

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES, COMPRAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (DELCA) DA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E DE RECURSOS HUMANOS DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS – RJ.

Referência: Pregão Presencial n.º 69/2019

....., vem, respeitosamente, perante a ilustre presença de Vossa Senhoria, oferecer

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

com espeque no art. 41, § 2º, da Lei 8.666/93, consubstanciada nos fortes fundamentos de fato e de direito que passa aduzir.

1. DA TEMPESTIVIDADE.

Preliminarmente, é de se assinalar que a presente impugnação é tempestiva, tendo em vista que a data marcada para a sessão de abertura da licitação é 13/11/2019, e hoje é dia 08/11/2019, portanto, mais de 2 (dois) dias úteis antes da data de abertura das propostas, consoante o disposto no artigo 41, §2º, da Lei nº 8.666/93.

2. DO BREVE RELATÓRIO.

Cuida-se de certame na modalidade **PREGÃO PRESENCIAL**, *do tipo MENOR PREÇO GLOBAL*, objetivando a *“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS DE LOCAÇÃO DE MÁQUINAS MULTIFUNCIONAIS (FOTOCOPIAS/IMPRESSORAS/DIGITALIZADORAS) COM TECNOLOGIA DIGITAL, INSTALAÇÃO E CONEXÃO NA PREFEITURA MUNICIPAL DE PETROPOLIS, LOCALIZADA NO MUNICÍPIO DE PETROPOLIS, COM FORNECIMENTO DE MÃODE-OBRA TÉCNICA PARA MANUTENÇÃO CORRETIVA E PREVENTIVA, FORNECIMENTO E/OU SUBSTITUIÇÃO DE PEÇAS, COMPONENTES, SOFTWARES DE GERENCIAMENTO, MATERIAIS E INSUMOS NA OPÉRAÇÃO, EXCETO PAPEL, PELO PERÍODO DE 12 (DOZE) MESES”*

3. DOS PONTOS IMPUGNADOS

3.1. DA OMISSÃO QUANTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO.

Analisando o edital, verifica-se a inexistência de menção sobre a possibilidade de empresas em consórcio participarem do certame. Trata-se de grave omissão que restringe a competitividade entre os interessados a participar da licitação e, por consequência, prejudica o alcance da proposta mais vantajosa pela Administração Pública.

A possibilidade de participação de consórcios em procedimentos licitatórios tem previsão expressa no art. 33, da Lei n.º 8.666/93, cujo *caput* estabelece o seguinte: “Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:”.

Oportuno esclarecer que, conquanto a lei conceda à Administração Pública discricionariedade para conferir permissão ou proibição da participação de consórcios em procedimentos licitatórios porventura deflagrados, tal decisão deve ser motivada, uma vez que tal medida positiva ou negativa pode restringir a competitividade do certame.

Nesse diapasão, enfatiza-se que a discricionariedade não se confunde com a dispensa de motivação. Para que haja melhor compreensão do tema, cumpre trazer à baila trecho de Acórdão do TCU que leciona sobre o tema, *ad litteram*:

Em que pese já haver sido tratado diversas vezes no relatório de auditoria (peça 41), é oportuno reiterar o entendimento desta Corte de Contas no que se refere à participação de empresas de forma consorciada em licitações públicas. A jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que a decisão acerca da participação de consórcios é discricionária, nos termos do art. 33 da Lei 8.666/1993. No entanto, os motivos que fundamentam essa opção do gestor devem estar demonstrados nos autos do procedimento licitatório, ou no edital, especialmente quando a vedação representar risco à competitividade do certame, o que deve ser observado mediante a análise do caso concreto (Acórdãos 566/2006, 1.028/2007, 1.636/2007 e 1.453/2009, todos do Plenário).

Por outro lado, quando a Administração Pública optar por permitir a participação de consórcios nas licitações que realizar, será inexorável a previsão

expressa no edital dos requisitos de habilitação concernentes aos documentos necessários para que um consórcio porventura se habilite no procedimento licitatório.

Nesse diapasão, observa-se que tais requisitos estão definidos no art. 33, da Lei

8.666/93, o qual transcrevemos a seguir:

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

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

Diante do exposto, urge o dever de emendar-se o edital ora impugnado, a fim de que passe constar ou a justificativa para proibição de consórcios ou a expressa aceitação, além dos requisitos legais para sua habilitação, na hipótese de optar-se pela última alternativa.

3.2. DA LESÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ESTRITA E DA COMPETITIVIDADE.

O princípio da legalidade no contexto *sub examine*, também conhecido como princípio da restritividade ou princípio da legalidade estrita, dita, a rigor, que o agente público, ao exercer sua função administrativa, só poderá fazer aquilo que a lei, *lato sensu*, expressamente lhe autorizar, ao contrário do princípio da legalidade ampla, informador das relações privadas, positivado no Art. 5º, inciso II, da CRFB/88, do qual se extrai o famoso brocardo “o que não é proibido é permitido”, que, por óbvio, não se aplica aos atos praticados sob o regime de direito público.

Diante disso, conclui-se que a ausência de previsão legal acerca de determinada matéria, isto é, o chamado silêncio normativo, salvo expressa disposição contrária, é um limitador de ações, culminando ao agente real impossibilidade de agir.

Com fundamento na regra *susum* delineada, deduz-se que, ao elaborar um instrumento convocatório, a Administração, exercendo sua vontade por meio do agente público que porventura o confeccionar, só poderá impor requisitos, estabelecer

regras, conceder benefícios ou mesmo estipular prazos que previamente estiverem autorizados pela legislação de regência.

Ao contrário disso, entretanto, na cláusula 7.1.3.4. do edital do Pregão Presencial que ora se impugna, a Administração, ao tratar da habilitação, exigiu das licitantes que se enquadrem como MPE a apresentação de certidão não prevista entre as documentações delineadas nos arts. 28, 29, 30 e 31 da Lei n.º 8.666/93.

Vejamos, então, a exata disposição da Cláusula 7.2.2.4. do instrumento convocatório:

7.1.2.4 - As licitantes que se enquadrem como MPE, nos termos da LC 123/06, deverão comprovar essa condição, mediante a apresentação de Certidão expedida pela Junta Comercial de seu domicílio, conforme o Art. 8º da IN 103 do Depart. Nac. de Registro do Comércio, de 30/04/2007.

Ora, é cediço que a cláusula acima colacionada não tem espeque em qualquer norma jurídica, acarretando, desse modo, verdadeira violação ao princípio da legalidade estrita e restrição à competitividade no certame em destaque.

Ao contrário do que acredita o órgão licitante, **a norma em que se funda a exigência está REVOGADA**. A norma foi retirada do ordenamento jurídico vigente pela IN DREI 10/2013, que em seu art. 3º revogou expressamente a norma de 2007.

Embora não exista norma que preveja e/ou autorize a requisição de certidões de enquadramento como Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte a título de habilitação em procedimentos licitatórios, há regra que proíbe expressamente a restrição arbitrária de interessados em procedimentos licitatórios a partir de

imposições infundadas. Nessa senda, torna-se salutar trazer a transcrição do Art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, cuja dicção é a seguinte:

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; (Sublinhei)

Note-se, portanto, que é vedado ao agente público estabelecer ou tolerar quaisquer cláusulas editalícias que porventura restrinjam a competitividade do certame. Isso porque o objetivo da licitação, tal como a *mens legis* do dispositivo sobrescrito aponta, é justamente assegurar que o maior número de interessados participe da disputa, aumentando, assim, as chances de uma contratação mais econômica e vantajosa por parte do ente interessado.

Por outro lado, é necessário enfatizar que, *in casu*, o Pregão Presencial não é de participação exclusiva de Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte, de maneira que surge o seguinte questionamento: **Na hipótese de uma empresa de porte diverso (que não se enquadre nem como ME ou EPP) apresentar a melhor proposta, sabendo que esta não teria possibilidade de obter certidão de enquadramento, uma vez que juridicamente não se enquadra, seria também inabilitada do certame, mesmo esta não sendo uma licitação de participação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte?**

Não é difícil visualizar, a partir do questionamento proposto, quão ilegal e inadequada é a imposição da apresentação da certidão mencionada alhures como requisito de habilitação.

Conclui-se, portanto, que o edital ora impugnada deve ser retificado para que seja suprimida a cláusula 7.2.2.4, que traz, como requisito de habilitação, a exigência de apresentação de Certidão (expedida pela Junta Comercial de seu domicílio) pelas licitantes que se enquadrem como MPE.

3.3. DA ILEGALIDADE ANTI-ISONÔMICA PREFIGURADA NA CLÁUSULA 7.1.2.2., ITEM B.3.2., DO EDITAL.

Ao tratar sobre os documentos relativos à regularidade fiscal e trabalhista na cláusula 7.1.2.2., o edital trouxe a seguinte exigência no item b.3.2.:

b.3.2) Com relação ao IPTU (exceto as empresas sediadas no Município de Petrópolis), caso a empresa não seja proprietária do imóvel em que fica localizada sua sede, deverá apresentar Contrato de Locação ou instrumento equivalente para comprovação;

Inicialmente, imperioso asseverar a exigência de apresentação de Contrato de Locação (ou documento equivalente) para provar que o IPTU recolhido refere-se ao imóvel onde a empresa licitante está sediada, além de irrazoável e não encontra previsão legal no art. 29, da Lei n.º 8.666/93.

Nesse sentido, aliás, a mesma linha argumentativa acerca do princípio da legalidade estrita e da vedação de restrição à competitividade expendida no tópica anterior serve, também, para impugnar a disposição editalícia prevista no item b.3.2., da cláusula 7.1.2.2.

Ademais, importante ponderar que a Administração Pública não justificou por que as empresas sediadas do Município de Petrópolis estão dispensadas da apresentação do aludido documento. Trata-se, assim, de clarividente violação ao princípio constitucional da isonomia que merece ser afastada do edital.

Destarte, resta incontestável que o edital ora impugnado merece ser retificado para que seja suprimida da cláusula 7.1.2.2., o item b.3.2., ou que, ao menos, o referido item seja alterado para que a exigência nele contida se aplique àquelas empresas sediadas no município de Petrópolis.

4. PEDIDOS

Pela relevância do exposto, requer seja reconhecida a procedência da presente impugnação, a fim de que:

a) sejam realizadas as retificações/complementações e elucidações necessárias ao prosseguimento do feito, descritas no tópico 3 e seus respectivos subtópicos;

b) republique-se o ato convocatório aqui impugnado, em respeito ao que dispõe o artigo 21, § 4º, da Lei 8.666/93, com obediência ao prazo mínimo de 08 (oito) dias úteis até a nova sessão de abertura das propostas, após sua republicação, nos termos do art. 4º, inciso V, da Lei 10.520/02 – Lei de Pregões.

Termos em que,
pede deferimento.

Petrópolis, 08 de novembro de 2019.