

PREFEITURA MUNICIPAL DE PETRÓPOLIS
EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL No 004/2019
PROCESSO Nº 25118/18

, vem por este instrumento apresentar:

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

com base nas matérias de fato e de direito a seguir esposadas, para ao final requerer a suspensão do procedimento licitatório em curso e modificação do item editalício impugnado:

DO CABIMENTO DA IMPUGNAÇÃO:

Prevê o art. 41º da Lei 8.666/93:



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

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei...

§ 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 viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)”

PRELIMINARMENTE DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS:

A Constituição Federal de 1988 assegura de modo genérico o direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV) como instrumento de defesa dos direitos pessoais, especialmente contra atos administrativos inválidos.

Além disso, a Constituição assegura a publicidade dos atos administrativos (art. 37) e o direito ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

A conjugação dessas regras impede que a Administração produza atos ou provas relevantes sem a participação do particular. Portanto, não caberá restringir a participação de interessado apenas ao momento posterior à decisão. Não existe apenas o direito de recorrer contra decisão desfavorável. A intervenção do particular não se faz apenas a posteriori. Sempre que uma futura decisão puder afetar os interesses de um sujeito específico, a Administração deverá previamente ouvi-lo e convidá-lo a participar da colheita das provas. Essa participação não será passiva nem restrita.

Sobre o tema, confirmam-se os estudos de Carlos Roberto Martins Rodrigues (Do Direito de Defesa no Procedimento Administrativo, RDP 73/70-83):

“O instrumento convocatório, cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula aos seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º da Lei 8.666/93, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto aquelas de procedimento. Sob certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos

administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las. Verificando a nulidade ou a inconveniência dos termos do edital, a Administração poderá valer-se de suas faculdades para desfazimento dos atos administrativos. Porém, isso acarretará necessariamente o refazimento do edital”.

A Lei 8.666/93 atribui legitimação ativa a qualquer cidadão e qualquer futura pretensa licitante para provocar na via administrativa, análise de eventual vício no ato convocatório, conforme se extrai do artigo 41 e seus parágrafos.

Em princípio, a matéria de vício na conduta da Administração se regula pelo princípio geral da legitimidade e do interesse de agir. Portanto, todo aquele que possua potencial interesse em participar da licitação tem a faculdade de questionar o ato convocatório.

Portanto, a não apreciação da impugnação pelo digno Pregoeiro e pela douta Autoridade Superior dentro do prazo estabelecido pela Lei e pelo próprio edital, com a devida atenção e exame de suas razões, caracteriza arbitrariedade e ilegalidade, derogando a presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, com as consequências de suspensão e cancelamento de todo o processo licitatório.

DAS RAZÕES DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO:

O Edital do Pregão Presencial possui vícios de elaboração no que tange os preceitos constantes da Lei nº 8.666/93, com as alterações da Lei nº. 8.883/94 e 9.648/98, além de ferir os princípios constitucionais da Legalidade, Igualdade e Competitividade.

DA INEXISTÊNCIA DE EXIGÊNCIA DE AVERBAÇÃO DO ATESTADO DE APTIDÃO PARA O FORNECIMENTO – ITEM 7.1.1.6

A presente impugnação dirige-se contra a falta de previsão no edital do devido registro na entidade profissional no atestado que comprova a aptidão para o fornecimento, como determina o art. 30, § 1º, da Lei 8.666/93.

Neste sentido, veja-se o que edital prever:

“7.11.6 HABILITAÇÃO TÉCNICA:

“comprovação de aptidão para desempenho de atividades pertinentes e compatíveis em quantidades e prazos com o objeto da licitação, através de atestado de responsabilidade técnica por execução de serviços de características semelhantes ao objeto licitado.”

Todavia, o art. 30, §1º da Lei 8.666/93 determina expressamente que a comprovação de aptidão e serviços, será feita por atestados devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, neste caso, o Conselho de Nutrição, in verbis:

Art.30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

§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: (...). (g.n)

O objeto da licitação é a prestação de SERVIÇOS de alimentação, e como se vê, a lei é clara e evidencia a necessidade de registro do atestado no órgão fiscalizador do exercício da atividade licitada, exigência que restou omissa no edital em comento.

Portanto, exigir os atestados de capacidade técnica sem o devido registro na entidade profissional competente (CRN) implica em manifesta violação ao texto legal supratranscrito.

Tal ausência fere de morte os princípios norteadores da Administração Pública, especialmente o princípio da eficiência (art. 37, da CF), na medida em que, possibilita a participação de pessoa jurídica inabilitada para executar a atividade, que por sua vez é devidamente regulamentada pelo poder público. Fere, ainda, o princípio da legalidade, em que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Registre-se de logo que as atividades de fornecimento de alimentação é devidamente regulamentada por Autarquia Federal (Conselho Federal de Nutrição , no exercício das competências previstas na Lei nº 583, de 20 de outubro de 1978, que dita normas relacionadas ao setor.

Assim, operando dentro de sua competência delegada (Federal), o Conselho Federal de Nutrição expediu a Resolução nº 380/2005, e com fundamento no Inciso VIII, do Artigo 3º, e Incisos III, IV, VII e VIII do Artigo 4º da Lei nº 8.234/91, estabeleceu uma série de exigências

atinentes à natureza da atividade, inclusive impondo empresas que operam no setor uma série de exigências, com o nítido objetivo de garantir a segurança e a qualidade da execução do serviço altamente delicado.

Pois bem, ocorre que o Edital impugnado não traz qualquer exigência técnica (habilitação técnica) compatível com a norma licitatória (art. 30, §1º da Lei nº 8.666/93), ou mesmo que **ATENDA AS EXIGÊNCIAS PRÓPRIAS DAS NORMAS REGULADORAS DA ATIVIDADE**. Ou seja, o Edital, neste ponto, é ilegal.

O registro na entidade profissional é exigido porque confere confiabilidade ao atestado. Somente com a averbação há a certeza de que o licitante apresentou documentação idônea, apta a comprovar que os serviços atestados foram realizados de modo compatível com as exigências da entidade controladora do exercício profissional.

Sabe-se que a Administração não goza, jamais gozou de discricionariedade para afastar exigência prescrita em lei. O procedimento licitatório desenvolvesse mediante atividade vinculada, significando ausência de liberdade para o Administrador.

Transcrevemos abaixo, a título de exemplificação, a obrigatoriedade de averbação dos atestados de capacidade técnica, no bojo de editais de vários órgãos da Administração Federal:

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 061/2016 PROMOVIDO PELO INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA – IJF – NÚCLEO HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS

12.2.1 “ATESTADO(S) DE CAPACIDADE TÉCNICA EMITIDO POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO OU PRIVADO, ESTABELECIDO NO BRASIL, QUE COMPROVE A ATUAÇÃO NO RAMO DE ALIMENTAÇÃO HOSPITALAR, COM CARACTERÍSTICAS E QUANTIDADES EQUIVALENTES AO OBJETO DESTA LICITAÇÃO, **DEVIDAMENTE AVERBADO NO CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS, NA FORMA ESTABELECIDO NA RESOLUÇÃO Nº 510/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE NUTRIÇÃO**”.

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 0020/13 PROMOVIDO PELA CASA DA MOEDA DO BRASIL

“4.1 ATESTADO(S) DE CAPACIDADE TÉCNICA, PREENCHIDO(S) CONFORME MODELO DO ANEXO IX, DEVIDAMENTE AVERBADO(S) NO CRN (CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS) DA JURISDIÇÃO ONDE FORAM EXECUTADAS AS ATIVIDADES, bem como CRN4 (4ª Região – Rio de Janeiro), expedido(s) por Pessoa(s) Jurídica(s) de Direito Público ou Privado, que na condição de cliente(s) final(is), comprove(m) de forma individualizada, que a licitante tem experiência bem sucedida, em fornecimentos similares ao objeto desta licitação, demonstrando ter capacidade de preparar e servir refeições no próprio local, no mínimo de 80% do total de refeições (almoço e jantar)/mês servidas na CMB, conforme previsto no subitem “1.20” do ANEXO I, parte integrante deste Edital, podendo a CMB diligenciar quanto a veracidade dos Atestados.”

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º. D-070/14 PROMOVIDO PELA NUCLEBRÁS EQUIPAMENTOS PESADOS S/A – NUCLEP

“n) comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da presente licitação. A **COMPROVAÇÃO ORA CITADA PODERÁ SER FEITA ATRAVÉS DA APRESENTAÇÃO, PELO LICITANTE DE 01 (UM) OU MAIS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA FORNECIDOS POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO OU PRIVADO, QUE COMPROVE(M) QUE O LICITANTE TEM EXPERIÊNCIA BEM SUCEDIDA, EM FORNECIMENTOS SIMILARES AO OBJETO DESTA LICITAÇÃO, DEVIDAMENTE(S) REGISTRADO(S) NO CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS.**”

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO SRP N.º. 16/2016 PROMOVIDO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES, HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DO PI.

“10 DA HABILITAÇÃO - 10.2.2 Um Atestado (ou declaração) de Capacidade Técnica, ou mais, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado em nome da licitante, que comprove experiência compatível com o objeto desta licitação (Art. 30, lei 8.666/93).

Como visto, exercendo o seu mister, inúmeras são as entidades públicas que se valem da garantia legal da fiscalização exercida pelas autarquias federal, no caso presente, do Conselho Federal de Nutrição, possibilitando-os a contratar com empresas que têm por objeto o preparo e fornecimento de alimentação, de forma segura e confiável.

Ilmo. Pregoeiro, não bastasse se tratar de uma exigência determinada pela lei, a qual a ilustre comissão está adstrita, não se pode olvidar da essencialidade da averbação do Conselho. Isto porque, é dever da Administração garantir que as empresas participantes tenham um mínimo de documentação técnica e que possam sofrer fiscalização de órgãos técnicos e sanitários, quanto à prestação de serviços de risco à saúde humana, como é o caso em tela.

Pois bem, ao suprimir completamente a exigência de averbação dos atestados de capacidade técnica no Conselho Regional de Nutrição, a Administração encontra-se fragilizada e propensa a contratar com qualquer licitante, inclusive aquele que não atende as condições mínimas para executar um serviço tão sério de prestação de serviços de alimentação e nutrição hospitalar para pacientes, acompanhantes, residentes, médicos e toda equipe

Nesse aspecto Adilson Dallari de modo contundente também afirma que a Constituição não autoriza nem “estimula o aventureirismo”, a concorrência selvagem, em detrimento da qualidade do objeto contratado e da segurança do contrato, sendo inquestionável a constitucionalidade do art. 30 da Lei nº 8.666/93, que estabelece o que pode ser exigido como elemento comprobatório da qualificação técnica de cada proponente.

O Edital, por todo o exposto, está em desacordo com a lei pelo fato de não exigir que o(s) atestado de capacidade técnica do licitante proponente esteja(m) registrado na entidade profissional competente, descumprindo assim, o que determina o §1º do art. 30 da Lei 8.666/93

Sobre a exigência, os doutrinadores ensinam que:

“A prova de capacitação técnica, nos termos do inciso II do art. 30 da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, deverá ser

feita mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, conforme explicitado no §1º desse artigo. Esses atestados deverão ser registrados nas entidades de fiscalização do exercício profissional, como é o caso do CREA em relação a obra e serviço de engenharia. Esse dispositivo (art. 30, §1º) ao prescrever impositivamente, que a comprovação da aptidão técnica será feita por tais atestados devidamente registrados nas entidades tornou obrigatório o atendimento dessas determinações. Não se trata, pois, de faculdade. Sendo assim, não pode a Administração Pública licitante aceitar, sob pena de nulidade quaisquer atestados das pessoas públicas ou privadas sem que estejam devidamente registrados no órgão fiscalizador do exercício da atividade profissional relativa ao objeto licitado. (...)

Assim esses proponentes devem apresentar os atestados exigidos, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, ainda que o Instrumento Convocatório seja, quanto a esse registro, silente. (in BLC 10/96, pág. 516)" – (grifamos)

O certo é que a principal função do agente público que faz aquisição de bens para a Administração, é zelar pelo correto investimento do dinheiro público e a segurança de seus usuários e funcionários.

Necessário ressaltar que a exigência, ora ausente, de forma alguma afronta qualquer dos princípios que regulam a licitação, notadamente, o da competitividade. Isso porque se trata de requisito corriqueiro, normal nesse ramo de atividade, exigido na maior parte dos certames, além do que, todos os Conselhos Regionais de Nutrição registram sem qualquer dificuldade os atestados de capacidade técnica.

A maioria dos órgãos inclui a exigência de registro dos atestados nos editais para garantir que as empresas participantes tenham um mínimo de documentação técnica e que possam sofrer fiscalização de órgãos técnicos e sanitários, quanto à prestação de serviços de risco à saúde humana.

Diante do exposto, o item 8.2.4.1 ora impugnado contraria dispositivo legal, devendo ser revisto, para então prever a obrigatoriedade da averbação do(s) atestado(s) de capacidade técnica na entidade profissional competente, conforme art. 30, §1º, da Lei 8.666/93.

DA AUSÊNCIA DA EXIGÊNCIA DO LICENCIAMENTO SANITÁRIO DO VEÍCULO DE TRANSPORTE

O edital também determina que a empresa vencedora deverá manter cozinha industrial dentro do estado do Rio de Janeiro a fim de garantir a inexistência de qualquer impedimento para o pleno e eficaz adimplemento contratual, ou seja, sugere que em algum momento as refeições poderão ser transportadas. Porém, também deixou de exigir documento fundamental à garantia mínima das condições de transporte de alimentos.

Temos certeza de que não é intenção desta administração tolerar o mínimo de risco na execução deste objeto contratual.

Sobre o tema, vejamos o que orienta o Governo do Estado do Rio de Janeiro:

Secretaria de Estado de Governo e Relações Institucionais

Instrução para a fiscalização do transporte de alimentos perecíveis

“Os veículos destinados ao transporte de alimentos para o consumo humano, refrigerados ou não, devem dispor de condições suficientes para garantir a integridade e a qualidade do produto. No município do Rio de Janeiro a legalização destes veículos é da competência do Serviço de Vigilância Sanitária em Transportes de Alimentos responsável pela orientação e controle dessa atividade considerada como parte integrante da cadeia produtiva de alimentos.”

O transporte de alimentos em condições seguras pressupõe a preservação da saúde e do meio ambiente, minimizando, assim os riscos de contaminação

Fica claro a importância da regularidade sanitária também para o veículo de transporte (Seja ela por meio de licenças estaduais ou municipais)

DA DISPENSA DE APRESENTAÇÃO DE BALANÇO PATRIMONIAL PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. 7.1.5 - b

No ponto de vista tributário as pequenas empresas tem a **faculdade** de elaborar o balanço patrimonial. Porém, do ponto de vista Administrativo, no que se referem às compras

governamentais, as pequenas empresas **deverão** apresentar o balanço em cumprimento ao inciso I do artigo 31 da Lei 8666/93.

A dúvida sobre o balanço patrimonial veio a ser sanada pela Resolução N° 1.115/07, que aprovou a NBC T 19.13 – Escrituração Contábil Simplificada para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

O item 7 da referida norma disciplina que:

7 A microempresa e a empresa de pequeno porte devem elaborar, ao final de cada exercício social, o Balanço Patrimonial e a Demonstração do Resultado, em conformidade com o estabelecido na NBC T 3.1, NBC T 3.2 e NBC T 3.3.

Nesta toada, em 2012 a Resolução CFC N.º 1.418 aprovou a **ITG 1000 – Modelo Contábil para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte** que em seu item 26 estabeleceu que:

26. A entidade **deve elaborar o Balanço Patrimonial**, a Demonstração do Resultado e as Notas Explicativas ao final de cada exercício social. Quando houver necessidade, a entidade deve elaborá-los em períodos intermediários

Destarte, diante do exposto acima, concluímos que não há dispositivo legal que dispense as pequenas empresa da apresentação do balanço patrimonial.

Acerca do assunto, o jurista Sidney Bittencourt leciona:

Situação sui generis ocorre no caso de microempresa, principalmente em função do tratamento diferenciado a ela conferido pelo art. 175 da Constituição Federal, vigindo, para essa, o Estatuto das Microempresas, que afasta a necessidade de possuírem demonstrações contábeis, o que não impede que o edital exija essas demonstrações referentes ao último exercício social, de modo a permitir uma avaliação das condições financeiras para arcar com o compromisso. De outra forma, entendendo a Administração licitadora que o objeto é simples e facilmente executável, poderá não exigir a demonstração no edital. (in Licitação passo a passo. 4ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Temas & idéias Editora, 2002, p. 158)

Outrossim, o prof. Carlos Pinto Coelho Motta versou:

As microempresas e empresas de pequeno porte devem, igualmente, elaborar o balanço patrimonial, considerando que, nesse aspecto, a LNL não foi derogada pela LC 123/06. (in Eficácia nas Licitações e Contratos. 11ª ed. rev. E atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, 389)

Ao cabo, não podemos deixar de citar o Decreto 8.538/2015 que regulamenta o tratamento diferenciado às pequenas empresas no âmbito da administração pública federal. O artigo 3º do referido diploma legal reza que:

Art. 3º Na habilitação em licitações para o fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais, não será exigida da microempresa ou da empresa de pequeno porte a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social.

Diante do dispositivo legal, podemos dizer que há uma **exceção** que dispensa às pequenas empresas na apresentação do balanço, que é nas licitações realizadas pela **Administração Pública Federal** cujo objeto seja para **“fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais.”**

A “exceção” mencionada não se enquadra no objeto licitado. Trata-se de serviços de complexidade reconhecida

Portanto, via de regra, nenhuma empresa está dispensada de apresentar o balanço patrimonial, com exceção das MEs e EPPs em licitações de âmbito federal, nos casos acima apontados.

DOS PEDIDOS:

Por todo o exposto, requer a Impugnante seja a presente Impugnação recebida e julgada procedente, de acordo com os supracitados motivos, adequando o procedimento licitatório e conseqüentemente o Edital impugnado ao comando legal e à realidade da prestação efetiva de seu objeto, para que:

- (i) Seja incluído no item 7.1 1.6 (Qualificação Técnica) a previsão de que o(s) atestado(s) de capacidade técnica seja(m) devidamente averbado(s) no Conselho Regional de

Nutricionistas da jurisdição onde foram executadas as atividades, na forma estabelecida na Resolução nº 510/2012 do Conselho Federal de Nutrição;

- (ii) Seja exigida a licença sanitária para o veículo de transporte de alimentos (estadual ou municipal)
- (iii) Seja exigida a apresentação de balanço patrimonial, apresentados na forma da Lei, também para as ME e EPP.

Termos em que

Pede e aguarda

DEFERIMENTO

, 07 de março de 2019.