

AO MUNICÍPIO DE TREZE TÍLIAS – SC.

DIGNÍSSIMO PREGOEIRO.

EXMO. SENHOR PREFEITO MUNICIPAL E AUTORIDADE MÁXIMA DO
PROCESSO ADMINISTRATIVO LICITATÓRIO.

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 99/2018.
EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 99/2018.

OBJETO: contratação de empresa especializada para execução dos serviços de engenharia sanitária de limpeza pública no perímetro urbano do Município de Treze Tílias – SC.

Data abertura: 18 de dezembro de 2018.

A empresa LIDER MATERIAIS ELETRICOS EIRELI - EPP, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF sob nº 00.521.103/0001-05, estabelecida na Rua 29 de julho, 224 sala 01, CEP 89.700-00, no município de Concordia, Estado de Santa Catarina, por intermédio de seu administrador Senhor Antônio Fernando Franchin, CPF/MF: 477.062.959-15, **na condição de empresa licitante**, vem com respeito e urbanidade, perante Vossas Excelências, dentro dos prazos legais, em conformidade com o §2º do artigo 41 da Lei de licitações, apresentar a presente **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, fazendo-o com base nos fatos e fundamentos a seguir deduzidos:

PREFEITURA MUNICIPAL DE TREZE TÍLIAS
PROTÓCOLO Nº 1694 / 2018 / 9593
RECEBIDO EM 18 12 18

Página 1 de 24


ASSINATURA

I – DA TEMPESTIVIDADE.

A presente impugnação é tempestiva. A licitação cuja sessão pública ocorrerá no dia 18 de dezembro de 2018, a lei de licitações cita:

"Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

(...)

*§ 2º 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 viciaram esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso."* (Destacamos)

O Tribunal de Contas da União referendou o entendimento que a apresentação da impugnação se dá até o segundo dia útil. No Acórdão nº. 1/2007 (processo TC 014.506/2006-2) o TCU entendeu ser tempestiva uma impugnação apresentada em 22/11/2005 (terça-feira) em face de um pregão que teria abertura em 24/11/2005 (quinta-feira). Do mesmo modo, através do Acórdão nº. 382/2003 (processo TC 016.538/2002-2) **entendeu ser tempestiva uma impugnação apresentada em 27/9/2002 (sexta-feira) em face de uma licitação que ocorreria em 1/10/2002 (terça-feira).**

Assim sendo, ao constatarmos que o recebimento de documentos e propostas está previsto para o dia 18 de dezembro de 2018, resta cumprido o disposto no § 2º do art. 41 da Lei 8.666/93.

II – DA VINCULAÇÃO AO PRINCÍPIO DE LEGALIDADE.

As ações dos agentes públicos estão vinculadas às disposições constitucionais que regulamentam toda a atividade administrativa, conforme emana do art. 37, *caput* da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Desta forma os agentes públicos, devem obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre outros.

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

"Deve-se, desde logo, começar por frisar que o próprio Estado de Direito, como se sabe, é encontrar-se, em quaisquer de suas feições, totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade. Inicialmente, submisso aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público. Deste esquema, obviamente, não poderá fugir agente estatal algum, esteja ou não no exercício de 'poder' discricionário". (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e Controle Jurisdicional, 2. ed., p. 10-11.)

Como visto, a lei é uma amarra à atividade administrativa, sendo que ao agente público só é possível agir com base na lei, em seus exatos limites e disposições, sob pena de ilegalidade e improbidade administrativa.

No mesmo eixo, a vinculação aos termos contidos no edital, não é nova, segundo o saudoso Hely Lopes Meirelles, vejamos:

"O edital é a lei interna da licitação, e, como tal vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação (Estatuto, art. 33). (in Licitação e Contrato Administrativo, Revista dos Tribunais, 10. ed. 1991, p. 129 e ss.)"

Entendemos assim, que a administração poderá efetuar as correções do edital que aqui serão solicitadas, ainda está em tempo, pois caso contrário poderá gerar futuros inconvenientes, prejudicando a contratação, o erário e a própria administração, causando inclusive a eventual anulação da licitação conforme preceitua o artigo 49 da Lei 8.666/93 e responsabilização dos agentes envolvidos.

III - MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

3.1 - Participação de cooperativas.

O edital não proíbe a participação de cooperativas na licitação, e a presença de cooperativas em licitação é matéria controversa.

É de conhecimento dos operadores do ramo de licitações e contratos públicos a existência do Termo de Conciliação Judicial firmado entre a União Federal e o Ministério Público do Trabalho, ocorrido na Ação Civil Pública nº 01082-2002-020-10-00-0, Vigésima Vara do Trabalho de Brasília, cujas partes são o Ministério Público do Trabalho, a Uniway Cooperativa de Profissionais Liberais Ltda., a Uniwork Cooperativa de Trabalho Ltda., e a União Federal, sendo o primeiro autor e as demais réus, no qual a União Federal se compromete a não mais contratar cooperativas que atuem em atividades como serviços de limpeza, conservação e manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e instalações, dentre outros.

A grande questão está na existência de subordinação dos funcionários e a cooperativa, essa parece ser a linha seguida pelo Tribunal de Contas da União ao autorizar a vedação à participação de cooperativas no certame. Vejamos trecho do Acórdão nº 975/2005-Segunda Câmara:

"Defina, quando da realização de licitações para contratação de mão-de-obra terceirizável, a forma pela qual o labor será executado com supedâneo em contratações anteriores. Se ficar patente que essas atividades ocorrem, no mais das vezes, na presença do vínculo de subordinação entre o trabalhador e o fornecedor de serviços, deve o edital ser expresso (e fundamentado) quanto a esse ponto, o que autorizará a vedação à participação de cooperativas de trabalho, ou de mão-de-obra, de acordo com entendimento firmado no Acórdão nº 1815/2003 – Plenário – TCU". (Destacamos e grifamos)

No mesmo sentido, foram reiteradas decisões (Acórdão nº 1815/2003-Plenário, Acórdão nº 307/2004-Plenário que culminaram com a publicação da Súmula nº 281, TCU;

"É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de personalidade e habitualidade."

A razão para essa proibição é simples. Se assim não fosse, a disciplina das cooperativas violaria pilar basilar do Direito do Trabalho (art. 3º, da CLT), pois se relaciona com direito constitucional fundamental.

Entendemos assim, que a participação das cooperativas em licitações seja possível, porém existe a condição de exceção nas contratações cujo objeto envolva o exercício de atividade que demande a existência de vínculos de emprego/subordinação desses profissionais com a pessoa jurídica contratada, os quais se percebem presentes no caso em questão, exigindo assim a vedação da participação das cooperativas.

3.2 - Registro ou inscrição na entidade profissional competente.

3.2.1. Exigência de inscrição no CREA.

O Edital de licitação em seu subitem 6.1.10 e 6.1.11, exige os seguintes documentos para a qualificação técnica dos proponentes:

6.1.10 - Prova de registro ou inscrição da licitante e de seus responsáveis técnicos no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA.

6.1.11 - Comprovação, para fins de demonstração de capacitação técnico-profissional, de possuir profissional de nível superior (Engenheiro com atribuições para execução dos serviços do objeto), na data prevista para entrega da Documentação de Habilitação e Proposta de Preços, detentor de Certidão de Acervo Técnico (CAT) expedido pelo CREA, por execução de serviços de características semelhantes ao objeto desta licitação e, também, detentor de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), de cargo e função pela empresa proponente.

O edital torna-se restritivo ao passo que admite apenas empresas e profissionais registrados no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA.

É notório que as empresas que estão registradas no Conselho Regional de Química - CRQ, bem como seus profissionais, estão aptos a responder pela responsabilidade técnica do objeto da presente licitação, é o que foi decidido pela 3ª Turma, o relator do caso, desembargador federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, afirmou que a decisão está de acordo com a jurisprudência daquele tribunal:

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5058221-
63.2015.4.04.7000/PR
DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA -
CRQ. COLETA, TRANSPORTE E DISPOSIÇÃO FINAL DE RESÍDUOS
DOMÉSTICOS, URBANOS, INDUSTRIAIS E DE SERVIÇOS DE
SAÚDE. REGISTRO E CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL DA ÁREA
QUÍMICA. OBRIGATORIEDADE.

1. A necessidade de registro no CRQ e da contratação de profissional da área química é determinada quando a empresa tiver por atividade-fim a fabricação de produtos químicos, ou realize reações químicas que altere a matéria original para alcançar seu produto final de sua produção.

2. A coleta, o transporte e a disposição final de resíduos domésticos, urbanos, industriais e de serviços de saúde são atividades que obrigam ao registro da empresa perante o CRQ. Precedentes. (Grifamos e destacamos)

Estas atividades, segundo a jurisprudência da citada corte, obrigam ao registro junto ao Conselho Regional de Química. Observe-se:

AÇÃO ORDINÁRIA. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. RECICLAGEM DE LIXO. TRATAMENTO DE ÁGUA. ATERRO SANITÁRIO. REGISTRO E CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL DA ÁREA QUÍMICA. OBRIGATORIEDADE.

1. A necessidade de registro de empresa no CRQ e da contratação de profissional da área química é determinada quando tiver por atividade-fim a fabricação de produtos químicos, ou realize reações químicas que altere a matéria original para alcançar seu produto final de sua produção.

2. A reciclagem de resíduos sólidos, tratamento de resíduos de saúde hospitalar, serviço de esgoto, tratamento de água e aterro sanitário são atividades obrigadas ao registro da empresa perante o CRQ. Precedentes desta Corte e do STJ. (AC 5005781-61.2014.404.7215, 2ª Turma, Rel. Juiz Federal Jairo Gilberto Schafer, juntado aos autos em 30/04/2015)

CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. TRATAMENTO DE EFLUENTES LÍQUIDOS ORIGINADOS DE ATERRO SANITÁRIO (TRATAMENTO DE CHORUME). REGISTRO. EXIGIBILIDADE.

A obrigatoriedade do registro de empresa e do profissional de química junto ao CRQ é determinada por sua atividade-fim. O laudo pericial produzido atestou que as atividades desenvolvidas pela parte autora compreendem o tratamento de efluentes (chorume), o que justifica a indispensabilidade de profissional com registro no Conselho Regional de Química. (Apelação Cível nº 5001374-89.2012.404.7212, 4ª Turma, Rel.ª Des.ª Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 24/07/2013)

TRIBUTÁRIO. REGISTRO DE EMPRESA DEDICADA AO TRATAMENTO DE DEJETOS E EFLUENTES RESIDENCIAIS, COMERCIAIS E INDUSTRIAIS ENTRE OUTRAS ATIVIDADES. ATIVIDADE BÁSICA VINCULADA À QUÍMICA NOS TERMOS DO ART. 2º DO DEC. 85.877/81. NECESSÁRIO REGISTRO NO CONSELHO DE

QUÍMICA. ANUIDADE EXIGÍVEL. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

1. O artigo 2º do Decreto 85.877/81 é claro ao expor que é privativa da atividade de químico o tratamento, em que se empreguem reações químicas controladas e operações unitárias, de águas para fins potáveis, industriais ou para piscinas públicas e coletivas, esgoto sanitário e de rejeitos urbanos e industriais.

2. Nos termos do art. 1º da Lei nº 6.839/1980, o registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios não apenas em razão da atividade básica, mas em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

3. Provido o apelo do Conselho, impõe-se a inversão dos ônus sucumbenciais.

(AC 2008.72.12001445-7, 2ª Turma, Rel.ª Juíza Federal Vânia Hack de Almeida, D.E. 07/04/2010.)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. EMPRESA DE TRATAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. FILIAL. ANUIDADES E ANOTAÇÃO DE FUNÇÃO TÉCNICA. MULTA POR AUSÊNCIA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO.

1. A empresa que explora os serviços de água e esgoto, atividade que demanda procedimentos essencialmente químicos, está obrigada ao registro no Conselho Regional de Química e ao pagamento da respectiva anuidade.

2. A atividade de filial situada no mesmo Estado da matriz, entretanto, não enseja pagamento de anuidade específica, pois ambas situam-se em território jurisdicionado pelo mesmo Conselho Regional, incidindo o disposto no § 3º do art. 1º da Lei 6994/82, que admite o pagamento por filial, apenas se situada sob a jurisdição de outro Conselho Regional, e nos limites que estabelece.

3. A taxa decorrente de expedição de certidão de Anotação de Função Técnica - AFT - qualifica-se como taxa pelo exercício do poder de polícia, cuja hipótese de incidência demanda atividade efetiva pelo Conselho, não podendo ser exigida com base em potencial exercício fiscalizatório, pela mera disponibilidade. Apenas as taxas de serviço admitem cobrança fundada em potencial prestação de serviço público.

4. De acordo com a estrutura organizacional dividida por escritórios regionais a CASAN possui responsável técnico habilitado e registrado determinado para a filial de Ipumirim sendo indevida a multa por falta de profissional responsável. (AC 2008.71.99.004777-8/SC, 2ª Turma, Rel.ª Juíza Federal Marciane Bonzanini, DJU 15/01/2009)

Em mesma linha a manifestação do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. EMPRESA DE TRATAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO - CASAN. ART. 267, VI, DO CPC E ART. 121 DO CTN. AUSÊNCIA DE

PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. PROFISSIONAL QUÍMICO. REGISTRO OBRIGATÓRIO. ANUIDADE DE FILIAL SITUADA NA MESMA JURISDIÇÃO DA MATRIZ. REQUISITOS. SÚMULA 7/STJ. COBRANÇA DA TAXA DE ANOTAÇÃO DE FUNÇÃO TÉCNICA - AFT. POSSIBILIDADE.

1. Omissis.

2. A empresa que explora serviços de água e esgoto, atividade que demanda procedimento essencialmente químico, deve ter registro no Conselho Regional de Química e pagar a respectiva anualidade. (...)

4. Imprescindível o registro no órgão fiscalizador e, conseqüentemente, o pagamento da taxa de Anotação de Função Técnica - AFT, porquanto também vinculada à atividade básica ou à natureza dos serviços prestados pela recorrida.

5. Trata-se de empresa que exige, em seus quadros, profissional químico devidamente inscrito no Conselho Regional, razão pela qual é devida a cobrança da taxa de Anotação de Função Técnica - AFT. Precedente do STJ.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. (REsp 1152050/SC, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 11/12/2009)

Não resta qualquer dúvida que existem no mercado outros profissionais que estão aptos a responder pela responsabilidade técnica do objeto da licitação, e, desta forma, também não resta qualquer dúvida que o edital é restritivo e carece de reforma, pois afasta significativa parcela do mercado da competição.

Desta forma, inquestionável a violação a competitividade e a Lei de licitações, pois o art. 3º da Lei nº 8.666/93, que dispõe de forma clara que é vedada a inclusão de cláusulas ou condições que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação ou que se mostrem impertinentes com o objeto licitado, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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:

l - 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;

Não se pode exigir que apenas os profissionais com registro no CREA participem da Licitação, é nitido o impedimento daqueles profissionais registrados no Conselho Regional de Química em participar da licitação, clara restrição a competitividade, e, violação da lei de licitações.

3.3 – Ausência da planilha de custos e orçamento detalhado.

É impossível de se cotar preço no objeto da licitação sem saber as suas quantidades, existe uma relação financeira direta entre preço e quantidade, independentemente do fornecimento dos produtos, pois existem quantitativos de pessoal e equipamentos envolvidos na execução das tarefas, e os valores unitários de cada item devem ser discriminados, pois são essenciais para nortear os valores cotados.

Não existem planilhas de custos, orçamento detalhado dos serviços ou valores unitários, não há base para a cotação de preços, não há referencia para julgamento, e, por conseguinte, inevitável o conhecido "jogo de planilhas".

Nessa situação, algumas empresas conhecedoras da realidade local, colocam preços altos nos serviços que serão muito utilizados, e preços muito baixos, irrisórios nos serviços que quase não serão utilizados, desta forma ganham a licitação com preços superfaturados, aliás, também não é exigida a apresentação do detalhamento do BDI tão pouco houve a administração apresentou seu detalhamento ou mesmo fixou seus limites, situação que é obrigatória nesse tipo de licitação.

O TCU, determinou às unidades técnicas daquele Tribunal que, nas análises do orçamento de obras públicas, utilizem os parâmetros para taxas de BDI constantes do Acórdão nº 2622/2013 – TCU, tido como referencia para contratação de serviços similares ao objeto da licitação em questão, e, sem tais percentuais, momento

utilizados como parâmetro nas questões posteriores à licitação, a administração certamente poderá vir a pagar valores que não condizem com a realidade de mercado.

Ainda acerca da obrigatoriedade da planilha de custos, assim tem se manifestado do Tribunal de Contas da União (TCU) em seus acórdãos:

AC-1052-15/12-P:

"9.3. determinar ao Creci/SP que, nas futuras licitações: [...]

9.3.3. realize prévia elaboração de demonstrativo da formação de preços (DFP) dos valores orçados para contratação, os quais devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes, de forma a restar comprovada a economicidade e exequibilidade desses, em respeito ao artigo 7º, § 2º, inciso II, combinado com o artigo 43, inciso V, ambos da Lei n. 8.666/1993, bem como à Súmula TCU n. 258".

AC-1312-24/09-P:

"9.1.1. no âmbito de editais de futuros processos licitatórios concernentes ao Programa Proágua Nacional, quando financiados com recursos, mesmo que de modo parcial, oriundos de empréstimo do Banco Mundial preveja:

9.1.1.1. a existência prévia dos orçamentos-base dos certames, expressos por meio de planilhas com a estimativa das quantidades e dos preços unitários, nos termos dos arts. 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93, em respeito aos princípios da publicidade e da eficiência, constantes do caput do art. 37 da Constituição Federal"

AC-4924-33/09-2

"1.5. Determinações:

1.5.1. ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - Senac/PI que: [...] 1.5.1.2. *adote como regra a elaboração de orçamentos e anexação destes aos editais de licitação com discriminação de quantitativos e de preços unitários a fim de atender ao art. 40 da Lei nº 8.666/1993, alterando, no que couber, seu regulamento interno."*

AC-2081-36/09-P:

"9.3. determinar à Superintendência Regional do Incra/SC que, nas licitações que vier a promover: 9.3.1. disponibilize aos licitantes o orçamento estimativo das obras e/ou serviços que for contratar, em atenção ao comando inserto no art. 40, § 2º, inciso II, da Lei nº

8.666/1993, bem como ao princípio da publicidade, insculpido no caput do art. 37 da Constituição Federal e no art. 3º da Lei nº 8.666/1993.”

No mesmo sentido identificam-se diversas decisões do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul pela manutenção de apontes relativos à inexistência de planilhas de custos atinentes a licitações e contratos. Citam-se as seguintes:

a) *Processo de Contas nº 1628-0200/09-5, Superintendência do Porto de Rio Grande, exercício de 2009, item 2.2 do relatório da CAGE, Decisão nº TP-0298/2012, publicação em 02/05/2012;*

b) *Processo de Contas nº 1067-0200/10-4, Executivo Municipal de Igrejinha, exercício de 2010, item 3.2 do relatório de auditoria, Decisão nº 1C-0293/2012, publicação em 28/05/2012;*

c) *Processo de Contas nº 1122-0200/10-1, Executivo Municipal de Barra Funda, exercício de 2010, item 2.1 do relatório de auditoria, Decisão nº 1C-0288/2012; publicação em 05/06/2012;*

d) *Processo de Contas nº 1142-0200/10-5, Executivo Municipal de Fontoura Xavier, exercício de 2010, item 2.3.3 do relatório de auditoria, Decisão nº 1C-0431/2012, publicação em 18/10/2012;*

e) *e) Processo de Contas nº 5863-0200/10-8, Fundação Estadual de Produção e Pesquisa em Saúde, exercício de 2010, item 2.14 do relatório da CAGE, Decisão nº TP-1.093/2012, publicada em 23/11/2012.*

Posição do Tribunal de Contas de Santa Catarina, (TCE-SC, Prejulgado nº 2009):

1. As licitações para obras e serviços **devem ser precedidas de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários.**

2. Nas obras de licitação de menor preço global deve ser indicado, obrigatoriamente, critério de aceitabilidade para preços unitários. Para licitações realizadas em regime de execução de empreitada por preço global, **devem ser fixados critérios de aceitabilidade tanto para os preços unitários quanto para o valor global.**

3. Quando a Administração fixa preços unitários máximos em seu edital, as propostas que apresentarem preços unitários superiores aos previamente fixados devem ser desclassificadas, sendo que os

princípios da razoabilidade e da economicidade não justificam o descumprimento das normas editalícias.

4. É recomendável que sejam definidos critérios de aceitabilidade para os preços unitários apresentados pelo licitante, a fim de viabilizar a contratação de proposta que contenha preços unitários superiores aos estimados pela Administração, mas compatíveis com os praticados pelo mercado, visando à contratação pelo menor preço global e ao atendimento aos princípios da razoabilidade, da economicidade e da proporcionalidade.

5. Não é recomendável estipular como único critério de aceitabilidade dos preços unitários o valor máximo constante da planilha de preços elaborada pela Administração, sob o risco de se descumprir o princípio da economicidade e de não se contratar a proposta mais vantajosa para a Administração.

6. O edital deve prever os custos unitários dos recursos minerais necessários para a execução da obra como despesas diretas, bem como as indiretas representadas pelo acréscimo do percentual correspondente aos Benefícios e Despesas Indiretas – BDI que deverá estar demonstrado na proposta do licitante, conforme critérios definidos no próprio edital e demais regulamentos aplicáveis.

6.1. Nos termos do disposto no parágrafo único do art. 2º e no § 1º do art. 3º do Decreto-lei nº 227/67, não caberá pagamento pelo material extraído se for utilizado exclusivamente na obra pública, ressaltado o direito a indenização por danos causados à área de extração. (Grifos e destaques acrescidos)

Conforme visto, a Lei de licitações assim regulamenta no seu artigo 7º:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I – (...);

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; (Grifamos e destacamos)

§ 4º É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos

quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo. (Grifamos e destacamos)

No artigo 40 da mesma Lei temos:

*Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e **indicará, obrigatoriamente, o seguinte:***

*§ 2º. Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:
I - (...)*

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; (Grifamos e destacamos)

Oral Como respeitar os preços máximos fixados? Se não existem planilhas de composição desses valores! Não existem valores unitários, valores de combustíveis, de funcionários de Equipamentos de Proteção Individual, de manutenção e outros.

Não há planilhas de preços onde os licitantes tenham referências de preços sobre as distâncias a serem percorridas, combustível a ser consumido, pessoal aplicável aos serviços, materiais e equipamentos a serem utilizados, veículos, EPIs, ou outros necessários à regular execução do objeto, mais informações a esse respeito estão também no próximo tópico, em especial no prejudicado 2009 do TCE-SC, que lá está disposto.

Assim sendo é flagrante a irregularidade do edital de licitação, e não pode ser contestada a necessidade de sua reforma e adequação.

3.4 – Julgamento pelo valor global, ausência de isonomia e competitividade.

O princípio da isonomia ou igualdade significa em linhas gerais, tratar os iguais de forma igual, e os diferentes de forma diferente, isso deve atingir todos interessados na licitação, pois é condição essencial para garantir a justa competição entre os licitantes.

O cerne da presente impugnação consiste na violação do princípio da igualdade, uma vez que a Administração Municipal, no edital de Licitação, descreve os itens da licitação de forma que impossibilita empresas de apresentarem suas propostas de preços.

O procedimento licitatório visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões estabelecidos pela Administração, e deve atuar como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos, segundo o previsto pelo o art. 3º da Lei 8.666/93. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições das obras, serviços e compras realizadas pela administração.

Desta forma, a regra é a decomposição da licitação em itens com vistas a não frustrar o seu caráter competitivo e buscar a proposta mais vantajosa para a Administração. A aplicação desse preceito tem um objetivo fundamental, que é o de garantir a participação do maior número de empresas na licitação.

Devemos lembrar que na legislação vigente, como o artigo 15, inciso VI, e em especial o artigo 23, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, consigna que as *“compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis [...]”*.

O Tribunal de Contas da União proferiu julgado paradigmático, em que passou a se subscrever a preferência, nas licitações cujos objetos se constituam em bens divisíveis, pela adjudicação por itens. A propósito, leia-se trecho da decisão 393/94:

" (...) em decorrência do disposto no art. 3º, §1º, inc. I., art. 8º, §1º, e art. 15, inc. IV, todos da Lei nº 8.666/93, é obrigatória a admissão, nas licitações para contratação de obras, serviços e compras, e para alienações, onde o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ao complexo, da adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade." (Grifamos e destacamos).

O julgamento pelo valor global acaba por trazer a inviabilidade da seqüência da licitação em questão, pois caso se prossiga sem reforma no edital, a administração municipal está se distanciando da proposta mais vantajosa, haja vista pouquíssimas empresas contemplarem o objeto em sua totalidade, bem como da inevitável violação ao objetivo da licitação que é a competitividade.

O Edital não está visando a ampliação da competitividade, pois não está possibilitando também a participação dos licitantes que não disponham de capacidade para entrega da totalidade do objeto, seguindo assim, estará em desacordo com o que resta consignado na Súmula nº 247 do Tribunal de Contas da União:

SÚMULA Nº 247

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade. (Grifos e destaques acrescidos)

A adoção do critério de julgamento pelo valor global, somente deve ser seguida quando for demonstrada inviabilidade de promover a adjudicação por item e evidenciadas fortes razões que demonstrem ser esse o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas, vejamos situação análoga:

"que se abstenha, em licitação para registro de preços, de adotar como critério de adjudicação o de menor preço global por grupo/lote, concomitantemente com disputa por itens, sem que estejam demonstradas nos autos as razões pelas quais tal critério, conjuntamente com os que presidiram a formação dos grupos, é o que conduzirá à contratação mais vantajosa, comparativamente ao critério usualmente requerido de adjudicação por menor preço por item, devendo ainda restar demonstrada nos autos a compatibilidade entre essa modelagem e o sistema de registro de preços quando a Administração não estiver obrigada a proceder a aquisições por grupo". Acórdão 529/2013-Plenário, TC 007.251/2012-2, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 13.3.2013.

Assim sendo, não resta qualquer dúvida que a administração ao emitir uma licitação com julgamento pelo valor global afetou de forma muito forte não somente a competitividade do edital, mas também sua legalidade.

É notório que o julgamento da licitação pelo valor global prejudica a corrida pela proposta mais vantajosa, e, essa situação não precisa de esclarecimentos mais pontuais, também é notório que o julgamento pelo valor global é fator que restringe a participação de empresas.

O edital de licitação exige que as empresas apresentem documentos e preços em TODOS os quatro itens para que se obtenha um vencedor:

- 1) Coleta e transporte de resíduos sólidos domiciliares e comerciais;
- 2) Serviços de disposição final dos resíduos sólidos domiciliares e comerciais urbanos;
- 3) Serviços de coleta, transporte, tratamento e disposição final dos resíduos de serviços de saúde; e
- 4) Coleta e transporte de materiais recicláveis até o local a ser informado/indicado posteriormente pela Contratante.

Para o Tribunal de Contas de Santa Catarina as licitações devem ser realizadas por item, sempre que possível. Aliás, ainda em 2018, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, suspendeu processos licitatórios por motivos idênticos aos que nessa peça estamos impugnando.

Os fatos ocorreram no município de Herval D'Oeste e também em Xanxerê esse fato é prova mais que suficiente para que a administração tome conta da irregularidade a qual está se sujeitando, vejamos¹.

O Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCE/SC), na sessão desta segunda-feira (20/8), ratificou duas decisões singulares que determinaram a sustação de procedimentos licitatórios das prefeituras de Herval d'Oeste e Xanxerê para prestação de serviços de coleta e destinação final de resíduos. A limitação à competição foi a principal razão que levou os relatores, conselheiro substituto Cleber Muniz Gavi e conselheiro Hermeus De Nadal, respectivamente, a defenderem as medidas cautelares.

*Com valor estimado de cerca de R\$ 1,7 milhão, o Edital de Concorrência n. 003/2018, promovido pela prefeitura de Herval d'Oeste, tem como objeto a prestação de serviços de coleta regular e destinação final de resíduos — domiciliares, comerciais e dos serviços de saúde —, para o período de 12 meses. A entrega final das propostas e a sessão de julgamento estavam previstas para o último dia 17 de agosto. Segundo a cautelar, publicada no **Diário Oficial Eletrônico do TCE/SC (DOTC-e), desta segunda-feira (20/8)**, o município está impedido de homologar ou adjudicar e, por consequência, celebrar contrato decorrente do edital, até manifestação posterior que revogue a medida ou até deliberação do Tribunal Pleno.*

*Já o Edital de Concorrência Pública n. 02/2018, da prefeitura de Xanxerê, visa a contratação de empresa especializada para execução dos serviços de coleta, transporte, tratamento e disposição final de lixo — urbano, resíduos sólidos produzidos nas unidades de saúde, e de galhos e entulhos nas vias e logradouros. Com valor global anual estimado em R\$ 6,5 milhões, o procedimento licitatório ainda contempla coleta seletiva dos materiais recicláveis, fornecimento e instalação de ecopontos, serviços de conservação e limpeza da Praça Tiradentes e banheiros públicos, com equipe-padrão. A decisão singular está publicada no **DOTC-e desta terça-feira (21/8)** e sua ratificação está prevista para ser veiculada na quinta-feira (23/8).*

¹ Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/acom-intranet-ouvidoria/noticia/42696/tcasc-suspende-editalis-para-coleta-e-destina%C3%A7%C3%A3o-de-res%C3%ADduos-de>

A edição do **DOTC-e** de 20 de agosto também registra a ratificação pelo Pleno, na sessão de 15 de agosto, de outra decisão singular de Cleber Muniz Gavi, que suspendeu, cautelarmente, o Pregão Presencial nº 02/2018 da prefeitura de Laguna, no Sul do Estado. Com valor estimado de cerca de R\$ 4,3 milhões, o Edital de Concorrência Pública n.02/2018 tem como objeto a contratação de empresa ou consórcio para a execução de serviços públicos de limpeza urbana, incluindo a coleta e destinação de resíduos sólidos, para o período de 12 meses. A entrega final das propostas e a sessão de julgamento estão previstas para esta quinta-feira (23/8), às 14h. A cautelar determina que a prefeitura de Laguna deve suspender o certame na fase em que se encontra, até que a Corte de Contas se posicione a respeito.

Os prefeitos de Herval d'Oeste, Laguna e Xanxerê deverão adotar as providências no âmbito administrativo para a suspensão imediata dos certames. Os gestores dos dois primeiros municípios terão o prazo de cinco dias para comprová-las ao Tribunal, a partir do recebimento das notificações, e do último, de 15 dias. As três decisões registram a ocorrência de aglutinação de objetos distintos e a não divisão dos serviços, em tantas parcelas quantas se comprovem técnica e economicamente viáveis, para o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

Em observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa, os gestores de Herval d'Oeste e Laguna têm 30 dias, contados do recebimento das notificações, para apresentar justificativas ao Tribunal, adotar medidas corretivas ou anular a licitação, se for esse o entendimento deles. No caso da representação de Xanxerê (@REP-1800644792), o Pleno determinou a conversão dos autos em outro processo para ampliar o campo de análise do edital de concorrência pública.

A suspensão cautelar dos editais de concorrência pública teve origem em representações apresentadas ao TCE/SC e foi determinada diante do preenchimento dos requisitos *periculum in mora* e *fumus boni iuris* (Saiba mais 1). As duas expressões jurídicas indicam, respectivamente, situação de perigo — onde a demora na decisão pode causar dano grave ou de difícil reparação — e a verossimilhança do direito alegado — a restrição já foi apontada para a concessão de outras medidas cautelares.

Ao tomar conhecimento da impugnação e dos fatos e argumentos que a estruturam, a administração tem o dever de suspender o processo licitatório e tomar as devidas providências. Pois caso insista no prosseguimento do processo licitatório, certamente seus agentes poderão ser responsabilizados.

Desta forma o julgamento pelo valor global também contraria o disposto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, pois cria condição indevida, a qual restringe o caráter competitivo do certame, uma vez que impede que eventuais interessados em contratar com a Administração, participem da licitação, comprometendo, por consequência, os valores praticados no certame, assim relembramos:

Art. 3º ...

§ 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 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;** (Grifos e destaques acrescidos)*

Por derradeiro, conclui-se que resta mais comprovado, que a exigência contida no edital de licitação, está na contramão do objetivo maior da licitação que é a competitividade, e, desta forma não há que se questionar que o edital carece de adequação, e, caso não aconteçam as alterações não restará alternativa senão buscar junto ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público que as alterações sejam feitas e as responsabilidades apuradas.

3.4 – Ausência da composição do BDI.

O edital exige a apresentação do BDI, ocorre, porém, que no edital não há valores unitários e totais que resultaram no valor máximo fixado, desta forma, a composição do BDI pelos fornecedores pode trazer severas consequências ao futuro contrato. Aliás, a Administração não revela qual o BDI que praticou na composição de seus números, até chegar aos valores máximos do edital, na verdade não revela valor algum a não serem os valores máximos.

O TCU, determinou às unidades técnicas daquele Tribunal que, nas análises do orçamento de obras públicas, utilizem os parâmetros para taxas de BDI constantes do Acórdão nº 2622/2013 – TCU, tido como referência para contratação de serviços similares ao objeto da licitação em questão, porém, se o edital não traz os percentuais de referência de cada tópico, tal ausência pode causar grande prejuízo para a Administração,

O BDI praticado pelas empresas que prestam os serviços, objeto do presente edital, está em torno de 25%, considerados nos cálculos.

Se considerarmos, por exemplo, que o valor máximo total está fixado em R\$ 800.000,00 teremos então um BDI em R\$ 200.000,00, e, entendemos significativo o valor para não se fixar parâmetros de apresentação do BDI. Citamos novamente o prejulgado 2009 do TCE-SC, para asseverar a necessidade do detalhamento do BDI, vejamos:

1. As licitações para obras e serviços **devem ser precedidas de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários**
2. *Nas obras de licitação de menor preço global deve ser indicado, obrigatoriamente, critério de aceitabilidade para preços unitários. Para licitações realizadas em regime de execução de empreitada por preço global, **devem ser fixados critérios de aceitabilidade tanto para os preços unitários quanto para o valor global**.*
3. *Quando a Administração fixa preços unitários máximos em seu edital, as propostas que apresentarem preços unitários superiores aos previamente fixados devem ser desclassificadas, sendo que os princípios da razoabilidade e da economicidade não justificam o descumprimento das normas editalícias.*
4. *É recomendável que sejam definidos critérios de aceitabilidade para os preços unitários apresentados pelo licitante, a fim de viabilizar a contratação de proposta que contenha preços unitários superiores aos estimados pela Administração, mas compatíveis com os praticados pelo mercado, visando à contratação pelo menor preço global e ao atendimento aos princípios da razoabilidade, da economicidade e da proporcionalidade.*
5. **Não é recomendável estipular como único critério de**

aceitabilidade dos preços unitários o valor máximo constante da planilha de preços elaborada pela Administração, sob o risco de se descumprir o princípio da economicidade e de não se contratar a proposta mais vantajosa para a Administração.

6. O edital deve prever os custos unitários dos recursos minerais necessários para a execução da obra como despesas diretas, bem como as indiretas representadas pelo acréscimo do percentual correspondente aos Benefícios e Despesas Indiretas – BDI **que deverá estar demonstrado na proposta do licitante, conforme critérios definidos no próprio edital** e demais regulamentos aplicáveis.

6.1. Nos termos do disposto no parágrafo único do art. 2º e no § 1º do art. 3º do Decreto-lei nº 227/67, não caberá pagamento pelo material extraído se for utilizado exclusivamente na obra pública, ressaltado o direito a indenização por danos causados à área de extração. (Grifos e destaques acrescidos)

Essa significativa diferença nos valores orçados vem a comprometer a licitação, pois se a Administração não demonstrar os cálculos do BDI, pois existirá a necessidade de reequilíbrio econômico financeiro do contrato em curto espaço de tempo, desta forma os percentuais do BDI devem ser previstos pela Administração Municipal, caso contrário os percentuais não terão parâmetro de referência, ficando a administração à mercê daquilo que a contratada alegar.

IV – DO DIREITO.

O edital de licitação não pode prosperar, pois vem na contramão daquilo que a Administração Municipal deve resguardar que é o erário, a prestação de serviços de qualidade, o atendimento eficiente ao munícipe e a primazia pela legalidade.

Desmerecer os robustos argumentos aqui expostos e dar seqüência ao certame licitatório, contrariando a legislação vigente, e a persistência na manutenção do ato ilegal, certamente trará conseqüência à Administração e aos agentes envolvidos.

A propósito, a respeito da legalidade do ato administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello anota o seguinte:

"Os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é antitética à de conformidade com o Direito (validade)"

Assim sendo, se a administração considerar que determinado ato foi praticado em descompasso com a ordem jurídica, tem o dever de invalidá-lo ou anulá-lo. Esse, aliás, é entendimento do Supremo Tribunal Federal, a teor da Súmula 473:

"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

Assim, relembremos, mais uma vez, a condição expressa na Lei de licitações:

"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;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências

internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Assim a impugnante, legítima licitante, está sendo afastada do pleito licitatório caso a presente impugnação não seja acatada e o edital reformado, e, buscará o poder judiciário para fazer valer a lei e os direitos de licitante.

Frise-se, e não cabe olvidar, é direito do impugnar o edital até o segundo dia útil que antecede a abertura dos envelopes de habilitação, pois após, "o direito se esvai com a aceitação das regras do certame" (STJ – RESP 402826 – SP, Relatora: Ministra Eliana Calmon).

V – DO REQUERIMENTO.

Ex positis, a impugnante, no intuito de colaborar com a administração municipal, REQUER que a presente impugnação seja acatada e o edital reformado conforme manifestações aqui descritas, com o prazo para a apresentação dos envelopes renovado.

Concórdia, SC, em 14 de dezembro de 2017.


**Antônio Fernando Franchin,
Administrador**