



AO PREGOEIRO RESPONSÁVEL PELO PREGÃO ELETRÔNICO 026/2022 –SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE CABO FRIO/RJ.

Referência: Pregão Eletrônico 026/2022

Município de Cabo Frio (processo administrativo nº 34101/ 2022)

GENERAL CONTRACTOR CONSTRUTORA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 73.509.440/0001-42, com sede na Avenida José Silva de Azevedo Neto, nº 200, bloco 04, sala 104, Ed. Evolution V, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro – RJ, neste ato representada por sua sócia JACIRA COSTA CANDIDO DA SILVA, brasileira, casada, empresária, portadora da identidade nº 062.66571-5 e CPF: 586.804.547-53, vem, apresentar:

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Do Pregão Eletrônico 026/2022, pelos fatos e fundamentos a seguir.

I - BREVE RELATO FÁTICO

O Município de Cabo Frio/RJ, através de sua Secretaria Municipal de Educação, publicou o edital referente ao Pregão Eletrônico nº 026/2022, sob o tipo de MENOR PREÇO GLOBAL, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para fornecimento de mão de obra terceirizada de apoio técnico operacional, com fornecimento de materiais, uniformes e equipamentos necessários a cada posto de trabalho, para atender as necessidades da Secretaria Municipal de

General Contractor Construtora Ltda

Avenida José Silva de Azevedo Neto, nº 200, bloco 04, sala 104, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro – RJ
Telefax: (21) 3570-9639 home page: www.generalcontractor.com.br

Educação-SEME e unidades a ela vinculadas.

O valor total estimado anual da contratação alcança a quantia de R\$ 54.599.477,34 (cinquenta e quatro milhões, quinhentos e noventa e nove mil, quatrocentos e setenta e sete reais e trinta e quatro centavos)

Da leitura do instrumento convocatório é possível extrair a existência de vícios, que maculam o certame e impõe a adoção de imediatas providências para sua retificação, haja vista a manifesta violação à competitividade e publicidade, bem como a restrição de participação das empresas interessadas.

II - DA EXIGÊNCIA DE EXPERIÊNCIA MÍNIMA PELO PERÍODO DE TRÊS ANOS – IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE EXPERIÊNCIA TÉCNICA ANTERIOR EM PRAZO SUPERIOR AO LICITADO:

Na forma do Item 18.2 do edital, a prestação dos serviços objeto do presente pregão eletrônico, possui previsão de prazo de 12 (doze) meses, in verbis:

18.2. O prazo de validade da Ata de Registro de Preços será de **12 (doze) meses**, contados a partir da data de sua assinatura.

Contudo, exigir dos participantes, para fins de comprovação de habilitação, uma experiência mínima de 03 (três) anos, ou seja, prazo três vezes maior que àquele a que se refere a futura contratação e isso sem nenhuma justificativa.

27.3. Os critérios de qualificação técnica a serem atendidos pelo fornecedor serão:

27.3.1. Comprovação, por meio de atestado, de que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado mediante comprovação de

experiência mínima de 03 (três) anos na execução de objeto semelhante ao da contratação, podendo ser aceito o somatório de atestados;

Ainda que se possa afirmar que a simples possibilidade de renovação contratual impõe a necessidade da dita comprovação, tal exigência deve vir fundamentada, o que não se observou na presente hipótese.

Abaixo colaciona-se acórdão do Tribunal de Contas da União:

Acórdão 7164/2020 - Em licitações de serviços continuados, para fins de qualificação técnico-operacional, a exigência de experiência anterior mínima de três anos, lapso temporal em regra superior ao prazo inicial do contrato, deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios e na experiência pretérita do órgão contratante, que indiquem ser tal lapso indispensável para assegurar a prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão, por força da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outra particularidade.

É comum nos editais de Prestação de Serviços Contínuos de Cessão de Mão de Obra a exigência de comprovação mínima de 3 (três) anos de experiência, porém a Jurisprudência é bem clara, o edital só pode fazer essa exigência se houver uma “fundamentação adequada, baseada em estudos prévios”.

Assim, referida exigência deve ser revista.

III – DA RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS

NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE SISTEMA ELETRÔNICO PARA PARTICIPAR DO CERTAME

O Instrumento Convocatório determina que a sessão pública, designada para 08/12/2022, ocorrerá no ambiente virtual do portal de compras “Licitanet”, onde os participantes também

deverão apresentar pedidos de esclarecimentos, impugnações e eventuais recursos administrativos.

Assim consta do Edital:

4. DO CREDENCIAMENTO

4.1. Para participar do pregão eletrônico, o licitante deverá estar credenciado no sistema “PREGÃO ELETRÔNICO” através do site <https://licitanet.com.br/>;

5.6.1.1. O custo de operacionalização pelo uso da Plataforma de Pregão Eletrônico, a título de remuneração pela utilização dos recursos da tecnologia da informação ficará a cargo do licitante, que poderá escolher entre os Planos de Adesão abaixo:

MENSAL	TRIMESTRAL	SEMESTRAL	ANUAL
R\$ 128,60	R\$ 195,20	R\$ 267,20	R\$ 387,80

Como se vê, o edital estipula que os interessados acessem um serviço privado para participarem da licitação promovida pelo Município.

Não há dúvida que a municipalidade, ao determinar que a licitação ocorra por meio do supracitado portal de compras eletrônico, restringe a participação de empresas no certame.

Explica-se: o supracitado portal de compras possui preço elevado para contratação pelas empresas Licitantes, o que, sem dúvida, limita o número de participantes aptos no certame.

Apenas a título exemplificativo, ao consultar o sítio eletrônico do portal “Licitanet¹”, é possível conferir os planos de contratação disponibilizados, **que sequer tem os mesmos preços indicados pelo município no instrumento convocatório**, conforme tela abaixo:

¹ <https://licitanet.com.br/fornecedor>

30 dias	90 dias	180 dias	365 dias
✓ Acesso completo à plataforma por 30 dias	✓ Acesso completo à plataforma por 90 dias	✓ Acesso completo à plataforma por 180 dias	✓ Acesso completo à plataforma por 365 dias
R\$ 134,00	R\$ 224,00	R\$ 305,00	R\$ 440,00

Ao determinar que todas as etapas licitatórias sejam realizadas por meio do portal eletrônico “Licitanet”, se configura como inequívoco ato restritivo ao caráter competitivo do certame, uma vez que diversos portais, tal qual o “Comprasnet²”, instituído pelo Governo Federal através do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, realiza exatamente o mesmo serviço sem qualquer tipo de custo para as empresas Licitantes e em ambiente completamente seguro e fiscalizado.

Ademais, o Município, ao limitar a participação no certame para empresas que contratem com terceiro, viola os princípios da Isonomia, ao dar tratamento desigual aos interessados na licitação, bem como da publicidade, ante a impossibilidade de acesso e consulta pública dos atos realizados.

O entendimento do Tribunal de Contas quanto ao tema é pacífico, senão vejamos:

Representação ao TCE – Processo nº 242.908-4/2022

“Segundo o Representante, a obrigatoriedade de cadastramento no Portal de Compras da Municipalidade - ambiente virtual em que se realizará a licitação em apreço -, mediante adesão a plano/assinatura, para o qual se exige pagamento, além de restringir a competitividade do certame, representaria afronta ao

princípio da economicidade, ante a existência de diversos portais de compras, no âmbito estadual e federal, que realizam o mesmo serviço, porém, de forma gratuita.

Feitos tais registros, entendo possível prosseguir no exame do feito, o qual, nesta etapa processual, se restringe ao pedido de tutela provisória para suspender a realização da disputa.

Nesse espectro, ressalto que a concessão de tutela de urgência, de natureza cautelar, tem por base a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), aferíveis em sede de cognição sumária pelo julgador, conforme dispõe o art. 300 do Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/15) e o art. 84-A, caput, do Regimento Interno desta Corte.

Na esteira do até aqui exposto, entendo, em sede de cognição não exauriente, configurada a presença do *fumus boni iuris*, bem como do *periculum in mora*, haja vista a data de realização da disputa (21.10.2022), requisitos esses necessários à concessão da cautelar requerida, nos termos do caput do art. 84-A do Regimento Interno desta Corte, **motivo pelo qual defiro-a para determinar a suspensão da Pregão Eletrônico 50/2022, na fase em que se encontra, até o advento de deliberação desta Corte acerca do mérito da representação em testilha.** (g.n)

IV - DOS ATESTADOS TÉCNICOS COMPATÍVEIS COM A RELEVÂNCIA TÉCNICA, OBJETO E CARACTERÍSTICAS DA LICITAÇÃO

Inicialmente, cumpre esclarecer que cabe à Administração indicar, no edital da licitação, qual é a parcela de relevância técnica a ser observada pelos interessados, a qual irá habilitá-lo a prestar os serviços os quais serão contratados, sendo com base nesta relevância que o licitante irá demonstrar sua capacidade técnica, contudo, com base em critérios de razoabilidade e sem exigir relevâncias desnecessárias ao certame.

Dessa forma, cumpre destacar o disposto no Item 11.5.2, que determina a relevância técnica que os Licitantes deverão comprovar para demonstrar capacidade técnica para prestação dos serviços ora licitados:

11.5.2. Comprovação, por meio de atestado, de que já executou contrato (s) com um mínimo de 20% (vinte por cento) do número de postos de trabalho a serem contratados.

Passando a analisar o objeto da licitação, o item 2 do instrumento convocatório, estabelece:

2.1. A presente licitação tem por objeto escolha da proposta mais vantajosa para o Registro de Preços visando futura e eventual contratação de serviços Continuados de Pessoa Jurídica no Fornecimento de Mão de Obra Terceirizada de Apoio Técnico Operacional, em Regime de Dedicação Exclusiva, com fornecimento de materiais, uniformes e equipamentos necessários a cada posto de trabalho, para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Educação-SEME e unidades a ela vinculadas

Isso posto, para satisfazer as exigências do Edital, deveriam as licitantes comprovar que possuem expertise na prestação de serviços de fornecimento da mão de obra, disponibilizando os colaboradores responsáveis para a prestação do serviço, com capacidade de recrutar e manter pessoal capacitado e honrar os compromissos trabalhistas, previdenciários e fiscais.

O edital não deixa dúvidas acerca das regras que o norteiam, sendo que, os atestados a serem apresentados pelos participantes, devem possuir atividade **pertinente e compatível** em característica com o objeto da licitação, para cumprir, dessa forma a parcela de relevância determinada.

O Tribunal de Contas da União possui entendimento pacificado que em licitação para

serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, devem ser exigidos atestados que comprovem aptidão para **gestão de mão de obra**, como se demonstra abaixo:

Acórdão 553/2106 – Plenário | Ministro Vital do Rego

Nas licitações para contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, os atestados de capacidade técnica devem comprovar a aptidão da licitante na gestão de mão de obra, e não na execução de serviços idênticos aos do objeto licitado, sendo imprescindível motivar tecnicamente as situações excepcionais.

Acórdão 1.214/2013 – Plenário.

“111. Nesse ponto, parece residir a principal discussão a ser enfrentada – que espécie de aptidão deve ser requerida para a execução de contratos de serviços de natureza continuada, em que esteja caracterizada cessão de mão de obra. (...)

114. **O que importa é perceber que a habilidade das contratadas na gestão da mão de obra, nesses casos, é realmente muito mais relevante para a Administração do que a aptidão técnica para a execução dos serviços. Ou seja, nesses contratos, dada a natureza dos serviços, interessa à Administração certificar-se de que a contratada é capaz de recrutar e manter pessoal capacitado e honrar os compromissos trabalhistas, previdenciários e fiscais.** É situação muito diversa de um contrato que envolva complexidade técnica, como uma obra, ou de um contrato de fornecimento de bens, em que a capacidade pode ser medida tomando-se como referência a dimensão do objeto – que serve muito bem o parâmetro de 50% usualmente adotado.”

(g.n.)

Acórdão 744/2015 – 2ª Câmara.

“1.7.1. **nos certames para contratar serviços terceirizados, em regra, os atestados de capacidade técnica devem comprovar a habilidade da licitante em gestão de mão de obra**, e não a aptidão relativa à atividade a ser contratada, como ocorrido no pregão eletrônico (...);

1.7.2. **nos casos excepcionais que fujam a essa regra, devem ser apresentadas as justificativas fundamentadas para a exigência, ainda na fase interna da licitação,**

nos termos do art. 16, inciso I, da IN 02/08 STLI;"
(g.n.)

A doutrina e a jurisprudência, ao interpretarem o dispositivo legal que institui a capacidade técnica das empresas que participam do certame seletivo público, são uníssonas em afirmar que, a referida compatibilidade apenas norteia a demonstração de experiência próxima daquilo que se pretende contratar.

Assim, não obstante ser possível à Administração Pública a imposição de exigências que lhe permitam aferir a capacidade de os licitantes prestarem o serviço licitado a contento, estas devem ser compatíveis com o fim pretendido pela própria licitação, qual seja, a contratação de um serviço de qualidade, pelo menor preço, observando a ampla competitividade almejada por lei.

Vale destacar também que, nos contratos de prestação de serviço de fornecimento de mão de obra, o que deve dispor-se como fator preponderante é a capacidade do licitante administrar o fornecimento dos serviços e não a prestação destes em si.

Corroborando o exposto acima, o Tribunal de Contas da União publicou a representação TC 006.156/2011-8 na qual o tema aqui discutido foi perfeitamente abordado:

112. As empresas que prestam serviços terceirizados, em regra, não são especialistas no serviço propriamente, mas na administração da mão de obra. É uma realidade de mercado à qual a Administração precisa se adaptar e adequar seus contratos. É cada vez mais raro firmar contratos com empresas especializadas somente em limpeza, ou em condução de veículos, ou em recepção. As contratadas prestam vários tipos de serviço, às vezes em um mesmo contrato, de forma que adquirem habilidade na gestão dos funcionários que prestam os serviços, e não na técnica de execução destes.

113. Conquanto seja muito provável que as próprias demandas da Administração

tenham moldado esse comportamento das empresas, debater o tema ou a aderência do modelo à concepção ideal da terceirização de serviços não se mostra proveitoso.

114. O que importa é perceber que a habilidade das contratadas na gestão da mão de obra, nesses casos, é realmente muito mais relevante para a Administração do que a aptidão técnica para a execução dos serviços, inclusive porque estes apresentam normalmente pouca complexidade. Ou seja, nesses contratos, dada a natureza dos serviços, interessa à Administração certificar-se de que a contratada é capaz de recrutar e manter pessoal capacitado e honrar os compromissos trabalhistas, previdenciários e fiscais. É situação muito diversa de um contrato que envolva complexidade técnica, como uma obra, ou de um contrato de fornecimento de bens, em que a capacidade pode ser medida tomando-se como referência a dimensão do objeto – que serve muito bem o parâmetro de 50% usualmente adotado.

115. Destaque-se que a constatação de que a habilidade requerida para a prestação de serviços terceirizados mediante cessão de mão de obra é diferenciada, advém da experiência da Administração na condução desses contratos. Tem-se observado que a maior causa de fracasso na execução dos ajustes é a incapacidade das empresas de manter a prestação dos serviços ao longo do tempo sem falhar no cumprimento de suas obrigações trabalhistas e previdenciárias junto aos empregados. Logo, pode-se concluir que a habilidade de gestão de pessoal, nesses casos, relaciona-se mais à saúde financeira das empresas e à capacidade de gerenciar recursos financeiros e custos.

116. Por tudo isso, o conteúdo dos atestados de capacidade técnica exigidos nas licitações não tem atendido aos pressupostos da Lei 8.666/93 – aptidão para executar os serviços contratados e cumprir com os demais encargos exigidos pela legislação e pelo contrato.

117. Com o propósito de atender aos princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, entende-se que deve ser requerido, para demonstrar a capacidade técnica para gerir pessoal, um mínimo de 20 (vinte) postos, pouco importando as dimensões dos serviços. Essa exigência presta-se a assegurar que a contratada possui a aptidão mínima para gerenciar contratos de natureza continuada, com cessão de mão de obra, perante a

administração pública, até o limite de quarenta postos. Após esse limite, passaria a ser exigido 50% do total de postos de trabalho objeto da licitação.

Isso posto, deve ser revista a relevância técnica exigida no instrumento convocatório, para que esta esteja de acordo com os parâmetros em consonância com os recentes acórdãos dos Tribunais de Contas do estado do Rio de Janeiro e da União.

V – DA APLICAÇÃO DE ADVERTÊNCIA PELO MUNICÍPIO

Ainda em análise ao Instrumento Convocatório, o município, aplicou, desde já, uma advertência a todas as Licitantes, sinalizando que penalizará todas as empresas que “descumpram o pactuado”.

Assim consta do Edital:

ADVERTÊNCIA

A Secretaria de Educação do Município de Cabo Frio adverte a todos os licitantes, que não está hesitando penalizar empresas que descumpram o pactuado.

De início, destaca-se a generalidade da expressão “descumpram o pactuado”, uma vez que não há qualquer pacto firmado entre as empresas licitantes e a municipalidade, logo, impossível interpretar com exatidão ao que se refere o Edital.

Ato contínuo, deveria a municipalidade incentivar a participação de cada vez mais empresas no certame, pois o objetivo do procedimento licitatório é justamente a competitividade e economicidade do contrato, o que só será possível com um grande número de participantes.

Caso o objetivo da municipalidade seja alertar as empresas que desejam participar do certame sob a sua rigidez ao analisar as propostas e demais documentos das empresas participantes, haveria outras formas de fazê-lo, e não a maneira escolhida, **QUE VERDADEIRAMENTE INTIMIDA AS PRETENSAS LICITANTES A CADASTRAREM-SE NO CERTAME.**

Isso posto, ao analisar todo o contexto envolvendo o presente edital, em que se determina que o certame ocorrerá em ambiente virtual pago, com valor considerável, e, ainda, afasta as empresas com a aplicação de advertência e ameaças de punição, torna-se claro a violação aos princípios da Licitação, em especial, a competitividade e economicidade.

V – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE

A Lei 8.666/1993 dispõe em seu artigo 3º que a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, bem como a seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

Esse mesmo artigo veda o estabelecimento de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação, assim como veda o tratamento diferenciado de natureza comercial, conforme a seguir:

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. [...]

§ 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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Como um dos princípios norteadores da licitação e positivado no artigo 3º da Lei 8.666/93, o princípio da competitividade visa à seleção da proposta mais vantajosa à Administração Pública, se dispondo como a própria essência do procedimento.

Nesse sentido, afirma Toshio Mukai:

“Um dos princípios fundamentais da licitação, que é o da oposição ou competitividade, tão essencial à matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar à competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto”.

Acerca do assunto, o jurista Marçal Justen Filho versa:

“O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas

todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter “competitivo” da licitação” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11º Ed, São Paulo: Dialética, 2005)”.

Não obstante a lei prever a possibilidade de constarem do edital requisitos mínimos, os quais demonstrem a capacidade técnica dos participantes, tais exigências não podem se dispor para restringir imotivadamente o universo de participantes, com a imposição de itens e condições de participação que notadamente não se prestam a aferir a capacidade dos licitantes, mas sim e apenas a direcionar o certame.

Há, pois, flagrante violação a competitividade!

Não se pode olvidar que o cenário atual não mais permite posturas omissivas ou que pretendam beneficiar interesses que não aqueles da Administração Pública. Atos reprováveis como a imposição de exigências injustificáveis e que nada acrescentam a execução do objeto do contrato não são mais tolerados, devendo ser coibidos com veemência.

VII – DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer o acolhimento da presente impugnação para que sejam sanados os vícios aqui apontados, para que sejam excluídas as determinações incompatíveis com a Lei e com os princípios informadores das licitações pública.

P. Deferimento.

Rio de Janeiro, 01º de dezembro de 2022

GENERAL CONTRACTOR CONSTRUTORA LTDA

ROBERTO RIBEIRO DA COSTA MOREIRA

OAB/RJ 215.246