tal qual já está pacificado na doutrina e na jurisprudência.

Cabe destacar que, inclusive quando a modificação é para diminuir as exigências de habilitação, é necessária a republicação do edital com reabertura de prazo, pois um interessado que não tinha condições de disputar com a regra inicial pode conseguir se habilitar com as novas exigências.

A obrigatoriedade de republicar o edital e reabrir o prazo da licitação, mesmo nos casos em que haja diminuição de exigências já foi vastamente apresentada na doutrina, como por exemplo, no Acórdão nº 1197/2010 - TCU - Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti:

B

9.2.2. atente para a necessidade de divulgação, pela mesma forma que se deu o texto original, das eventuais alterações do instrumento convocatório, com a reabertura do prazo inicialmente estabelecido, mesmo em hipóteses que resultem na ampliação do universo de competidores, a fim de viabilizar que novos e possíveis interessados contem com tempo hábil para elaboração de suas propostas, com vistas a dar pleno cumprimento ao disposto no art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993.

Também precisa ficar claro que a alteração no edital tratada no dispositivo legal pode estar no corpo principal do edital, assim como em qualquer de seus anexos. O que importa, para impor a necessidade de republicação do edital é que haja uma modificação em qualquer parte do edital, que interfira na forma de conseguir a habilitação ou na elaboração das condições de disputar o certame, seja na proposta comercial ou na proposta técnica, se está for exigida.

Para que não haja dúvida de relevância da modificação que implique na republicação do edital, o legislador teve o cuidado de limitar a utilização da exceção aqui tratada para os casos em que a alteração na proposta (extensível também para a habilitação) for incontestável. Assim, se houve dúvida se a modificação do edital vai afetar ou não a elaboração da proposta (compreendida como proposta comercial e habilitação), essa modificação deve ser republicada.

9/1

Então, a republicação do edital e a reabertura dos prazos, é a única forma de se preservar a legalidade do processo e ainda, o caráter competitivo do presente pregão, possibilitando a outros licitantes a formulação de suas respectivas propostas para participar do certame.

VI - PEDIDOS

Face ao exposto a requerente requer, respeitosamente, que seja a presente impugnação recebida e conhecida pela Administração, sendo atribuído o efeito suspensivo, conforme o art. 109, §2º, da Lei nº 8.666/1993, para que as ilegalidades sejam afastadas antes do prosseguimento do certame.

Pelo exposto nesta impugnação requer:

a) A exclusão parcial dos itens **7.7.3.1, 7.7.3.2, 7.7.3.3, 7.7.4.1, 7.7.4.2 e 7.7.4.3** para retirar da redação os textos “**Elaboração de projeto luminotécnico e planejamento**” e “**Projeto**”;

b) A retificação do **TERMO DE REFERÊNCIA**, especificamente no item “**ESPECIFICAÇÃO DAS LUMINÁRIAS LED**”, para aprimorar as especificações, retirando os

B

excessos e inutilidades, além de excluir características que trazem indícios fortes de direcionamento de produto.

Posteriormente, pugna-se pela republicação do Edital, com a reabertura dos respectivos prazos, em obediência ao art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993 (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).

Por fim, em caso de indeferimento ou de ausência de resposta à presente impugnação no prazo previsto no art. 12, § 1º, do Decreto nº 3.555/2000, a requerente requererá as providências cabíveis ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, conforme lhe autoriza o §1º, do art. 113, da Lei nº 8.666/1993.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento,

Tubarão/SC, 10 de junho de 2020.



Luiz Antonio Botega
Administrador

78.850.112/0001-29

BOTEGA MONTAGENS ELÉTRICAS - LTDA

R. MINAS GERAIS, Nº 100
SANTO ANTÔNIO DE PÁDUA - CEP 88701-520

TUBARÃO - SC