



Comissão Permanente de Licitação

DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

INTERESSADO: Sra. Roberta Bravin Fabelo OAB/ES nº 27.681

CONCORRÊNCIA ELETRÔNICA Nº 002/2024

I – DOS FATOS

Trata-se de impugnação ao Edital da Concorrência Eletrônica nº 002/2024 oferecida pela Sra. Roberta Bravin Fabelo, cujo objeto do certame é a contratação de empresa para a execução de reforma do CEMEI Zélia Vianna de Aguiar. A impugnante alega, em síntese, que alguns critérios da Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) deixaram de ser exigidos de forma correta.

Neste sentido, antes de adentrarmos ao mérito da Impugnação do edital, cumpre-nos reforçar que a Administração Pública, ao almejar todo e qualquer ato de interesse público, em especial aos procedimentos licitatórios, tem o cuidado e deve obediência aos princípios norteadores pelos quais devem ser seguidos pelo gestor público.

Um dos princípios importantes e pelo qual a Administração deve adotar como pressuposto do Interesse Público, é o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, que nada mais é que “toda atuação do Estado deve ser pautada pelo interesse público, cuja manifestação é extraída da Constituição e das leis, manifestação da vontade geral”. Sendo assim, quando ocorrer conflito de interesses, a Administração deve ponderar os fatos e as normas em favor da proteção do interesse público.

Como todo procedimento, o ato da Administração deve ser planejado e efetivado em função de uma necessidade pública e por ela se almeja alcançar os meios, instrumentos e objetivos traçados, portanto, o procedimento licitatório deve ser delimitado para o atendimento de uma determinada demanda e pelo princípio da isonomia, que permeia todo e qualquer procedimento da licitação, de modo que não pode ser considerado um fim em si mesmo, uma vez que o objetivo maior do certame é a competição na busca da proposta mais vantajosa para a Administração.

Isso posto, passaremos a analisar e mensurar a impugnação exposta pela Impugnante, analisadas pela Agente de Contratação.



Comissão Permanente de Licitação

II – DA ANÁLISE DO MÉRITO E DA FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, a impugnante alega que o ato convocatório da Concorrência Eletrônica nº 002/2024 foi omissivo quanto à exigência de apresentação do cadastro de contribuinte estadual e/ou municipal disposta no inciso II, do art. 68, da Lei nº 14.133/2021.

Cumprido dizer que a regularidade fiscal objetiva demonstrar que o interessado se encontra devidamente inscrito nos cadastros públicos, na condição de contribuinte e qualificado na exploração do objeto licitado, além do cumprimento das obrigações dessa natureza.

Sendo assim, insta mencionar que o item 115.16 do Edital prevê a necessidade de prova de regularidade com a Fazenda Municipal e Estadual do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei.

15.16 – DA REGULARIDADE FISCAL, SOCIAL E TRABALHISTA

- a) Prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ;
- b) Prova de regularidade para com a Fazenda Estadual do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
- c) Prova de regularidade para com a Fazenda Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

E ainda a Lei nº 14.133/2021 em seu artigo 68, §1º, assim dispõe:

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

I - a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - a inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

§ 1º Os documentos referidos nos incisos do **caput** deste artigo poderão ser substituídos ou supridos, no todo ou em parte, por outros meios hábeis a comprovar a regularidade do licitante, inclusive por meio eletrônico.

Logo, como a lei não estabeleceu que essa comprovação seria realizada por determinado documento específico, exigindo-se apenas que houvesse comprovação, qualquer documento idôneo é meio de prova para comprovar a inscrição. Além disso, a emissão da certidão seja estadual ou municipal exige do contribuinte sua inscrição municipal ou estadual. Sendo assim, a prova de regularidade estadual e municipal supre



Comissão Permanente de Licitação

o exigido pela lei, pois trata-se de meio hábil a comprovar a regularidade fiscal do licitante.

Por conseguinte, a impugnante alegou a impossibilidade de limitação de horário para protocolo da impugnação, o que merece acolhimento considerando o entendimento do Tribunal de Contas da União, bem como o que preceitua o art. 164 da Lei nº 14.133/2021, senão vejamos:

“Em licitação eletrônica, é irregular, por configurar excesso de formalismo, a limitação do prazo de impugnação do edital ao horário de funcionamento da entidade promotora do certame, vez que a impugnação pode ser feita de maneira remota, pela internet, não exige funcionários da entidade de prontidão para o seu recebimento e não interfere no horário de início da análise de impugnação, não havendo razão para que não aceite até às 23h59min da data limite” (Acórdão 969/2022 – Plenário; Relator: BRUNO DANTAS).

Art.164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame.

Em seguida, a Impugnante sustentou que não consta no edital a exigência de declaração de observância do limite previsto no §2º, art. 4º, da Lei nº 14.133/2021, bem como preferências em favor das microempresas e empresas de pequeno porte.

Da análise detida do ato convocatório em questão verifica-se a existência de itens que conferem tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte em respeito à Lei Complementar nº 123/2006, tais como itens 5.8, 13.24, 13.28, 13.32, 15.8 e 15.16.3.

Dentro disso, é importante esclarecer que a subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte é uma possibilidade, não uma obrigação prevista na Lei Complementar nº 123/2006 (art. 48, inciso II).

Contudo, de fato, entendemos pela necessidade de exigência de declaração de observância do limite previsto no art. 4º, §2º, da Nova Lei de Licitações e Contratos.



Comissão Permanente de Licitação

Ato contínuo, a Impugnante alegou que o Edital estabeleceu hipótese de desempate não prevista em lei, qual seja, a preferência por empresas estabelecidas no Município de Guaçuí/ES.

Entretanto, é importante esclarecer que tal situação aconteceria somente em caso de persistência do empate utilizando-se dos critérios previstos no art. 60 da Lei nº 14.133/2021.

Inclusive, o item 13.29 do referido ato convocatório assim dispõe:

13.29 - Havendo empate entre duas ou mais propostas, o desempate far-se-á através dos seguintes critérios, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar um novo lance fechado em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que haja sistema objetivo de avaliação instituído, para o qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações contratuais;

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento; e

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade.

Porém, considerando que o §1º do art. 60 da Nova Lei de Licitação e Contratos estabelece que, em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, por empresas estabelecidas no território do Estado em que este se localize, temos por bem acatar tal ponto da impugnação.

Posteriormente, a Impugnante sustenta que a Nova Lei de Licitações determina a apresentação de balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos últimos dois anos, tendo o Edital em questão exigido o balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social.

Inicialmente, deve ser considerado que o objetivo precípua da exigência de balanço patrimonial é verificar se a organização a ser contratada encontra-se em situação econômico-financeira que indique capacidade financeira para executar o contrato.



Comissão Permanente de Licitação

A Constituição Federal, precisamente em seu art. 37, inciso XXI, determina que os requisitos para a habilitação devem ser, apenas, os indispensáveis à garantia e o cumprimento das obrigações contratuais.

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:

(...)

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.**

Ressalta, ainda, ser necessária a compatibilização entre a exigência habilitatória e o objeto da licitação, a fim de garantir que a Administração se abstenha de fixar, em seus editais, requisitos que em nada contribuam com a demonstração de aptidão das empresas para o desempenho dos termos estabelecidos em contrato.

Nessa toada, conclui o professor Ronny Charles:

“A Lei 14.133/2021 estabeleceu requisitos para avaliação da qualificação econômico-financeira dos licitantes, impondo caráter limitativo ao rol apresentado. Disso derivam duas assertivas: em primeiro, resta proibida a apresentação de requisitos não previstos pela legislação. **Em segundo, esse rol é apresentado como limite restritivo máximo, de forma que, no caso concreto, o certame pode exigir ou até tornar necessária a apresentação reduzida de tais requisitos.** Tudo isso porque, conforme norte dado pela Constituição, notadamente no inciso XXI do caput do art. 37, as exigências de qualificação técnica e econômica devem ser apenas aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (LOPES TORRES, Ronny Charles. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 14ª edição. Editora Juspodivm. Junho de 2023, p. 407)

Dessa forma, entende-se pelo não acolhimento da alegação em questão.

A seguir, a Impugnante argumenta que, dentre os requisitos da capacidade técnica operacional e capacidade técnica profissional, o edital se apresentou vago de



Comissão Permanente de Licitação

informações a respeito dos critérios de julgamento a serem adotados pela Administração Pública.

De igual modo, entende-se pelo não acolhimento da alegação em questão.

Da análise dos itens 15.18.2 e 15.18.3.1 do ato convocatório é possível verificar que estes estão em consonância com o previsto no art. 67, inciso I, da Lei nº 14.133/2021, que dispõe que a documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita, entre outros, a apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de **características semelhantes**, para fins de contratação.

Além disso, a Lei nº 14.133/21 não estabelece limites para exigências quanto à capacitação técnico-operacional de empresas licitantes, devendo tais limites, portanto, ser estabelecidos em cada caso, levando-se em conta a pertinência e compatibilidade a que se refere o art. 67, bem como a noção de indispensabilidade, contida no inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal.

Por conseguinte, a Impugnante se manifesta sobre a exigência da garantia da proposta comercial na fase da habilitação.

A Lei 14.133/21 permite que a Administração Pública exija dos licitantes uma garantia de proposta em licitações com valor de até 1% do estimado do objeto do contrato.

Nesse contexto, cumpre esclarecer que a garantia da proposta é diferente da garantia contratual, sendo solicitada em momentos separados. Ela tem o objetivo de medir a qualificação econômico-financeira dos participantes e também de impedir que aventureiros, aqueles que não têm condições de arcar com os futuros compromissos, participem da licitação.

Dentro disso, é importante mencionar que no momento do cadastramento da proposta no sistema, o licitante não anexa documentos, apenas preenche informações relacionadas ao objeto ofertado e ao preço.



Comissão Permanente de Licitação

Ademais, a Nova Lei de Licitações prevê expressamente a necessidade de sigilo das propostas dos concorrentes, ou seja, durante a sessão pública é vedada a identificação do licitante.

Nesse sentido, há a visão doutrinária que entende ser indevida a exigência editalícia, por parte do órgão ou entidade, de apresentação de garantia de proposta antes do início da sessão pública, tendo em vista a consequente identificação dos licitantes de forma precária, entendendo violado o sigilo da proposta, a impessoalidade do certame e estimulando um ambiente propício a formação de conluíus.

Portanto, o instrumento convocatório do certame disciplinou qual o procedimento para a apresentação e a análise da garantia de proposta, que deve ser apresentada no momento de habilitação para fins de análise da qualificação econômico-financeira do licitante.

Posteriormente, a Impugnante aduziu sobre a definição do marco para a contagem do prazo de anualidade para fins de reajuste contratual. De acordo com a manifestante, o marco para a contagem do prazo de reajuste é a data do orçamento base.

Porém, a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que os contratos devem ser reajustados a partir da data limite para apresentação das propostas ou da data do orçamento estimativo da licitação (ACÓRDÃO 1587/2023 - PLENÁRIO).

Com relação à garantia de cumprimento contratual, a Impugnante informa sobre a modificação trazida pela Lei nº 14.133/2023, que prevê mais uma modalidade de garantia de execução contratual - o título de capitalização custeado por pagamento único, com resgate pelo valor total.

Contudo, trata-se de temática recentíssima que, em consonância com o princípio da eficiência e com a noção de indispensabilidade, contida no inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal, não sugere a sua aplicação no momento, notadamente pela falta de conhecimento técnico que afeta os agentes públicos responsáveis pelo recebimento, análise, acompanhamento e execução e levantamento do instrumento de garantia na modalidade título de capitalização.



Comissão Permanente de Licitação

Outra situação mencionada pela Impugnante é a nulidade da cláusula contratual que prevê a possibilidade de substituição dos empregados alocados pela Contratada, em caso de solicitação do Município, bem como de exercer o poder de mando sobre os funcionários da empresa.

A primeira situação seria nos casos em que ficar constatado descumprimento das obrigações relativas à execução do serviço e a segunda tem por exceção quando o objeto da contratação prever o atendimento direto.

Tratam-se de cláusulas com condão fiscalizatório que visam o atendimento ao interesse público. Logo, não há que se falar em arbitrariedade, tampouco em nulidade.

Por fim, a Impugnante solicita esclarecimentos sobre o intervalo mínimo de diferença de valores ou percentuais de descontos na etapa de lance e sobre a ausência do termo de referência junto ao instrumento convocatório.

Em relação ao intervalo mínimo, os itens 13.13 e 13.14 do Edital versam sobre a questão.

No que se refere à ausência do termo de referência, nota-se a necessidade de se anexar o referido documento ao presente ato convocatório, à plataforma eletrônica e ao site oficial do município para que os licitantes tenham acesso.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, a Agente de Contratação, com base na fundamentação acima relatada, conhece a presente impugnação para dar-lhe parcial provimento, nos seguintes pontos:

- 01) Impossibilidade de limitação de horário para protocolo da impugnação;
- 02) Necessidade de exigência de declaração quanto à observância do limite previsto no art. 4º, §2º, da Lei nº 14.133/2021;
- 03) Alteração do item 13.30, I, para dar preferência às empresas estabelecidas no território do Estado;



Comissão Permanente de Licitação

04) Anexar o Termo de Referência ao Edital, à plataforma eletrônica e ao site oficial do município para que os licitantes tenham acesso.

Guaçuí/ES, 09 de maio de 2024.

Márcia Cristina de Oliveira Silva

Agente de Contratação