

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

ILUSTRÍSSIMA SR^a. PREGOEIRA OFICIAL FUNDAÇÃO ESTATAL DE ATENÇÃO A SAÚDE

A empresa **MEYER ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA**, CNPJ nº 17.626.014/0001-18, através de seu representante Legal **Marlon Juliano Meyer**, CREA-207096/D-TO vem respeitosamente através deste, com fundamento no artigo 41 e seus parágrafos da Lei Federal nº 8.666/93, interpor a presente **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 128/2019**, pelos seguintes fundamentos de fato e de direito:

A) DA TEMPESTIVIDADE

Conforme determinado no Item 5.1 do Edital: “5.1: Até 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.” Como a data de abertura do certame está marcada para dia **17/12/2019**, verifica-se tempestiva impugnação proposta dia **12/12/2019**, 03 (três) dias anteriores a data de abertura.

"Assim, observa-se que tanto a lei quanto os decretos definem que a impugnação pode ser intentada até dois dias úteis antes da realização da licitação. Da interpretação das referidas normas, que utilizam a expressão "até", pode-se concluir que o segundo dia útil anterior ao certame também deverá estar incluído no prazo (ou seja, a impugnação poderá ser apresentada inclusive no segundo dia útil que antecede a disputa)."

ACÓRDÃO Nº 2167/2011 – TCU – Plenário

B) DOS MOTIVOS

I- EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA OPERACIONAL REGISTRADO NA ENTIDADE PROFISSIONAL COMPETENTE - CREA

No Edital no tópico "III. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA: ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA " é exigido como qualificação técnica a comprovação de aptidão para desempenho da atividade compatível com o objeto da licitação a apresentação de " **ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrados no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA)**". (grifo nosso)

“III. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA: ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrados no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA), apresentando as capacidades técnicas de execução em estabelecimento comercial ou industrial com capacidade mínima equivalente a 50% do disposto no Hospital do Idoso Zilda Arns, conforme preconiza o Art. 30, inciso II e §1º da Lei 8666/93.

Importante destacar a diferença entre ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA **OPERACIONAL** (da Empresa) e ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA **PROFISSIONAL** (do Profissional).

A previsão legal para exigência de qualificação técnica abrange tanto a experiência empresarial quanto a experiência dos profissionais que irão executar o serviço. A primeira seria a **capacidade técnico-operacional**, abrangendo atributos próprios **da empresa**, desenvolvidos a partir do desempenho da atividade empresarial com a conjugação de diferentes fatores econômicos e de uma pluralidade de pessoas. A segunda é denominada **capacidade técnico-profissional**, referindo-se a existência de **profissionais** com acervo técnico compatível com a obra ou serviço de engenharia a ser licitado.

CAT ou CERTIDÃO DE ACERVO TÉCNICO é o documento que apresenta o conjunto das atividades desenvolvidas ao longo da vida do PROFISSIONAL, em que constam os assentamentos do CREA referente às ART arquivadas em nome do PROFISSIONAL.

Conforme os Artigos 49 e 50 da **Resolução 1025/09 do CONFEA**, o CAT (Certidão de Acervo Técnico) é um documento do PROFISSIONAL e não OPERACIONAL da Empresa.

Art. 49 da Resolução 1025/09 do CONFEA – A Certidão de Acervo Técnico (CAT) é o instrumento que certifica, para os efeitos legais, que consta dos assentamentos do CREA a Anotação da Responsabilidade Técnica (A.R.T.) pelas atividades consignadas no acervo técnico do profissional.

Art. 50 da Resolução 1025/09 do CONFEA – A CAT deve ser requerida ao CREA pelo profissional por meio de formulário próprio, conforme o Anexo III, com indicação do período ou especificação do número das A.R.T.s que constarão da certidão.

Conforme pode ser observado, o CREA não registra o acervo técnico da PESSOA JURÍDICA, pois sua responsabilidade é com o PROFISSIONAL.

Vejamos o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre a matéria, representado pelo Acórdão 128/2012 – 2ª Câmara Acórdão 655/2016 do Plenário:

1.7. Recomendar à UFRJ que exclua dos editais para contratação de empresa para a execução de obra de engenharia a exigência de registro no CREA dos atestados para comprovação da capacitação técnica operacional das licitantes, tendo em conta a recomendação inserta no subitem 1.3 do Capítulo IV combinado com o subitem 1.5.2 do Capítulo III do Manual de Procedimentos Operacionais para aplicação da Resolução CONFEA nº 1.025/2009, aprovado pela Decisão Normativa CONFEA nº 085/2011”. (Acórdão 128/2012 – 2ª Câmara) 9.4. dar ciência ao Município de Itagibá/BA, de modo a evitar a repetição das irregularidades em futuros certames patrocinados com recursos federais, de que: (...) 9.4.2. a exigência de comprovação de aptidão técnica devidamente registrada junto ao Crea, dando conta de que a empresa interessada já desenvolveu serviços idênticos/semelhantes ao previsto no objeto do edital, contraria a Resolução 1.025/2009 do Confea e o Acórdão 128/2012 – TCU – 2ª Câmara; (Acórdão 655/2016 do Plenário).

Quando um PROFISSIONAL faz o registro do ACERVO TÉCNICO junto ao CREA ele tem a OPÇÃO de vincular a PESSOA JURÍDICA, no entanto não é obrigatório, pois o registro é do PROFISSIONAL e não da EMPRESA.

Exigir que o ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA OPERACIONAL em nome da EMPRESA seja registrado no CREA é o mesmo que exigir o vínculo empregatício entre o PROFISSIONAL e a EMPRESA pois somente o PROFISSIONAL ao registrar seu ACERVO teria condições de incluir uma determinada EMPRESA e não é possível o registro da EMPRESA junto ao CREA sem o vínculo com o PROFISSIONAL.

Além de não existir nenhuma previsão legal para a exigência do vínculo empregatício, o Tribunal de Contas da União já se manifestou inúmeras vezes contrário à exigência como critério de habilitação em processos licitatórios.

Este Tribunal também tem se posicionado em diversos julgados, no sentido de que se exigir que haja vínculo empregatício para comprovação de que o profissional integra o quadro permanente da licitante é desnecessário. Esse vínculo não se afigura como imprescindível para a comprovação de capacidade técnica-profissional, haja vista a possibilidade de autonomia no exercício de profissão. Desse modo, tais exigências não só são consideradas por esta Corte como restrição à competitividade na licitação, como também estão em desconformidade com a legislação, com a jurisprudência e com a doutrina aplicáveis ao caso. Acórdão 80/2010 Plenário (Voto do Ministro Relator)

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 1674/2018 Plenário (Representação, Relator Ministro Augusto Nardes)

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 (Representação, Relator Ministro Raimundo Carreiro)

II- DA RESCISÃO

Conforme extração do Edital na MINUTA CONTRATUAL, consta na CLÁUSULA QUINTA – DA RESCISÃO, Paragrafo Primeiro, especificamente o seguinte texto:

“Paragrafo Primeiro:

Poderá ainda o contrato ser rescindido por qualquer uma das partes, a qualquer tempo, observadas as seguintes condições:

a) na hipótese da CONTRATANTE solicitar a rescisão, deverá efetuar comunicação por escrito à CONTRATADA, com antecedência mínima de até 60 (sessenta) dias, sendo então pagos os serviços comprovadamente prestados, não cabendo à CONTRATADA qualquer outra compensação ou indenização, seja a que título for;

b) na hipótese da CONTRATADA solicitar a rescisão, esta deverá continuar prestando os serviços por período a ser estipulado pela CONTRATANTE, não inferior a 60 (sessenta) dias, a contar da data do recebimento da solicitação de rescisão.”

No entanto, na Seção V - Da Inexecução e da Rescisão dos Contratos prevista na Lei 8.666/93, é possível conhecer as possibilidades de Rescisão Contratual elencadas em seu Artigo 77 e seguintes, onde delimitam quais os motivos justificariam a Rescisão do Contrato, e em nenhum dos mencionados Artigos abrangem a possibilidade de Rescisão em nenhum momento abrange a possibilidade de Rescisão antecipada mediante aviso prévio sem explícita motivação e direito a indenização. Diferente disso, o art. 79 da mencionada Legislação é claro ao determinar as seguintes possibilidades de extinção do Contrato:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - judicial, nos termos da legislação;

§ 1o A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

§ 2o Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I - devolução de garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III - pagamento do custo da desmobilização.

Nos incisos constantes (I a XII e XVII) do artigo 78 citados no inciso I do artigo 79 não é previsto a possibilidade de Rescisão Contratual a qualquer tempo sem a devida motivação. Tal cláusula pode diminuir a segurança contratual, visto que, ao estabelecer o vínculo contratual de prestação de serviços existe uma preparação prévia da empresa e expectativa de receita durante vigência prevista no Instrumento Convocatório, e a inserção da possibilidade de rescisão contratual a qualquer tempo e imotivadamente lesa de forma significativa a Contratada que se compromete e efetua compromissos com a receita oriunda da Contratação.

III- ÍNDICE DE REAJUSTE

Não consta no Edital bem como na Minuta Contratual informação referente ao Índice de reajuste contratual utilizado pela administração após o transcurso dos 12 (doze) meses de vigência, conforme consta no Art. 55 da Lei 8.666/93:

*“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;”*

Nos casos em que a execução do contrato ultrapasse a vigência estipulada é necessário que se adote um índice de reajuste do valor contratual, bem como que esta previsão esteja prevista de forma clara no Instrumento Convocatório.

IV- DA GARANTIA

No item 6 – DO SEGURO E DA GARANTIA, subitem 6.1 – “Do Seguro” é mencionado:

“a) A CONTRATADA deverá providenciar seguro – contra riscos de engenharia, com validade para todo o período de execução dos serviços – em companhia seguradora idônea e apresentar a respectiva apólice à FEAS, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura do contrato.”

Não fica claro se o seguro previsto no item anterior, se refere ao Seguro - Garantia previsto no Art. 56, § 1º, II da Lei:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

II - seguro-garantia;

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

Caso o item questionado seja referente a garantia contratual de que trata o artigo 56, solicitamos que seja informado qual a porcentagem dentro do limite legal será exigido pela Contratante.

V- FORMA DE ENVIO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

O item 9.5.1, 9.5.2 e 11.1 do Edital possuem os seguintes textos:

“9.5.1 Após o encerramento da fase de lances, a empresa que restar melhor classificada, deverá encaminhar os documentos abaixo indicados para o seguinte endereço: Rua Lothário Boutin, nº 90, Bairro Pinheirinho, Curitiba/PR,

CEP 81.110-522, Hospital do Idoso Zilda Arns - Hiza, A/C da Sra. Kamila Tolari Faneco (Pregoeira). Os documentos serão recebidos até às 17h do dia 19/12/2019 (quinta-feira).

9.5.2. Os documentos acima serão recebidos no endereço mencionado neste item, não serão aceitos aqueles encaminhados por e-mail.

11.1. Os documentos de habilitação deverão ser entregues juntamente com os documentos exigidos para a classificação da proposta (item 9.5) – ATÉ ÀS 17H DO DIA 19/12/2019 (quinta-feira)."

Ocorre que a presente Licitação se trata de um PREGÃO ELETRÔNICO, com a utilização de sistema de disputa o qual possui campo próprio e específico para envio de anexos/documentos, o entendimento do TCU (Acórdão 1343/15- Plenário) é sobre o uso do CAMPO ESPECÍFICO DO SISTEMA para envio de documentos no Pregão Eletrônico proporcionando maior transparência e possibilitando o acompanhamento em tempo real de todos os interessados.

A exigência prevista no Edital de que os documentos sejam remetidos SOMENTE de forma presencial, impossibilita acesso a tais documentações pelos demais licitantes e o que fere de forma grave o princípio da publicidade:

"É permitido a qualquer interessado conhecimento prévio dos termos do processo licitatório, obtenção de certidões ou cópias reprográficas de dados e de documentos que o integram. Em licitação não há fase sigilosa." (Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudências do TCU).

No entanto, apesar de não ser obrigatório o envio da documentação através do sistema de disputa utilizado para a licitação a fim de acompanhamento por todos os licitantes, por ser um procedimento PÚBLICO e que requer TRANSPARÊNCIA é DEVER da Administração dar publicidade a todos os atos ocorridos no certame, conseqüentemente a disponibilização dos documentos para vista a qualquer interessado:

"Não há obrigatoriedade de que a documentação de habilitação de licitantes seja disponibilizada no sistema de operação do pregão eletrônico. O que se exige é que todo o processo e sua respectiva documentação esteja disponível para vista de qualquer interessado." (Acórdão 1148/2014-Plenário)

É ilógico e irrazoável exigir que um participante da Licitação tenha o custo de deslocamento até o Órgão para exercer o seu DIREITO de acesso as documentações, mais ilógico ainda é tal exigência se dar em uma Licitação Eletrônica, onde todos os trâmites do processo foram realizados ELETRÔNICAMENTE, ferindo drasticamente o Princípio da Razoabilidade.

É claro a inobservância ao Princípio da Transparência e da Publicidade pela Administração, uma vez que todos os procedimentos da licitação deverão ser realizados de forma eletrônica buscando a celeridade do processo, porém, em contradição ao procedimento adotado, para habilitação do certame é exigido que a documentação seja enviada somente PRESENCIALMENTE, o que também DIFICULTA e IMPOSSIBILITA o acesso da documentação aos demais licitantes.

C) DOS PEDIDOS

- D) Requer que seja dado provimento a presente impugnação como tempestiva;
- II) Requer que seja excluída a exigência de registro no CREA, ou entidade profissional competente, dos Atestados de Capacidade Técnica OPERACIONAL, exigidos no tópico “III”;
- III) Requer que seja alterada que seja feita modificação no Contrato a fim de modificar a Cláusula Quinta, a fim de retirar o “Paragrafo Primeiro” o qual prevê possibilidade de rescisão antecipada e injustificada, deixando-a conforme legislação vigente;
- IV) Requer que seja incluído no Edital Índice de Reajuste Contratual
- V) Requer que seja esclarecida a exigência ou não de Garantia Contratual
- VI) Requer que o envio dos documentos de habilitação sejam remetidos de forma eletrônica através do sistema, ou em caso de impossibilidade deste que seja enviado através de e-mail e dado vista a todos os interessados, em respeito ao Princípio da Transparência.

Neste Termos,
Pede Deferimento.

MEYER ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA
CNPJ/MF: 17.626.014/0001-18