

**ILUSTRÍSSIMA SRA. ISABEL CRISTINA NEVES CARDOSO PREGOEIRA DA
PREFEITURA MUNICIPAL DE CRISTAIS PAULISTA/SP**

Pregão Presencial n.º 0006/2019

Processo n.º 7006/2019

STERICYCLE GESTÃO AMBIENTAL LTDA.,
sociedade empresária limitada, com filial na cidade de Mogi Mirim, na Avenida
Geraldo Potyguara Silveira Franco, n.º. 1.000, Parque das Empresas, Estado de São
Paulo, CEP 13803-280, inscrita no CNPJ sob o n.º 015680770015-20, ciente do
instrumento convocatório veiculado a respeito do Pregão Presencial n.º. 06/2019, vem,
à presença de Vossa Senhoria, tempestivamente, apresentar

IMPUGNAÇÃO

ao edital nos seguintes termos:

**Da exclusividade de participação para MEs e EPPs – Ausência de cumprimento dos
requisitos legais**

A promulgação da Lei Complementar n.
147/2014, alteradora da Lei Complementar n. 123/2006, trouxe significativo aumento a
abrangência do regime de preferências das ME's e EPP's nas licitações públicas,
incluindo no texto a exclusividade de participação dessas empresas nos processos
licitatórios com valor global até R\$80.000,00, vejamos:

*Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei
Complementar, a administração pública:*

*I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à
participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens
de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
(Redação dada pela Lei Complementar n.º 147, de 2014)*

Não obstante, tal determinação não é absoluta, sendo o requisito financeiro apenas um dos itens a ser observado quando da tomada de decisão para que eventual licitação seja considerada como exclusiva, tendo em vista a necessidade de se adequar todos os requisitos legais juntamente a obtenção da melhor proposta para a administração, razão pela qual se faz necessária a observação do teor do artigo 49 da já citada Lei Complementar:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I – os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

Veja que, de início, já verificamos que o objeto do presente edital, por se tratar de atividade que demanda licenciamento ambiental, maquinário específico e ampla demanda de pessoal, situações que implicam em um universo por demais limitado de empresas atuando regionalmente, que dirá em âmbito nacional.

Inclusive, podemos citar dois exemplos do Estado de São Paulo, o primeiro de Santa Cruz das Palmeiras, onde o edital destacou em seu Preâmbulo que, por conta do já citado artigo 49 da já citada legislação, em razão de não terem sido obtidos três fornecedores competitivos, não seria aberta a licitação com tal exclusividade, já o segundo, relativo a Base de Aviação de Taubaté, a qual abriu licitação exclusiva para ME e EPP em 06/08/2018, tendo concluída como licitação deserta por ausência de concorrentes, sendo necessária nova sessão pública para conclusão do certame de forma ampla.

O que se busca demonstrar, considerando a dinâmica do mercado na região, deve o administrador público tomar as medidas necessárias a garantir que a limitação de sua licitação irá lhe garantir o cumprimento do incentivo legal e, ao mesmo tempo, a obtenção da proposta mais vantajosa.

Ou seja, tendo em vista o impacto que eventual ausência de competitividade pode causar, a *“definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;”*¹

Assim, para que não se caracterize restrição de competitividade deste certame, necessário a esta administração que levante a exclusividade de participação para empresas organizadas como ME e EPP, posto que não há na região um mínimo de três empresas em condição para participar dentro dessa configuração.

Da qualificação técnica das licitantes – Exigências mínimas – Momento de apresentação

Com efeito, a fase de habilitação consiste no conjunto de atos destinados a aferir a idoneidade e capacidade da licitante em executar satisfatoriamente o objeto licitado. Justamente por isso, delineou a Lei nº 8.666/93 os aspectos a serem perquiridos, indiciários de tal aptidão à contratação administrativa, quais sejam: *(i.) habilitação jurídica, (ii.) regularidade fiscal, (iii.) qualificação econômico-financeira, e (iv.) qualificação técnica.*

Por qualificação técnica entende-se *“o domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para a execução do objeto a ser contratado”,* a qual, consoante escólio de Marçal Justen Filho, *“abrange, inclusive, a situação de regularidade em face de organismos encarregados de regular determinada profissão”.*

A lei 8.666/93 traz em seu artigo 30 os pormenores do que se caracteriza como a qualificação técnica:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação,

¹ Artigo 8º da Lei 10.520/2002

bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Não obstante a Administração tenha certa margem de discricionariedade para formular no ato convocatório exigências de qualificação técnica que considere como necessárias para a atividade a ser executada, podendo deixar de requerer aquelas que não se afigurarem, a princípio, relevantes, em função dos princípios da eficiência e do dever de bem administrar o patrimônio e interesse público, em todas as contratações deve o administrador efetivamente impor exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração Pública, o que não foi atingido neste caso, tendo em vista somente ter sido exigida apresentação de um único atestado de capacidade técnica.

Dessa maneira, há que se considerar não bastar a indicação de experiência anterior para a aferição da aptidão técnica da licitante. Isto porque, seus equipamentos e funcionários podem estar comprometidos e atrelados a outra execução contratual que impeça a satisfatória execução do objeto licitado.

Nesse ponto, por estarmos tratando de atividades que apresentam riscos em potencial ao meio ambiente, é importante que os órgãos responsáveis pela proteção deste bem público também representem parâmetro para avaliar se o licitante possui ou não capacidade para prestar o serviço.

O artigo 10º da Lei n.º 6.938/81, Estatuto Nacional do Meio Ambiente, já traz em destaque a necessidade de que qualquer empreendimento com potencial poluidor deve ser devidamente licenciado de maneira prévia pelos órgãos ambientais competentes.

Com isso, fica claro que o edital também falhou ao não solicitar requerimento para que as licitantes apresentassem as Licenças Operacionais necessárias a toda a execução do serviço, principalmente no que diz respeito ao transporte e tratamento dos resíduos, as maiores etapas da execução do serviço, sendo este o entendimento do Tribunal de Contas de União acerca da matéria:

Observe para que as situações que envolvam aspectos referentes à legislação ambiental, especificamente no que se refere à exigência de apresentação da licença de operação concedida pelo Órgão ambiental do estado onde a licitante esteja localizada e/ou daquele onde os serviços serão prestados, conforme for o caso, e segundo dispuser a regulamentação ambiental específica, contemplando a autorização para o funcionamento de suas instalações e a prestação do serviço licitado, em atenção ao disposto nos arts. 28, inciso V, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993.

Acórdão 247/2009 Plenário

Vale destacar também que de acordo com o preconizado pelo §1º, inciso I, do artigo supratranscrito, não basta à licitante dispor de aparelhamento e pessoal necessários à execução do objeto licitado, indispensável, ainda que comprove dispor em seu quadro permanente, seja através da comprovação de vínculo empregatício ou de contrato de trabalho, de profissionais, no caso, engenheiro ambiental ou civil, que se encarregará da prestação dos serviços, caso se consagre como vencedora.

Isto posto, não tendo o instrumento convocatório formulado as devidas exigências demonstrativas da qualificação técnica das licitantes à execução do contrato, imperiosa se faz sua retificação, para em consonância ao artigo 30, da Lei nº 8.666/93, fazer constar do edital a exigência de apresentação de:

- (i.) Licença de Operação da unidade de tratamento;
 - (ii.) Licenças de Operação de transporte de resíduos dos serviços de saúde;
 - (iii.) Licença de Operação do aterro terceirizado para destinação dos resíduos e carta de anuência;
 - (iv.) Alvará de Funcionamento;
 - (v.) Registro da Licitante e Responsável Técnico no IBAMA, seguindo a legislação aplicável;
 - (vi.) Ficha de registro do funcionário, comprovando o vínculo da proponente com os motoristas que executarão o contrato e comprovação de curso de Movimentação de Produtos Perigosos;
 - (vii.) DUT, CIV (Certificado de Inspeção Veicular), e CIPP (Certificado de Inspeção para Transporte de Produtos Perigosos) dos veículos que serão utilizados na coleta e relação de profissionais que executará o contrato.
-

Não obstante tais documentos sejam de suma importância para demonstrar a capacidade da empresa de regularmente executar o objeto licitado, sua apresentação não foi requerida como pressuposto de habilitação das licitantes, conforme já mencionado, requereu-se tão somente a apresentação no momento da formalização do contrato apenas pela empresa vencedora do certame.

Referida disposição observa a Súmula 14 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que estipulava a apresentação dos referidos documentos específicos apenas como procedimento prévio à contratação:

“SÚMULA Nº 14 - Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só são devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno”.

Ocorre, contudo, que reanalisando a jurisprudência e o cenário jurídico, **o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo** **houve por bem CANCELAR referida Súmula**, consoante disposto na Resolução nº. 10/2016, a qual entrou em vigor na data de sua publicação, qual seja, 15 de dezembro de 2016:

*“O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, no uso das atribuições que lhe conferem os artigos 131 e seguintes de seu Regimento Interno e, a partir de estudos elaborados no Processo TC-A-63433/026/90,
RESOLVE
Artigo 1º - ficam canceladas as Súmulas nº 5, 7, 14 e 19, ficando mantidos os demais enunciados ora vigentes.”*

Ou seja, não mais vigora a orientação de que as licenças, cadastros e demais documentos técnicos, imprescindíveis para a prestação dos serviços licitados, e, portanto, para aferição da qualificação técnica da licitante, sejam requisitados tão somente do vencedor, após encerrado o certame.

Assim se fez justamente pelo fato de **tais documentos serem essenciais para a adequada seleção da vencedora**, sendo muitas vezes contraproducente sua requisição tão somente ao final, por demandar a

reabertura do certame no caso de se descobrir somente quando da contratação a empresa não estar efetivamente capacitada a prestar os serviços, por não dispor dos documentos que anteriormente declarou gozar.

Inclusive, a requisição de todas as licenças, cadastros e demais documentos técnicos na fase de habilitação encontra amparo na Lei nº. 8.666/93, que especificamente no artigo que disciplina os pressupostos de habilitação técnica, prevê:

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

(...)

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso”.

Ora, todas as licenças de operação, cadastros nos órgãos ambientais, habilitações especiais, MOPP, etc, advêm de determinações legais para a regular prestação dos serviços, razão pela qual sua requisição na fase competitiva, como indicativo da qualificação técnica das licitantes resta acobertada pelo referido dispositivo legal. Neste sentido, inclusive já decidiu a Egrégia Corte de Contas Paulista:

“...entende-se que podem ser exigidas para fins de habilitação as licenças e/ou autorizações que se demonstrem essenciais para o funcionamento regular da atividade empresarial da licitante, conforme a jurisprudência desta C. Corte de Contas (TC's 3416.989.14-3, 3433.989.14- 2, 3455.989.14-5, 3457.989.14-3, 1302.989.12-4, 1297.989.13-9, entre outros).”

Sendo assim, analisando o caso concreto, nos moldes acima destacados, para que se comprove a aptidão da licitante de regularmente executar os serviços em comento, verifica-se ser imprescindível a retificação do edital para que os documentos técnicos sejam exigidos como pressuposto de habilitação.

Da omissão quanto a subcontratação parcial dos serviços – Possibilidade de ampliação do universo de licitantes – Omissão do edital

Analisando-se o presente edital, este é completamente silente quanto a questão de subcontratação ou terceirização dos

serviços, não havendo menção a este fato nem mesmo em seus anexos, apenas mencionando a obrigatoriedade de autorização para recebimento das cinzas geradas pelo processo de tratamento.

Contudo, tal determinação implica em uma possibilidade de terceirização do contrato muito ampla, inclusive permitindo que parcela de alta complexidade técnica seja alvo de execução por pessoa diversa do contratado. Nesse ponto, não é demais mencionar que, em estrita consonância a Lei nº. 8.666/93, a jurisprudência se manifestou pela plena legalidade da subcontratação parcial de contratos administrativos de objeto complexo, in verbis:

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Licitação – Empresa vencedora do certame – Subcontratação integral do objeto da licitação – Criação de negócio jurídico alheio ao procedimento licitatório – Inadmissibilidade – Contrato administrativo de natureza intuitu personae – Certame licitatório feito para que a Administração verifique a capacidade técnica e idoneidade das empresas – Impossibilidade de subcontratar, exceto se envolver parte da obra e mediante autorização da entidade administrativa – Inteligência dos artigos 72 e 78, VI, da Lei nº 8.666/93 – A desvinculação do edital e do contrato implica violação aos princípios da Administração Pública – Prejuízo ao erário verificado – Ofensa aos art. 37, XXI, da CF e 10, VIII, da LIA – Isenção de responsabilidade de empresa subcontratada, que executou a obra, e do engenheiro que atestou sua conclusão – Sentença de improcedência – Recurso parcialmente provido

Data de publicação: 04/08/2015

TJ-SP - Apelação APL 00014914120058260172 SP 0001491-41.2005.8.26.0172 (TJ-SP)

Todavia, há que se considerar como escopo principal de uma licitação a obtenção para a administração da proposta mais vantajosa, não apenas em termos financeiros, mas também técnicos, posto que de nada serviria para qualquer ente público obter de um licitante preço módico por serviços que não tem a devida capacidade para executar.

Nesse sentido, há uma necessidade clara de que se proteja o interesse público com a contratação exclusiva de empresas que efetivamente possuam capacidade técnica para execução do serviço, principalmente em se tratando de matéria como o tratamento de resíduos, que, tratado pelo regime da

política nacional de resíduos sólidos, utiliza o regime de responsabilidade compartilhada. Para tanto, já entendeu o Tribunal de Contas da União que as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo não poderão ser subcontratadas, inclusive determinando qual a forma de aferição desta parcela, nos termos abaixo:

É ilícita a inserção, em editais do DNIT, de autorização que permita a subcontratação do principal de objeto licitado, entendido essa parcela do objeto como o conjunto de itens para os quais foi exigida, como requisito de habilitação técnico-operacional, a apresentação de atestados que comprovem execução de serviço com características semelhantes. Acórdão n.º 3144/2011-Plenário, TC-015.058/2009-0, rel. Min. Aroldo Cedraz, 30.11.2011.

Veja que, dentro do edital em questão, somente exige-se atestados de capacidade técnica para o tratamento dos resíduos, ou seja, esta parcela da execução contratual, nos termos em que entende o TCU, não pode ser subcontratada.

Sendo assim, dada a complexidade das atividades abarcadas pelo certame em comento, verifica-se a conveniência de se admitir a subcontratação parcial do objeto licitado, especialmente que seja referente a menor parcela do objeto, casos da incineração dos resíduos químicos e aterros para disposição final dos resíduos, em consonância ao estipulado pelo artigo 72 da Lei de Licitações.

Conclusão e requerimento

Em face de todo o exposto, requer-se seja retificado o edital em comento com observância da legislação e conceitos regulamentadores aplicáveis, de modo a garantir a esta administração que obtenha a proposta mais vantajosa e segura em termos técnicos.

Termos em que,
Pede deferimento.

Mogi Mirim, 01 de março de 2019.

STERICYCLE GESTÃO AMBIENTAL LTDA.

Heloá Felipe
Procuradora