

Itajaí – SC, 29 de maio de 2017.

Pedido de Impugnação RPB Nº 008/2017

A

Prefeitura Municipal de Luiz Alves/SC

Comissão Permanente de Licitações

Rua Erich Gielow, nº 35, Bairro Centro

Luiz Alves/SC

Referência : Edital de Tomada de Preço n. 05/2017

OBJETO: PERMISSÃO PARA COMERCIALIZAÇÃO DE BEBIDAS TIPO, CERVEJAS MULTIMARCAS, CHOPE, DESTILADOS, REFRIGERANTES, ÁGUAS, ENERGÉTICOS NA XVIII FESTA NACIONAL DA CACHAÇA - FENACA 2017.

“IMPUGNAÇÃO DE EDITAL”

M&K Locações e Eventos Eireli - EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 26.248.929/0001-28, com sede localizada na Avenida Irineu Bornhausen, nº 795, sala 02, Bairro São João, Itajaí/SC, onde recebe correspondências e citações, vem na forma da Legislação vigente, Decreto 3.555/2000, Lei 10.520/2002 e Lei 8.666/93 interpor **Impugnação** contra o edital de licitação acima mencionado pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos a seguir:

Dos Fatos e Fundamentos

A subscrevente tendo interesse em participar da licitação supramencionada e ao verificar as condições para participação no pleito em tela, bem como algumas especificações da contratação, deparou-se com vícios editalícios.

Não quer a IMPUGNANTE correr o risco de ver a administração pública envolvida, futuramente, em discussão acerca da legalidade do contrato administrativo a ser firmado, que possa vir a ser questionado, inclusive pelo Tribunal de Contas da União (artigos 59, parágrafo único e 90, ambos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993).

Sucedem que, o referido edital é absolutamente ilegal, pois afronta às normas que regem o procedimento licitatório conforme art. 3º, da Lei 8.666/93, *in verbis*:

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. **(grifo nosso)**

Na medida que o indigitado Edital faz sua exigência, não resta dúvida que o ato de convocação de que se cogita consigna manifestamente comprometedor visto que as exigências do edital maculam o procedimento sendo absolutamente restritivo, tendo em vista a forma de dimensionamento das especificações técnicas do Serviço a ser adquirido pelo órgão limitando a participação de empresas interessadas na presente licitação.

De fato, não obstante essa explanação no edital, as exigências técnicas inseridas no Edital, demonstram que o Administrador não está a garantir a participação de qualquer licitante, mas apenas daqueles que comprovem através de atestado de capacidade técnica expedido por órgão público, afunilando de forma incorreta e grave o leque da disputa.

De plano, verifica-se que o Administrador fez constar no Edital:

5.5 - A capacidade técnica será comprovada, com apresentação dos seguintes documentos:

5.5.1 – Atestado de capacidade técnica compatível com o objeto da licitação e que seja expedido por órgão de direito público.

É certo que a Lei nº 8.666/93 permite a indicação de algumas ferramentas e funcionalidades como padrão de referência, a serem indicadas tão-somente como mero referencial para os licitantes. No caso em tela, porém, não é isso que se verifica na prática.

Pela simples leitura das normas acima, verifica-se que as especificações do edital, restringem de forma grave, o universo de possíveis competidores, chegando até mesmo a direcionar o certame.

O explícito direcionamento do certame para apenas licitantes que tenham atestados expedidos por pessoa de direito público prejudicando desta forma o pregão, encontrando-se assim o presente Edital em desconformidade com a Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O artigo 30 da lei 8.666/93 é muito claro quando as suas exigências:

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

[...] IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 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 [...].

O Edital ora impugnado inibe a participação dos licitantes que, embora comprovadamente aptos a executar o contrato, não dispõem da certidão reclamada pela Administração. Portanto, uma imposição dessa espécie somente poderia ser admitida se claramente explicitada no texto legal, o que não é caso.

Em nenhum momento, a lei atribui discricionariedade ao administrador para determinar o tipo de atestado exigido.

O caminho a ser seguido é aquele traçado no art. 37, inciso XXI, da CR, que assim dispõe:

Art. 37. [...]

[...]

XXI — ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, **serviços**, compras e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (grifo nosso).

Nesse contexto, a exigência de que o atestado de capacidade técnica seja emitido pela Administração Pública fere o preceito constitucional da isonomia, porque desiguala injustamente concorrentes que apresentam as mesmas condições de qualificação técnica, embora não tenham prestado serviços à pessoa jurídica de direito público.

Sobre o tema, destaco, também, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, retratada no Acórdão n. 410/2006, de relatoria do Ministro Marcos Vinícios Vilaça:

[...] a igualdade de condições nas licitações é princípio de estatura constitucional (art. 37, XXI, CF). Deste princípio geral decorre o da competitividade, previsto no mesmo dispositivo constitucional (somente serão permitidas 'as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações') e no § 1º, inc. I, art. 3º da Lei nº 8.666/93. Por isso, a competição não poderá ser restringida, sob pena de nulidade de todo o procedimento licitatório. Portanto, as exigências previstas na fase de habilitação não podem ser tais a ponto de impedir a participação daqueles que teoricamente estariam aptos a prestar o serviço ou executar a obra.

Nesse diapasão é o entendimento da jurisprudência:

EMENTA: DENÚNCIA — LICITAÇÃO — PREGÃO PRESENCIAL — IMPLANTAÇÃO DE SOFTWARE — EDITAL — IRREGULARIDADES — QUALIFICAÇÃO TÉCNICA — I. ATESTADO DE CAPACIDADE EMITIDO EXCLUSIVAMENTE PELO PODER PÚBLICO — RESTRIÇÃO INDEVIDA — OFENSA À COMPETITIVIDADE — II. EXPERIÊNCIA ANTERIOR — OBJETO IDÊNTICO AO LICITADO — AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA SUFICIENTE — MULTA

1. Edital de licitação não pode conter exigência de qualificação técnica que não seja indispensável à garantia do cumprimento das obrigações contratuais e que não esteja prevista em lei.

2. É vedado previsão edilícia de obrigatoriedade de apresentação de atestado de capacidade técnica emitido exclusivamente por pessoa jurídica de direito público por frustrar a competitividade do certame e ferir o art. 30, § 1º, da Lei n. 8666/93.

3. A exigência de experiência anterior na execução de objeto idêntico ao licitado só é possível se houver justificativa razoável e se não ofender o princípio da competitividade, nem prejudicar a obtenção da proposta mais vantajosa. (TCE-MG – Denúncia n. 812.442 – Rel. Cons. Sebastião Helvecio - Segunda Câmara na Sessão do dia 27/09/2011). (Grifo Nosso).

A Lei 8.666/93 prescreve a proibição de restrições ao caráter competitivo do certame e que limitem a participação de empresas capazes de fornecer o objeto.

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

“As regras do procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo a administração e aos interessados no certame, **possibilitem a participação do maior número de concorrentes**, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa. (MS 5.606/DF, rel.min. José Delgado).” **[Grifo Nosso]**

Quanto a relevância da atuação da Administração de acordo com os princípios administrativos leciona o I. Professor José Augusto Delgado:

“A doutrina contemporânea tem se preocupado, de modo ascendente, no destaque da importância dos princípios como veículo dimensionador da compreensão e da aplicação do direito[...]São, em síntese, os princípios “preposições diretoras de uma ciência, as quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve ser subordinado”.”

No mesmo sentido leciona Celso Antônio Bandeira de Melo:

Violar um Princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra. [Grifo Nosso]

Neste sentido, resta mister, ainda a todos que estão interessados em atender ao interesse público buscar da correção do Edital.

A exigência contida no instrumento convocatório, mesmo que parcialmente legalmente embasada, torna a licitação restritiva, pois a redação atual impede qualquer tipo de competição.

Com efeito, o exame do edital revela situação que merece urgente reparo pela autoridade administrativa, pois cria óbice a própria realização da disputa, limitando o leque da licitação a determinadas empresas, restringindo possíveis competidores capacitados para atender a demanda solicitada e até cerceando a participação das demais empresas, obstando a busca da contratação mais vantajosa.

A competitividade é uma essência da licitação, pois só se pode promover esta disputa, onde houver competição e limitando a participação de concorrentes plenamente capazes de atender ao objetivo municipal, torna-se impossível sua realização.

A Lei 8.666/93 prescreve a proibição de restrições ao caráter competitivo do certame e que limitem a participação de empresas capazes de fornecer o objeto.

Deveras, o instrumento convocatório deve respeitar os critérios apresentados, a fim de que se mostre sério, concreto e vantajoso para o interesse público, devendo a Administração Pública ajustar-se as disposições legais impostas pelo Governo Federal, respeitando os corolários lógicos dos princípios constitucionais, a qual está vinculada a administração pública, que somente pode fazer o que está autorizado em lei.

Isso posto, insta concluir, em consonância com a fundamentação citada, que, o edital é um instrumento vinculativo que cria obrigações mútuas para as partes envolvidas, que devem ser observadas no momento da formalização do contrato propriamente dito.

E no caso em tela a forma em que o edital foi elaborado afronta o princípio da igualdade, privilegiando um licitante em detrimento dos demais. E atente-se ao fato de que qualquer restrição em relação ao objeto da licitação deve ter como fundamento razões aptas a justificarem que a finalidade e o interesse público reclamam por tal exigência de forma irremediável. Sem tal justificativa a restrição deve ser tomada por ilegal (art. 3º, § 1º, inc. I). Inclusive são por estas razões que, no intuito de coibir ABUSOS NA DISCRICIONARIEDADE dos agentes públicos, o legislador pátrio fez constar no bojo da lei licitatória, mais precisamente no art. 3º, § 1º, que:

"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 proponentes ou de qualquer outra circunstância ou irrelevante para o específico objeto do contrato;"(grifo nosso).

De fato, a atividade discricionária do gestor público, extrapolou nitidamente os limites impostos pela lei, em verdadeira afronta aos princípios que norteiam a licitação, ao determinar o conjunto de especificações técnicas altamente restritivas a apenas um produto do mercado.

Assim sendo, decerto que, face ao princípio do caráter competitivo do certame e da isonomia, aqui, proeminentes sobre os demais, é inconcebível que num processo de licitação pública, seja concebida a inclusão de preferências que venham tão somente a frustrar o processo competitivo, POIS TAL OCORRÊNCIA TEM POR CAUSA DIRETA A IMPOSSIBILIDADE DA OBTENÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO.

Nessa linha de entendimento não se traduz congruente com a finalidade da licitação, um edital que reduz a competitividade do certame em vez de ampliá-la, eis que a escolha da proposta mais vantajosa (finalidade precípua do procedimento) só será efetivamente alcançada, à medida que se possibilite o número maior de participantes no certame e não alijando do procedimento, concorrentes em potencial, como no caso em espécie. Portanto, a possibilidade de participação do maior número de licitantes possíveis, TRADUZINDO NA POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE UM MAIOR NÚMERO DE FORNECEDORES DE PRODUTO até mesmo pela cautela de não implicar futuramente cerceamento de participação e anulação do presente certame, é medida não só necessária, mas imperiosa.

Oportuno lembrar também que a condição primordial para a eficácia e validade do ato administrativo é exatamente a adequação aos princípios jurídicos exteriorizados na norma. Desta feita, ainda que um determinado ato seja praticado com certa margem de discricionariedade, este deve respeitar os limites impostos pelos princípios regentes, sob pena de, em alguns casos, a convalidação do ato e, em outros, até mesmo a invalidação do mesmo.

Esse entendimento se coaduna exatamente com o texto da Lei nº 8.666/93 e com a doutrina brasileira, no sentido de que dentro do juízo de conveniência e oportunidade, é preciso, acima de tudo, respeitar a finalidade da licitação, pois "finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato.....". (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. in Direito Administrativo, 7ª ed. Ed. Atlas, 1996, São Paulo, pg. 173. A Lei de Licitações e Contratos (Lei nº.8.666/93), foi elaborada e instituída com o intuito precípua de prover à Administração Pública a prestação de serviços e o fornecimento de bens dentro da melhor relação custo-benefício. Em outras palavras: com vistas a assegurar a satisfação do interesse público, o referido diploma legal busca garantir que a proposta da contratada se aproxime, no mais que puder, do que a Administração Pública julga como desejável.

Assim sendo, no caso da licitação, se efetivamente a atividade discricionária do administrador não estiver pautada, em especial, pelos princípios da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa, da legalidade e do caráter competitivo do certame, enfim, pela própria finalidade do procedimento, porquanto são estes os valores de todo o processo licitatório e o que lhe dá fundamentação, clara restará a transposição no âmbito de suas prerrogativas discricionárias.

Por certo que, a licitação, como procedimento administrativo que é, visa atingir uma dupla finalidade, conforme proclama a lei de licitações e contratos em seu art. 3º. Volta-se, como nesta norma se estabelece, a selecionar a proposta que se apresente como a mais vantajosa para a futura contratação, buscando, no entanto, preservar condições que não se constituam em infundado e desnecessário impedimento à livre competição.

Ex posits, fica comprovado que o entendimento do edital é contrario a legislação vigente, pois os vícios editalícios epigrafados **frustram o caráter competitivo e legal desta licitação**, distanciando da administração o justo preço e a legalidade do ato convocatório.

Do Pedido

Dada a meridiana clareza com que se apresenta a ilegalidade dos fatos apontados e pelo mero cotejo com a letra fria da lei, requer-se que seja a presente IMPUGNAÇÃO julgada procedente, com efeito para: suspender o edital atacado; determinar-se a republicação do Edital, escoimado dos vícios apresentados, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8666/93.

Requer ainda, que caso não seja dado provimento a decisão pleiteada, seja enviado a presente impugnação á apreciação de autoridade superior, na forma legal, conforme prevê o § 4º do art. 109 da Lei 8.666/93.

Nestes Termos.

Pede e Espera Deferimento.



M&K Locações e Eventos Eireli - EPP