

RESPOSTA DE PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 05.003/2023 – CP

1

OBJETO: PAVIMENTAÇÃO EM REVESTIMENTO ASFÁLTICO (CBUQ) EM RUAS DO JEREISSATI III E BOM FUTURO, NO MUNICÍPIO DE PACATUBA - CE.

ÓRGÃO INTERESSADO: SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA E MEIO AMBIENTE

IMPUGNANTE: ARN CONSTRUÇÕES LTDA – CNPJ Nº 11.477.070/0001-51

I – RELATÓRIO

Publicado Processo licitatório CONCORRÊNCIA Pública Nº 05.003/2023 objetivando a CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA VISANDO A PAVIMENTAÇÃO EM REVESTIMENTO ASFÁLTICO (CBUQ) EM RUAS DE PACATUBA – CE NAS RUAS DO JEREISSATI III E BOM FUTURO, a licitação realizar-se-á em 24/10/2023 às 10:00h, conforme ampla divulgação através dos meios de publicação Diário Oficial da União, Diário Oficial do Estado do Ceará, Jornal de Grande Circulação e Mural da Prefeitura, e após fornecimento do Instrumento Convocatório a todos os interessados conforme divulgado no aviso de licitações.

No dia 17/10/2023 a empresa ARN CONSTRUÇÕES LTDA – CNPJ Nº 11.477.070/0001-51 apresentou pedido de impugnação alegando em suma que, conforme a seguir transcrito:

“Todavia, em breve análise do Edital, foram identificados alguns pontos que não guardam consonância com a norma vigente licitatória e violam alguns dos princípios que norteiam o rito de contratação pública, contrariando entendimento pacificado pelo Tribunal de Contas de União.

No caso, se identificou excesso no âmbito da documentação exigida para fins de habilitação, especialmente relativo à capacitação técnica operacional, que exige a comprovação de prévia propriedade de bens ou equipamentos, inclusive de estrutura física como condição à habilitação.

No caso, os itens fixados na "apresentação dos documentos de habilitação", precisamente os itens 4.6.2.2, 4.6.3, 4.6.4, 4.6.5, 4.6.6, 4.6.6.1, 4.6.7, 4.6.7.1, 4.6.7.2, 4.6.7.2, 4.8.4 e 4.8.5:

(...)

De acordo com os itens transcritos acima, há menção expressa da necessidade de apresentar licença ou declarar que possui condições de dispor de operação pelo Órgão Ambiental competente, bem como equipamentos, veículos e estrutura específica.

Ocorre que, em que pese a possibilidade de cobrança de licenciamento ambiental no âmbito das licitações, permanece vedado exigir licença vinculada com atividade típica da estrutura física como a de funcionamento de usina para fabricação de pré-mistura de asfalto, como no caso dos itens supracitados, isto porque, não se trata de licença ambiental para execução do objeto contrato, mas especificamente para o funcionamento das instalações de usinagem.

Como se sabe, a exigência de comprovação de propriedade ou locação, ainda que consideradas essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, contraria o art. 30, § 6º, da Lei 8.666/1993, que proíbe exigências de propriedade e de locação prévia para a participação em licitações, e restringe a competitividade do certame. In verbis:

(...)

Pelo exposto, evidente que inadequada a vinculação, já que contraria o art. 30, §6º, da Lei 8.666/1993, que proíbe exigências de propriedade e de locação prévia para a participação em licitações, e restringe a competitividade do certame.

II - PEDIDO.

Face todo o exposto, requer-se, a esta Comissão Permanente de Licitação a retificação do Edital em foco das exigências de capacitação técnica operacional para fins de habilitação, no sentido de que se abstenha de exigir, para a comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes, o requisito de propriedade e de localização prévia dos equipamentos e estrutura a serem utilizados na obra, conforme disposto no § 6º do art. 30 da Lei n. 8.666/93, ou de declaração formal de que dispõem de usina de asfalto, com licença de operação emitida pelo órgão ambiental competente já em vigor na data de entrega das propostas, a exemplo dos itens 4.6.2.2, 4.6.3, 4.6.4, 4.6.5, 4.6.6, 4.6.6.1, 4.6.7, 4.6.7.1, 4.6.7.2, 4.8.4 e 4.8.5, da "apresentação dos documentos de habilitação", em respeito aos princípios da economicidade, do melhor interesse da Administração Pública, dos demais princípios norteadores da contratação pública.

Nestes termos, pede e espera deferimento."

O interessado narra em sua exordial que o referido procedimento licitatório estaria eivado de nulidade, na medida em que consta No caso, os itens fixados na "apresentação dos documentos de habilitação", precisamente os itens 4.6.2.2, 4.6.3, 4.6.4, 4.6.5, 4.6.6, 4.6.6.1, 4.6.7, 4.6.7.1, 4.6.7.2, 4.6.7.2, 4.8.4 e 4.8.5 do respectivo edital de convocação, pois tais exigências de apresentação, por parte dos licitantes. Sustenta o interessado que tal exigência violaria o art. 30, §6º da Lei 8.666/93 e ainda o princípio constitucional da isonomia, uma vez que beneficiaria os licitantes que já dispusessem de usina de asfalto, ainda já fase de habilitação, bem como que representaria limitação ilegal ao caráter competitivo do certame.

Este é o breve relatório.

II – DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Antes de adentrar aos fundamentos de fato e de direito inerentes ao pedido ora apresentado, urge-nos invocar alguns aspectos preliminares que auxiliarão no deslinde do mesmo, sendo de crucial importância o seu conhecimento.

O presente pedido fora apresentado de forma tempestiva, e uma vez que a empresa fora uma das solicitantes do edital, logo atende ao requisito de interesse e tempestividade.

III – DO MÉRITO E DA LEGALIDADE QUANTO A RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE EM RAZÃO DA EXIGÊNCIA DE ATESTADO TÉCNICO-PROFISSIONAL

Antes de adentrarmos à resposta propriamente dita, insta esclarecer que os atestados de capacidade técnica buscam pela veracidade do alegado e obter melhor vantagem ao poder público na contratação de empresa especializada que realmente poderá realizar os serviços que se pretende contratar, sem que haja necessidade de novo processo de licitação.

Assim, preza-se pela mais eficiente e confiável forma de negociação entre as licitantes interessadas e o Município. Abranger a concorrência, evitar fraudes e melhorar a qualidade dos serviços prestados é sempre o objetivo final, desta forma, há que resguardar o poder contratar com empresa que detenha a capacidade técnica operacional e profissional.

Para que a administração pública possa formalizar a aquisição de bens ou serviços, deve respeitar uma série de procedimentos previstos em lei, tendo como finalidade buscar sempre a melhor proposta estimulando a competitividade entre os concorrentes, e oferecendo iguais condições de participação.

Sendo assim, a licitação é um procedimento prévio à aquisição dos bens e serviços de interesse da administração pública, que visa a contratação mais vantajosa possível não só do ponto de vista econômico como também de qualidade.

Dentre as fases da licitação, a que interessa para a presente análise é a fase de habilitação, na qual os interessados em apresentar suas propostas disponibilizam informações básicas de regularidade jurídica e fiscal, além da comprovação da qualificação econômico-financeira e técnica para a potencial contratação, cujas regras devem estar devidamente previstas no edital.

Como nessa fase ainda não há qualquer confirmação da possível contratação, as exigências previstas no edital devem se restringir a comprovações mínimas de que o interessado tem condições de ofertar o bem ou serviço, sem trazer exigências desarrazoadas que frustrem a participação do maior número de interessados possíveis.

Na causa de pedir próxima, a **ARN CONSTRUÇÕES LTDA – CNPJ Nº 11.477.070/0001-51** para embasar a ilegalidade do instrumento convocatório, inseriu o

item, hostilizado, do edital e colacionou artigos da Lei 8.666/93, acrescentou, também, julgados do TCU sobre a matéria.

Diante do quadro acima delimitado, inicialmente o processo licitatório tem como fim primordial e específico a busca do melhor contrato para administração pública, isto é, a busca do interesse público primário, assim, a meu ver, o deferimento de uma liminar para suspender uma licitação desta natureza, não prescinde de elementos que indiquem que o prosseguimento do certame ensejará a contratação de proposta desvantajosa ao interesse público.

Faço essa consideração porque a igualdade invocada para o suspensão da eficácia do item do edital, não deve ser observada isoladamente nem de forma abstrata, no caso em desate o texto não pode ser interpretado em detrimento do contexto, uma vez que, a invocação da igualdade não pode ensejar a contratação de proposta inviável do ponto de vista ambiental à Administração Pública.

Nesse caminho, cumpre destacar que no Direito posto, consoante anotado supra, os princípios não ostentam caráter absoluto, nesse sentido se posiciona a doutrina:

“1) A natureza não absoluta dos princípios

É essencial ter em vista que os princípios não apresentam natureza absoluta. Justamente porque traduzem valores, seria despropositado eleger um princípio (e um valor) como superior e absoluto. Para ser mais preciso, existe apenas um único valor que apresenta dimensão diferenciada: trata-se da dignidade do ser humano. Todos os demais valores são decorrência. Por isso, o princípio jurídico fundamental é o da intangibilidade da dignidade da pessoa.

[...]

Existem muitos interesses protegidos e isso não autoriza a destruição de valores fundamentais. Promover a concretização dos princípios significa, necessariamente, conjugar os diversos valores e interesse, para realizar a todos do modo mais intenso e satisfatório.

2) O descabimento de aplicação isolada de algum princípio

Não cabe isolar algum princípio específico e determinado para promover a sua aplicação como critério único de solução jurídica. Promover a concretização de princípios jurídicos é uma atividade de ponderação e de avaliação dos diversos aspectos e interesse envolvidos.

A análise distinta dos diferentes princípios realizada adiante, não significa reconhecer a possibilidade de sua aplicação isolada e dissociada.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 18. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 81.)

Dos excertos doutrinários citados supra, se extrai que a igualdade não é absoluta e que não se deve aplicar isoladamente princípios e sim promover a ponderação dos interesses.

Nesse particular, compulsando os autos da representação observei que a ilegalidade narrada diz respeito a exigência editalícia, para fase da habilitação, que a interessada mesmo que não possua usina de asfalto ou termo de compromisso de fornecimento – deve ter a acompanhada da respectiva Licença de Operação fornecida pelo órgão ambiental - firmado entre a licitante e empresa fornecedora de asfalto, nesse particular.

A exigência de usina de asfalto, acompanhada de Declaração/Termo de Compromisso e licenciamento ambiental, emergente da regra editalícia supracitada, vulnera os princípios da legalidade e da razoabilidade que vinculam toda a atuação da Administração em certames públicos. [...] A Lei 8.666/93, por sua vez, em seus arts. 3º, § 1º, inciso I e 30, § 6º, da Lei 8666/93 também repele a adoção de medidas que frustrem a COMPETITIVIDADE DO CERTAME, tal como a adotada neste Edital, senão vejamos:

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; (grifos nossos)

(...)

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

(...)

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

Como se observa, a empresa petionária hostiliza o edital, alínea e traz como fundamento a ofensa ao princípio da isonomia, condutora da frustração do caráter

competitivo do certame, todavia, tal irresignação não merece prosperar. A exigência do instrumento convocatório não se mostra desarrazoada, nem tampouco malfeire a isonomia, porque em licitações desta natureza o que se pretende, em verdade, é que uma vez publicado o edital, a administração não sofra com paralisações indevidas no certame, pelo fato da empresa vencedora não possuir a matéria prima para realizar o serviço, bem como as licenças ambientais necessárias.

O aumento da competitividade, na fase de habilitação, não pode ser definido como interesse maior em detrimento da economicidade na condução do processo administrativo. De que adianta aumentar a competitividade e no fim do certame verificar que nenhuma licitante possui os requisitos para adjudicação do objeto? O edital deixa claro, não basta ter o produto ou firmar o termo de compromisso de fornecimento de asfalto para ser deferida a habilitação, deve o licitante demonstrar que possui as licenças ambientais ou que a empresa fornecedora do asfalto possui.

Destaco que o instrumento convocatório não obriga que o licitante seja proprietário de usina de asfalto, utiliza a conjunção alternativa OU no edital, justamente, para garantir que a licitante vencedora do certame ou tenha o produto por ser fabricante do asfalto ou tenha termo de compromisso que assegure o fornecimento do material, tudo para que se cumpra o cronograma definido para execução da obra.

Consoante declinado alhures, o princípio da igualdade não é um fim em si mesmo, nem ostenta natureza absoluta. Nesse sentido, indispensável reconhecer que não há falar em ofensa à igualdade, uma vez que, a exigência do edital está em consonância com as regras legais.

Inviável, pois, atrair para disputa diversos licitantes, prosseguir com o certame e na adjudicação verificar que nenhum licitante possui as licenças ambientais para consecução do objeto. Não se implanta uma usina de asfalto do dia pra noite, nem se consegue licenças ambientais sem a devida tramitação dos processos administrativos, com os estudos dos impactos ambientais.

Indispensável trazer a luz que, na elaboração da representação a Construtora Impugnante, inseriu, na petição, julgados com posicionamento superado do TCU, para corroborar a assertiva, transcrevo infra trecho do Acórdão TCU nº 6.047/2015, em situação idêntica a dos autos:

"Fundado nessa conclusão, acredito que não se possa falar em favorecimento de determinado licitante, considerando-se que a exigência da regularidade ambiental contemplava tanto as empresas que eventualmente possuíssem usina, quanto aquelas que necessitassem de um Termo de Compromisso de fornecimento do concreto betuminoso. De acordo com critério utilizado, não poderiam participar da licitação as empresas que, concomitantemente, não possuíssem usina própria e que não obtivessem o compromisso de fornecimento expedido por usina de asfalto legalmente licenciada.

A mencionada exigência não feriu o caráter competitivo do certame, uma vez que teve por objetivo garantir o cumprimento da obrigação, ou seja, dar certeza à Administração de que o serviço seria executado. Pergunto: de que adiantaria viabilizar a participação de outros interessados — com o infundado receio de ferir o caráter competitivo do certame — para, depois, por falta da garantia estabelecida no Termo de Compromisso, correr-se o risco de o serviço não poder ser realizado, ser realizado com atrasos, ou, mais grave ainda, ser realizado com desrespeito ao meio ambiente, cujo dever de preservá-lo, para “as presentes e futuras gerações”, é imposto tanto ao Poder Público, quanto à coletividade (art. 225 da Constituição Federal)?

[...]

Ademais, os Recorrentes argumentam que: a) “na realidade, a fixação das exigências foi baseada na orientação do Setor de Engenharia do Município e do Ministério Público Estadual, tendo em vista que a temperatura média na cidade de Mossoró é de 38oC e que a aplicação do produto (CBUQ) em temperaturas inadequadas prejudica a qualidade do asfalto”, não se podendo cogitar, no caso, da existência de má-fé, dolo ou culpa (peça 44, p.1/5); b) “a exigência fixada no edital decorre de imposição legal, notadamente quando a necessidade de licenciamento ambiental para esses tipos de empreendimentos que tem grande potencial poluidor” e c) “a exigência não era de que o licitante tivesse usina asfáltica própria, mas sim que a usina, sendo própria ou não, tivesse licenciamento” (peça 75, p. 1)

Reafirmo: não houve estipulação de reivindicações discriminatórias ou que extrapolassem as reais necessidades de uma Administração comprometida (não apenas no nível do discurso) com o desenvolvimento sustentável; a exigência editalícia foi cominada quer aos licitantes que detinham usina própria, quer aos que não detinham. Desta forma, entendo que não houve ofensa nem à competitividade nem à igualdade de condições entre os concorrentes; tampouco pode-se, no meu sentir, apontar restrição ao caráter competitivo do certame.

[...]

A esse respeito observo que, além das diferentes situações concretas — a licitação referida pelo Parquet tratava-se de Concorrência Internacional, realizada pela Casa da Moeda do Brasil, para aquisição de linhas rotativas automáticas de eletrorevestimento de discos para moedas, na qual se questionava outros dispositivos da Lei nº 8.666/93 (art. 28, inciso V, e art. 30, inciso IV) e cujo certame foi, afinal, revogado —, a instrução realizada pela Serur apresenta decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em que a Corte Constitucional entendeu lícito exigir a apresentação do licenciamento ambiental já na fase de habilitação das licitantes. Reproduzo novamente neste Voto excerto da Ementa do Agravo de Instrumento 837832 MG: “No exercício de sua competência regulamentar, o Poder Executivo poderá exigir a apresentação de licenciamento ambiental para habilitação de empresa em licitação para aquisição de bens móveis, já que se afigura exigência de qualificação técnica que não implica discriminação injustificada entre os concorrentes, assegura a igualdade de condições entre eles e retrata o cumprimento do dever constitucional de preservação do meio ambiente.

Ao decidir, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, deixou também assentado: "O acórdão recorrido, portanto, está em sintonia com a jurisprudência da Corte, no sentido de que exigências de qualificação técnica e econômica podem ser estipuladas, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Nesse sentido: ADI nº 2716, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 7.3.2008 e ADI nº 3070, Rel. Min. Eros Grau, DJe 19.12.2007." De todo o exposto, Voto no sentido de que o Tribunal adote a minuta de acórdão que ora submeto à apreciação desta Segunda Câmara. TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de agosto de 2015. RAIMUNDO CARREIRO - Relator Pelo exposto acima, a referida exigência do edital da SEINFRA/AL, a teor do entendimento atual do TCU, não vulnerou a competitividade e igualdade. Demais disso, diante da atividade poluidora em potencial, operação de usina de asfalto, exigir da licitante que a empresa fornecedora da matéria prima - asfalto - tenha a Licença de Operação fornecida pelo órgão ambiental é medida prudente e razoável. Nesse caminho, para corroborar a validade do edital, e traduzir o que seria uma cláusula de licitação e contratos administrativos, 18. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.69.)"

Como se observa, o que se proíbe é a inserção na lei do certame de cláusulas que sejam produtos de preferências pessoais ou subjetivas, a exigência do edital não configura preferência pessoal nem tampouco subjetiva, mormente na exigência das licenças ambientais.

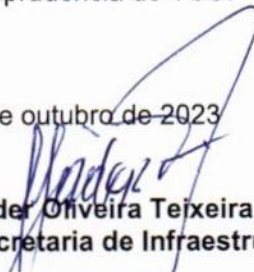
Não basta ter a usina de asfalto ou firmar termo de cooperação com empresa fornecedora do produto, deve a empresa licitante comprovar que o responsável pelo fornecimento do asfalto está em dia com as obrigações perante os órgãos ambientais: exigência razoável.

IV – DA DECISÃO

Considerando todo o exposto acima, esta Comissão de Licitação decide por não acatar o pedido de impugnação apresentado, pois, sob pena de causar efeitos deletérios à Administração Pública. No que diz respeito ao prosseguimento do feito, consoante exaustivamente demonstrado que não há ilegalidade no edital, eis que o item guerreado respeita a legislação e Jurisprudência do TCU.

Assim, decido.

Pacatuba – CE, 18 de outubro de 2023


José Jader Oliveira Teixeira
Ordenador de Despesas da Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente