

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO TRIBUNAL DE CONTAS DO CEARÁ**PREGÃO ELETRÔNICO Nº 021/2021**

A **OUROLUX COMERCIAL LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF n.º 05.393.234/0001-60, com sede à Avenida Ugo Fumagali, 770 – Cidade Industrial Satélite de São Paulo, CEP: 07220-080, Guarulhos/SP, vem, respeitosamente, perante esse(a) ilustre Pregoeiro(a), com fulcro na lei 8.666/93, 10.520/2020 e Decreto 10.024/2019, **IMPUGNAR** o Edital acima mencionado, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I. DA TEMPESTIVIDADE

No edital é mencionado no item 2.1 *que “Até 03 (três) dias úteis que antecederem à abertura da sessão pública, qualquer licitante poderá impugnar o ato convocatório do Pregão Eletrônico, exclusivamente na forma eletrônica, no e-mail: cpl@tce.go.gov.br, no horário das 08h00min às 12h00min e das 14h00mm às 18h00mm”.*

Uma vez que a data da sessão do Pregão Eletrônico está marcada para ocorrer no dia 25/10/2021, temos que a data limite para impugnação ocorrerá em 19/10/2021. Assim, em sendo esta impugnação encaminhada em 13/10/2021, deve, portanto, ser considerada tempestiva.

II. DOS FATOS

A empresa OUROLUX COMERCIAL LTDA ao proceder o exame do referido instrumento constatou que o mesmo apresenta ilegalidades, pelas razões a seguir, requerendo para tanto sua apreciação, julgamento e admissão. Por ter plena convicção de que o processo licitatório em tela trará prejuízos à Administração Pública, vimos por meio deste, informar a esta respeitável Comissão de Licitação que o edital em tela está possui erros e, ao dar continuidade a ele, restarão empresas tal como a nossa, cerceadas do direito de participação, ferindo assim os princípios da economicidade, da legalidade e da isonomia.

Contudo, ao passo que no presente certame traz consigo cláusulas que comprometem a disputa, a Administração fica inviabilizada de analisar uma oferta extremamente vantajosa em sua técnica e preço, impossibilitando até mesmo que uma das empresas mais capacitadas para esta contratação possa ser selecionada à contratação.

Como se sabe, o objetivo do processo licitatório é de obter proposta mais vantajosa para a administração pública, obedecidos os Princípios da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade, da Igualdade, do Julgamento, objetivo entre outros que lhe são correlatos conforme estabelecido no art. 3º da Lei 8.666/93.

É princípio sabido dos certames licitatórios que as normas que disciplinam os pregões serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os participantes.

Cabe trazer a colação, o ensinamento acerca das cláusulas restritivas, do nobre jurista Marçal Justen Filho:

“Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda que indiretamente, prejudiquem o caráter competitivo da licitação”. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, pág. 63 Editora Dialética).

Com efeito, o exame acurado do edital revela situação que merece urgente reparo pela autoridade administrativa elaboradora do instrumento convocatório, pois cria óbice à própria realização da disputa.

Ao proceder à análise do mencionado ato convocatório, a empresa Oroulux constatou a existência de irregularidade que, necessariamente, deve ser retificada, visando resguardar os princípios que regem a presente licitação, bem como a lisura e o regular trâmite do certame em apreço. Diante disso, certa da atenção e seriedade dessa Comissão Permanente, a OUROLUX requer seja analisada e posteriormente corrigida a irregularidade presente no Edital, a fim de que a licitação ora em curso possa tramitar normalmente, sem que sua legalidade venha a ser futuramente contestada.

I. DA IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE ALGUNS REQUISITOS REFERENTE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DO EDITAL – FLAGRANTE VIOLAÇÃO À COMPETITIVIDADE DO CERTAME

Conforme aventado supra, o objeto do presente Pregão Eletrônico consiste, em síntese, Contratação de empresa especializada para fornecimento de materiais e serviços para implantação de sistemas fotovoltaicos no estacionamento externo da sede administrativa do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, sob o regime de execução de empreitada por PREÇO GLOBAL, localizada na Av. Ubrajara Berocan Leite, nº 640, Setor Jaó, Goiânia, em Goiás.

De fato, o edital contém exigências de evidente caráter restritivo, no tocante aos critérios de comprovação da qualificação técnica dos licitantes, ferindo de morte os mais elementares formadores do instituto da licitação, notadamente os princípios da legalidade, proporcionalidade, igualdade e da isonomia, bem como ampla competitividade e demais princípios basilares da Administração Pública. Senão vejamos:

1º Análise - É solicitado no item 5.4.2 ao 5.4.2.1.1 resumidamente Atestado de **Capacidade técnica registrado na entidade competente com comprovação de no mínimo 200 kWp.**

Não é possível exigir que os licitantes comprovem sua capacidade técnico-operacional por meio de atestados registrados no Crea ou que os atestados necessariamente estejam acompanhados de ART do engenheiro que acompanhou o serviço.

Vale observar, por fim, que esse também é o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre a matéria, representado pelo Acórdão 128/2012 – 2ª Câmara e o recém-publicado Acórdão 655/2016 do Plenário:

1.7. Recomendar à UFRJ que exclua dos editais para contratação de empresa para a execução de obra de engenharia a exigência de registro no CREA dos atestados para comprovação da capacitação técnica operacional das licitantes, tendo em conta a recomendação inserta no subitem 1.3 do Capítulo IV combinado com o subitem 1.5.2 do Capítulo III do Manual de Procedimentos Operacionais para aplicação da Resolução CONFEA nº 1.025/2009, aprovado pela Decisão Normativa CONFEA nº 085/2011”. (Acórdão 128/2012 – 2ª Câmara)

9.4. dar ciência ao Município de Itagibá/BA, de modo a evitar a repetição das irregularidades em futuros certames patrocinados com recursos federais, de que: (...) 9.4.2. a exigência de comprovação de aptidão técnica devidamente registrada junto ao Crea, dando conta de que a empresa interessada já desenvolveu serviços idênticos/semelhantes ao previsto no objeto do edital, contraria a Resolução 1.025/2009 do Confea e o Acórdão 128/2012 – TCU – 2ª Câmara; (Acórdão 655/2016 do Plenário).

[Atualização – 1] Em fevereiro de 2017, foi publicado o Acórdão 205/2017 que confirma o entendimento do Plenário do TCU no sentido de configurar falha a “exigência de registro e/ou averbação de atestado da capacidade técnica-operacional, em nome da empresa licitante, no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – Crea, o que não está previsto no art. 30, § 3º, da Lei 8.666/1993, que ampara a exigência do referido atestado, contida no item 8.7.2 do instrumento convocatório, e contraria a Resolução Confea 1.025/2009 e os Acórdãos 128/2012-TCU-2ª Câmara e 655/2016-TCU-Plenário”.

[Atualização – 2] Em dezembro de 2017, foi publicado o Acórdão 10362/2017-2ª Câmara que apontou como irregularidade a exigência de “certidão de acervo técnico da licitante registrada no CREA-CE, para efeito de habilitação, uma vez que a exigência de registro ou visto no CREA do local de realização da obra licitada somente dar-se-á no momento da contratação”.

É nítido que tal exigência diminui drasticamente o número de licitantes, portanto solicitamos que seja retificado, com a exclusão do registro no CREA conforme segue abaixo:

5.4. Para fins de qualificação técnica operacional, em conformidade com as determinações da Lei Federal 8.666/93 e recomendações dos Tribunais de Contas do Brasil, as licitantes devem apresentar, pelo menos, a seguinte documentação relativa à qualificação técnica operacional:

5.4.1. Prova do registro ou inscrição do licitante, junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA, da região a que estiver vinculado, que comprove o desempenho de atividade relacionada com o objeto desta licitação;

5.4.2. 1 (um), ou mais, atestado de capacidade técnica, em nome do licitante, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação, ~~devidamente registrado(s) na entidade profissional competente;~~

5.4.2.1. Os atestados deverão comprovar capacidade de execução para as parcelas de maior relevância técnica e operacional do empreendimento, cujo somatório observe os seguintes itens, em conformidade com a jurisprudência consolidada no âmbito dos Tribunais de Contas do Brasil:

5.4.2.1.1. Execução de, pelo menos, 01 (um) sistema fotovoltaico completo com potência elétrica nominal de pico de, no mínimo, 200 (duzentos) kWp.

2º Análise - É solicitado no item 5.4.3.2. e 5.4.3.2.1 resumidamente apresentação de **Atestado de Capacidade técnica do(s) profissional (is) registrado no CREA, acompanhado(s) da CAT com comprovação no mínimo de potência nominal, de no mínimo, 100 (cem) kWp.**

É notável a inviabilidade da exigência ao exigir quantitativo mínimo, visto que o objetivo principal diz respeito à comprovação, por parte do licitante, de que na data prevista para a entrega da proposta, possua profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela autoridade competente que tenha atestado de responsabilidade técnica pela execução de obra ou serviços semelhantes ao objeto da licitação.

Com relação à capacidade técnico-profissional, o Tribunal de Contas da União (TCU) entende não há necessidade de existência de vínculo empregatício do profissional com a empresa licitante, sendo suficiente para sua comprovação a apresentação de contrato de prestação de serviços, o qual é regido pelas normas previstas no Código Civil.

Todavia, alguns editais de licitações ainda consta a exigência de um quantitativo mínimo para que as empresas licitantes comprovem sua capacidade técnico-profissional, muito embora a Lei de Licitações vede expressamente tal prática, senão vejamos:

Art. 30 (...) § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, **vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;**

Acórdão nº 2521/2019 e a ilegalidade na exigência de quantitativos mínimos para comprovação da capacidade técnico-profissional

Trata-se de um Relatório de Auditoria realizada por uma Secretaria de Fiscalização com a finalidade de avaliar a execução das obras e serviços remanescentes da implantação e pavimentação de uma rodovia, durante a qual, entre outros questionamentos, verificou-se se os procedimentos licitatórios realizados para a condução da obra foram regulares.

Assim, em análise ao edital de Concorrência que regrou a licitação á época, constatou-se que, nos critérios de habilitação, constava a exigência de quantitativos mínimos para a comprovação da capacidade técnico-profissional, o que é expressamente vedado pela Lei de Licitações e inclusive consolidado pela jurisprudência do TCU, conforme já ressaltado acima.

Sendo assim, a equipe de fiscalização deu ciência sobre a ilegalidade da cláusula do edital, tendo em vista a patente afronta ao art. 30, I, §1º da Lei de Licitações, que **veda expressamente a exigência de quantitativos mínimos para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional, firmando o seguinte entendimento:**

“A exigência de quantitativo mínimo para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional contraria o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993.”

A manutenção de condições como essa, as quais afrontam a Lei de Licitações e os entendimentos firmados pelo TCU, é capaz de gerar a nulidade de todo um processo licitatório, acarretando em prejuízos imensuráveis à Administração e aos licitantes.

Sendo assim solicitamos que a exclusão de quantitativo mínimo referente a solicitação de Atestado de Capacidade técnica do(s) profissional (is), segue abaixo sugestão de alteração conforme destacado em vermelho:

5.4.3. Comprovação do licitante possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional(is) de nível superior, com formação em Engenharia Elétrica ou equivalente, reconhecido(s) pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA, detentor(es) de atestado(s) de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes ao objeto desta licitação;

5.4.3.1. O(s) atestado(s) ou declaração (ões) de capacidade técnica do(s) profissional(is) deverá(ão) estar devidamente(s) registrado(s) no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA, da região onde os serviços foram executados;

5.4.3.2. O(s) atestado(s) ou declaração (ões) de capacidade técnica do(s) profissional(is) deverá(ão) estar acompanhado(s) da(s) respectiva(s) Certidão(ões) de Acervo Técnico – CAT, expedida(s) pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA, da região onde os serviços foram executados, comprovando ter(em) o(s) profissional(is) executado, para pessoa jurídica de direito público ou privado, que não o próprio licitante (CNPJ diferente):

5.4.3.2.1. Execução de, pelo menos, 01 (um) sistema fotovoltaico completo com 01 (um) inversor ou conversor de frequência de potência elétrica nominal de, ~~no mínimo, 100 (cem) kWp.~~

5.4.4. A comprovação de vínculo do profissional com o licitante poderá ser feita mediante a apresentação de um dos seguintes documentos:

5.4.4.1. Carteira de trabalho e previdência social (CTPS) do profissional, em que conste o licitante como contratante;

5.4.4.2. Contrato social do licitante, em que conste o profissional como sócio;

5.4.4.3. Contrato de prestação de serviços, regido pela legislação comum;

5.4.4.4. Declaração de contratação futura do profissional acompanhada de anuência deste.

Por conseguinte a exigência estabelecida no diploma editalício restringe o caráter competitivo da licitação afrontando o inciso I, § 1º do artigo 3º da Lei 8666/93 que segue:

§ 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;

Ao cabo, para arrimar mais ainda sua impugnação, segue abaixo alguns pareceres acerca da restrição do universo dos participantes:

TCU – Acórdão 2079/2005 – 1ª Câmara – “9.3.1. abstenha-se de incluir nos instrumentos convocatórios condições não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em atendimento ao disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93;”.

TCU – Decisão 369/1999 – Plenário – “8.2.6 abstenha-se de impor, em futuros editais de licitações, restrições ao caráter competitivo do certame e que limitem a participação de empresas capazes de fornecer o objeto buscado pela Administração Pública, consoante reza o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93;”

TCU- Acórdão 1580/2005 – 1ª Câmara – “Observe o § 1o, inciso I, do art. 3o da Lei 8.666/1993, de forma a adequadamente justificar a inclusão de cláusulas editalícias que possam restringir o universo de licitantes.”

Com desenvoltura, acerca do assunto, o jurista Marçal Justen Filho versa:

“O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter “competitivo” da licitação” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11º Ed, São Paulo: Dialética, 2005, p. 63).

A Lei n.º 8.666/1993 afirma que a capacidade técnico-profissional poderá ser comprovada mediante atestado de capacidade técnica, limitado às parcelas mais relevantes e de valor significativo do objeto licitatório, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos (art. 30, §1º, inciso I). Portanto, em regra, restringe a competição do certame a exigência de quantitativos mínimos nos atestados de capacidade técnica.

Seguindo essa diretriz normativa e de forma mais ampliativa, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União indica que “é ilícita a exigência de número mínimo de atestados de capacidade técnica, assim como a fixação de quantitativo mínimo nesses atestados superior a 50% dos quantitativos dos bens ou serviços pretendidos, a não ser que a especificidade do objeto recomende o estabelecimento de tais requisitos”.

É perceptível que as exigências do edital acabam diminuindo de forma drástica o número de licitantes para o certame, fugindo do objetivo básico da licitação que é o “menor preço”.

Dessa maneira, resta evidente que a exigência estabelecida no edital de capacidade técnica específico acaba frustrando o caráter competitivo do certame, devendo os licitantes comprovarem apenas a habilidade para executar o objeto do edital.

Nesse contexto, nunca é demais lembrar que a Lei Geral das Licitações veda que existam no edital cláusulas ou exigências que acarretem na diminuição da competitividade e na consequente impossibilidade da busca pela proposta mais vantajosa, veja-se:

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 artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;" (Grifou-se).

A importância da competitividade e da busca pela proposta mais vantajosa também é claramente demonstrada no voto do Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal, relator do Reexame Necessário Nº 70053967501, julgado pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS em 20/11/2013:

"Dito isso, é bom de ver que o procedimento licitatório é regido por vários princípios, especificados no caput do artigo 3º da Lei 8.666/93, sendo que um dos principais objetivos serem seguidos pelo Poder Público na condução da licitação é a manutenção do seu caráter competitivo, conforme expresso no inciso I do referido artigo, que veda aos agentes públicos "admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Portanto, tem o princípio da concorrência extrema relevância para o procedimento licitatório.

Isso porque, há exigência constitucional da manutenção da competitividade(...)"

À vista do exposto, a OUROLUX requer a exclusão com as devidas correção das exigências do Atestado de Capacidade técnica Operacional e Profissional do edital, sob pena de restrição ilegal da competitividade do certame.

3. DO PEDIDO

Por todo o exposto, a OUROLUX COMERCIAL LTDA., ciente da seriedade deste Município, bem como desta c. Comissão Permanente de Licitação, requer seja seu pedido julgado procedente para correção”, descritos em DOCUMENTOS RELATIVOS À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA do edital do Pregão Eletrônico nº 21/2021, eis que em dissonância com a legislação aplicável, bem como melhores doutrina e jurisprudência.

Uma vez alterado o instrumento convocatório em tela, este deverá ser publicado novamente, da mesma forma como se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido para realização da presente licitação.

Que sejam comunicado o julgamento obrigatoriamente pelos e-mails licitacao2@ourolux.com.br, licitacao1@ourolux.com.br , sob pena de nulidade.

Nestes termos, pede deferimento.

Guarulhos-SP, 13 de outubro de 2021.



OUROLUX COMERCIAL LTDA

CNPJ/MF nº 05.393.234/0001-60

Anderson da Silva Gomes

CPF/MF: 230.367.848-02

PROCURADOR