



EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO RESPONSÁVEL PELO PREGÃO PRESENCIAL Nº 14/2020 PROMOVIDO PELA PREFEITURA MUNICIPAL DE TUBARÃO

Pregão Presencial nº 14/2020

Objeto: *REGISTRO DE PREÇOS para eventual contratação de empresa de engenharia especializada para prestação dos serviços e fornecimento de materiais de iluminação pública para diversas ruas do município de Tubarão/SC.*

ILUMITECH CONSTRUTORA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 04.375.003/0001-60, com sede na Av. Luís Viana, 6462, Bloco B, Sala 207, Patamares, Salvador/BA, CEP 41.680-400, por seu representante, vem à presença de Vossa Senhoria, com fundamento no art. 41, § 2º da Lei 8666/1993 e nos itens 5.1 e 5.2 do Edital, respeitosa e tempestivamente¹, apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do presente instrumento convocatório, pelos motivos que se seguem.

I. SÍNTESE

¹Nos termos do art. 41, § 2º da Lei 8666/1993 “Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.”. Considerando-se que a sessão de início do Pregão está prevista para 15/06/2020 (segunda-feira), o prazo para impugnação esgota-se no dia 10/06/20(quarta-feira).

Cuida-se de Pregão Presencial, do tipo menor preço por lote, promovido pela Prefeitura Municipal de Tubarão com valor global estipulado em R\$ 8.382.550,71 (oito milhões, trezentos e oitenta e dois mil reais, quinhentos e cinquenta e reais e setenta e um centavos) visando “*o REGISTRO DE PREÇOS para eventual contratação de empresa de engenharia especializada para prestação dos serviços e fornecimento de materiais de iluminação pública para diversas ruas do município de Tubarão/SC*”

O edital em comento foi disponibilizado em 01.06.2020, com sessão de início do Pregão prevista para ocorrer no dia 15/06/2020 às 14h00.

Após realizar detida análise dos termos do Edital e de seus anexos, a Impugnante verificou que:

- (i) a modalidade de licitação escolhida (**pregão presencial**) pela autoridade do certame se mostra completamente inadequada, vez que o **objeto licitado não se amolda ao conceito de serviço comum de engenharia**, caracterização tida imprescindível pelas normas de regência do certame para o emprego da modalidade Pregão, contrariando o Prejulgado nº 2149 do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e o próprio Decreto Municipal nº 2266/2004, que regulamenta o emprego sistema de registro de preços no Município de Tubarão, que **demandam que o registro de preços seja licitado mediante a promoção de licitação na modalidade Concorrência Pública;**
- (ii) A presente licitação objetiva a formação de **ata de registro de preços** “*para eventual contratação de empresa de engenharia especializada para prestação dos serviços e fornecimento de materiais de iluminação pública para diversas ruas do município de Tubarão/SC*”, sucede que o mesmo Decreto Municipal nº 2266/2004 **permite somente o registro de preços para aquisição de bens**, ao

passo que o objeto ora licitado compreende **serviços de engenharia**, os quais **possuem natureza continuada e que não se confundem com pequenos reparos**, carecendo das características autorizadoras ao emprego do sistema de registro de preços;

- (iii) Os itens 4.3.1 à 4.3.4 se valem de interpretação equivocada do art. 48, §3º da Lei Complementar nº 123/2006, cuja aplicação está adstrita às hipóteses previstas nos incisos do art. 48, não sendo extensível, tal direito de preferência de ME e EPP locais e regionais, a toda e qualquer licitação promovida pelo Município como entendeu o Edital, devendo prevalecer, para fins do exercício do direito de preferência, somente o intervalo percentual de até 5% do valor da melhor proposta em relação a todas as MEs e EPPs que venham a participar da contenda, conforme previsto no art. 44, § 2º da LC nº 123/2006;
- (iv) Os subitens **7.7.3.1**, **7.7.3.2** e **7.7.3.3** elegem como parcelas de maior relevância para fins de comprovação de capacidade técnica operacional, atividades específicas cujo detalhamento restringe a competitividade do certame; ato contínuo, a atividade declinada no subitem **7.7.3.3** sequer integra o núcleo central do objeto, podendo ser suprida pela realização de subcontratação, autorizada pela cláusula nona da minuta da ata de registro de preços disponibilizada (ANEXO IV), de modo que sua estipulação como parcela de maior relevância resulta apenas em restrição à competitividade da disputa; em arremate, o edital não estipula o total de metros de rede subterrânea que serão executados no contrato, o que torna, a princípio, a exigência do preenchimento de quantitativo de “2400 metros” demandada pelos subitens **7.7.3.2** e **7.7.3.3** excessiva;
- (v) O Termo de Referência publicado demanda, sem o oferecimento de qualquer justificativa técnica para tanto, que as luminárias de LED a serem fornecidas disponham de um sem número de características que extrapolam o exigido pela Portaria nº 20/2018 do INMETRO e nas normas técnicas e regulamentares afetas

ao produto, e restringem a competitividade, bem como revelam, dada sua minuciosidade, um **aparente direcionamento** em favor de determinado(s) fornecedor(es) em desfavor dos demais disponíveis no mercado;

- (vi) O Termo de Referência publicado prevê a entrega de laudos, relatórios de ensaios laboratoriais, certificações do INMETRO, declaração de garantia emitida pelo fabricante dos equipamentos que serão fornecidos junto da proposta de preços, exigência esta que, além de carecer de respaldo legal, restringe indevidamente o caráter competitivo do certame.
- (vii) O item 7.7.7 do Edital prevê que, em adição à documentação de habilitação prevista nos arts. 28 a 31 da Lei 8666/93, o licitante vencedor providencie a autorização junto à CELESC, exigência está que pode prejudicar indevidamente empresas situadas em demais unidades da federação e/ou que não possuam contratos de iluminação pública celebrados com municípios para os quais a CELESC conste como distribuidora de energia elétrica.

Por estas razões que, como se verá a seguir, o Edital ora impugnado merece ser alterado/retificado/republicado para adequar seus termos à legislação aplicável, sob pena de comprometimento da competitividade da contenda que se pretende promover, bem como de sua legalidade e de todos os atos derivados desta licitação, consoante restará demonstrado a seguir.

II – DAS IRREGULARIDADES DO EDITAL

II.a) Descabimento do processamento do objeto licitado mediante Pregão. Modalidade licitatória cujo emprego é restrito à obtenção de bens e serviços de natureza comum. Objeto licitado que compreende serviços de engenharia que não se adequam a classificação de serviços comuns. Violação ao prejulgado nº 2149 do TCE/SC. Precedentes do TCE-SP – Decreto Municipal 2266/2004 que regulamenta o sistema de registro de preços nas contratações do Município de Tubarão que exige

a promoção de licitação na modalidade concorrência pública para a formação de ata de registro de preços.

O Pregão tem como traço marcante servir de modelo para contratação de bens e serviços comuns, independentemente do preço, entendidos estes, consoante disposto no parágrafo único do art. 1º daquela lei, como sendo aqueles “*cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.*”

Nesse diapasão, Marçal Justen Filho define bem ou serviço comum como sendo “*aquele que se encontra disponível a qualquer tempo num mercado próprio e cujas características padronizadas são aptas a satisfazer as necessidades da Administração Pública*”².

A verificação da adequação da modalidade licitatória escolhida pela Administração Municipal perpassa, invariavelmente, pela análise das atividades englobadas pelo objeto licitado, a fim de aferir se estas se reportam ou não a serviços comuns de engenharia.

Neste sentido, o Termo de Referência prevê como principais atividades a serem desempenhadas pela licitante que se sagrar vencedora por ocasião da futura execução contratual:

• **EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS**

A execução dos serviços será realizada de forma ampla e completa, e contemplará as seguintes atividades:

- Controle e planejamento das atividades;
- Análise de viabilidade técnica e comercial de novos projetos em iluminação pública;
- Elaboração de projeto luminotécnico de iluminação pública
- Eficientização e modernização do sistema de iluminação pública;
- Serviços adicionais não especificados;
- Fornecimento de materiais.

² JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5º Ed, São Paulo: Dialética, 2009. p. 37.

- **MODERNIZAÇÃO**

A modernização do sistema de iluminação se dará pela troca de equipamentos de baixa eficiência por novos equipamentos, mais modernos e com maior eficiência.

A substituição de equipamentos não se limita somente a lâmpadas e reatores, mas a todos os componentes do ponto, quais sejam: cintas, parafusos, fios, conectores, braços de iluminação, reatores, bases para relê, relês acionadores ou chaves magnéticas, bocais, luminárias, lâmpadas.

Também deverá, a critério da FISCALIZAÇÃO, desenvolver estudos de viabilidade para instalação de equipamentos com tecnologia LED. Estes estudos serão encaminhados à FISCALIZAÇÃO para apreciação e aprovação.

Depreende-se da leitura dos excertos supratranscritos que **o objeto licitado não se encaixa no conceito de serviço comum de engenharia**, vez que não se resume à mera substituição de luminárias mais defasadas por outras dotadas de tecnologia mais moderna, compreendendo, ao revés, parcela de atividades mais complexas.

No caso: **“análise de viabilidade técnico e comercial de novos projetos em iluminação pública”** e **“elaboração de projeto luminotécnico de iluminação pública”**, e também os **“estudos de viabilidade para instalação de equipamentos com tecnologia LED”** a serem elaborados por ocasião da modernização do sistema de iluminação municipal e submetidos à fiscalização da Prefeitura para prévia aprovação.

Ora, consoante preleciona Rolf Dieter Oskar Friedrich Bräunert³ ao investigar o conceito de serviço comum de engenharia:

Toda vez em que um **determinado serviço necessita de projetos, especificações técnicas, memoriais descritivos e outros para que possa ser realizado com sucesso, é incompatível conceituá-lo de serviço comum.**

Assim sendo, os serviços de engenharia podem estar excluídos de contratação por meio de pregão, salvo exceções, nas quais o qualificativo comum se sobrevenha à espécie do serviço.

³ BRÄUNERT, Dieter Oscar Friederich. Como licitar obras e serviços de engenharia. Fórum, 2009. p. 144.

No caso, evidente que, por ocasião do objeto ora licitado, está a Administração Municipal deixando à cargo do futuro contratado o desempenho de atividades de cunho predominantemente intelectual as quais envolvem planejamento, programação e dimensionamento para o oferecimento de soluções técnicas customizadas de iluminação pública que contemplem as reais necessidades do Município.

Tais feições demonstram que estes serviços não são, sob hipótese alguma, padronizáveis, possuindo peculiaridades que impedem que seus padrões de desempenho e de qualidade possam ser definidos de forma objetiva pelo edital por meio de expressões usuais de mercado, na medida que compreendem **o fornecimento de soluções sob medida** para o Parque de Iluminação pública do Município de Tubarão, o que, por corolário, afasta o seu enquadramento como serviços comuns de engenharia.

Conclusão inarredável é que o Edital ora em comento **viola o disposto no Prejulgado nº 2149**, o qual permite o emprego da modalidade pregão para a licitação de serviços de engenharia, somente quando serviços comuns, entendidos como aqueles cujas “características, quantidades e qualidade forem passíveis de especificações usuais no mercado” e interdita, por consectário, o seu emprego na licitação de serviços de engenharia dotados de maior complexidade técnica como os ora licitados:

Prejulgado nº 2149

1.É possível a utilização da modalidade Pregão para a contratação de serviços comuns de engenharia, **desde que não necessitem de aferição técnica mais apurada, sejam considerados usuais e rotineiros e a Administração tenha como defini-los nos atos convocatórios das licitações de forma satisfatória;**

2. **O serviço de engenharia pode ser considerado comum quando as características, quantidades e qualidade forem passíveis de especificações usuais no mercado.**

Demais disso, a título de ilustrar a inviabilidade do emprego da modalidade pregão para licitar os serviços de iluminação pública ora em comento,

veja-se que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já se pronunciou, por ocasião do julgamento de representações voltadas contra Edital de pregão presencial com objeto análogo ao presente promovido pela Municipalidade de Osasco, **que os serviços de iluminação pública, por envolverem atividades de cunho eminentemente intelectual, não se submetem à disciplina da modalidade Pregão:**

Em exame, representações formuladas por Procel – Construções Elétricas Ltda., Osmar Paulino de Araujo e Senal - Contrações e Comércio Ltda., **contra edital de pregão presencial da Prefeitura Municipal de Osasco, objetivando a contratação de serviços diversos relacionados à operação, manutenção e ampliação do sistema municipal de iluminação pública do município,** pelo valor estimado de R\$ 34.341.520,78.

(...)

Submeti a questão relativa à adoção da licitação na modalidade de pregão à Secretaria-Diretoria Geral, que concluiu pela sua inadequação ao caso, em razão da existência de serviços de natureza predominantemente intelectual contemplados no certame.

(...)

Finalmente, acolho o pronunciamento da Secretaria - Diretoria Geral pela inadequação da licitação na modalidade de pregão ao caso presente. Como bem salientado por SDG, ao apreciar situação análoga, **o Tribunal decidiu que “a inclusão de serviços de natureza intelectual de elaboração de projetos não permite o julgamento das propostas pelo menor preço”, típico da licitação na modalidade de pregão** (Cons. Dimas Eduardo Ramalho, Plenário, Sessão 16/10/2013: TC-1993/989/13, TC2025/989/13, TC-2038/989/13, TC-2043/989/13). Por essa razão, é de rigor a declaração de nulidade do procedimento. (TCE-SP - TC-281/989/14-5. Rel. Conselheiro Robson Marinho.)

Em arremate, convém mencionar que o Decreto Municipal nº 2266/2004, que regulamenta o emprego do sistema de registro de preços nas contratações do Município de Tubarão, aplicável ao certame em comento, prevê, no seu

art. 2º, §1º, que a licitação destinada à formação de ata de registro de preços deve ser, obrigatoriamente, promovida na modalidade Concorrência Pública:

“Art. 2º, § 1º - A concorrência é a modalidade de Licitação aplicável para a seleção das Empresas que terão seus preços registrados.”

Desse modo, nítida a irregularidade e a incompatibilidade do uso da modalidade “Pregão” para licitação do presente objeto, sendo de rigor que se proceda à revogação deste edital para seu refazimento contemplando a modalidade licitatória adequada.

II.b) Da inviabilidade do emprego do sistema de registro de preços para licitar serviços de iluminação pública – serviços de engenharia ora licitados que possuem caráter continuado e não se confundem com meros reparos que não se amoldam à lógica atinente ao sistema de registro de preços – Precedentes do TCE-SP – violação aos arts. 3º e 4º do Decreto Municipal nº 2266/2004 que preveem o emprego do sistema de registro de preços somente para a aquisição de bens.

Outra irregularidade facilmente percebível da leitura do instrumento convocatório decorre da tentativa de formar uma ata de registro de preços para a contratação de serviços de iluminação pública, plexo de atividades de engenharia que, nitidamente, não se enquadram nas espécies de serviços licitáveis mediante o emprego de tal procedimento.

Compete repisar que o art.15, II, da Lei 8666/93 concebeu a utilização do sistema de registro de preços, exclusivamente, para a efetuação de compras, de modo que a permissibilidade do emprego de tal procedimento para a contratação de serviços, decorreu de construção doutrinária jurisprudencial desenvolvida ao longo dos anos que, calcada numa interpretação sistêmica da norma de regência da

matéria, avistou que certas espécies de serviços seriam compatíveis com a sistemática inaugurada.

E na hipótese de se tratar de serviços de engenharia, espécie na qual se enquadram os serviços ora licitados, estabeleceu-se consenso de que o serviço de engenharia em questão (i) à exemplo do que se exige para a adoção da modalidade pregão, deve compreender prestações desprovidas de qualquer grau de complexidade técnica; e cumulativamente, (ii) não pode se tratar de um serviço de prestação continuada, na medida em que a continuidade é incompatível para com a eventualidade, impossibilidade de mensuração objetiva dos quantitativos e pela não obrigatoriedade de contratação que caracterizam o sistema de registro de preços.

E no caso vertente, é de fácil verificação que os serviços compreendidos pelo objeto ora licitado carecem das características necessárias para serem licitados mediante o emprego de sistema de registro de preços conforme pretendido pela Prefeitura Municipal de Tubarão.

De uma parte, pois já se demonstrou no tópico anterior que os serviços ora licitados compreendem atividades de natureza eminentemente intelectual destinadas ao oferecimento de soluções de engenharia customizadas em sede de iluminação pública para atender às necessidades do parque de iluminação municipal, de modo que o requisito de ausência de complexidade técnica, evidentemente não restou preenchido.

De outra, pois é evidente que os serviços de engenharia ora licitados possuem natureza continuada, ou seja, como bem leciona Joel de Menezes Niebhur⁴, compreendem “*serviços que o contratado põe-se à disposição da Administração de modo ininterrupto, sem solução de continuidade*”.

⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 8ª Edição. 2015. Belo Horizonte: Fórum. p. 857.

No caso, a ininterruptividade é uma premissa lógica inafastável da execução das atividades ora licitadas, na medida em que a modernização e efficientização dos logradouros do Município de Tubarão, envolvem a substituição planejada de forma rotineira das luminárias defasadas por luminárias de LED, sendo nítido o prejuízo que seria ocasionado ao interesse público por sua eventual interrupção.

Nesta senda, a título referencial, verifica-se que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que possui jurisprudência bastante sedimentada acerca do tema, tendo, inclusive, editado as Súmulas nº 31⁵ e nº 32⁶ a este respeito, compartilha de diversos precedentes nos quais reconheceu o caráter contínuo dos serviços de iluminação pública e sua complexidade técnica e **afastou o emprego do sistema de registro de preços**, confira-se:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM SERVIÇO DE MANUTENÇÃO DE SISTEMAS DE ILUMINAÇÃO DE PRAÇAS, PASSARELAS E PARQUES PÚBLICOS. INDEVIDA ADOÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS PARA SERVIÇOS DE CARÁTER CONTÍNUO. AFRONTA ÀS SÚMULAS Nº S 31 E 32. VÍCIO DE ORIGEM. ANULAÇÃO DO CERTAME. O sistema de registro de preços caracteriza-se pela eventualidade do fornecimento e imprevisibilidade da demanda, não se coadunando com serviços de caráter contínuo e que não se constituam como pequenos reparos.

(...)

Inicialmente, observo que o certame apresenta vício insanável, a ensejar sua anulação.

⁵ Súmula nº 31 do TCE/SP - Em procedimento licitatório, é vedada a utilização do sistema de registro de preços para contratação de serviços de natureza continuada.

⁶ Súmula nº 32 do TCE/SP - Em procedimento licitatório, é vedada a utilização do sistema de registro de preços para contratação de obras e de serviços de engenharia, exceto aqueles considerados como de pequenos reparos.

Refiro-me à adoção do sistema de registro de preços para contratação de empresa para execução de serviços de manutenção de sistemas de iluminação de praças, passarelas e parques públicos do município. Mencionado sistema destina-se à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação eventual e futura de bens ou serviços, conforme a conveniência da Administração. **Deste modo, é a eventualidade do fornecimento e a imprevisibilidade da demanda que permeiam suas características essenciais.**

Nos presentes autos, é patente que a maioria das atividades constantes no memorial descritivo - tais como revisão e execução de pequenas ampliações de rede elétrica; manutenção e reparos de rede de iluminação, painéis e quadros de proteção e comando de baixa tensão, caixas de inspeção, abrigo de alvenaria e aterramento; modernização das instalações existentes, **com ações para remodelação e efficientização e que podem compreender a substituição total dos componentes, com melhoria do nível de iluminamento ou redução do consumo de energia elétrica - possuem caráter contínuo.**

Ademais, a Unidade de Engenharia da ATJ observou que alguns serviços vão além de pequenos reparos, demandando profissionais técnicos de engenharia devidamente habilitados.

Assim, evidenciada a afronta às Súmulas n°s 31 e 32 desta Corte, considero inaplicável o Sistema de Registro de Preços ao caso, apresentando o certame vício de origem que torna imperiosa sua anulação (TCE-SP - TC - 002128.989.19-1. Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo. Tribunal Pleno. Sessão de 13.03.2019)

Além disso, conforme restou evidenciado no parecer da unidade de engenharia da ATJ, **a efficientização do parque de iluminação de todo o município de Ribeirão Pires, com a instalação de luminárias LED e de um sistema informatizado de gestão e controle, além de não poder ser considerada como serviços eventuais e imprevisíveis, também não possui as características inerentes a serviços denominados como pequenos reparos, o que afasta a possibilidade de utilização do sistema de registro de preços.**

Mencionado sistema destina-se à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação eventual e futura de bens ou

serviços, conforme a conveniência da Administração. Deste modo, é a eventualidade do fornecimento e a imprevisibilidade da demanda que permeiam suas características essenciais.

Nos presentes autos, é patente que a maioria das atividades constantes no projeto básico, como destacado pela área técnica, possui caráter contínuo. Assim, evidenciada a afronta às Súmulas n°s 31 e 32 desta Corte, inaplicável o Sistema de Registro de Preços ao caso.

Desta forma, a indevida adoção da modalidade licitatória pregão e **o equivocado uso do sistema de registro de preços constituem vícios insanáveis, que impõem a anulação do certame.** (TC- 011389.989.19-5. Rel. Sidney Estanislau Beraldo. Tribunal Pleno. Sessão de 03.07.2019)

Acolho integralmente a instrução dos autos, destacando, preliminarmente, **o caráter prejudicial que a questão da utilização do sistema de registro de preços aqui impõe.**

Consoante dispõe o objeto do Pregão n° 21/16, pretende a Prefeitura de Cajamar contratar serviços de implantação, reforma e manutenção de seu sistema de Iluminação Pública, nisso compreendido tanto a manutenção corretiva, como o **serviço de implantação, como ainda o fornecimento de materiais e a elaboração de projetos.**

Ou seja, **tal descrição evidencia que a Prefeitura não busca com o certame em questão meramente adquirir materiais e serviços destinados à manutenção corretiva de seu atual parque de Iluminação Pública.**

Mais do que isso, **trata-se de pretensão que vai da elaboração de projetos à implantação de pontos de iluminação, escopo que seguramente pressupõe planejamento e dimensionamento adequado das efetivas necessidades do Município em face tanto das demandas dos usuários, como da própria perspectiva de expansão do perímetro do Município.**

Com isso, não só o registro de preços apresentar-se-ia descaracterizado em sua essência, mas igualmente, acredito, a própria modalidade de licitação empregada afigurar-se-ia inidônea. **Tratando-se, portanto, de vício insuperável, não cabe subsistir o processo de licitação nos termos primitivamente lançados pela Prefeitura**(TC - 12420.989.16-2. Rel. Cons. Renato Martins Costa, Tribunal Pleno. Sessão de 17.08.2016)

Ademais não se pode perder de vista que o próprio Decreto Municipal nº 2266/2004 prevê nos seus arts. 3º e 4º que o emprego do sistema de registro de preços no âmbito das contratações efetuadas pela Prefeitura de Tubarão deve se restringir à aquisição de bens:

Art. 3º Os Órgãos da Administração Direta, as Autarquias, as Fundações, os Fundos Especiais, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e demais Entidades controladas direta ou indiretamente pelo Município deverão, obrigatoriamente, utilizar o Sistema de Registro de Preços para a aquisição de bens cujos preços tenham sido previamente registrados na forma deste Decreto.

Art. 4º O Registro de Preços será adotado, preferencialmente, nas seguintes hipóteses:

I - Quando, pelas características do bem, houver necessidade de aquisições freqüentes.

II - Quando mais de um Órgão ou Entidade da Administração Municipal adquira e utilize o mesmo bem.

Assim que, frente as características dos serviços ora licitados e a regulamentação disciplinada pelo próprio Município de Tubarão, resta nítida a inaplicabilidade do sistema de registro de preços na espécie, sendo imperioso que se proceda à supressão de tal determinação do bojo do instrumento convocatório, devendo o município proceder à realização das adequações necessárias na redação do Edital.

II.c) Itens 4.3.1 à 4.3.4 - da inviabilidade se aplicar a benesse prevista no art. 48 §3º da Lei Complementar nº 123/2006 na presente licitação – benefício para MEs e EPPs locais e regionais cuja aplicação está aos certames contemplados pelas hipóteses estabelecidas no próprio art. 48, o que não é o caso da presente disputa – necessidade de prevalência somente do direito de preferência no intervalo percentual de até 5% superior ao melhor preço previsto no art. 44, § 2º desta lei.

Outra irregularidade identificada no edital diz respeito aos itens 4.3.1 à 4.3.4 que, a partir de uma exegese equivocada do disposto no art. 48, § 3º da LC nº 123/2006, intenta aplicar o direito de preferência da ordem de até 10% do valor da melhor proposta para as microempresas e empresas de pequeno porte locais e regionais:

4.3.1 Aplica-se a este Edital o disposto no Art. 48, § 3º: "Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas LOCAL ou REGIONALMENTE, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido".

4.3.1.1 – Justifica-se a adoção da prioridade de contratação para as micro e pequenas empresas locais em razão de se ter obtido, previamente, junto à Secretaria da Fazenda, a relação de empresas que atuam no ramo pertinente, conforme estudo constante dos autos, contendo empresas no cadastro de contribuintes municipal, com a atividade principal pertinente ao objeto licitado, restando demonstrado que há diversas empresas que podem atender ao objeto ora licitado, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico, sustentável e social no âmbito municipal.

4.3.1.2 Sabe-se que todas as medidas que têm sido adotadas atualmente de forma imperiosa em função da pandemia que assolou o país – Covid-19, ocasionando em isolamento social e o fechamento de estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, inegavelmente trarão impacto de grandes proporções à economia dos Municípios e na manutenção de emprego.

4.3.1.3 Dessa forma, em acompanhamento às campanhas publicitárias atuais que rogam pelo fomento do comércio local e à recomendação expressa do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina para que seja observado o tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas locais, o Município de Tubarão, prezando pela sobrevivência do seu comércio e pela preservação dos empregos de sua população, adota critérios exclusivos e diferenciados em suas compras públicas, priorizando e potencializando o desenvolvimento econômico local, nos termos dos dispositivos seguintes.

4.3.2 Considera-se local, nos termos do Decreto nº 4208/2018, o limite geográfico do Município de Tubarão/SC.

4.3.3 Considera-se regional, nos termos do Decreto nº 4208/2018, municípios integrantes da Regional já consolidada e denominada Amurel, conforme Decreto municipal nº 4.208/2018.

4.3.4 - Para fins de aplicação do Art. 48 § 3o, a ordem de preferência será primeiro das empresas **LOCAIS**; não havendo empresas até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido, sediadas no município de Tubarão/SC, será dada a preferência às empresas sediadas **REGIONALMENTE** até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido, considerando-se, para tanto, a verba final obtida após a etapa de lances e respectiva negociação.

Sucedo que, nada obstante as melhores intenções que se acredita tenham norteadado a inclusão de tal disposição no instrumento, fato é que aludido item desconsidera que o disposto no art. 48, § 3º se aplica somente em relação às licitações que tenham contemplado as hipóteses prescritas no próprio art. 48:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I – deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II – poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III – deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

(...)

*§3º **Os benefícios referidos no caput deste artigo** poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.*

A leitura que se faz do § 3º do art. 48 não deixa dúvidas de que a aplicação da benesse nele cominada está circunscrita às hipóteses previstas pelo próprio art. 48. Vale dizer, este tratamento diferenciado tem sua aplicação limitada às licitações que contemplem alternativa ou cumulativamente (a) processo licitatório destinado exclusivamente à participação de MEs e EPPs, cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (art. 48, I); (b) a exigência de que as licitantes subcontratem MEs ou EPPs, tratando-se de licitação visando a execução de obras ou serviços (art. 48, II); (c) o estabelecimento de cota de até 25% do objeto para a contratação de MEs ou EPPs, tratando-se de certames destinados à aquisição de bens de natureza divisível (art. 48, III).

Ou seja, segundo a própria dicção do art. 48, § 3º, não é todo e qualquer procedimento licitatório que permite a aplicação de tal direito de preferência às empresas locais e regionais, mas, única e exclusivamente, aqueles que tenham contemplado algum dos expedientes previsto nos incisos I, II e III de tal dispositivo.

No caso, verifica-se que a licitação ora em comento emprega nenhum dos benefícios previsto nos incisos I, II e III do art. 48 da LC 123/2006, razão pela qual o tratamento diferenciado às MEs e EPPs locais e regionais previsto no § 3º do de tal normativo não é aplicável à presente contenda.

Assim, por não se subsumir a estas hipóteses, o presente certame contempla apenas o direito de preferência de percentual de até 5% da melhor

proposta, sem qualquer *discrímen* quanto a localidade ou regionalidade, previsto no art. 44, § 2º da LC nº 123/2006, ordinariamente aplicado nas licitações promovidas na modalidade Pregão.

De rigor, portanto, que se proceda à supressão dos itens 4.3.1 à 4.3.4 do Edital.

II.d) Subitens 7.7.3.1, 7.7.3.2 e 7.7.3.3 - qualificação técnico-operacional – Subitens 7.7.3.1, 7.7.3.2: exigência de apresentação de atestados comprovando a execução de atividades específicas – restrição à competitividade – Precedentes do TCE-SP – Subitem 7.7.3.3: parcela de maior relevância que não compreende atividades afetas ao núcleo do objeto ora licitado – podem ser executadas mediante subcontratação autorizada pela Cláusula Nona da minuta da ata de registro de preços - restrição à competitividade – Subitens 7.7.3.2 e 7.7.3.3: quantitativos estipulados que se mostram abusivos, vez que inexistem no edital ou nos seus anexos a previsão do total de metros de rede subterrânea que serão executados no contrato – Apontamentos que, com exceção da questão dos quantitativos, por consectário, recaem sobre as parcelas de maior relevância determinadas nos subitens 7.7.4.1, 7.7.4.2, 7.7.4.3 para fins de comprovação de qualificação técnico-profissional que compreendem mera reprodução das parcelas estipuladas para qualificação técnico-operacional desacompanhadas da estipulação de quantitativos.

Os subitens 7.7.3.1, 7.7.3.2 e 7.7.3.3 do Edital enumeram como parcelas mais relevantes do objeto para fins de demonstração de qualificação técnico-operacional, a serem comprovadas mediante a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, as seguintes atividades:

7.7.3 Apresentar comprovação de capacidade técnica operacional, através de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia - CREA, que comprove que a licitante já executou os serviços compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, considerados de maior relevância técnica e valor significativo, a saber:

7.7.3.1 Elaboração de projeto luminotécnico e planejamento com Instalação de luminárias de LED: 1.175 pontos;

7.7.3.2 Projeto e Execução de Rede de Energia Elétrica, com Infra-Estrutura Subterrânea, para Iluminação Pública: 2.400 metros

7.7.3.3 Projeto e Execução de banco de dutos: 2.400 metros

Por primeiro, importa destacar que os subitens **7.7.3.1, 7.7.3.2** albergam de detalhamento desnecessário na descrição das atividades tidas por mais relevantes, e na prática, **condicionam a demonstração da qualificação técnico-operacional das licitantes a comprovação de experiência prévia na execução de atividade específica⁷**, o que acaba por restringir, indevidamente, a competitividade do certame, violando o art. 3º, § 1º, I da Lei 8666/93. Explica-se.

No tocante à parcela de maior relevância contida no subitem **7.3.3.1**, verifica-se a previsão de atividade específica, qual seja, a “elaboração de projeto luminotécnico e planejamento com instalação”, **exclusivamente, com luminárias de LED.**

Trata-se de detalhamento injustificado na medida em que a complexidade havida para com a elaboração de projeto luminotécnico e instalação de luminárias não varia de acordo com a tecnologia da lâmpada.

Vale dizer, a elaboração de um projeto luminotécnico contemplando lâmpadas de LED e o planejamento e instalação de tais luminárias **seguirão o mesmo procedimento e apresentarão a mesma complexidade do que se as lâmpadas fossem de vapor metálico ou de vapor de sódio.**

⁷ Veja-se que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ante o caráter restritivo da exigência de comprovação prévia na execução de atividade específica editou súmula coibindo a sua prática, diz a **Súmula nº 30 do TCE-SP**: “Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros itens.”

Assim que, considerando que tal fator de *díscrimen* (tipo de tecnologia da lâmpada da luminárias instalada) em nada interfere na complexidade da atividades de elaboração de projeto luminotécnico e de instalação das luminárias, seria suficiente que o Edital exigisse somente a apresentação de atestado técnico comprovando a elaboração de projeto luminotécnico com instalação de luminárias em determinado quantitativo, **suprimindo-se à menção ao LED.**

A única consequência advinda da exigência de comprovação do desempenho específico de tais atividades com luminárias de LED é a de restringir injustamente o caráter competitivo do certame, incidindo na conduta vedada pelo art. 3º, § 1º, I da Lei 8666/93, vez que obsta a participação de potenciais interessados.

Nestes termos, verifica-se que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já enfrentou a questão e reconheceu o caráter restritivo da exigência de comprovação de experiência anterior no desempenho de serviços de iluminação pública, exclusivamente, com LED:

Destarte, à luz da manifestação da SDG e de precedentes desta Casa, **a exigência de demonstração de experiência anterior em serviços de iluminação com LED mostra-se específica, inadequada e excessiva,** extrapolando o entendimento consignado na Súmula n.º 30 desta Casa, devendo, portanto, haver a retificação de condição da espécie, em caso de relançamento do presente certame. (TCE-SP - TC-22080.989.18-9 Conselheira Cristiana de Castro Moraes, Tribunal Pleno, Sessão de 05/12/2018.)

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. METODOLOGIA DE EXECUÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DAS INSURGÊNCIAS. 1. A falta de demonstração do cabimento da metodologia de execução, prevista nos §§ 8º e 9º do artigo 30 da Lei de Licitações, impõe a sua eliminação. 2. **Imposição, na qualificação técnica, de**

exibição de atestado de instalação especificamente de luminária LED não é legítima, por materializar exigência de evidenciação de execução em atividade específica, em contrariedade à Súmula n.º 30 deste Tribunal. 3. Requisição, na etapa de qualificação técnica, de que a experiência em serviço de instalação tenha sido realizada “em um único sistema viário” não se justifica e acaba por restringir indevidamente a competitividade do certame.(TCE-SP - TC - 023256.989.19-5. Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes. Tribunal Pleno. Sessão de 05/02/2020.)

Mesmo racional ora desenvolvido se aplica à remissão expressa contida no item 7.3.3.2 à necessidade de que os projetos e execução de rede elétrica, contemplem, necessariamente, “*infra-estrutura subterrânea*”, visto inexistir qualquer justificativa técnica demonstrando a necessidade de se realizar aludida discriminação.

Indo mais além, no tocante à atividade concernente à elaboração de “*projeto*” de rede elétrica contemplando “*infra-estrutura subterrânea*” inexistente no Termo de Referência qualquer alusão ao exercício de tal atividade. O Termo alude ao desempenho de atividade de elaboração de projeto em duas oportunidades: quando menciona que a contratada deverá realizar a “*análise da viabilidade técnica e comercial de novos projetos em iluminação pública*” e a “*elaboração de projeto luminotécnico de iluminação pública*”;

Ou seja, nada obstante o Termo preveja certas atividades atinentes à EXECUÇÃO de rede elétrica subterrânea, tal documento não descreve atividades de **ELABORAÇÃO DE PROJETO de rede elétrica com infraestrutura subterrânea.**

Donde se infere que (i) a futura contratada não desempenhará a atividade de elaboração de projetos de rede elétrica com infraestrutura

subterrânea, ficando à cargo de sua execução, de modo que esta parcela de maior relevância (elaboração de projeto de rede elétrica com infraestrutura subterrânea deve ser suprimida do subitem 7.3.3.2. do Edital por não estar contemplada no objeto licitado); ou alternativamente (ii) tal atividade ficará, em realidade, à cargo da futura contratada nada obstante a omissão do Termo de Referência, hipótese na qual a autoridade promotora do certame deverá realizar profunda revisão no conteúdo de tal documento com o fito de prever expressamente a execução desta atividade.

Ato contínuo, ainda no que se refere ao item 7.3.3.2, verifica-se que a inserção da expressão “*para iluminação pública*” ao final do enunciado do dispositivo subordina a demonstração de capacidade técnico-operacional pelas licitantes à prévia execução específica de atividade típica de iluminação pública, o que na prática, acaba por inviabilizar que **potenciais interessados comprovem sua aptidão para executar objeto ora licitado a partir da apresentação de atestados emitidos por pessoas de direito privado comprovando a anterior execução de serviços de iluminação semelhantes em empreendimentos desta natureza** (ex: a rede elétrica subterrânea de um complexo industrial), restringindo, indevidamente, o caráter competitivo do certame.

Veja-se que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já advertiu para a restritividade ocasionada por exigências editalícias desta espécie:

De se destacar que o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal estabelece que “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...] o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. À luz de sobredito comando constitucional e não obstante a competência discricionária de que dispõe o Administrador, considero que a justificativa apresentada pela municipalidade não se mostra suficiente e hábil a autorizar

o fator de *discrímen* empregado no edital, constituindo afronta à Súmula nº 30 e **restrição indevida à ampla participação de interessados.**

Nesse sentido, **não foi demonstrado que a execução de substituição e/ou instalação de lâmpadas e/ou luminárias (VS ou LED) em empreendimentos privados ou internos diferiria, pelas suas características, dos públicos, a autorizar a exigência de que tais serviços tenham sido executados necessariamente em “rede pública” de iluminação.**

Aliás, a unidade especializada da ATJ, ao analisar o objetivo do certame, caracterizado no Memorial Descritivo, concluiu que a **“substituição e/ou instalação de Lâmpadas e/ou luminárias, seja VS ou LED, realizada em rede pública pode possuir as mesmas características de execução do que qualquer uma que tenha sido realizada em uma rede interna ou privada, com o mesmo objetivo”.** Desta forma, **o edital deve ser retificado para possibilitar que a comprovação de experiência possa também ser demonstrada na execução de serviços de iluminação em uma rede interna ou empreendimentos e prédios privados.** (TCE – SP - TC -024938.989.19-1. Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo. Tribunal Pleno, Sessão de 12.02.2020)

A exigência de **comprovação de capacidade técnica operacional e profissional relativa à iluminação pública revela-se específica** e contrária ao disposto na Súmula 30 desta Corte.

Na forma como o edital tratou do assunto, **os licitantes deveriam comprovar experiência anterior em atividades típicas de iluminação pública**, como por exemplo, de execução de serviços de inventário de pontos de iluminação pública, de projeto de iluminação pública e de manutenção de rede aérea de iluminação pública (item 2.13.11.1).

Desse modo, **licitante que executou serviços compatíveis, por hipótese, num condomínio residencial ou num conjunto habitacional, ficaria aliado da disputa. Não se pode admitir restrição como essa.**(TCE-SP - TC-00004118.989.15-1. Rel. Cons. Subs. Samy Wurman. Tribunal Pleno, Sessão de 19.08.2015)

Evidente, desta forma, que a expressão “para iluminação pública” contida no enunciado do subitem 7.3.3.2 se presta, exclusivamente, para restringir de maneira indevida o caráter competitivo do certame, em violação ao disposto no art. 3º, §1º, I da Lei 8666/1993, devendo ser suprimida.

Demais disso, verifica-se que a atividade de execução de bancos de dutos é meramente operacional, acessória, desprovida de qualquer complexidade técnica e pode ser facilmente suprida pela realização da subcontratação facultada pela cláusula nona da minuta da ata de registro de preços disponibilizada:

CLÁUSULA NONA – SUBCONTRATAÇÃO/SUB-ROGAÇÃO

9.1. As **COMPROMITENTES** não poderão utilizar qualquer subcontratação/sub-rogação no fornecimento dos materiais sem o prévio consentimento, por escrito, do **MUNICÍPIO**.

9.2. Caso qualquer subcontratação/sub-rogação venha a ser autorizada pelo **MUNICÍPIO**, os termos e condições básicas da subcontratação/sub-rogação deverão observar os seguintes requisitos:

- α) O subcontratado/sub-rogado responderá diretamente às **COMPROMITENTES**;
- β) A subcontratação/sub-rogação não poderá resultar em qualquer despesa ou custo adicional para o **MUNICÍPIO**;
- γ) O subcontratado/sub-rogado ficará obrigado a cumprir todas as obrigações impostas às **COMPROMITENTES** nesta **Ata**; e
- δ) As **COMPROMITENTES** permanecerão integralmente responsáveis pela execução do fornecimento dos **Materiais** e/ou **Serviços** subcontratados/sub-rogados.

Trata-se de atividade que tem por desiderato possibilitar a instalação de rede elétrica subterrânea, exercendo função análoga à atividade de implantação de postes que se destinam a possibilitar a instalação de rede elétrica aérea.

Assim que, sob este prisma, carece de coerência que seja eleita como parcela de maior relevância, enquanto a atividade de instalação de postes destinados à instalação da rede aérea é entendida como atividade acessória pelo Edital.

Não é por outra razão que o Termo de Referência não menciona esta atividade quando detalha as principais atividades constantes da execução do serviço:

• **EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS**

A execução dos serviços será realizada de forma ampla e completa, e contemplará as seguintes atividades:

- Controle e planejamento das atividades;
- Análise de viabilidade técnica e comercial de novos projetos em iluminação pública;
- Elaboração de projeto luminotécnico de iluminação pública
- Eficientização e modernização do sistema de iluminação pública;
- Serviços adicionais não especificados;
- Fornecimento de materiais.

Nem quando cuida de detalhar a atividade de eficientização e modernização do parque de iluminação do parque de iluminação municipal, prestação que sintetiza o fim último visado com a promoção da futura contratação:

• **MODERNIZAÇÃO**

A modernização do sistema de iluminação se dará pela troca de equipamentos de baixa eficiência por novos equipamentos, mais modernos e com maior eficiência.

A substituição de equipamentos não se limita somente a lâmpadas e reatores, mas a todos os componentes do ponto, quais sejam: cintas, parafusos, fios, conectores, braços de iluminação, reatores, bases para relê, relês acionadores ou chaves magnéticas, bocais, luminárias, lâmpadas.

Também deverá, a critério da FISCALIZAÇÃO, desenvolver estudos de viabilidade para instalação de equipamentos com tecnologia LED. Estes estudos serão encaminhados à FISCALIZAÇÃO para apreciação e aprovação.

Abaixo alguns dos serviços de eficientização/modernização do parque de iluminação pública.

- Substituição completa do conjunto de iluminação (cintas, parafusos, braço, luminária completa, relê ou chave de iluminação, reator interno ou externo, fiação, conectores, entre outros), por novos equipamentos;
- Utilização de equipamentos modernos de iluminação pública, com tecnologia LED, conforme estudos de viabilidade técnica e projetos a serem previamente elaborados pela Contratada;
- Planejamento e comunicação da data da realização dos serviços;
- Mobilização de turma para execução da atividade;
- Sinalização das vias e isolamento de passagem sob a rede;
- Teste e acompanhamento do funcionamento dos novos equipamentos instalados durante 2 dias;
- Elaboração de relatório contemplando serviços e materiais empregados;
- Atualização dos dados do Parque de Iluminação e consequentemente junto a Concessionária da nova potência instalada.

Vale dizer: o próprio Termo de Referência acaba, ainda que sem a intenção de o fazer, por apontar que tal serviço compreende prestação acessória, não incluída no núcleo do objeto ora licitado, e nesta extensão, revela a completa impropriedade de sua inserção como parcela de maior relevância, servindo unicamente ao propósito de restringir o número de interessados que irá acudir à disputa.

Imperioso, desta forma que se determine a supressão da parcela prescrita pelo subitem 7.3.3.3.

Demais disso, quanto a este tocante, compete destacar a inviabilidade de se estipular o preenchimento do quantitativo de “2400 metros” para o preenchimento das parcelas constantes dos subitens 7.3.3.2 e 7.3.3.3, na medida em que o edital e os seus anexos, sobretudo o Termo de Referência, não estipulam o total de metros de rede elétrica subterrânea que deverá ser providenciada.

Ora, sabe-se que a estipulação de quantitativos quando da eleição das parcelas de maior relevância, por força da inteligência do art. 30, II da Lei 8666/93, do art. 37, XXI da Constituição e da incidência do princípio da proporcionalidade, não deve se prestar à exigência da comprovação da execução de quantitativo idêntico ao licitado, mas sim compatíveis, assemelhados, devendo se adstringir às quantidades mínimas necessárias para se demonstrar a aptidão para execução do objeto licitado. Deve, ainda, **ser sempre motivada tecnicamente, o que não é o caso dos quantitativos ora estipulados**, a fim de permitir que os órgãos de controle externo averiguem sua pertinência para com o objeto licitado.

Nestes termos que ensina Joel de Menezes Niebhur⁸:

Outra grande discussão em torno do assunto reside em como fixar tais quantitativos, isto é, **qual a medida dos quantitativos e em relação a que aspectos do objeto da licitação eles devem ser exigidos**. Isso porque **um dos principais meios para o direcionamento das licitações é justamente a manipulação dos quantitativos solicitados nos instrumentos convocatórios no tocante aos atestados de capacitação técnica. Infelizmente, é comum agentes administrativos estabelecerem quantitativos moldados ao perfil da empresa que eles pretendem favorecer. O princípio da proporcionalidade é de suma relevância para a fixação adequada dos quantitativos concernentes aos atestados de capacitação técnica. Ocorre que os**

⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 8ª Edição. 2015. Belo Horizonte: Fórum. p. 428.

quantitativos não podem ser excessivos; eles devem ser compatíveis com as dimensões do objeto da licitação.

Seguindo essa orientação, a Administração, via de regra, não deve exigir, para os atestados de capacitação técnica, os mesmos quantitativos do objeto a ser licitado.

Imagine-se que a Administração esteja licitando a construção de um prédio de 1.000 m². Ela, nesse caso, não deve requerer quantitativo de 1.000 m². Isso porque, com estribo no princípio da razoabilidade, é de se supor que quem tenha executado prédio com 900 m² tem todas as condições de executar prédio com 1.000 m². **Logo, a Administração precisa estabelecer quantitativo razoável que mensure efetivamente a capacidade dos licitantes para executar o objeto do futuro contrato, tudo permeado por avaliação eminentemente técnica.**

(...) Sem embargo, cada caso guarda as suas especificidades técnicas e, portanto, é frequente haver variações para mais ou para menos. Como apontado pelo TCU, **é pacífico o entendimento de ser vedada a exigência de quantitativo superior ao objeto licitado. Afora situação desse naipe, em que a afronta ao princípio da proporcionalidade é mais do que ostensiva, é possível a existência de parâmetros diferentes. A legalidade das exigências, nesses casos, dependerá das justificativas técnicas e da motivação do ato. Dessa maneira, sugere-se que a fixação dos quantitativos mínimos seja sempre motivada tecnicamente,** a fim de evitar impugnações, recursos e medidas judiciais e de conferir transparência às ações administrativas.

Nesse sentido, ante a impossibilidade de se verificar, *a priori*, quando que a estipulação de quantitativos exorbitará o mínimo necessário, se revelando excessiva, frente as particularidades inerentes a cada objeto licitado, o Tribunal de Contas da União estabeleceu presumir-se excessiva e restritiva a estipulação de quantitativos em percentual superior à 50 % do total do objeto licitado, transferindo ao ente licitante o ônus de justificar tecnicamente as hipóteses em que se mostrar necessária a estipulação de quantitativo em percentual superior:

9.1 determinar, à Prefeitura Municipal de Lucas do Rio Verde/MT, que, nos procedimentos licitatórios futuros que envolvem a aplicação de recursos federais:

9.1.1 **abstenha-se de estabelecer percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas deverão estar tecnicamente explicitadas no processo administrativo anterior ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, art. 3º, §1º, inciso I, e art. 30, inciso II, ambos da Lei 8.666/93; [...].** (Acórdão nº 2.462/2007, Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão de 21.11.2007)

13. Assim, o primeiro requisito essencial foi devidamente observado, conforme já delineado nos itens 5 e 6 deste voto. **Quanto ao outro quesito, este Tribunal tem decidido, recursivamente, que a comprovação de experiência em índice superior a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos a executar é exigência excessiva, a restringir indevidamente o caráter competitivo do certame, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas devem estar tecnicamente explicitadas, seja no processo licitatório, seja no próprio edital e seus anexos** (vide Acórdãos nºs 1.284/2003, 2.088/2004, 2.656/2007, 608/2008, 2.215/2008, 2.099/2009, 2.147/2009, 1.432/2010 e 1.552/2012, todos do Plenário). (TCU, Acórdão nº 3104/2013, Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. Julg. 20.11.2013)

Dito isto, depreende-se que a não estipulação no edital e anexos **do total de metros de rede elétrica subterrânea contemplados pelo objeto licitado**, torna a exigência do preenchimento do quantitativo de “2400 metros” (subitens 7.3.3.2 e 7.3.3.3) manifestamente restritiva, na medida em que tal omissão inviabiliza que esta impugnante, demais interessadas e órgãos de controle identifiquem se o quantitativo ali estimado supera ou não o percentual de 50% do objeto e, eventualmente, se mostra excessiva.

Imperioso, desta forma, que a Municipalidade proceda às readequações ora indicadas na redação dos enunciados dos itens 7.7.3.1, 7.7.3.2 e 7.7.3.3.

Por fim, observa-se que a estipulação das parcelas de maior relevância afetas à comprovação de qualificação técnico-profissional ocorrida por intermédio dos subitens 7.7.4.1, 7.7.4.2, 7.7.4.3 se limita a apenas reproduzir o texto das parcelas de maior relevância determinadas para a qualificação técnico-operacional, de modo que as mesmas ressalvas ora aduzidas em face dos subitens 7.7.3.1, 7.7.3.2 e 7.7.3.3, com exceção daquelas afetas à questão dos quantitativos estipulados, são perfeitamente aplicáveis a estes dispositivos, que dada sua identidade de conteúdo com aqueles, também devem ser objeto das retificações ora pleiteadas.

II.e) Termo de Referência: – estipulação injustificada de especificações técnicas extremamente pormenorizadas das luminárias que desbordam do mínimo necessário ao seu ótimo desempenho – detalhamento excessivo que restringe indevidamente o caráter competitivo do certame – inteligência do art. 37, XXI da Constituição – violação ao art. 3º, II da Lei 10.520/2002, ao art. 3º, §1º, I da Lei 8.666/93 – violação ao prejulgado nº 1851 do TCE-SC - Precedentes do TCE-SC e do TCU

Verifica-se que o Termo de Referência disponibilizado alberga **descrição extremamente minuciosa das luminárias** que serão objeto de fornecimento, elegendo, sem qualquer justificativa de ordem técnica, um sem número de especificações técnicas, inclusive disciplinando características meramente estéticas dos equipamentos, confira-se:

<p>ESPECIFICAÇÃO DAS LUMINÁRIAS LED</p> <p>Luminária para iluminação pública LED, grau de proteção IP-66 TOTAL, resistência a impactos mecânicos IK-08, temperatura de cor de 5.000K (tolerância de -254 e + 312K, IRC ≥ 70, fator de potência $\geq 0,92$, THD $\leq 10\%$. Vida útil ≥ 50000 horas. Temperatura de operação de -30°C a +50°C. Tensão de 85 a 305 VAC. Produzida em liga de alumínio injetado a alta pressão, alta eficiência elétrica e fotométrica.</p> <p>Alojamento com grau de proteção IP-66, incorporado para instalação dos equipamentos eletrônicos (Driver grau de proteção IP-66 e Protetor de Surto grau de proteção IP-66), fabricado em liga de alumínio injetado a alta pressão liga SAE 306, possuindo gravação em alto relevo com o nome do fabricante e modelo da luminária com tampa basculante para instalação da tomada para relé e sistema de telegestão.</p> <p>A luminária deve possuir na parte superior da tampa do alojamento, uma tomada padrão ANSI C 136.41 (Dimming Receptales) de 7 contatos para acoplamento do módulo destinado ao sistema de TELEGESTÃO ou fotocélula.</p> <p>A luminária deverá prever na parte superior, um ponto para nivelamento (sem utilização de equipamentos de medição) em relação ao eixo longitudinal da via.</p> <p>Junta de silicone entre (tampa/corpo alojamento) e (refrator de vidro plano temperado/corpo dissipador) para vedação dos conjuntos, garantindo um grau de proteção IP-66.</p> <p>Corpo dissipador em liga de alumínio SAE 306, grau de proteção IP-66, com ótima dissipação térmica, sem a utilização de ventiladores ou líquidos, e que não permita o acúmulo de detritos que prejudiquem a dissipação térmica do sistema ótico e do alojamento.</p> <p>Lente para distribuição fotométrica de alta performance, material em PMMA, permitindo excelentes índices luminotécnicos. Refrator em vidro plano temperado e serigrafado na cor branca, fixado ao corpo dissipador através de parafusos, resistente a impacto IK-08.</p> <p>Sistema de fixação da luminária em liga de alumínio injetado a alta pressão SAE 306, para os itens 42 e 43 da planilha, deverá possuir regulagem do ângulo de instalação no topo de poste de 0° a 15° (sem utilização de acessórios (núcleos/suportes de fixação) e para instalação em braço ou suporte central com regulagem do ângulo de 0° a -15°, para encaixe em tubos de com $\varnothing 48,2\text{mm}$ a $\varnothing 60,3\text{mm}$. Deverá ser gravado na peça os ângulos de regulagem. A fixação da luminária ao braço deverá ser através de 03 parafusos sextavados em aço inoxidável, sendo que um parafuso deverá estar a 40,00 mm da parada do tubo para travamento da luminária ao braço.</p> <p>Driver dimerizável, com regulagem de 0 a 10V, tensão de entrada com reconhecimento automático entre 85 a 305 VAC, Distorção harmônica total (THD): $\leq 10\%$. Frequência de 50/60Hz, fator de potência $>0,92$, proteção contra curto-circuito, sobretensão, sobrecorrente e sobreaquecimento. Deverá ter cabo de aterramento ou aterramento por carcaça. Grau de proteção IP-66</p> <p>Deverá ter proteção para suportar impulsos de tensão de pico de $10\text{KV} \pm 10\%$ (forma de onda normalizada 1,2/50μs) e de impulsos de corrente de pico de 10KVA (forma de onda normalizada 8/20μs). Deverá ter cabo de aterramento ou aterramento por carcaça. Grau de proteção IP-66.</p> <p>Acabamento externo com pintura eletrostática em poliéster, na cor cinza Munsell N 6.5. Todos parafusos deverão ser em aço inoxidável.</p>

Pois bem.

Duas ordens de considerações devem ser levadas em conta no exame da irregularidade ora referenciada.

Por primeiro, deve-se ter em mente que a discricionariedade possuída pela autoridade promotora do certame quando da definição das especificações técnicas do produto, não é, sob hipótese alguma, ilimitada. Como bem adverte o professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁹:

Uma vez que atividade administrativa é desempenho de *função* e dado que função é o cumprimento obrigatório do dever de atingir uma *funalidade antecipadamente estabelecida* através do manejo de poderes exercitáveis no interesse de outrem, e estabelecido que a lei sempre e sempre impõe, como é natural, o dever de buscar-se a

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª Edição, 12ª tiragem. 2017. São Paulo: Malheiros, p. 47.

medida que atenda de modo preciso sua finalidade, **resulta certo que a liberdade administrativa acaso conferida por uma norma de direito não significa sempre liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos. Não significa poder de opções livres, como as do direito privado. Significa o dever funcional(questão de legitimidade e não de mérito) de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providência – isto é, o ato – ideal, capaz de atingir com exatidão a finalidade da lei, dando assim satisfação ao interesse de terceiros – interesse coletivo e não do agente – tal como firmado na regra aplicanda.**

Segue-se, portanto, que a margem de liberdade gozada pelo ente licitante para estipular as especificações técnicas do produto a ser fornecido, encontra sua origem bem como os limites de seu exercício na Lei 8.666/93 e nesta extensão, no art. 37, XXI da Constituição Federal, comando constitucional regulamentado por referida norma federal.

Donde se extrai que a competência discricionária a ser exercitada na espécie deve ser empregada única e exclusivamente para ressaltar as particularidades do equipamento que sejam estritamente necessárias para a ótima execução do objeto licitado.

Tal delimitação deriva da conjugação *(i)* da parte final inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal que limita a imposição de exigências editalícias àquelas “*indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”; *(ii)* com o art. 3º, *caput* da Lei 8666/93, que, introjetando um viés finalístico, entende que o procedimento licitatório é um meio a ser empregado para alcançar determinado fim, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração; e *(iii)* com o disposto no art. 3º, § 1º, I da Lei 8666/93 o qual proíbe que se preveja no instrumento convocatório “*cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo*”.

A isso soma-se o fato de, considerando-se que a presente licitação ora em comento é promovida na modalidade pregão presencial, o art. 3º, II da Lei 10.520/2002 **veda, expressamente, a estipulação de especificações do objeto “que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição”** :

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

(...)

*II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, **vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;***

Corolário de tal racional é que sempre que a autoridade processante do certame fizer constar na caracterização do produto especificações técnicas que desbordam do mínimo necessário para a correta execução do objeto estará ela extrapolando os limites legais e constitucionais impostos para o exercício de tal competência discricionária, incorrendo na prática de conduta que redunde, tão somente, na restrição indevida ao caráter competitivo do certame.

Nesta seara, socorre-se mais uma vez à precisa lição de Joel de Menezes Niebhur¹⁰:

Pois bem, importa que a definição do objeto da licitação e todas as suas especificidades são atividades entregues à discricionariedade dos agentes administrativos, que devem sentir o quadro social, político e econômico, bem como priorizar as demandas a serem atendidas pela Administração Pública.

Não obstante tais considerações, **toda competência discricionária é limitada. Por isso é que o inciso I do §1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93 veda aos agentes administrativos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter**

¹⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 8ª Edição. 2015. Belo Horizonte: Fórum. p. 281-282.

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”. (...)

Isso significa que o agente administrativo, no uso de sua competência discricionária, não pode escolher o objeto que pessoalmente lhe convenha, salientando características que não sejam relevantes para a consecução do interesse público, mas que sirvam a restringir o acesso à licitação, direcionando-a a pessoas predeterminadas.

Os agentes administrativos devem especificar o objeto da licitação em detalhe, a fim de distinguir durante a licitação aqueles de boa qualidade dos de má qualidade. **No entanto, os agentes administrativos não podem particularizar características irrelevantes e impertinentes do objeto licitado para a satisfação do interesse público.**

Estabelecida esta premissa, compete demonstrar, em sequência, que a **diretriz ora em comento foi sumariamente ignorada quando da elaboração do presente instrumento**, vez que o **Termo de Referência destaca inúmeras características da luminária que não se mostram imprescindíveis à execução do objeto ora licitado**, bem como não encontra respaldo nos parâmetros de conformidade entabulados pela regulamentação de conformidade das luminárias viárias estabelecidas pelo INMETRO, ente público legalmente incumbido da regulamentação para certificação da qualidade de materiais e produtos industriais.

É evidente que, tratando-se do fornecimento de luminárias, as especificações técnicas inseridas devem espelhar os requisitos de ordem técnica e de segurança efetivamente estipulados na Portaria nº 20/2017 do INMETRO, que estabelece o Regulamento Técnico da Qualidade para Luminárias para Iluminação Pública Viária, e pelas normas técnicas (NBR) e regulamentadoras (NR) aludidas por tal regramento.

E, no caso, verifica-se com facilidade que **em nenhum momento** tal portaria ou as normas técnicas e regulamentadoras por ela remetidas

perfazem exigências sequer semelhantes às seguintes especificações minuciosas encampadas pelo Termo de Referência:

- exigência de que o alojamento das luminárias possua “**gravação em alto relevo com o nome do fabricante e modelo da luminária**”
- exigência de que o refrator seja “**serigrafado na cor branca**”
- exigência de que o sistema de fixação da luminária “*deverá possuir regulagem do ângulo de instalação no topo de poste de 0° a 15°* (**sem utilização de acessórios (núcleos/suportes de fixação)**)” com **gravação na peça dos “ângulos de regulagem”**
- exigência que a fixação da luminária no braço se dê “**através de 03 parafusos sextavados em aço inoxidável, sendo que um parafuso deverá estar a 40,00 mm da parada do tubo para travamento da luminária ao braço.**”;
- exigência de que o acabamento externo da luminária possua “*pintura eletrostática em poliéster, na **cor cinza Munsell N 6,5.**”*

Daí porque, ante o silêncio da Portaria nº 20/2017 do INMETRO, competiria à Municipalidade de Tubarão declinar justificativa técnica contundente demonstrando a imprescindibilidade de que as luminárias possuíssem estas determinadas características para a salvaguarda do interesse público visado com a contratação.

Vale dizer, incumbiria ao ente licitante demonstrar, por exemplo, o porquê somente as luminárias com acabamento na cor cinza de tonalidade “Munsell N 6,5” atenderiam ao interesse público visado com a contratação.

Destarte, percebe-se a estipulação de aludidas especificações técnicas contrária ao **Prejulgado nº 1581** do TCE-SC, o qual sedimentou o **entendimento jurisprudencial coibindo a estipulação de especificações técnicas,**

que tais quais a ora impugnada, atente contra o caráter competitivo do certame e restrinjam a participação de potenciais interessados:

Prejulgado 1581:

(...)

2. O objeto da licitação é caracterizado pelo bem ou utilidade que a Administração pretende adquirir ou alienar, podendo ser bem móvel ou imóvel, mercadoria, obra ou serviço, e que constituirá o objeto do futuro contrato. O objeto pode ser formado por único ou diversos itens, **com a respectiva especificação técnica, constituindo em descrição de suas características, propriedades, medidas, quantidades e todos os demais elementos necessários à sua exata identificação e avaliação pela Administração, ressalvada a inviabilidade de especificações que possam caracterizar restrição à participação de interessados ou direcionamento a determinados produtos, marcas ou fornecedores.**

No mesmo sentido, colhe-se precedente recentíssimo do TCE-SC (REP nº 18/0163506), no qual, após analisar edital de licitação objetivando a contratação de empresa para implantação de sistema de telefonia digital (PABX) cujo Termo de Referência trazia especificações técnicas excessivas acerca dos equipamentos de telefonia que seriam adquiridos, o Relator, Conselheiro Herneus de Nadal, consignou que:

o excessivo detalhamento contido no Termo de Referência, a ausência de disponibilização do edital e não observância do prazo mínimo de sua publicidade, **indicam o direcionamento do certame licitatório**, na forma defendida nos pareceres exarados, caracterizando **afrenta ao princípio da isonomia, o qual assegura igualdade de condições a todos os possíveis concorrentes, impedindo que os editais contenham exigências prescindíveis à execução do objeto licitado, na forma estabelecida pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal** e art. 36 da Lei federal nº 8.666/93.

(...) **o edital na forma como foi elaborado**, aponta a um indevido direcionamento da licitação a determinada

empresa, **caracterizando ainda, ofensa ao princípio da competitividade** estabelecido no citado art. 3º e art. 40, inciso I, da lei de licitações (TCE-SC - REP nº 18/0163506 – Rel. Cons. Herneus de Nadal. Sessão de 03.02.2020)

Tal previsão editalícia igualmente vai de encontro à jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que já advertiu que a inclusão de especificações técnicas deve se limitar ao que se mostrar indispensável à execução do objeto licitado, bem como que a inserção injustificada de características dos produtos que exorbitem este mínimo essencial, restringe o caráter competitivo do certame, sendo vedada por força do disposto no art. 3º, §1º, I da Lei 8666/93:

9.5. determinar, ainda, ao Município de Água Limpa-GO, novamente com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que, caso opte por realizar novo procedimento licitatório para aquisição de pá carregadeira com recursos públicos federais, atente, em especial, para o seguinte:

(...)

9.5.1. **de acordo com o princípio da especificidade mínima que garante o cumprimento das obrigações, estabelecido pela Constituição Federal, art. 37, inciso XXI, as especificações técnicas dos objetos das licitações, inclusive pás carregadeiras, precisam ser justificadas tecnicamente, devendo estes critérios ser os mínimos necessários para a garantia do alcance do objetivo da licitação,** havendo, ainda, a necessidade de que todo esse nexos relacional esteja justificado nos autos do processo licitatório; (TCU – Acórdão nº 214/2020. Rel. Min. Aroldo Cedraz. Plenário. Sessão de 05.02.2020)

9.3. determinar ao Ministério da Integração Nacional que:
(...)

9.3.2. observe o disposto nos arts. 3º, 14 e 40, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, e no art. 3º da Lei nº 10.520/2002, **abstendo-se de incluir, nos instrumentos convocatórios, excessivo detalhamento do objeto, de modo a evitar o direcionamento da licitação ou a restrição de seu caráter competitivo, devendo justificar e fundamentar tecnicamente quaisquer especificações ou condições que**

restrinjam o universo de possíveis fornecedores dos bens ou prestadores de serviços objeto do certame
(Acórdão 2.407/2006. Rel. Min. Benjamin Zymler. Plenário, Sessão de 06.12.2006)

De rigor, dessa forma, que se proceda à retificação do Termo de Referência para o fim de suprimir as especificações técnicas ora impugnadas que particularizam um sem número de características irrelevantes do produto para a execução do objeto licitado, restringindo arbitrariamente a competitividade da disputa, dando margem a eventual direcionamento das luminárias em favor de determinado(s) fornecedor(es).

II.f) Termo de Referência – exigência de apresentação de ensaios, certificação de garantia de inteligência do art. 30, § 6º da Lei 8666/93 - documentação que deve ser exigida apenas da licitante vencedora do certame, sob pena de malferir o caráter competitivo do certame – Precedentes do TCE-SC

Por fim, em mais um sinal inequívoco da restrição à competitividade, verifica-se que o Termo de Referência exige a entrega, já quando da fase da proposta de preços, de uma série de documentos relacionados às luminárias que deverão ser fornecidas, quais sejam, declaração de garantia emitida e assinada pelo fabricante da luminária, inúmeros ensaios laboratoriais feitos por laboratórios acreditados pelo INMETRO, certificação do INMETRO, mídia digital contendo as curvas fotométricas das luminárias, cálculos luminotécnicos em diversos tipos de vias mediante a utilização de software dialux. Confira-se:

- Deverão ser fornecidos os seguintes documentos, juntamente com a proposta:
- Catálogo técnico das luminárias Led propostas;
 - Declaração de garantia de funcionamento das luminárias Led ofertadas pelo prazo mínimo de 5 anos, espedida e assinada pelo fabricante;
 - Curvas fotométricas das luminárias (arquivos.ies), a serem apresentadas em mídia digital.
 - A luminária deverá atender a Portaria 20 do Inmetro de 15 de fevereiro de 2017, estar certificada e possuir o modelo da luminária registrada no site do INMETRO "<http://registro.inmetro.gov.br>".
 - Relatório de ensaio dos Led's de acordo com a IESNA LM-80-08. Caso o documento esteja em outra língua diferente do Português, também deverá ser apresentado a tradução juramentada.
 - Para comprovação de qualidade das luminárias LEDs, deverá ser apresentado para os itens 4.42 a 4.44, podendo ser do tipo família de produtos, cópia de todos os ensaios da luminária LED relacionados abaixo, realizados em laboratórios nacionais acreditados pelo Inmetro ou laboratórios internacionais com acordo de reconhecimento com a CGCRE – Coordenação Geral de Acreditação – do Inmetro:
 - Ensaio fotométrico da luminária - IESNA LM-79
 - Ensaio de vida útil e depreciação do fluxo luminoso - IESNA LM-80
 - Ensaio de Grau de Proteção (IP) (NBR IEC 60598-1)
 - Ensaio de resistência mecânica (IK) (NBR IEC 62262)
 - Ensaio de isolamento, corrente de fuga e rigidez dielétrica (NBR IEC 60598-1)
 - Ensaio de resistência à vibração (NBR IEC 60598-1)
 - Ensaio contrachoque elétrico (NBR IEC 60598-1)
 - Ensaio de resistência ao torque de parafusos e conexões (NBR IEC 60598-1)
 - Ensaio de emissão de harmônicos (IEC 61000-3-2)
 - Ensaio de resistência ao vento (NBR 15129)
 - Ensaio de proteção contra raios UV (ASTM G154) – somente para luminárias que não possuem lente de proteção do módulo LED em vidro.
 - Cálculos luminotécnicos para cada tipo de via conforme cenários de desempenho abaixo, utilizando software dialux e o (arquivos.ies) da luminária:

Tais exigências constantes do Termo de Referência devem ser suprimidas, na medida em que o art. 30, § 6º da Lei 8666/93 predica que “*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*”

Vale dizer, à luz do preconizado pelo dispositivo legal supramencionado, já se mostra suficiente, neste momento inaugural da disputa, a apresentação da declaração de disponibilidade exigida pelo item 7.7.6¹¹ do Edital para atender a garantia de conformidade das luminárias ao disposto no Termo de Referência desejada pelo órgão licitante.

¹¹ **7.7.6 - Declaração formal com relação explícita de disponibilidade dos veículos e equipamentos**, sob as penas da Lei, **que os equipamentos atendem o mínimo exigido no Termo de Referência**, com a apresentação de relação nominal, individualizando modelo, marca, ano de fabricação, capacidade, se próprio ou alugado, contendo a indicação do responsável técnico para a realização do objeto da licitação, com declaração expressa da proponente de que se compromete na data do início dos serviços, dispor dos veículos e equipamentos mínimos para o cumprimento do objeto, nos termos do artigo 30, § 6º, da Lei Federal n.º 8.666/93.

Nesse diapasão, não se pode perder de vista que a exigência de apresentação da certificação, laudos e ensaios laboratoriais dos equipamentos por todos os licitantes já no momento da entrega das propostas de preço, encarece o custo de participação na licitação e desestimula a presença de potenciais interessados.

Assim que, ante o seu evidente potencial de restringir a competitividade da disputa, o TCE-SC proíbe que se exija a apresentação de documentos atinentes às luminárias a serem ofertadas junto da proposta de preços, tal qual se demandou no Termo de Referência deste Edital:

Diante do exposto, proponho ao Egrégio Tribunal Pleno a adoção da seguinte deliberação:

3.1. Conhecer do Edital de Concorrência nº 239/2015, lançado pelo Município de Biguaçu, cujo objeto é a **prestação de serviços técnicos especializados, com fornecimento de materiais, para gestão dos serviços de iluminação pública, compreendendo as atividades de manutenção, modernização e ampliação do sistema de iluminação pública** do Município de Biguaçu, nos termos do art. 7º, I da Instrução Normativa n. 0021/2015.

3.2. Determinar ao Sr. Ramon Wollinger - Prefeito Municipal de Biguaçu, com fundamento no art. 1º, XII, da Lei Complementar (estadual) n. 202/200 c/c art. 7º, II da Instrução Normativa n. 0021/2105, que, antes da republicação do Edital de Concorrência nº 239/2015, **proceda a correção da irregularidade abaixo discriminada e apontada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em seu Parecer MPC/46.821/2016:**

3.2.1. **Exigência de terceiros alheios ao certame, com a permanência no item 7.1.6.2 do novo Edital juntado aos autos – fls. 305 – da exigência de apresentação, por parte dos interessados, junto à proposta de preços, sob pena de desclassificação, de “ensaios” acerca de determinados itens técnicos listados, que corresponde a uma restrição/formalidade excessiva que implica no comprometimento do caráter competitivo do procedimento licitatório e na obtenção da proposta mais vantajosa à administração, em afronta ao art. 37, XXI,**

da CRFB/88 e aos art. 3º, caput e § 1º, I e art. 30, § 1º, I e §§ 5º e 6º da Lei Federal nº 8.666/93, conforme item 1.2 do Parecer MPC/46.821/2016; (TCE-SC. REP-16/00150907 – Rel. Cons. Wilson Rogério Wan-dall. 01.03.2017)

Mesmo entendimento vem sendo aplicado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

EMENTA – EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. **REORDENAÇÃO LUMINOTÉCNICA DO SISTEMA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO.** DESCABIMENTO DE RESTRIÇÃO INJUSTIFICADA A DETERMINADO MODELO DE LÂMPADA LED. LAUDOS, ENSAIOS E CERTIFICADOS PODEM SER EXIGIDOS TÃO SOMENTE DA LICITANTE VENCEDORA. ENCARGOS DE RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE REPRESENTAM COMPROMISSO DE TERCEIRO ALHEIO À DISPUTA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. 1. A ausência de justificativa plausível para limitação a determinado modelo de lâmpada LED, impõe a incorporação de outras tecnologias compatíveis com o projeto de iluminação concebido pelo Município. 2. **Imposição de entrega de laudos, ensaios e certificados dos materiais junto com a proposta comercial não possui amparo legal, além de configurar ônus desnecessário àqueles que pretendem participar do certame.** 3. Encargos de responsabilidade do fabricante contrariam o teor da Súmula nº 15, por representar compromisso de terceiro alheio à disputa. (TC-020643.989.19-7 Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues. Tribunal Pleno. Sessão de 13.11.2019)

Com efeito, entende-se que é o caso de se aplicar à matéria o entendimento esposado pelo Tribunal de Contas da União, que estabeleceu solução intermediária no sentido de que, dado o potencial restritivo que pode ser ocasionado com a exigência de documentação desta natureza já no momento de entrega das propostas, sua requisição deve ser endereçada, tratando-se de licitação na modalidade Pregão, somente

ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, mediante a concessão de prazo razoável para sua obtenção:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.3. determinar à Universidade Federal da Paraíba, com fundamento no art. 237, parágrafo único, c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que, em futuras licitações utilizando a Lei 8.666/1993 ou a Lei 10.520/2002(...)

9.3.3. **quando necessária a apresentação de laudos técnicos para assegurar a qualidade do objeto licitado, limite-se a exigí-los na etapa de julgamento das propostas, e apenas do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, conferindo-lhe prazo suficiente para obtê-los, em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, consubstanciada no Manual de Licitações e Contratos do TCU** (Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4ª ed. rev. atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 529-539); (TCU – Acórdão nº 1677/2014 – Plenário - Sessão de 25/06/2014 – Rel. Min. Augusto Sherman)

Portanto, para fins de mitigar o potencial restritivo da imposição em comento, é de rigor que se proceda a retificação do Termo de Referência publicado para que se postergue do momento da apresentação de aludida documentação afeta às luminárias para a fase de classificação das propostas, exigindo-a tão somente da licitante que se sagrar vencedora da fase da etapa de lances, com a concessão de prazo suficiente para atendimento.

II. g) Item 7.7.7 do Edital – inviabilidade da exigência de apresentação de CRC ou HTE junto à CELESC, do licitante vencedor do certame – exigência de habilitação que extrapola àquelas previstas nos arts. 27 a 31 da Lei 8666/93 e carece de respaldo legal –restrição indevida em face das empresas situadas em outros Estados as quais não possuem tal documento de antemão - violação ao art. 3º, I da Lei 8666/93.

O item 7.7.7 do edital, sem qualquer embasamento legal, formula exigência de habilitação adicional à empresa que se sagrar vencedora e vier a ter sua documentação analisada, demandando que ela comprove possuir autorização da CELESC para trabalhar em sua rede de distribuição mediante a apresentação de Certificado de Registro Cadastral – CRC ou Homologação Técnica de Empreiteiras – HTE na qual a distribuidora autorize a execução de serviços de instalação de iluminação pública:

7.7.7 Comprovação de que a empresa vencedora possua autorização para trabalhar na rede da Concessionária de Energia Elétrica - CELESC Distribuição SA. Tal comprovação deverá ser feita através da apresentação do Certificado de Registro Cadastral – CRC ou Homologação Técnica de Empreiteiras – HTE, ambos expedidos pela Celesc, autorizando a execução dos seguintes serviços:
7.7.7.1 - Serviços de Instalação de iluminação pública

Destarte, tem-se no item 7.7.7 exigência de habilitação que extrapola os requisitos entabulados pela Lei 8.666/1993, a qual, para fins de comprovação de capacidade técnico operacional, **exige, APENAS, a apresentação de atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado em nome da licitante certificando a execução de prestações similares à aquelas englobadas pelas parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto licitado**¹².

Importa repisar que os requisitos de habilitação perfilados no art. 27 da Lei e os documentos específicos exigidos para respectiva comprovação do preenchimento de cada um deles enumerados nos incisos dos arts. 28 a 31 constituem rol taxativo, não competindo à Administração demandar documentos diversos daqueles ali elencados para fins de comprovação da habilitação. Como bem observam Egon Bockman Moreira e Fernando Vernalha Guimarães¹³, a competência quanto aos tipos de exigência é vinculada e não discricionária.

¹² Vide art. 30, inciso II c/c com §§ 1º, 2º e 3º da Lei 8666/1993

¹³ MOREIRA, Egon Bockman e GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública. 2ª Edição. 2015, Malheiros. São Paulo: Malheiros fls. 294.

Nestes termos, as advertências ora necessárias de Marçal

Justen Filho¹⁴

“A regra do art. 3º, § 1º, I, significa que todos os possíveis interessados devem ser admitidos a participar e que a vitória de um deles deve resultar da apresentação da proposta mais vantajosa. São inválidas condutas ativas ou omissivas adotadas pela Administração Pública, formalmente constantes do ato convocatório ou não, que distorçam a competição. **Nenhum licitante pode obter vantagens injustificáveis ou enfrentar desvantagens indevidas na competição.**

Os competidores devem ser tratados com igualdade, o que significa a vedação a benefícios ou encargos reservados a apenas alguns licitantes.. Mais ainda, não se admitem cláusulas que, previstas para aplicação generalizada, criam efeitos de distorção da competição
(...)

Como decorrência, são vedadas cláusulas vulgarmente encontradas em licitações, por meio das quais se pretende impedir ou onerar empresas estabelecidas em Municípios ou Estados distintos daqueles que promovem a licitação.”

Impõe-se, portanto, que se proceda à supressão de aludida exigência editalícia, visto consagrar exigência de habilitação que desborda daquelas cominadas na Lei 8666/93, carece de qualquer substrato legal e finda por restringir indevidamente o certame.

III – DOS REQUERIMENTOS

Por todo o exposto, considerando que os vícios ora apontados consituem flagrantes ilegalidades que, além de macularem todo o procedimento, restringem drasticamente o caráter competitivo da disputa. requer seja a presente impugnação acolhida para o fim de que se determine a anulação do certame, para

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª Edição. 2019. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 121-124.



que se proceda ao seu refazimento mediante modalidade licitatória compatível com a natureza de seu objeto, bem como, alternativa ou cumulativamente, para que se proceda à supressão/alteração dos itens e condições impugnados, de modo a adequar os termos do Edital ao disposto na legislação de regência e na jurisprudência dos órgãos de controle.

Outrossim, requer, ainda, que com a modificação do edital, seja esse divulgado posteriormente pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se novo prazo para preparação e elaboração de propostas pelos interessados.

Termos em que,
Pede deferimento.

De São Paulo para Tubarão, 10 de junho de 2020.

ILUMITECH CONSTRUTORA LTDA.