

CONCORRÊNCIA PÚBLICA NACIONAL nº 001/2017-DESO/BIRD

Execução das Obras da 2ª Etapa do Sistema de Esgotamento Sanitário e da 1ª Etapa do Sistema de Drenagem Pluvial de Itabaiana, Estado de Sergipe – SES2/SDP1-ITABAIANA.

Solicitação de Esclarecimentos Nº 007

Impugnação Administrativa – SCAVE – Serviços de Engenharia e Locação Ltda.

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA COMPANHIA DE SANEAMENTO DE SERGIPE – DESO/SE

Ref.: Concorrência Pública Nacional nº 001/2017 – DESO/BIRD

SCAVE SERVIÇOS DE ENGENHARIA E LOCAÇÃO LTDA., interessada em participar do presente procedimento licitatório, vem, por seu representante legal abaixo assinado, com fulcro no art. 41, §1º, da Lei nº. 8.666/93 apresentar IMPUGNAÇÃO AO EDITAL, o que faz segundo as questões a seguir formuladas:

I – RESSALVA PRELIMINAR

Importa destacar que a impugnação de determinadas cláusulas e anexos do edital em questão se dá a despeito da lisura e idoneidade a conduzir as atividades desenvolvida no âmbito deste órgão, tendo em conta a necessidade de indicar vícios de legalidade que maculam o instrumento convocatório, à medida que o processo de licitação se afaste da necessária observância das regras e dos princípios legais e constitucionais que regem a matéria.

Efetivamente, o Edital relativo à Concorrência Pública Nacional nº 001/2017 – DESO/BIRD não cumpre a finalidade legal que lhe é imposta, qual seja, verificar quais licitantes reúnem condições de oferecer à Administração o serviço requerido aliado ao critério menor preço. Ao contrário, obsta o caráter competitivo da licitação e o julgamento objetivo das propostas.

Portanto, sem suscitar dúvidas ou levantar suspeitas a respeito da idoneidade do órgão licitante ou da Comissão Permanente de Licitação, deseja-se, tão somente, mostrar que o Edital contém vícios de legalidade que deverão ser revistos de ofício, sob pena de uma possível declaração de nulidade pelo Poder Judiciário.



O item 4.5 (b), do Anexo II – Dados do Edital (DDE) estabelece a obrigatoriedade de comprovação de *“Volume médio de obras nos últimos 5 anos: R\$52 milhões/ano”*, sob pena de inabilitação.

Contudo, a exigência de “volume médio de obras” não está expressamente elencada como critério mínimo de qualificação econômico-financeira nos incisos do art. 31, da Lei nº. 8.666/93, circunstância que impossibilita adoção do requisito pela Administração, sob pena de violação do princípio da legalidade estrita, conforme bem ensina Lucas Rocha Furtado ao afirmar que *“[...] as exigências firmadas no art. 31, são, de fato, o limite para que a Administração não estabeleça condições arbitrárias que poderiam comprometer a isonomia dos concorrentes”* (FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pág. 241)

Não bastasse o fato de que não existe previsão na Lei de Licitações acerca de exigência de “volume médio de obras”, pertinente ressaltar que o referido diploma dispõe, no seu art. 31, §1º, que é *“vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade”*.

O objetivo da norma em questão é justamente assegurar a formação isonômica do ambiente competitivo, evitando o indevido direcionamento de licitações com base exclusivamente no porte das empresas.

Com efeito, a exigência de “volume médio de obras” não passa de uma forma simulada de impor a comprovação de valores mínimos de faturamento anterior e, assim, limitar o universo de competidores com base em critério não albergado pela legislação (porte da empresa).

Como se sabe, o caráter competitivo do torneio é um dos pilares sobre o qual se apoia o dever de licitação, tanto que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, *permite apenas a fixação de exigências de qualificação técnica e econômica mínimas*, assim entendidas aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações:



"Art. 37

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, a 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."

Ainda analisando o Estatuto das Licitações, é inevitável frisar que aquele diploma estabelece, em seu art. 3º, §1º, inciso I, expressa vedação destinada aos agentes públicos, salientando que não lhes é lícito formular editais com exigências que frustrem ou prejudiquem, de alguma forma, a ampla concorrência indispensável à busca da proposta mais vantajosa para o Poder Público. O mesmo determina em relação aos requisitos de qualificação técnica, ao vedar comprovação de atividade ou de aptidão que inibam a participação no certame. Eis os mencionados dispositivos:

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:

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;

À luz das disciplinas legais e constitucionais, resta claro, portanto, que à Administração Pública não é lícito estabelecer, em seus torneios licitatórios, exigências descabidas, desprovidas de justificativa lógica ou impertinentes ao objeto licitado.

Aplicando os mencionados dispositivos na prática, o Tribunal de Contas da União tem rechaçado as exigências desproporcionais, ou os requisitos de habilitação que, sem utilidade prática efetiva à comprovação do mínimo necessário, frustram o caráter competitivo dos processos licitatórios e direcionam a contratação para um número reduzido de empresas.



"[VOTO]

[...]

9. A indevida restrição da competitividade em razão de exigência editalícia que desobedeça ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 e nos arts. 3º, caput e § 1º, inciso I, e 30, § 6º, da Lei de Licitações e Contratos, conduz à anulação do processo licitatório."

(AC-1495-27/09-P Sessão: 08/07/09 Grupo: I Classe: VII Relator: Ministro Valmir Campelo - FISCALIZAÇÃO - REPRESENTAÇÃO)

"Voto:

[...]

31. Entendo não serem admissíveis exigências de qualificação técnica excessivamente rigorosas, a ponto de restringir o caráter competitivo do certame. O processo licitatório deve buscar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e, ao mesmo tempo, assegurar tratamento isonômico aos licitantes. Não defendo aqui a inserção de requisitos desvinculados com o objeto do certame ou a estipulação de exigências insuficientes, que ensejem a contratação de empresas inidôneas ou desprovidas de capacidade técnica, pondo em risco a realização do objetivo avençado. O interesse público deve prevalecer; todavia, não deve ser levado ao extremo, a ponto de justificar a inserção de cláusulas e condições restritivas, que alijem do processo licitatório empresas tecnicamente habilitadas e capacitadas a oferecer propostas mais proveitosas."

(TCU, Acórdão nº. 1.937/2003, Rel. Min.: Augusto Sherman Cavalcanti, órgão julgador: Plenário, Data da Sessão em: 10/12/2003)

Especificamente no que concerne à exigência de faturamento mínimo, o TCU já se pronunciou reprimindo a prática, consoante excerto do voto a seguir transcrito:

"Voto:

[...]

21. Com efeito, a Constituição não veda a estipulação de faturamento anterior mínimo como quesito da qualificação econômica, pois quem faz isso é a Lei nº 8.666/93. Porém, é inconstitucional a exigência de qualificação econômica desproporcional às obrigações a serem assumidas pela licitante. Para mim, R\$ 150 milhões de faturamento anual mínimo anterior, exigidos em determinado lote, são um exagero para garantir que a licitante tem solidez econômica suficiente para cumprir um contrato de obra rodoviária. Afinal, por que empresas como a Ivai, com faturamento mínimo anual de R\$ 102 milhões, ou a Emsa, com faturamento mínimo de R\$ 84 milhões, ou ainda a Mendes Júnior Eng., com faturamento mínimo de R\$ 24,4 milhões, conforme informações da Revista Exame apresentadas pelo DNIT, sendo costumeiras executoras de obras de igual porte, não teriam agora capacidade econômica para o desempenho de tais obrigações?

22. Outra medida da desproporcionalidade da exigência consiste em que os faturamentos mínimos requeridos correspondem exatamente aos valores orçados das obras de cada lote. Ou seja, para um lote com orçamento de R\$ 99 milhões, o faturamento mínimo anual deve ser de R\$ 99 milhões. Isso quer dizer que o faturamento conseguido pela empresa em todas as obras que tenha realizado em um ano deve ser utilizado para comprovar a capacidade de garantir a consecução de apenas um lote da obra agora licitada. Ou ainda, em outras palavras, que apenas esse lote irá lhe garantir o faturamento de um ano de trabalho.

[...]

25. Devo ainda assinalar que a inconstitucionalidade de um ato não se verifica pelo resultado que este produz, mas sim pela sua própria existência em desconformidade com a norma constitucional, a qual é estipulada, antes de mais nada, para prevenir um dano a um bem jurídico, e não apenas para garantir a sua reparação. Desse modo, a meu ver, não tem cabimento esperar que uma efetiva restrição da competitividade nas licitações venha a provar a inconstitucionalidade do ato, quando esta já era demonstrável".

(TCU, Acórdão nº. 1.640/2002, Rel. Min.: Marcos Vinicius Vilça, órgão julgador: Plenário, Data da Sessão: 04/12/2002)

Note-se que, na espécie, a SCAVE é empresa que participa regularmente de licitações perante DESO/SE, tendo, inclusive, executado contratos administrativos com objetos similares, daí porque não se justifica a exigência de "volume de obras".

De outro lado, o ato convocatório em nenhum momento justifica a adequação e proporcionalidade da restrição imposta, sobretudo porque o orçamento é sigiloso, de modo que sequer se sabe o valor global da licitação.

Dessa maneira, considerando a falta de previsão legal para estabelecimento do critério "volume de obras", a expressa vedação do art. 31, §1º, da Lei de Licitações às exigências de comprovação de faturamento anterior, a falta de motivação para fixação do valor de R\$ 52 milhões/anuais, e o fato de que a SCAVE é empresa que executa corriqueiramente obras da mesma natureza da licitada, requer-se a anulação do item 4.5 (b), do Anexo II – Dados do Edital (DDE).



IV. A NATUREZA INSTRUMENTAL DA LICITAÇÃO. EXCESSO DE FORMALISMO E RESTRIÇÃO À COMPETIÇÃO.

A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante às exigências encartadas nas licitações, é seu objetivo, tão somente, verificar se os interessados que pretendem contratar têm ou não condições mínimas para prestar o serviço cuja contratação é almejada pelo Poder Público (essa é a essência, isto é, o fundamental).

Interessa, pois, para a Administração exigir o atendimento a condições mínimas e essenciais, visando a receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas. A ensinança da doutrina autorizada está bem representada por Hely Lopes Meirelles:

"A orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis (...). É um verdadeiro estrabismo público, que as autoridades superiores precisam corrigir, para que os burocratas não persistam em suas distorções rotineiras de complicar aquilo que a legislação simplificou. Os bons contratos, observe-se, não resultam das exigências burocráticas, mas sim da capacitação dos licitantes e do criterioso julgamento das propostas" (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13ª ed.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, pág. 240).

E colaciona a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RDP 14/240):

"Visa a concorrência a fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsistentes com a boa exegese da lei devem ser arredados. não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e a primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório"(ob et loc. cit., destacamos).

A mesma jurisprudência é citada por Adilson Abreu Dallari, in "Aspectos Jurídicos da Licitação", ao afirmar a necessidade de preservação do caráter competitivo do certame, quando da fixação de condições no edital:

"Ele deve ser interpretado em seu espírito, em consonância com o texto constitucional [art. 37, inciso XXI], ou seja, no sentido de que a regra geral é a participação do maior número possível de licitantes; devendo o edital ser parcimonioso e criterioso ao fixar requisitos, pois são proibidas as condições impertinentes, inúteis ou desnecessárias".



Nesse sentido, vê-se desde já que, como ponto básico na realização de licitações, a Administração deve, antes de tudo, abrir-se a receber o maior número de propostas possíveis para, dentre elas, escolher a mais vantajosa aos seus interesses, e não ao interesse de um e outro, sejam eles administradores ou administrados.

Em segundo, porém, ao órgão licitante não interessa receber qualquer proposta, mas tão somente as daquelas pessoas que demonstrem serem e estarem aptas a executar o objeto licitado. Para tanto, os elementos caracterizadores do *discrímen* entre habilitados e inabilitados, classificados e desclassificados, não podem conter rigorismos inúteis, sob pena de violação dos mais comezinhos princípios reitores da atividade pública.

Tal compreensão melhor consulta à eficácia jurídico-social da norma ínsita no art. 37, inciso XXI, de nossa Carta Magna (sublinhamos):

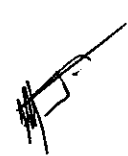
"Art. 37. (...)

(...)

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".

Portanto, existem claras definições constitucionais, manifestações doutrinárias e firme jurisprudência no sentido de que não deve haver rigidez excessiva na delimitação das exigências editalícias. Deve, isso sim, haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser das fases de habilitação ou de julgamento das propostas; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes e propostas.

A inobservância dessa orientação resulta, invariavelmente, em situações em que a Administração depara-se com a possibilidade de reduzir a consulta de preços sem qualquer justificativa material. Tais precedentes dão conteúdo ao que aqui pretende se demonstrar, pois a decisão recorrida terminou, indiretamente, por desvirtuar os preceitos que governam as licitações, com a inclusão de exigências e restrições não previstas no instrumento convocatório.



Como visto nos tópicos antecedentes, o ato convocatório está eivado de disposições restritivas e desconformidades com a legislação e jurisprudência vigentes, na contramão do caminho de flexibilidade trilhado pela lei.

Dessa forma, nos lindes do que impõe a Lei e a Constituição da República, é imperiosa a suspensão da sessão inaugural da licitação, a fim de que seja realizados os ajustes essenciais ao restabelecimento da legalidade, no presente certame.

IV – DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DA NECESSIDADE DE PROMOÇÃO DA COMPETITIVIDADE E DA COMPETIÇÃO.

De acordo com a Constituição Brasileira, todo agente público exerce uma parcela do poder popular mediante delegação direta ou indireta, para satisfazer os interesses da coletividade, bem como promover a efetivação e a proteção dos direitos fundamentais elencados no art. 5º da Carta Magna.

Logo, como condição para a concretização do interesse público, o agente público recebe um feixe de competências que não só lhe atribuem prerrogativas para o atingimento das finalidades insculpidas na ordem legal, como também pré-definem o seu espectro de atuação, assegurando-lhe os poderes e as vias estritamente necessárias para os desideratos específicos que lhe são confiados.

Portanto, a atividade administrativa é governada pelo princípio da legalidade estrita (art. 5º, inc. II, da C.F./88), ou seja, a Administração Pública atua tão somente nos caminhos preestabelecidos pela ordem jurídica, já que os atos por ela praticados direcionam-se à consecução de interesse alheio - o interesse público - e se relacionam ao emprego/gerenciamento de recursos alheios, o erário público. Dito em outras palavras, o agente administrativo se pauta pela noção de função, como bem exposto na lição de Celso Antônio Bandeira de MELLO:



"Função", em síntese, é o exercício de interesse alheio de um poder exercido em conto de um dever legal.

(...)

A idéia de função – é, pois, a idéia de função administrativa – reclama do intérprete a inteligência de que o sujeito que a exerce recebeu da ordem jurídica um dever: o dever de alcançar certa finalidade preestabelecida, de tal sorte que os poderes que lhe assistem foram-lhe deferidos para serem manejados instrumentalmente, isto é, como meios reputados aptos para atender à finalidade que lhe justificou a outorga. Donde o poder, em casos que tais – e assim é irrestritamente no direito público – tem caráter apenas instrumental. Ele não se constitui – se assim podemos nos exprimir – em um bem em si mesmo, pois o bem (sagrado na ordem jurídica) é a finalidade estampada na lei. A valia do poder, a utilidade e o sentido dele resumem-se em constituir em instrumento insuprimível, sem o qual o agente público não teria como desincumbir-se desse dever posto a seu cargo: dever de concretizar a finalidade legal, isto é, dever de dar satisfação a um interesse de terceiro, a um interesse alheio; no caso, o interesse da coletividade. Logo, o administrador não dispõe de poderes-deveres, como às vezes se diz, mas de *deveres-poderes* – locução que expressa com maior fidelidade que a anterior a verdadeira índole de suas competências. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010, págs. 116/117)

No mesmo sentido, destacamos a posição de Caio TÁCITO, cristalizada em famoso parecer:

"O agente público, não gere, porém, direito ou interesse próprio. Participa de atos que visam à consecução de interesses coletivos e busca cumprir finalidade adequada aos objetivos públicos que o habilitam a agir, em função do bem comum e do interesse.

(...)

Lembramos, em estudo sobre o tema, que "a regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, especificamente, a interesses públicos caracterizados... O poder administrativo é vinculado a um determinado interesse público e não comporta aplicação em favor de quaisquer outros objetivos, embora louváveis e beneméritos. A discricão administrativa tem, portanto, como teto a finalidade legal da competência." (Revista de Direito Administrativo – vol.37, p.5) (TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)* – 2ª Volume. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pág. 1112)

No que diz respeito às licitações, a legalidade está estreitamente relacionada com a necessidade de afastar subjetividades e arbitrariedades na seleção dos particulares que serão remunerados com recursos públicos, funcionando como ferramenta para assegurar a formação isonômica do ambiente competitivo e a construção dos critérios objetivos de disputa.

Nesse contexto, a imposição de exigências de habilitação excessivas representa ofensa ao princípio da legalidade estrita, na medida em que prejudica a formação isonômica do ambiente competitivo, com igualdade de oportunidades a todos os potenciais licitantes, o que constitui atributo inerente ao procedimento licitatório.

Portanto, os vícios apontados no edital (critérios de habilitação econômico-financeiros desproporcionais e não previstos em lei) não apenas impossibilitam a formulação das propostas pelos licitantes, mas efetivamente embarga a participação de diversas empresas idôneas e capazes de desempenhar os serviços previstos no edital.

Logo, as exigências dispostas no edital e nos seus anexos, impossibilitam a formulação das propostas pelos licitantes e, por conseguinte, a própria competição – pressuposto dos procedimentos licitatórios.

V – DA NECESSIDADE DE REPUBLICAÇÃO DO EDITAL. ART. 21, § 4º, DA LEI Nº 8.666/1993.

Diante das não triviais questões ora levantadas, considera-se que a implementação das necessárias modificações quanto aos termos do Edital do Pregão Eletrônico nº. 045/2016 poderá despertar interesse em empresas que não adquiriram o edital, com receio de não atender às abusivas exigências de qualificação econômico-financeiras.

Neste passo, o art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993, prevê o seguinte:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

[...]

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

As substanciais alterações pleiteadas pela Impugnante, portanto, determinam a aplicação da norma do artigo mencionado, para que seja republicado o Edital e reabertos os prazos para apresentação das propostas, solicitando-se o atendimento a este comando caso se acolham as razões da presente impugnação, como se acredita.



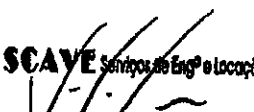
VI – REQUERIMENTOS FINAIS.

Ao fim das razões acima delineadas, requer seja conhecida e provida a presente impugnação, especificamente para que sejam saneadas as irregularidades ligadas ao item 4.5 (b), do Anexo II – Dados do Edital (DDE), referentes à exigência excessiva e desproporcional de comprovação de volume médio de obras no importante de R\$52 milhões/ano, na contramão do art. 37, inc. XXI, da C.F./88 c/c art. 31, §1º, da Lei de Licitações;

Requer, por fim, seja novamente publicado o ato convocatório, com a reabertura dos prazos inicialmente estabelecidos e, conseqüentemente, o reagendamento da sessão inicial do certame, prevista para o dia 19/07/2017, às 09:00h. Caso assim não se decida – o que se admite apenas por hipótese – requer sejam os autos remetidos para apreciação da autoridade superior.

Pede deferimento.

Recife, 27 de junho de 2017.


SCAVE Serviços de Engª e Locação
Engº Waldir Martins Júnior

SCAVE SERVIÇOS DE ENGENHARIA E LOCAÇÃO LTDA

.....
Resposta:

As obras da 2ª Etapa do Sistema de Esgotamento Sanitário e da 1ª Etapa do Sistema de Drenagem Pluvial de Itabaiana fazem parte do Plano de Aquisições do Acordo de Empréstimo nº 8.113-BR, firmado entre o Governo do Estado de Sergipe e o Banco Mundial, sendo uma das intervenções previstas no PROGRAMA ÁGUAS DE SERGIPE.

Como trata-se de Programa financiado com recursos oriundos de organismo multilateral, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as normas e procedimentos daquele organismo, conforme §5º do Art. 42 da Lei nº 8.666.

No caso específico do item 4.5(b) do ANEXO II – Dados do Edital (DDE), o valor obtido para a exigência de volume médio de obras nos últimos 5 anos de **R\$ 52 milhões/ano** foi calculado através de fórmula definida pelo Banco na qual se utilizam parâmetros objetivos, não sendo um valor aleatório ou casuístico. Por tanto, nesse caso, não cabe a afirmação de que a exigência é excessiva ou desproporcional, pois trata-se de procedimento definido e exigido pelo Banco. E, por conseguinte, a reabertura dos prazos requerida torna-se injustificada.

Aracaju, 4 de julho de 2017



Engº Marcelo Luiz Monteiro
GESTÃO DO PROGRAMA ÁGUAS DE SERGIPE