

AO JUÍZO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA DO MUNICÍPIO
DE ANGRA DOS REIS/RJ

EDITAL - CONCORRÊNCIA PÚBLICA N° 027/2003

RCS CONSTRUCAO E SERVICOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rua Doutor Nilo Peçanha, n° 100, Sl. 905, Lt. A, Centro, São Gonçalo/RJ - CEP: 24.445-360, inscrita no CNPJ/MF sob o n° 50.223.836/0001-23, representado por seu sócio, vêm, mui respeitosamente, à elevada presença de V. Exa. apresentar **IMPUGNAÇÃO**, pelos fatos e fundamentos a seguir:

DOS FATOS

A Secretaria Municipal de Infraestrutura e Obras Públicas elaborou Projeto Básico com o objetivo de contratar empresa especializada para prestação de serviços de engenharia para obras de pavimentação e drenagem de diversas Travessas e Ruas próximas às ruas Limeira e São Jerônimo - Parque Mambucaba - Angra dos Reis, conforme especificações e elementos técnicos constantes no referido documento.

Ainda que evidente o interesse público, no Projeto Básico não se respeitou os princípios e normativos de direito, trazendo as seguintes incongruências:

- a) Ilegalidade de especificar como relevante um conjunto de itens;
- b) Desnecessidade de requerer a comprovação de regularidade fiscal estadual;
- c) Ilegalidade de especificar BDI diferenciado para itens de maior relevância sem a devida motivação;
- d) Ilegalidade em não apresentar a Planilha Orçamentária no formato aberto ".xls";
- e) Incongruência na apresentação do Cronograma Físico-Financeiro, já que não apresenta descrito os serviços;
- f) Ilegalidade em não justificar o cálculo dos itens da Planilha Orçamentária e da Memória de Cálculo.

Mesmo com essas falhas no planejamento da contratação sobreveio o Edital, porém, repetindo-se as falhas do Termo de Referência e com mais falhas que maculam a competitividade do certame.

Dessa forma, constatando-se que as falhas na elaboração do Termo de Referência e no Edital poderão macular a contratação devido as latentes ilegalidades e restrição a competição durante o certame, apresentamos a devida impugnação.

DA EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL PERANTE A FAZENDA ESTADUAL

Como forma de verificar a regularidade fiscal e trabalhista, o Edital exigiu a comprovação da regularidade fiscal de débitos estaduais, na seguinte forma:

“d) Prova de regularidade com a Fazenda Estadual, mediante a apresentação da Certidão Negativa ou Positiva com Efeitos de Negativa;”

Proeminentemente, o objeto ora licitado é locação com cessão de mão de obra, no qual parte não possui incidência de imposto sobre o objeto a ser licitado.

O art. 1º da Lei Complementar nº 116/2003 assevera que o ISSQN tem como fato gerador a prestação de serviços constante na lista anexa a lei.

Sabe-se que, as fazendas municipais enxergam ser devido imposto por haver uma prestação de serviço engenharia.

Mas do objeto a ser contratado nunca será exigido o imposto de ICMS, no qual as fazendas estaduais realizam a fiscalização e cobrança.

Desta maneira, salienta-se que a prova de regularidade para com a Fazenda, não importando o âmbito, realizada por meio de certidões, deve limitar-se aos tributos relacionados

ao objeto licitado e às atividades pertinentes ao remo desempenhado pela empresa participante da licitação.

Por isso, não há cabimento na exigência de comprovação de regularidade quanto possíveis débitos da fazenda estadual, como previsto na cláusula do Edital, para a contratação de empresa para locação

Em consequência a manutenção da exigência ilegal, ocasionará restrição ao número de licitantes, causando prejuízo ao caráter competitivo do certame e impedindo que o Ente Municipal realize uma contratação mais vantajosa.

É exatamente neste sentido que a melhor doutrina do Marçal Justen Filho nos ensina:

“Mais precisamente, a existência de débitos para com o Fisco apresenta pertinência apenas no tocante ao exercício de atividade relacionada com o objeto do contrato a ser firmado. Não se trata de comprovar que o sujeito não tem dívidas em face da “Fazenda” (em qualquer nível) ou quanto a qualquer débito possível e imaginável. O que se demanda é que o particular, no ramo de atividade pertinente ao objeto licitado, encontra-se em situação fiscal regular. Trata-se de evitar contratação de sujeito que descumpra obrigações fiscais relacionadas com o âmbito da atividade a ser executada.

Assim é porque não cabe ao Estado recorrer a particular que não desempenhe regularmente a atividade ou profissão relacionada com o objeto do contrato.

Justamente por isso, o próprio inc. II do mesmo art. 29 exige que o sujeito comprove sua inscrição no cadastro municipal ou estadual pertinente ao ramo da atividade e compatível com o objeto licitado. Ou seja, não teria sentido dispor nesses termos no inc. II e exigir, no

inc. III, que o sujeito comprovasse regularidade fiscal em outros ramos, desvinculados do objeto licitado. Se o sujeito não necessita comprovar inscrição cadastral fiscal em todos os ramos possíveis de sua atividade, não há sentido em submetê-lo a demonstrar regularidade fiscal inclusive quanto a esses outros ramos. A interpretação adotada usualmente para o inc. III infringe o espírito do art. 29, claramente evidenciado na regra inquestionável do inc. II.

Portanto, não há cabimento em exigir que o sujeito - em licitação de obras, serviços ou compras - comprove regularidade fiscal atinente a impostos municipais sobre propriedade imobiliária ou impostos estaduais sobre propriedade de veículos. Nem há fundamento jurídico-constitucional para investigar se o sujeito pagou taxa de polícia para a CVM e assim por diante. Todos esses tributos não se relacionam com o exercício regular, para fins tributários, da atividade objeto do contrato licitado."

Compreendendo quanto a ilegalidade de exigir a regularidade perante ao fisco estadual, se faz necessário a alteração do Edital para suprimir a exigência.

DA IMPOSSIBILIDADE DE AGRUPAMENTO DOS ITENS PARA FINS DE ESPECIFICAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA

As empresas que iram ser contratadas pela administração pública baseiam-se o seu orçamento em cima de catálogos oficiais, por exemplo, SINAPI, EMOP, SCO-RIO e outros.

E notoriamente, os catálogos oficiais também foram usados para a fixação dos preços e a composição da planilha orçamentária.

Então, não é difícil compreender que demonstração de ter já executado os serviços de pavimentação em CBUQ, drenagem e execução de movimento de terra se torna uma relevância muito abrangente, já que foram agrupados os itens que compõe a relevância e torna duvidosa qual relevância "em itens" que deve ser demonstrada.

Ao mesmo tempo, ao realizar análise do Edital não se verifica a motivação e justificativas para escolha de agrupar os itens da planilha orçamentária para fins de demonstração da capacidade técnica.

O que se observa é novamente o órgão licitante realizando exigências mirabolantes e fora do compatível do objeto da contratação.

Denota-se que, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é pacífica quanto a necessidade de motivar as escolhas referente aos itens de maior relevância:

A exigência de capacidade técnica deve ser fundamentada pela entidade promotora da licitação, demonstrando sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado, de modo a afastar eventual possibilidade de restrição ao caráter competitivo do certame. (TCU - Acórdão 1617/2007 Primeira Câmara - Sumário)

O aludido julgamento traz uma preocupação empírica nos processos licitatórios, a escolha da relevância técnica não pode ser tão severa que afaste o caráter competitivo entre os participantes.

A fim de reforçar esse entendimento, segue coleção de julgados do TCU sobre o tema:

Exigir-se comprovação de capacidade técnica para parcelas de obra que não se afiguram como sendo de relevância técnica e financeira, além de restringir a competitividade do certame, constitui-se clara afronta ao estabelecido pelo art. 30 da Lei no 8.666/1993, e vai de encontro ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. (Acórdão 170/2007 Plenário)

Por isso, requer que seja rerratificado o Termo de Referência e, por consequência, o Edital para adotar critérios objetivos para fixar a relevância da contratação.

DA INDEVIDA EXIGÊNCIA DE AVERBAÇÃO DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA OPERACIONAL

Também, ficou especificado, na Cláusula 9.4.6, que a empresa participante deveria apresentar Atestado de Capacidade Técnica Operacional averbado no CREA.

O artigo 55 da Resolução CONFEA nº 1.025/2009 veda a emissão de CAT em nome da pessoa jurídica, somente sendo usada a CAT para apresentação de capacidade técnica profissional.

“Art. 55. É vedada a emissão de CAT em nome da pessoa jurídica.

Parágrafo único. A CAT constituirá prova da capacidade técnico-profissional da pessoa jurídica somente se o responsável técnico indicado estiver a ela vinculado como integrante de seu quadro técnico.”

Sabe-se que, o atestado de capacitação técnica-operacional está previsto no inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993, o qual estabelece que os serviços objeto de ateste só precisam ser relevantes e similares em relação ao objeto da licitação.

Isso quer dizer que deverão ser levadas em conta suas quantidades, prazos de atendimento, características e, ainda, se houve a plena satisfação do atendimento por parte do cliente (seja ele da Administração Pública ou do setor privado), atestando que a empresa tem de fato a "capacidade" para atender o objeto licitado.

Sem dúvida, tal dispositivo não menciona a exigência de atestado registrado no Crea, a não ser quando, no seu § 1º, trata das exigências quanto à comprovação da capacitação técnico-profissional (inciso I, do § 1º do art. 30 da Lei 8.666/1993).

As empresas não possuem acervo técnico propriamente dito. Conforme o art. 48 da Resolução 1.025/2009 do CONFEA, a pessoa jurídica terá a capacidade técnico-profissional representada pelo conjunto dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro técnico.

Em síntese, a empresa possui a experiência técnico-operacional e o responsável técnico que trabalha para ela possui a experiência técnico-profissional.

Dessa forma, a empresa não precisa de um atestado de capacidade técnica registrado no CREA. O que ela precisa é ter seu registro no CREA, por motivo da sua atividade (inciso I, do art. 30 da Lei 8.666/1993).

O profissional que é responsável técnico ou que futuramente participe do seu quadro técnico também deverá ter registro no CREA, mas quem deverá registrar o atestado é o próprio profissional.

Em assim sendo, tem razão o representante quando afirma que a validação no CREA dos atestados que visam comprovar a referida capacidade técnica-operacional das empresas não tem previsão legal, pois o registro de atestados técnicos é regulado pela Resolução 1.025/2009, do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (Confea).

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União assim entende:

“É irregular a exigência de que a atestação de capacidade técnico-operacional de empresa participante de certame licitatório seja registrada ou averbada junto ao CREA, uma vez que o art. 55 da Resolução-Confea 1.025/2009 veda a emissão de Certidão de Acervo Técnico (CAT) em nome de pessoa jurídica. A exigência de atestados registrados nas entidades profissionais competentes deve ser limitada à capacitação técnico-profissional, que diz respeito às pessoas físicas indicadas pelas empresas licitantes.” (Acórdão 1849/2019: Plenário, Relator: Raimundo Carreiro)

Dessa forma, requer que seja rerratificado o Termo de Referência para excluir cláusula que exija averbação no CREA dos atestados de capacidade técnica operacional.

DA IMPUGNAÇÃO A MEMÓRIA DE CÁLCULO E A PLANILHA ORÇAMENTÁRIA

Ao realizar uma análise quanto a viabilidade econômica da licitação nos termos que se propõe, notamos que a Memória de Cálculo usada para estimar os quantitativos dos itens

necessários à consecução dos serviços e com o memorial descritivo dos itens.

Na verdade, ao realizar a análise das metodologias adotadas na memória de cálculo podemos notar que a especificação, da especificação da quantidade de mão de obra, da fixação da necessidade de equipamentos, da estipulação das horas trabalhadas e os demais problemas que podem ser encontrados na planilha decorrem por não haver a devida justificativa.

Todas as incongruências apontadas destoam uma falta de planejamento e uma inexatidão para quem pretende participar do certame.

Não só, porque a falta de planejamento extraída ocasiona uma imprecisão na hora de apresentar uma proposta de preço que guarde paridade com o estimado do item a ser disponibilizado e o quantitativo informado.

Ou seja, verifica-se a necessidade apresentar justificativa para a fixação dos itens a serem contratados e que esses itens apresentem correspondência com a metodologia usado para a quantificação destes itens.

Ainda que apresente uma memória de cálculo para chegar no quantitativo de itens a serem contratados, o cálculo adotado como apresentado não elide a problemática.

Como é cediço, a ausência de documento que demonstre o critério adotado e comprove a justificativa acerca da quantidade de serviços a serem licitado evidencia a falta de planejamento do gestor.

Evidentemente, há legítimo interesse público na realização da contratação, até por que é notório que o Município de Angra dos Reis precisa dos serviços locação, mas saber qual a real necessidade também é um interesse público.

Contudo, para que não haja potencial dano ao erário por superestimativa dos itens da planilha orçamentária, é necessário que apresente a devida justificação.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas de Minas Gerais assim já decidiu:

DENÚNCIA. IRREGULARIDADES NO EDITAL DE TOMADA DE PREÇOS. PRELIMINARES. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO 118-A, II, DA LEI COMPLEMENTAR N. 102/2008. REJEITADA. NÃO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DESTE TRIBUNAL. MÉRITO. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO EM PLANILHAS DE QUANTITATIVOS E PREÇOS UNITÁRIOS. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA QUANTO A ESCOLHA DO MODELO DE LICENÇA TEMPORÁRIA PARA CONTRATAÇÃO DOS SOFTWARES. IRREGULARIDADES. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO. [...] 3. A transparência administrativa é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito e assegura maior controle social e participação da sociedade na gestão da coisa pública, reforçando a vigilância sobre a juridicidade e a economicidade da atuação da Administração. Assim, faz-se necessária a divulgação, no edital de Tomada de Preços, das planilhas de custo unitário e do valor estimado da contratação, tanto na fase externa do certame, quanto na interna. [...] (TCE-MG - DEN: 811943, Relator: CONS. SEBASTIÃO HELVECIO, Data de Julgamento: 10/10/2017, Data de Publicação: 27/10/2017)

As mudanças dos quantitativos devem alterar o valor total da contratação e pode resultar possível dano ao erário se não especificada corretamente.

Por isso, nota-se necessário impugnar os seguintes itens da Memória de Cálculo:

1 - PLANILHA ORÇAMENTÁRIA:

- a) Não foram apresentadas as composições para os itens 2.1, 5.4 e 6 da Planilha Orçamentária;
- b) Foi especificado 200 unidades ao mês de transporte de contêiner.

2 - MEMÓRIA DE CÁLCULO

- a) Não vou motivação para a quilometragem de distância para os itens 2.3, 2.5, 3.4, 3.6, 4.2, 4.3, 5.7 e 5.10;
- b) Há divergência de compactação do item, já que especificado indevidamente 1.7 t/m³;
- c) Não apresentação da decomposição dos itens criados pelo órgão licitante.

DA DIFERENCIAÇÃO DO BDI INDEVIDA PARA OS ITENS DE ASFALTO

Primeiramente, é sabido pelo órgão licitante e por demais participante que somente uma usina de asfalto na região em que se encontra o Município de Angra dos Reis.

Não precisaria nem continuar discorrer o argumento para atentar que a diferenciação da fixação do item de BDI é totalmente descabida e favorece somente empresas que possam ofertar o menor preço para esse item.

Cabe ressaltar, também, que para uma licitação de pavimentação é totalmente relevante, tanto como econômico, mas igualmente como técnico, o item de pavimentação em CBUQ.

Então, pode ser afirmar sem abrir aspas que a diferenciação de BDI para presente licitação irá criar barreiras para qualquer participante que não seja da região.

Isso é totalmente vai de encontro que outros itens relevantes não tiveram a redução do BDI como o item de pavimentação em CBUQ.

Evidentemente, os fornecimentos dos demais itens relevantes, como o de drenagem, que somente nos municípios distantes possuem a possibilidade de realizar o fornecimento, não tiveram a redução do custo indireto.

Assim, o BDI diferenciado em 10%, sem ser a não cobrança de ISS para o referido item, demonstra-se totalmente equivocado pelo órgão licitante.

O Tribunal de Contas da União preocupado com o tema de custos indiretos em obras e serviços de engenharia editou a Súmula nº 253/2010, que assim preconiza:

“Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra devem apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas - BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens.”

Faz alertar que, o órgão licitante ao elaborar seu Projeto Básico não trouxe nenhuma justificativa ou motivação para fixação diferenciada para os itens de pavimentação.

Ainda, consubstanciado pela Súmula nº 253/2010 do TCU, deveria ser necessário que os itens de pavimentação em CBUQ possuíssem natureza específica que para justificar tremenda redução de BDI.

Além do mais, no que concerne ao fornecimento desse material betuminoso, tal aquisição junto às refinarias é mais complexa do que a obtenção de um insumo como areia e brita.

Primeiramente, há uma preocupação constante com o controle da temperatura que deve ser mantida em níveis elevados e, depois, existe toda uma logística diferenciada de estocagem.

Como exemplo dessa especificidade, cita-se a Norma Rodoviária de Especificação de Serviço - DNER-ES 313/1997 que trata da execução do Concreto Betuminoso Usinado a Quente - CBUQ e que prevê que a temperatura do ligante betuminoso não deve ser inferior a 107°C e nem exceder a 177°C, bem como, em seu subitem 5.3.1.- Depósito para ligante betuminoso.

Logo, diante da complexidade de fornecimento do item, diferente do especificado pelo órgão licitante, caberia até uma majoração da fixação do BDI.

Por esse motivos, é totalmente ilegal a fixação do BDI na forma diferenciada para os itens de pavimentação em CBUQ.

DA AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE FONTE DE PESQUISA PARA OS ITENS LICITADOS

Conforme consta na planilha em anexo ao Edital, para alguns itens foram realizadas composição com outros itens orçamentários, porém não foi dada transparência como é realizada a composição para criação desses itens.

Entretanto, foi fixado preço para esses itens e as pesquisas realizadas pelo Ente Municipal não apresentam o local ou as fontes onde foram realizadas as pesquisas de preços.

A não apresentação da fonte da pesquisa de preço no orçamento elaborado pela administração pública levanta preocupações sobre a falta de fundamentação e justificativa adequadas para os valores orçamentários propostos pelos licitantes.

A inclusão da fonte da pesquisa de preço é essencial para proporcionar uma justificativa clara e transparente para os valores apresentados, demonstrando que foram realizadas análises e comparações adequadas no processo de definição dos preços.

O Decreto Federal nº 7.983/2013, como normativo basilar para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia a serem contratados pela união, estabelece que:

“Art. 6º Em caso de inviabilidade da definição dos custos conforme o disposto nos arts. 3º , 4º e 5º , a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.”

Outro normativo federal, ao estipular como realizar o procedimento de pesquisa de mercado, assim asseverou:

Instrução Normativa SEGES/ME nº 65/2021:

“Art. 3º A pesquisa de preços será materializada em documento que conterà, no mínimo:

III - caracterização das fontes consultadas;”

Ou seja, a inexistência de fonte consultada para a formação da pesquisa de preço é um problema sério que pode comprometer a validade e confiabilidade dos resultados.

A utilização de fontes consultadas confiáveis é essencial para obter informações precisas e atualizadas sobre os preços praticados no mercado.

DO PEDIDO

Ante ao exposto, requer que:

- I) sejam declaradas nulas as cláusulas acima impugnadas;
- II) seja determinada a republicação do Edital, reabrindo-se prazo inicialmente previsto.

P. deferimento.

São Gonçalo/RJ, 21 de setembro de 2023.

RCS CONSTRUCAO E SERVICOS LTDA