

À COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CAETANO DO SUL/SP

Observatório Social do Brasil – São Caetano do Sul (OSB - SCS), espaço democrático, apartidário e sem fins lucrativos, inscrito no CNPJ no 21.535.056/0001-10, com sede na Rua Alegre, 470, 4o andar, sala 409, bairro de Santa Paula, no Município de São Caetano do Sul – SP, por seu representante legal, vêm a presença de Vossa Excelência, lastreados no artigo 37 da Constituição Federal combinado com o disposto nas Leis 7.347/85, 8.492/92, 8.666/93 e 12.462/11 e, ainda, na Lei Complementar nº 709 de 14 de Janeiro de 1993, oferecer

IMPUGNAÇÃO

em face do edital da Concorrência Pública de nº 05/2020, Processo Administrativo nº 22322/2019, com o seguinte objeto:

“CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA EXECUÇÃO DE OBRAS DE REQUALIFICAÇÃO URBANA COM EXECUÇÃO DE INFRAESTRUTURA COMPLEMENTAR PARA A IMPLANTAÇÃO DE: A) REDE CICLOVIÁRIA COM EXTENSÃO DE 12 KM; B) CALÇADAS ACESSÍVEIS E PERMEÁVEIS EM TRECHO DE 2.9 KM (DE CADA LADO) DA AV. GOIÁS, AMBOS NESTE MUNICÍPIO.”

Em atenção ao disposto na Lei nº 8.666/93 e Constituição Federal, verifica-se a existência de cláusulas editalícias que causam restrições à competitividade do certame, prejudicando a validade jurídica deste, merecendo reforma, conforme exposto a seguir:

I – DA LEGITIMIDADE

O OSB-SCS é uma Organização Não-Governamental, sem fins lucrativos, totalmente apartidária, cujo escopo é exercer o Controle Social, na defesa dos direitos da Sociedade Civil. Destaca-se, no mais, que o OSB-SCS faz parte do Sistema OSB - Observatório Social do Brasil, que dissemina uma metodologia padronizada para o monitoramento das atividades governamentais e da gestão dos recursos públicos, fazendo-se presente em 150 Municípios, em 17 Estados brasileiros, contando com mais de 3.500 voluntários.¹

O OSB-SCS foi fundado em 2014, por cidadãos sul-caetanenses que, ao tomarem conhecimento da iniciativa, enxergaram, igualmente, a necessidade de monitorar a administração municipal para combater casos de corrupção e promover a cidadania e a participação social na gestão pública. Desde então, vem exercendo de forma imparcial, independente e transparente o Controle Social na gestão pública do Município, suas Autarquias e Fundações. De 2014 a 2018, gerou uma economia de, aproximadamente, R\$ 10.055.000,00 (dez milhões e cinquenta e cinco mil reais) aos cofres municipais, que seriam despendidos de forma irregular pela Administração Municipal. No ano de 2019, a economia gerada foi de aproximadamente R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais). A prestação de todas as contas do OSB São Caetano do Sul encontra-se publicada em seu Portal oficial na internet.²

É, portanto, **parte legítima** para propor a referida impugnação, **vez que se trata de Organização representativa da Sociedade Civil Organizada.** Dentre as atribuições do OSB São Caetano do Sul, definidas no artigo 2º de seu Estatuto Social (doc.anexo), destacam-se as dos incisos I, VI e VII, transcritas a seguir:

“ Art. 2º - O OS tem como objetivos gerais:

*I. Atuar como organismo de apoio à comunidade **para pesquisa, análise e divulgação de informações sobre o comportamento de entidades e órgãos públicos com relação à aplicação dos recursos, ao comportamento ético de seus funcionários e dirigentes, aos resultados gerados e à qualidade dos serviços prestados.***

(...)

*VI. **Contribuir, diretamente, para que haja maior transparência na gestão dos recursos públicos,** de acordo com o previsto no artigo 5º, incisos XIV e XXXIV; no artigo 37, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988, Lei 12.527/2011 e Decreto 7.724/2012*

(...)

¹ <http://osbrasil.org.br/o-que-e-o-observatorio-social-do-brasil-osb/>

² https://saocaetanodosul.osbrasil.org.br/?page_id=466

VII. Estimular a participação da sociedade civil organizada no processo de avaliação da gestão dos recursos públicos, visando defender e reivindicar a austeridade necessária na sua aplicação, dentro de princípios éticos com vistas à paz e à justiça social.

Resta clara, portanto, a legitimidade do Observatório Social de São Caetano do Sul para oferecer impugnações junto ao órgão licitante.

II – DOS FATOS

Insurge-se o impugnante contra o Edital de Concorrência Pública nº 05/2020, Processo Administrativo nº 22322/2019, lançado pela Prefeitura Municipal de São Caetano do Sul, tendo por objeto a contratação de “empresa especializada para execução de obras de requalificação urbana com execução de infraestrutura complementar para a implantação de: a) rede cicloviária com extensão de 12 km; b) calçadas acessíveis e permeáveis em trecho de 2.9 km (de cada lado) da av. Goiás, ambos neste município”, a ser realizado na data de 03/11/2020, às 10h30min, nas dependências da Secretaria Municipal de Obras e Habitação.

No instrumento convocatório, foram identificadas cláusulas cujo teor restringe e prejudica a competitividade da mencionada concorrência, na contramão das disposições contidas no ordenamento jurídico pátrio e no entendimento jurisprudencial.

Em primeiro lugar, merece reforma a cláusula 1.6.1 do edital, que trata da autenticação de documentos pela Comissão de Licitação, senão vejamos:

*“1.6) “ENVELOPE Nº 1 – DOCUMENTOS”: (...). O envelope deverá ser apresentado lacrado e conterá os documentos necessários à habilitação da licitante que poderão ser apresentados em original (ficarão retidos e juntados no processo desta licitação), por qualquer processo de cópia do original, **previamente autenticada por Tabelião de Notas ou por funcionário da PMSCS integrante da Comissão de Licitação**, ou por publicação em órgão de imprensa oficial;*

*1.6.1) Não se admitirá a autenticação de documentos pela Comissão de Licitação, na Sessão da abertura do certame ou posteriormente. **Os documentos para autenticação deverão ser apresentados com o prazo mínimo de 48 (quarenta e oito) horas que antecedem a abertura do certame;**”*

Observa-se que a Administração, através do edital, permite a autenticação de documentos das licitantes pelos servidores integrantes da Comissão de Licitação, faculdade trazida pela Lei nº 8.666/93 à Administração, que pode optar por fazê-la, a fim de facilitar a participação das pretensas concorrentes. Entretanto, veda a autenticação de quaisquer documentos em sessão, impondo uma limitação temporal de 48 (quarenta e oito) horas anteriores à abertura do certame para

sua apresentação, o que invalida referida cláusula, consoante entendimento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União.

Não obstante, verificam-se ilegalidades nas cláusulas 1.6.4.8. e seguintes, senão vejamos:

"1.6.4.8) Quanto à Capacidade Técnica:

1.6.4.8.1) O proponente deverá apresentar comprovação de aptidão para desempenho de atividades pertinentes e compatível com o objeto desta licitação, por meio dos seguintes documentos:

a) Operacional:

*1.6.4.8.1.3) Atestado(s) ou Certidão(ões) de Capacidade Operacional, fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, **necessariamente em nome da Licitante**, devidamente registrado(s) no órgão competente (Conselho Regional de Engenharia e Agronomia - CREA ou Conselho de Arquitetura e Urbanismo – CAU), no(s) qual(is) se indique(m) no mínimo a execução de serviços pertinentes e compatíveis em características e quantidades, respeitado o percentual de 50% (cinquenta por cento) nos termos da Súmula 24 do TCESP, sendo considerados serviços de maior relevância técnica os discriminados a seguir: (...)" (grifo nosso)*

Tal exigência é completamente restritiva e descabida, uma vez que, conforme Resolução nº 1.025 de 31 de outubro de 2009 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CONFEA, os documentos aptos a comprovar a capacidade técnica fazem parte do acervo do profissional devidamente registrado no Conselho. Nesse contexto, ao vedar a apresentação de registros em nome do responsável técnico (por exemplo, engenheiro contratado pela licitante), a Administração restringe a competitividade do certame, fazendo com que, mesmo as empresas que possuem profissionais de experiência comprovada, capacitados para a execução dos serviços contratados, não possam participar da licitação, por não possuírem estes documentos comprobatórios emitidos em nome da pessoa jurídica.

Por fim, cabe trazer à discussão o disposto nas cláusulas 15.4, 15.7 e 15.8 do edital, transcritas a seguir:

*"15.4) **É vedada a cessão ou transferência parcial ou total da execução dos serviços, objeto desta licitação:***

*15.7) **A contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar até 30% (trinta por cento) da obra, devendo a subcontratação: (...);***

*15.8) **Não será admitida a participação de empresas em consórcio.**" (grifo nosso)*

Em que pese ser discricionariedade da Administração Pública a vedação ou admissão da participação de empresas em consórcio, a complexidade do objeto da licitação é alta e a estimativa de custos aponta contratação de grande vulto. **A admissão de participação de empresas em consórcio nos certames como este tem o condão de ampliar a concorrência, permitindo que empresas que, por si, não teriam condições de executar o contrato, formem consórcio para garantir a exequibilidade do contrato.**

Ademais, as cláusulas 15.4 e 15.7 dificultam a compreensão dos licitantes quanto às condições estabelecidas, afugentando potenciais concorrentes, impedindo a ampla concorrência e a seleção da proposta mais vantajosa, por prejudicar a compreensão do texto.

III – DO DIREITO

No que tange à autenticação de documentos, vejamos o disposto no art. 32, caput, da Lei nº 8.666/93:

*“Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, **por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração** ou publicação em órgão da imprensa oficial.”*

O dispositivo legal faculta ao servidor a possibilidade de autenticar cópias de documentos no âmbito da sessão, poupando os licitantes dos altos custos com autenticação de documentos em cartórios.

Ocorre que a cláusula 1.6.1. exige que os documentos sejam apresentados 48 (quarenta e oito) horas antes da sessão, para que possam ser autenticados pelo servidor. Apesar da autenticação de documentos por parte dos servidores não ser obrigatória, quando prevista no instrumento convocatório, não está sujeita a limitações temporais, de forma que tal cláusula merece reforma.

Inclusive, o assunto foi objeto de análise do Tribunal de Contas da União, no Acórdão 1.574/2015, que demonstra a ilegalidade de cláusula que estabeleça limites temporais para apresentação de documentos a se autenticar, nos termos a seguir:

“11. O primeiro ponto alegado pela representante é de que foi irregularmente desclassificada em razão do envio de documentos sem a devida autenticação em cartório ou pelo órgão promotor do certame, apesar de ter comparecido à sessão munida dos originais, que foram recusados pela comissão de licitação com base no disposto no item 6.2.1.5.1 do edital, que exigia a autenticação dos documentos até às 17h30min do dia anterior ao da entrega da documentação.

12. Tal previsão editalícia claramente afronta o art. 32 da Lei 8.666/93, o qual prevê que “os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da

administração ou publicação em órgão da imprensa oficial”. **O referido dispositivo também não permite nenhuma restrição temporal para que a comissão de licitação se recuse a autenticar os documentos**, como previsto no item 6.2.1.5.1 do edital impugnado.

13. **Ainda que se entendesse haver embasamento legal para o procedimento adotado pela comissão de licitação, não haveria por que, em atenção ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa, previsto no art. 3º da Lei 8.666/1993 e em consonância com o que prescreve o art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, não realizar a autenticação dos documentos na própria sessão de entrega e abertura das propostas. Conduta diversa configura formalismo exagerado que pode levar à restrição indevida do caráter competitivo da licitação e à seleção de proposta que não seja a mais vantajosa.**” (grifo nosso)

Indiscutível, portanto, a existência de vício na referida cláusula, ante a violação do princípio da proposta mais vantajosa, previsto no art. 3º da Lei nº 8666/1993, violação dos artigos 32 e 43, §3º da Lei 8.666/1993.

No que tange à apresentação de atestados ou certidões de capacidade operacional exclusivamente em nome da licitante, a alegação de nulidade da referida cláusula encontra amparo no art. 48 da Resolução nº 1.205 de 30 de outubro de 2009 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CONFEA, de seguinte teor:

“Art. 48. **A capacidade técnico-profissional de uma pessoa jurídica é representada pelo conjunto dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro técnico.**

Parágrafo único. **A capacidade técnico-profissional de uma pessoa jurídica varia em função da alteração dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro técnico.**” (grifo nosso)

Tal dispositivo dispõe que os documentos de capacitação técnica são, via de regra, pertencentes ao acervo do profissional responsável, de modo que se configura restritiva a cláusula 1.6.4.8.1.3, por exigir a apresentação dos documentos **EXCLUSIVAMENTE** em nome da pessoa jurídica participante do certame, de modo a torná-la demasiadamente restritiva, merecendo reforma.

Frisa-se, no mais, que as exigências para fins de habilitação devem se restringir ao mínimo possível, sob pena de violação do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que estabelece como regra de observância obrigatória o perfeito equilíbrio entre a isonomia (igualdade de oportunidade de contratar com a Administração Pública) e a eficiência administrativa (contratação de fornecedor com capacidade técnica adequada para a execução do contrato);

A respeito da contradição entre as cláusulas 15.4 e 15.7, a ocorrência traz grande prejuízo para a amplitude da concorrência no certame, consoante prejudica a vinculação ao instrumento convocatório, nos moldes do art. 41 da Lei nº 8.666/93:

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

O Egrégio Tribunal de Contas da União tratou do tema em reiteradas oportunidades, dentre elas, no Acórdão nº TC 021.485/2017-8, nos seguintes termos:

*“9. Ademais, este Tribunal entende que **a redação dos editais deve ser clara e objetiva de forma a evitar erros ou contradições que dificultem seu entendimento, levem a interpretações equivocadas ou dificultem a compreensão dos licitantes quanto às condições estabelecidas** (e.g. Acórdãos 1.633/2007 e 1.332/2006, ambos do Plenário desta Corte, e 2.377/2008-TCU-Segunda).*

Inclusive, no que diz respeito à ampla concorrência do certame, visando a seleção da proposta mais vantajosa à Administração, esta encontra-se entre os PRINCÍPIOS BASILARES das licitações, de modo que quaisquer cláusulas que comprometam tal princípio são passíveis de nulidade, como ensina o art. 3º, caput, da Lei 8.666/93:

*“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.**”*

Ora, a Administração deve, considerando as peculiaridades de cada caso, estabelecer condições favoráveis à ampla concorrência, ao invés de extingui-las, garantindo assim a eficácia e aplicabilidade de tais princípios. Todavia, na contramão, a Administração veda, sem qualquer justificativa, a participação de empresas por consórcio, mesmo.

Vale lembrar que o E. Tribunal de Contas da União consolidou tal entendimento no Acórdão nº 1678/2006, conforme segue:

“9.4. determinar à Companhia Docas do Estado de São Paulo que, em futuras licitações:

(...)

*9.4.2. **abstenha-se de vedar, sem justificativa razoável, a participação de empresas em consórcio, de modo a restringir a competitividade do certame, contrariando o art. 3º da Lei nº 8.666/1993;**”*

O objeto do referido certame verifica-se complexo e custoso, envolvendo altos vultos na contratação, com grandes impactos no Município. Não seria razoável, portanto, que a Administração

optasse por vedar a participação de empresas em consórcio, sem que haja justificativa plausível, descumprindo o princípio da seleção da proposta mais vantajosa!

IV – DO PEDIDO

Ante aos argumentos expostos, requer o acolhimento da presente Impugnação, para que seja determinada a retificação do instrumento convocatório, sanando por completo todos os vícios nele contidos;

Termos em que,
Pede Deferimento.

São Caetano do Sul, 27 de outubro de 2020

Observatório Social de São Caetano do Sul

Marcos Pinto Nieto
Presidente