

ILMO. SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A – EPL

Ref. EDITAL DE RDC Nº 001/2013-EPL

PROSUL – PROJETOS, SUPERVISÃO E PLANEJAMENTO LTDA., sociedade limitada, com sede na cidade de Florianópolis, Estado de Santa Catarina, na Rua Saldanha Marinho, 116 – 3º andar, Centro – 88010-450 inscrita no CNPJ sob número 80.996.861/0001-00, por seus advogados constituídos, conforme instrumento procuratório em anexo, vem à presença dessa digna Comissão de Licitação apresentar, nos termos do art. 45, I, “b” da Lei nº 12.462 de 04 de agosto de 2011, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, referente ao procedimento de Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC em epígrafe, pelas razões de fato e de direito adiante expostas:

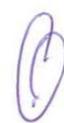
1. DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

A EPL fez publicar o Edital de RDC nº 001/2013-EPL, tendo como objeto a *“Contratação de empresa para a prestação de serviços de elaboração do estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental e de assessoria técnica para acompanhamento do processo de licenciamento ambiental para regularização e duplicação da Rodovia Federal BR-116.”*

A impugnante, tendo interesse em participar do certame em epígrafe, verificou em seu teor a existência de restrições indevidas, além de exigências abusivas e despropositadas, não condizentes com o melhor regramento de Direito, senão vejamos:

1.1 Do Critério de Reajuste em Desconformidade com a Legislação

O Anexo 16 do Edital traz a “Minuta de Contrato de Prestação de Serviços”, em cuja cláusula sexta são estabelecidas as seguintes condições de reajustamento:



6. CLÁUSULA SEXTA – DO REAJUSTE DO PREÇO

6.1. Os preços contratuais serão reajustados no prazo de 12 (doze) meses contados da assinatura deste Contrato, na data-base de apresentação da proposta de preço, pela fórmula a seguir relacionada no subitem 6.6. [grifou-se]

Conforme a cláusula acima reproduzida, o contrato a ser firmado entre a EPL e a empresa vencedora do certame terá seus valores reajustados após 12 (doze) meses, contados a partir da assinatura da avença.

Entretanto, a referida cláusula não atende o disposto na legislação pertinente. Eis o que preconiza o inciso XI do artigo 40 da Lei 8.666/93¹, *verbis*:

"Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: [...]

*XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, **desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;**"* [grifou-se]

Atento ao habitual cenário econômico do país, o legislador ponderou o fato de que a previsão inicial do ajuste se encontra sujeita aos fatores externos, mormente ao considerar os efeitos promovidos pela inflação² sobre o poder aquisitivo da moeda.

Em razão de tal realidade, a Lei determinou que os critérios de reajuste sejam considerados a partir da proposta ou orçamento a que ela se referir, ou seja, atualizando seus preços a a partir da data em que foram efetivamente computados.

A despeito da referida previsão, o Edital ora objurgado determinou a incidência do reajuste a cada doze meses, contados a partir da assinatura do contrato!

Ora, deve ser considerado o fato de que as ofertas de preço das proponentes são orçadas com base nos valores praticados na data da licitação. Com isso, os custos destinados aos salários dos profissionais, pagamento de combustíveis, materiais, impostos e todos os demais insumos necessários aos desenvolvimento dos serviços tem respaldo na conjuntura econômica praticada exclusivamente naquela dada época.

Nesta perspectiva, considera-se que transcorrido o período de doze meses a partir da data da proposta restará defasado o orçamento, em virtude dos efeitos da inflação. Em outros termos, restará defasado o poder de compra da moeda, de modo que a contrapartida financeira percebida pelo particular não mais corresponderá ao preço do serviço prestado à Administração Pública.

¹ Dispositivo aplicável em razão do art. 39 da Lei 12.462/11 e art. 63 do Decreto 7581/11

² *Em economia, inflação é a queda do valor de mercado ou poder de compra do dinheiro. Porém, é popularmente usada para se referir ao aumento geral dos preços.* (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Infla%C3%A7%C3%A3o> Acesso em 05/03/2013)

Sabidamente, a efetiva assinatura dos contratos oriundos de processo licitatório dependem de uma série de procedimentos anteriores a sua formalização, o que demanda considerável dispêndio de tempo.

Na prática, portanto, o particular deverá apresentar sua proposta de preços, submeter-se a todos os trâmites do processo licitatório, aguardar a adjudicação, a convocação para assinatura e somente então firmar a avença.

E mesmo após o transcurso de todo o tempo despendido durante o processo seletivo, o particular contratado será compelido a praticar os mesmos preços durante os doze meses que sucederem a assinatura da avença, suportando o ônus da defasagem financeira.

Contudo, seria medíocre deduzir que os cofres públicos estariam economizando receita por meio de tal conduta. Ao contrário, ao promover a prática do pagamento defasado, corre-se o risco de expor o particular ao risco de trabalhar "no prejuízo", podendo ocasionar a deficiência na prestação dos serviços, a paralisação e até mesmo a falência da empresa.

Nesta senda, é inconteste o fato de que a redação editalícia ora impugnada fere não só os comandos legais que regem a matéria, mas também expõe a segurança do contrato a um risco iminente.

Importa salientar a natureza do reajuste como instituto jurídico, bem representado nas palavras do sempre citado Hely Lopes Meirelles:

*"A Lei 8.666, de 1993, determina que o edital deve conter os critérios de reajuste, nos termos do seu art. 40, XI, **que o admite a partir da data de apresentação da proposta até os pagamentos devidos.** [...] Esse reajuste de preços é uma conduta contratual autorizada por lei, para corrigir os efeitos ruinosos da inflação. Não é decorrência de imprevisão das partes contratantes; ao revés, **é previsão de uma realidade existente, que vem alterando a conjuntura econômica em índices insuportáveis para o executor de obras, serviços ou fornecimentos de longa duração.**" (in Licitação e Contrato Administrativo. - 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 211) [grifou-se]*

Para entender a disciplina do reajuste há que atentar-se, portanto, para sua finalidade precípua, que vem a ser a manutenção do valor da moeda, tornando estável a contrapartida pecuniária pelos serviços prestados.

Inconteste pois, que diante das variações de mercado, bem como a mercê dos efeitos inflacionários, os preços apresentados acabam por restar defasados após doze meses de seu marco referencial, qual seja, a elaboração da proposta.

Nessa perspectiva, quanto a periodicidade de incidência das parcelas de reajuste, o ensinamento de Marçal é categórico ao asseverar que "**Computa-se sempre o prazo de doze meses. Logo, é possível reajuste antes de um ano da contratação, desde que ocorrido um ano da formulação da proposta.**" (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 493).

Diante do exposto, impugna-se a redação editalícia constante da cláusula sexta da Minuta de Contrato de Prestação de Serviços (Anexo 16), requerendo-se a alteração de sua redação, de modo a contemplar a orientação do inciso XI do artigo 40 da Lei 8.666/93, ou seja, que o marco temporal para a incidência do reajustamento do contrato seja a data da entrega da proposta de preços.

1.2 Da Limitação Temporal na Comprovação da Experiência da Equipe Técnica

O "ANEXO 12" do Edital traz o regramento intitulado "REGRAS DE PONTUAÇÃO DA PROPOSTA TÉCNICA", cujo item "b" determina as normas para pontuação relativa à Experiência da Equipe Técnica (Coordenador-Geral e Coordenadores Setoriais).

Entretanto, ao analisar os critérios de julgamento constantes do Instrumento Convocatório, deparou-se com exigências despropositadas e manifestamente contrárias ao que preceitua a legislação vigente.

Extrai-se do texto editalício acima mencionado:

b. Experiência da Equipe Técnica (Coordenador-Geral e Coordenadores Setoriais) (máximo de 76 pontos):

[...]

- Para o Coordenador Geral a pontuação procederá como no quadro abaixo, desde que o total não ultrapasse 34 pontos, **considerando os trabalhos realizados no período dos últimos 5 anos:**

[...]

- Para os Coordenadores Setoriais (meio físico, biótico e socioeconômico) a pontuação procederá como no quadro abaixo, desde que não exceda para cada coordenador 14 (catorze) pontos, **considerando os trabalhos realizados no período dos últimos 5 anos:** [...] [grifou-se]

Outrossim, a redação editalícia estabelece que as experiências sejam comprovadas no âmbito dos seguintes ramos de atuação:

PROFISSIONAIS	EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL / PERFIL EXIGIDO
Coordenador Geral	- Especialista com no mínimo 10 anos de experiência comprovada na elaboração de EIA/RIMA. - Experiência comprovada na coordenação ou responsabilidade técnica de: - EIA/RIMA de empreendimentos rodoviários;

	<ul style="list-style-type: none"> - EIA/RIMA de empreendimentos de infraestrutura; - PBA de empreendimentos de infraestrutura; - EIA/RIMA de empreendimentos rodoviários com interceptação na AID em terras indígenas e/ou, comunidades quilombolas e; - EIA/RIMA de empreendimentos de infraestrutura com interceptação na AID em UCs ou áreas protegidas.
Coordenadores Setoriais - Meio Físico, Meio Biótico e Socioeconômico:	Profissionais com mais de 8 anos de experiência comprovada na elaboração de EIA/RIMA. <ul style="list-style-type: none"> - Experiência comprovada na coordenação ou responsabilidade técnica ou membro de equipe de: - EIA/RIMA de empreendimentos rodoviários; - EIA/RIMA de empreendimentos de infraestrutura; - PBA de empreendimentos de infraestrutura.

Basicamente, os serviços licitados envolvem a elaboração de EIA / RIMA e PBA, ambos regulamentados por meio das Resoluções CONAMA nº 001/1986 e CONAMA nº 237/1997.

No entanto, apesar de as legislações que regem as referidas atividades serem datadas de 1986 e 1997, ou seja, já contarem com mais de 27 e 16 anos de vigência, injustificadamente o Edital restringiu a comprovação de experiência ao **limite temporal de 05 (cinco) anos!!!**

Ora, não é sequer razoável considerar que o profissional que realizou determinada atividade em data anterior ao ano de 2008 não esteja atualmente apto a exercê-la, ainda que seja dotado de ampla experiência.

É inconcebível que um determinado serviço, realizado por um profissional especialista em data anterior ao ano de 2008, não tenha o mesmo valor técnico para fins de pontuação do que outro serviço idêntico realizado nos últimos 5 anos.

Ora, desde a entrada em vigor da última legislação (1986 / 1997) os procedimentos em nada se alteraram.

Os estudos e metodologias utilizados para a realização de EIA-RIMA são baseados nos termos de referência aprovados pelo órgão ambiental responsável, que tem como base a legislação brasileira, notadamente as resoluções CONAMA 001/1986 e 237/1997, sendo que não houve nenhuma modificação significativa na legislação que alterasse tais estudos nos últimos 5 anos.

Veja-se que para obter pontuação máxima no item "*Estudo de Impacto Ambiental de empreendimentos rodoviários, que comprove a interceptação de sua área de influência direta em Terras Indígenas e/ ou comunidades Quilombolas*", o Coordenador Geral necessita demonstrar **dois atestados**, comprovando especificamente a realização de tais serviços.



Não bastasse o fato de a natureza do serviços em si já apresentar-se deveras complexa e até mesmo restrita – pois **as terras indígenas representam somente 12,41% do território nacional** – os serviços devem ter sido realizados necessariamente nos últimos 5 anos!!

Com isso, não basta que o profissional designado para a função de Coordenador Geral tenha experiência ampla (dois atestados) em EIA / RIMA: É necessário que os estudos sejam voltados especificamente para empreendimentos rodoviários. Além disso, que tenham sido executados em áreas específicas do território nacional (correspondem a 12,41% somente). E o mais absurdo, que tenham sido elaborados especificamente **nos últimos cinco anos!!!**

Não há como admitir-se tamanha restrição de critérios, ainda mais quando tais especificações são notadamente destuídas de qualquer propósito!

É válido ainda mencionar que a limitação temporal foi atribuída tão somente para a comprovação de experiência dos profissionais, enquanto para a experiência da empresa inexistente tal restrição. Por mais este fator, denota-se a absoluta insensatez da referida exigência.

Além de tal restrição afigurar-se absolutamente desarrazoada e totalmente destuída de fundamento, observe-se que a legislação vigente veda em absoluto a prática ora vislustrada, a teor do artigo 30 da Lei nº 8.666/93. Eis o referido dispositivo:

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

*I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, **vedadas as exigências** de quantidades mínimas ou **prazos máximos**;*

*§ 5º **É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época** ou ainda em locais específicos, **ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação**. [grifou-se]*

Nesse sentido são as palavras do mestre Marçal Justen Filho³:

"Na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, a Lei veda expressamente a exigência de prazo mínimo no exercício de atividades, desempenho de atividades em certos locais, etc (§ 5º). Isso não significa vedar a exigência de experiência anterior na execução de contratos similares."

³ JUSTEN FILHO, Marçal *in* Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativo, 1994, p. 174

Também não é outro o entendimento de Jessé Torres Pereira Junior⁴, que assim preleciona:

"O atestado de capacitação técnico-profissional cingir-se-á a certificar que o habilitante possui, em seu quadro permanente de pessoal (logo, descabe contratação em caráter eventual ou temporário), na data da licitação, que é a da entrega dos envelopes pelos licitantes (não valerá contratação posterior), profissional de nível superior em cujo nome haja sido emitido atestado de responsabilidade técnica (necessariamente registrado no órgão de controle do exercício profissional) por execução de obra ou serviço de características semelhantes às do objeto da licitação; a semelhança não se estenderá a todos os pormenores da obra ou do serviço, mas, tão-só, às parcelas significativas para o objeto da licitação.

Inspira a vedação a quantidades mínimas e a prazos máximos, a épocas e locais específicos (§ 5º) o dever público de impedir que do ato convocatório conste exigência que traduza tratamento diferenciado, de modo a afastar competidores liminarmente, com base em discrimen que fruste, restrinja ou comprometa a igualdade da disputa. [...] Somente tal interpretação parece harmonizar-se com a regra geral do art. 3º § 1º, I, no sentido de que nenhuma circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato será incluída no ato convocatório. O local da experiência anterior do licitante seria uma destas circunstâncias irrelevantes; importa que haja tido a experiência anterior na execução do objeto. **Assim entendido, o preceito justifica a supressão de exigências de quantidades e prazos na formação do cabedal de experiência. Interessa tão-só que comprove haver realizado adequadamente, em ocasiões pretéritas, objeto da mesma natureza da licitação atual**". [grifou-se]

A limitação temporal relativa a comprovação de experiência dos profissionais afronta, portanto o disposto no art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93, consoante entendimento já pacificado no âmbito do TCU:

"A exigência de comprovação, para fim de qualificação técnica, de tempo de experiência dos profissionais a serem disponibilizados pela licitante para a execução do objeto afronta o disposto no art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93".

O Tribunal, por esses motivos, ao acolher proposta do relator, decidiu:

"9.3 determinar ao Sebrae/DN que, em caso de seguimento da Concorrência 2/2012, altere a alínea "a" do item 7.1.3 do respectivo edital, de modo a excluir as exigências relativas ao número de anos de experiência dos profissionais que comporão a equipe responsável pelos serviços, estabelecendo requisitos para cada categoria profissional, como condição apenas de contratação, e comunique ao TCU do que vier a ser decidido em 15 (quinze) dias". (Precedentes mencionados: Acórdãos 600/2011 e 473/2004, ambos do Plenário. Acórdão n.º 727/2012-Plenário, TC 004.909/2012-7, rel. Min. José Múcio Monteiro, 28.3.2012)

A exigência em questão é totalmente despropositada, ferindo a isonomia entre os candidatos e frustrando o caráter competitivo do certame, de acordo com a previsão constante do art. 3º § 1º, I da Lei 8666/95, nos seguintes termos:

"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

⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 1994, p.30

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;" [grifou-se]*

Ora, os critérios previstos no item editalício supratranscrito configuram ilegalidade porque extrapolam os limites do razoável, impondo aos participantes a comprovação de experiências demasiadamente restritivas, figurando como desnecessária e inadequada ao objeto licitado.

Portanto, deixar de pontuar a equipe técnica das empresas em virtude da restrição temporal atribuída aos atestados apresentados em nome dos Coordenadores Geral e Setorial, fere frontalmente o princípio da isonomia, denotando que o presente Edital poderá estar vinculado a algum interesse difuso.

Com efeito, a Lei n.º 8.666/93 embora não impeça a previsão no edital de requisitos rigorosos, veda as exigências desnecessárias ou inadequadas, que acabam por frustrar o caráter competitivo da licitação.

Como bem se sabe, o objetivo primordial da licitação é permitir a possibilidade de competição, partindo do pressuposto da existência no mercado de diversos interessados em firmar contrato com a Administração Pública. Assim, veda-se à Administração Pública a possibilidade de impor no Edital de licitação qualquer cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas **a beneficiar alguns particulares.**

A competência da Administração, na fixação dos requisitos necessários à comprovação da qualificação técnica, não pode ser utilizada para frustrar o mandamento constitucional de garantir o mais amplo acesso dos participantes ao procedimento licitatório, nem mesmo pode ser utilizada para ferir o princípio da isonomia e o da competitividade entre os licitantes.

Em comentário, elucida Jessé Torres Pereira Junior⁵:

"A nenhum servidor da Administração Pública é dado, por qualquer modo, violar o caráter competitivo da licitação. este é da sua essência, é a razão de existir do instituto. Deveria figurar entre os princípios referidos no caput do art. 3º, embora se possa presumir sua presença entre os

⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública. RJ: Renovar. 2002, p.56.



correlatos, tanto que será inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição (art. 25)."

Colhe-se da brilhante lição de Marçal⁶:

*"O art. 3º sintetiza o conteúdo da Lei, no âmbito da licitação. Os dispositivos restantes, acerca da licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. **Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o artigo 3º.** Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre as diversas soluções possíveis, **deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º.**" [grifou-se]*

Observa-se ainda do entendimento jurisprudencial do egrégio STJ:

"É certo que não pode a licitação, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações." (STJ Resp. nº 474781/DF, Rel. Min. Franciulli Neto, DJ 12.05.03)

"A exigência editalícia que restringe a participação de concorrente, constitui critério discriminatório desprovido de interesse público, desfigurando a discricionariedade, por consubstanciar 'agir' abusivo, afetando o princípio da igualdade" (STJ, Resp nº 43856/RS, rel Min. Milton Luiz Pereira, DJ 04.09.95) [grifou-se]

Tal entendimento também encontra respaldo em julgados de outros tribunais pátrios:

*"Administrativo. Licitação. Inabilitação de concorrente. Ilegalidade. Rigorismos e formalismos inúteis na análise da documentação apresentada. Segurança concedida. Reexame necessário. **Visa a concorrência 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 aos seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados'** (TJRS - RDP 14/240)." (ACMS n. 5.779, Des. Pedro Manoel Abreu, julgada em 28.11.96). [grifou-se]*

A própria Constituição Federal/88 preceitua com severo rigor a admissibilidade das exigências mínimas possíveis. É imperioso salientar também que a Constituição autoriza somente exigências que configurem um mínimo de segurança, não se admitindo requisitos que vão além disso. Vejamos:

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. Cit., p.42

"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. [grifou-se]

Na mesma esteira, o Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul decidiu com muita propriedade:

"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 inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados." (RDP 14/240)

As exigências de que trata o artigo 30 envolvem a comprovação de que o profissional participou anteriormente de contrato cujo **objeto era similar ao previsto para a contratação** almejada pela Administração Pública.

Reconhecidamente, a competição entre os possíveis interessados é o princípio insito às licitações, pois somente ao viabilizá-la o Poder Público pode obter a proposta economicamente mais vantajosa, barateando, assim, os preços de suas obras e serviços.

Ora, a exigência de anterioridade máxima de 05 anos na prática das atividades, presentes no Edital em comento, praticamente inviabiliza a consecução do objetivo da competitividade, eis que segmenta de forma incontornável o universo dos prováveis competidores. Dessa forma, **embora possuindo corpo técnico de comprovada experiência, uma empresa apenas logrará de boa pontuação técnica se comprovar que seus profissionais realizaram há menos de cinco anos serviços como o da espécie.**

Dora Maria de Oliveira Ramos⁹, outrossim, destaca que:

"Não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame. Assim, se a fixação de quantitativos em parâmetros de tal forma elevados, reduzir drasticamente o universo de licitantes, **dirigindo a licitação a um único participante ou a um universo extremamente reduzido deles, ilegal será a exigência por violação ao art. 3º, § 1º da Lei n.º 8.666/93.**" [grifou-se]

⁹RAMOS, Dora Maria de Oliveira. (Coord. Maria Sylvia Zanella di Pietro. Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos. 5.ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 149

O E. Tribunal de Constas da União, outrossim, entende que as exigências relativas à qualificação técnica/operacional têm objetivo preciso, qual seja: ***“assegurar que o licitante estará apto a dar cumprimento às obrigações assumidas com a Administração, não podendo a sua comprovação ser feita mediante a formulação de exigências desarrazoadas, que comprometam a observância do princípio constitucional da isonomia”*** (Decisão 503/2000, Plenário, Rel. Min. ADHEMAR PALADINI GHISI, DOU 05.07.2000).

Desse modo, configura-se impertinente e ilegal a exigência em questão, uma vez que extrapola os limites legais, reduzindo indevidamente as possibilidades de a Administração Pública obter a proposta mais vantajosa.

A exigência em tese é totalmente absurda. A limitação temporal exigida é totalmente ilegal, conquanto restringe abruptamente a participação de empresas no certame.

Conclui-se, portanto, que o ato de restrição à participação configurado na abusiva exigência relativa à limitação temporal dos serviços executados afasta do certame empresas igualmente aptas à realização do mesmo serviço, que possuem comprovação de experiências equivalentes à regra do Edital.

Torna-se inarredável a necessidade por parte dessa comissão, da atribuição de pontos independentemente da época em que os serviços foram executados, procedendo-se a pontuação dos atestados técnicos independentemente de época, para que o Edital não venha a caracterizar exigências despropositadas ou, como na espécie, parâmetros evidentemente restritivos.

Resta cristalino que em vez de limitar a competição, é dever da Administração Pública buscar sempre mais concorrentes, para dentre eles escolher a proposta mais favorável.

Assim, necessariamente, há de ser interesse da Comissão de Licitação que várias empresas participem do certame, possibilitando que haja maior diversidade de propostas para que ao final, se faça um julgamento de acordo com a melhor opção apresentada, promovendo-se um justo resultado.

A competência da Administração, na fixação dos requisitos necessários à comprovação da qualificação técnica, não pode ser utilizada para frustrar o mandamento constitucional de garantir o mais amplo acesso dos participantes ao procedimento licitatório, nem mesmo pode ser utilizada para ferir o princípio da isonomia e o da competitividade entre os licitantes.

Em que pese a necessidade indiscutível da Administração Pública em garantir que o vencedor de um certame licitatório guarde, ao menos, o mínimo necessário de condições no que toca à sua qualificação e capacidade técnica para gerir o objeto do contrato, fato é que o edital em comento, ao fazê-lo, extrapolou completamente os limites impostos pela lei e pela boa gestão da coisa pública.

Neste vértice, o Edital em apreço exigiu, sem qualquer fundamento plausível, que as empresas interessadas em participar devam apresentar quantitativos absurdos. Não obstante o poder discricionário da Administração para impor a qualificação técnica necessária aos competidores, a exigência é claramente exagerada e dispensável. Cabe aqui trazer ensinamento colhido dos dizeres de Marçal Justen Filho:

"A Administração não tem liberdade para impor exigências quando a atividade a ser executada não apresentar complexidade nem envolver graus mais elevados de aperfeiçoamento. Especialmente em virtude da regra constitucional (art. 37, XXI), somente poderão ser impostas exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração Pública." (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 322)

E, ainda, do mesmo Autor:

"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." (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 63)

Isso decorre da vedação expressa contida, como visto, na Constituição Federal, mas também presente nos princípios do processo licitatório constantes da Lei de Licitações. O Administrador deve se abster de inserir no instrumento convocatório quaisquer cláusulas que comprometam ou restrinjam a competitividade do certame. Neste mesmo norte assiná-la Toshio Mukai:

"[...] tão essencial à matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, posto que esta é sinônimo de competição." (Curso avançado de licitações e contratos públicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 9-10)

Fica claro, portanto, que o edital não pode trazer exigências exacerbadas, cujo fim obvio é o de garantir vantagens para um ou outro licitante, prejudicando o caráter competitivo do certame, bem como a isonomia do procedimento licitatório, vindo a acarretar numa escolha que não necessariamente será a mais vantajosa à Administração.

Mais uma vez vale-se da jurisprudência, do TCU, que é uníssona neste sentido:

"REPRESENTAÇÃO. FALHAS EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DETERMINAÇÃO.

Considera-se procedente representação para determinar ao órgão que justifique a inclusão de cláusulas editalícias, demonstrando que a exigência é necessária à correta execução do objeto licitado, de forma que a demanda não constitua restrição ao caráter competitivo do certame; quando do julgamento de recursos, promova diligências destinadas a esclarecer ou a complementar a instrução do processo; e abstenha-se de exigir um número mínimo de atestados de capacidade técnica, bastando que a empresa licitante comprove que já realizou o tipo de serviço desejado em pelo menos uma ocasião. [...]

15. A Lei de Licitações estabelece diretrizes, limitações e exigências relativas ao conteúdo dos atestados de comprovação de aptidão, mas silencia no tocante à quantidade de documentos necessários para se fazer tal prova. Ao fazer uma interpretação sistêmica dos normativos acerca do assunto, este Tribunal tem entendido que uma imposição dessa espécie somente poderia ser admitida se claramente explicitada no texto legal.

16. Nesse contexto, pode-se dizer que o estabelecimento de uma quantidade mínima de atestados fere o preceito constitucional da isonomia, porque desigualta injustamente concorrentes que apresentam as mesmas condições de qualificação técnica. Não se pode inferir que um licitante detentor de um atestado de aptidão é menos capaz do que o licitante que dispõe de dois.

17. Isto porque a capacidade técnica de realizar o objeto existe, independentemente do número de vezes que tenha sido exercitada, ou não existe. Garantida a capacitação por meio de um atestado, não vejo como a administração exigir algo a mais sem exorbitar as limitações constitucionais." (TCU – Acórdão 571/2006 - Segunda Câmara – Relator Min. MARCOS BEMQUERER - Data: 17/03/2006)

"37. O art. 37, inciso XXI, da CF/88 estabelece que o processo de licitação pública assegurará igualdade de condições a todos os concorrentes, somente permitidas cláusulas que contenham 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações'. Por sua vez, o art. 3º, §1º, inciso I da Lei n.º 8.666/93 veda aos agentes públicos '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 (...) ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.' (...)

41. O caput do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 explica a razão da vedação imposta pelo §1º, inciso I, [do mesmo artigo] ao prever que 'a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração(...)'. Ampliar a competitividade de um certame é forma tanto de obedecer ao princípio da isonomia (nas palavras de Justen Filho, 'assegura-se tratamento igualitário aos interessados que apresentem condições necessárias para contratar') quanto ao princípio da 'proposta mais vantajosa' (preço, capacitação técnica, qualidade etc), pois aumentando-se o número de prováveis habilitados, aumenta-se a quantidade de propostas a serem apresentadas e conseqüentemente crescem as chances de o preço da vencedora ser economicamente mais vantajoso e a qualificação técnica mais adequada ao interesse público, evitando danos futuros ao erário, na contratação. [...]

7. A Administração tem o dever de se proteger de interessados não capacitados a prestar o serviço ou realizar a obra objeto da licitação. Por isso, a Lei de Licitações e Contratos prevê a fase de habilitação, na qual os interessados devem comprovar os requisitos exigidos no edital. Nela, a Administração deve impedir a participação daqueles sem condições de cumprir o objeto.

8. Por outro lado, a igualdade de condições nas licitações é princípio de estatura constitucional (art. 37, XXI, CF). Deste princípio geral decorre o da competitividade, previsto no mesmo dispositivo constitucional (somente serão permitidas "as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações") e no § 1º, inc. I, art. 3º da Lei n.º 8.666/93. Por isso, a competição não poderá ser restringida, sob pena de nulidade de todo o procedimento licitatório.



9. Portanto, as exigências previstas na fase de habilitação não podem ser tais a ponto de impedir a participação daqueles que teoricamente estariam aptos a prestar o serviço ou executar a obra. No dizer de Marçal Justen Filho ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 9ª edição, pg. 77), "o disposto [no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93] não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjugadamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação." (TCU - Acórdão 241/2005 - Plenário - Relator Min. MARCOS VINÍCIOS VILAÇA - Data: 24/03/2005)

"AUDITORIA. LICITAÇÃO PARA OBRAS AEROPORTUÁRIAS. POSSIBILIDADE DE PRÉ-QUALIFICAÇÃO EM CONCORRÊNCIA. ILEGALIDADE DE EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA EM RELAÇÃO A ITENS IRRELEVANTES. EXIGÊNCIA ILEGAL DE COMPROMISSO DOS PROFISSIONAIS DA LICITANTE. FIXAÇÃO INDEVIDA DE NOTA MÁXIMA PARA AS PROPOSTAS DE PREÇO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA LEI. DETERMINAÇÕES.

1. Desde que atendidos certos requisitos, é possível, em concorrência concernente a obras aeroportuárias, que a fase de pré-qualificação substitua a habilitação liminar.

2. Deve ser divulgado nos editais de pré-qualificação os critérios de julgamento das propostas, tanto no que se refere à técnica quanto ao preço, de forma detalhada, clara e objetiva.

3. As exigências de comprovação de capacitação técnico-operacional devem se restringir às parcelas de maior relevância do objeto licitado.

4. As exigências de comprovação de qualificação técnico-profissional devem se restringir às parcelas que sejam, cumulativamente, de maior relevância e valor significativo e indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

5. É ilegal a exigência editalícia de o profissional indicado pela licitante firmar o compromisso de participar permanentemente de obras e serviços licitados.

6. São vedados os critérios de pontuação de proposta de preço que, na prática, resultem na fixação de preços mínimos, abaixo dos quais a referida pontuação se torna constante." (TCU - Acórdão 1891/2006 - Plenário - Relator Min. UBIRATAN AGUIAR - Data: 16/10/2006)

"é vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

46. A vedação à restrições também está insculpida no § 1º do art. 3º da Lei de Licitações e Contratos, que veda aos agentes públicos '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 de domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.'

47. Assim a inserção de exigências restritivas no edital só deve ser utilizada por exceção, desde que vise o interesse público e esteja devidamente justificada tecnicamente. Como forma de corroborar o posicionamento, colaciona-se o entendimento de Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10ª edição, Ed. Dialética, p. 330/331 (grifado):

'Talvez até se pudesse caracterizar a competência da Administração, na hipótese de fixação dos requisitos de qualificação técnica, como sendo de discricionariedade técnica. A figura tem



sido repudiada pela doutrina mais moderna. Indica aqueles casos em que a Lei omite a solução precisa a ser adotada pelo administrador, mas não o dispensa de submissão a critérios técnico-científicos. Nos casos de discricionariedade técnica, a decisão do administrador será válida na medida em que for respaldada pelo conhecimento especializado. É isso que se passa com a competência para disciplinar a qualificação técnica na licitação. A Administração não está autorizada a fixar exigências fundando-se na simples e pura 'competência' para tanto. Sempre que estabelecer exigência restritiva, deverá apresentar fundamento técnico-científico satisfatório. Deve evidenciar motivos técnicos que conduzem à similitude entre o objeto licitado e a exigência constante do edital.

No entanto, o ônus da prova recai sobre a Administração. Ou seja, diante da dúvida, cabe à Administração demonstrar a necessidade da exigência formulada. Não é encargo do particular evidenciar a desnecessidade do requisito imposto pela Administração. Afinal, quem elaborou o ato convocatório foi a Administração. Não seria possível invocar a mera presunção de legitimidade dos atos administrativos para afastar o dever de a Administração explicar o motivo e o conteúdo das escolhas realizadas.'

48. Assim, conclui-se descabida a exigência constante do subitem 16.1 e que esta por apresentar cunho restritivo consubstancia-se em inobservância aos princípios da livre concorrência, da isonomia e da ampla competitividade, insertos no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna e no art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993." (TCU - Acórdão 2021/2007 - Plenário - Relator Min. AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI - Data: 28/09/2007)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. MODALIDADE CONCORRÊNCIA. MELHOR PREÇO. PREVALÊNCIA DE UM FORMALISMO EXARCEBADO EM DETRIMENTO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Em licitações instituídas na modalidade concorrência, cujo fim é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, não se mostra razoável a exigência de requisitos outros senão aqueles indispensáveis ao cumprimento do objeto do contrato, o que, na hipótese, restou bem demonstrado pelo ora Agravante quando da apresentação dos documentos para a sua adjudicação, que atestam a sua regularidade fiscal.

2. Não se afigura razoável privilegiar exigência meramente formal, em detrimento da escolha da oferta visivelmente mais proveitosa para a Administração, mormente em face da constatação de que o vencedor do procedimento detém condições reais de efetuar plenamente o objeto do contrato. Se assim se fizesse, estar-se-ia reconhecendo a supremacia de um formalismo exacerbado, com claro prejuízo à finalidade maior de todo ato administrativo, que é a satisfação do interesse público.

3. Pedido de reconsideração deferido para atribuir efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento." (TRF 5 Região - AGTR 74137 PE 2007.05.00.005385-2 - Relator Desembargador Federal Geraldo Apoliano - Data: 16/04/2007)

"A Administração não pode fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando que compareça o maior número possível de interessados, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações. Isso também possibilita que a proposta mais vantajosa para a Administração seja encontrada em um universo mais amplo." (TRF 5 Região - AGTR 93067 PE 0108880-32.2008.4.05.0000 - Relator Desembargador Federal Manuel Maia (Substituto) - Data: 15/04/2009)

"ADMINISTRATIVO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. ART. 27, II DA LEI N.º 8.666/93. EXIGÊNCIA EXCESSIVA.

- Os critérios que a Administração elege para avaliar a regularidade técnica dos candidatos inscritos em certame licitatório estão sujeitos ao crivo do Poder Judiciário, quando lesarem direito individual (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).



- Mesmo sendo lícito à Administração exigir certidões de obras concluídas, não deve fixar um número tão elevado, como no caso dos autos, de modo que apenas empresas que atuem há muito tempo no respectivo ramo de atividade preencham tal exigência. As certidões acostadas às fls. 18 e 19 dão conta de que a empresa apelada tem atuação satisfatória na área de elaboração, impressão, e confecção de provas de exames de vestibular, realizando dois concursos entre os anos de 1999 e 2000. *Apelação e remessa obrigatória improvidas.*" (TRF 5 Região - AMS 78615 RN 0011470-72.2000.4.05.8400 – Relator Desembargador Federal José Maria Lucena – Data: 27/04/2007)

Ante a todo o exposto, a exclusão da exigência exacerbada apontada, qual seja, a limitação temporal de 05 anos para comprovação de experiência dos profissionais, é a medida que se impõe, sob pena de oposição, principalmente, aos princípios da isonomia e competitividade que norteiam o certame licitatório, sendo o que desde já se **REQUER**.

2. DO PEDIDO

Ante o exposto, **REQUER-SE** o acatamento à presente impugnação ao Edital de RDC nº 001/2013-EPL da EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A – EPL , no sentido de:

- I. Reformar o instrumento convocatório no aspecto que tange ao reajustamento de preços do contrato, constante da cláusula sexta da Minuta de Contrato de Prestação de Serviços (Anexo 16), requerendo-se a alteração de sua redação, de modo a contemplar a orientação do inciso XI do artigo 40 da Lei 8.666/93, ou seja, que **o marco temporal para a incidência do reajustamento do contrato seja a data da entrega da proposta de preços.**
- II. Reformar o item editalício destinado limitação temporal de 05 anos para comprovação de experiência da Equipe Técnica (Coordenador-Geral e Coordenadores Setoriais), constante no Anexo 12, item "b" das Regras de Pontuação da Proposta Técnica", promovendo-se a exclusão da exigência exacerbada apontada.

Por via de consequência, seja promovida a republicação do instrumento convocatório, contemplando os itens acima elencados, para todos os fins de direito.

Florianópolis/SC, 06 de março de 2013.

PROSUL – PROJETOS, SUPERVISÃO E PLANEJAMENTO LTDA.


Eng.º Wilfredo Brillinger
Diretor Presidente
PROSUL - Projetos Supervisão e Planej. Ltda.