



À

PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DOS PROGRAMAS ESTRUTURANTES
E PROJETOS PRIORITÁRIOS – SMF DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE/RS

Assunto: IMPUGNAÇÃO ao Edital de Concorrência nº 04/2020 | Processo Administrativo
nº 20.0.000005513-2

A 11E Consultoria e Treinamentos LTDA – ME, pessoa jurídica de direito privado, com sede à Rua da Matriz, nº 93, Botafogo, Rio de Janeiro, RJ, CEP: 22260-100, inscrita no CNPJ/MF nº 19.747.018/0001-80, por intermédio de seu administrador, Sr. Felipe José Ansaloni Barbosa, inscrito no CPF sob o nº 050.225.996-51, RG: MG-10.313.183, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, nos termos do item 3 do edital da Concorrência nº 04/2020 - Processo Administrativo nº 20.0.000005513-2 e dos §§ 1º a 3º do art. 41 da Lei Federal nº 8.666/1993, oferecer a presente

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL,

haja vista os **INÚMEROS E CONSISTENTES INDÍCIOS DE ILEGALIDADE E RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE CONSTANTES DO EDITAL DA CONCORRÊNCIA Nº 04/2020 - PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 20.0.000005513-2,** que tem por objeto a contratação de serviços do Verificador Independente, sendo eles de apoio à fiscalização, envolvendo o detalhamento das sistemáticas e procedimentos, bem como a aferição de indicadores de desempenho e qualidade da Concessionária dos serviços de iluminação pública no município, na forma da legislação pertinente e das normas estabelecidas no edital, no projeto básico e em seus anexos.



I. DA TEMPESTIVIDADE

1. Antes de adentrar ao mérito da impugnação, insta salientar a tempestividade desta peça, haja vista a obediência ao prazo legal de 5 (cinco) dias úteis anteriores à data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, estando assim disposto no artigo 41, §1º, da Lei nº 8.666/1993 e no subitem 3.5 do Edital.

II. SOBRE A EQUIVOCADA ESCOLHA DA MODALIDADE LICITATÓRIA E A INCONFORMIDADE COM OS PRECEITOS LEGAIS:

2. De primeira, cabe destacar que a escolha da modalidade licitatória, Concorrência (inciso I do art. 22 da Lei Federal nº 8.666/1993) foi inadequada tecnicamente e, por via de consequência, frustra o caráter competitivo do certame e impede que a Administração selecione a proposta mais vantajosa.
3. Certamente, o Pregão seria a modalidade mais adequada para o objeto em disputa, visto que tornaria o certame muito muito mais competitivo e econômico para os cofres públicos.
4. Neste sentido, é preciso relembrar conceito de “bens e serviços comuns”, previsto no parágrafo único, da Lei Federal nº 10.520/02: *“Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”*.



5. Segundo o Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹ “O conceito de bem ou serviço comum é dinâmico, pois depende de o mercado ser capaz de identificar especificações usuais”. Na mesma esteira de raciocínio, Marçal Justen Filho² define que “bem ou serviço comum é aquele que se encontra disponível a qualquer tempo num mercado próprio e cujas características padronizadas são aptas a satisfazer as necessidades da Administração Pública”, considerando ainda aspectos importantes como: disponibilidade no mercado, padronização e desnecessidade de peculiaridade para satisfação da Administração Pública.
6. Ao longo dos anos, diante da evolução do mercado, do ordenamento jurídico, da jurisprudência e da doutrina, o conceito de “bem ou serviço comum” sofreu importantes mudanças.
7. O próprio Tribunal de Contas da União – TCU defende uma interpretação mais moderna, diante dos avanços tecnológicos do mercado:

“Primeiramente, a redação das normas que regem o pregão, quanto à definição de bem ou serviço comum, possui textura aberta, propiciando margem a interpretações, o que, em determinados casos, acarreta dúvidas quanto ao enquadramento da natureza de determinado objeto.

[...]

É certo que o legislador, ao utilizar conceituação indeterminada, como é o caso da expressão ‘bem e serviços comuns’ permite maior amplitude na adoção do pregão com o passar do tempo, pois considera que um determinado bem ou serviço pode se tornar comum e usual no mercado em decorrência de evoluções tecnológicas, passando a ser padronizável a maneira como são comercializados, a exemplo do que ocorre com parte dos serviços de tecnologia da informação, atualmente licitados por pregão [...]” (TCU – Acórdão 1046/2014 - Plenário) (grifamos)

¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão*. Belo Horizonte: Fórum, 2003

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 5ª edição. São Paulo: Dialética, 2009, p. 37-39



8. Neste sentido, é necessário rebater qualquer argumento distorcivo, que, eventualmente, queira dizer que um serviço é incomum, simplesmente por ser complexo. O serviço comum é aquele cujos padrões desempenho e qualidade possam ser objetivamente transcritos no instrumento convocatório. Isso não significa que o serviço é simples, simplista ou pouco complexo.
9. Em outras palavras, a complexidade do serviço não é o fator decisivo para inseri-lo, ou não, no conceito de “serviço comum”, mas sim o domínio do mercado em relação à execução daquela tarefa.
10. Nesta linha de raciocínio, a existência de características padronizadas de desempenho e de qualidade e a disponibilidade do produto a qualquer tempo no mercado, pode tornar o serviço complexo, mas “comum”. Tanto é assim, que o próprio TCU já se manifestou neste sentido:

“Bem ou serviço comum é aquele que pode ter seus padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. O conceito de serviço comum não está necessariamente ligado a sua complexidade.” (TCU - Acórdão 1287/2008 Plenário) (grifamos)

11. Adicionalmente, o Professor Jessé Torres Pereira Junior³ ensina que o fato de um objeto possuir complexidade técnica, em nada impede que ele seja caracterizado como “comum”, uma vez que o mercado poderá ter absorvido o conhecimento necessário para ampliar a sua oferta. Veja:

“[...] em aproximação inicial do tema, pareceu que “comum” também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser “comum”, no sendo de que essa

³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 6. ed. p. 1006.



técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado.”
(grifamos)

12. Por isso, é importante trazer à reflexão deste caso concreto, um recente julgado do TCU, em que se *PACIFICOU O ENTENDIMENTO DE QUE A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE AUDITORIA INDEPENDENTE DEVEM SER CLASSIFICADOS COMO “SERVIÇOS COMUNS”, ATRAINDO A MODALIDADE PREGÃO.*

13. Entendeu a Corte de Contas que a padronização existente no mercado, faz com que tais serviços usualmente devam atender a protocolos, métodos e técnicas conhecidas e pré-estabelecidas, além do fato de que os padrões de desempenho e qualidade do objeto podem ser objetivamente definidos no instrumento convocatório, desmistificando assim qualquer impedimento ou vedação quanto à realização do Pregão para a contratação de empresa especializada para atuar como auditor independente, nos termos estabelecidos no edital. Veja-se:

“14. Foi apontado o emprego de modalidade indevida de licitação na contratação sob análise nestes autos. O certame previu a realização de licitação com critério de julgamento ‘técnica e preço’ para a contratação de serviços de engenharia consultiva de apoio às atividades da ANTT. Entretanto, isso contraria a jurisprudência mais moderna do TCU, a qual determina que serviços dessa natureza, em regra enquadrados como ‘serviços comuns’ (aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado), sejam contratados por meio de pregão (art. 1º, da Lei 10.520/2002).

[...]

21. De fato, *já existe entendimento consolidado do TCU, há quase uma década, de que, via de regra, as atividades de fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras ou serviços são considerados como ‘serviços comuns’, devendo ser, pois, contratados por meio de pregão.*

22. Nesse sentido, cita-se o entendimento desta Corte no Acórdão 2.932/2011-TCU-Plenário (Ministro Relator: Valmir Campelo), que determinou ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit):



'9.2.3. para contratação de serviços de supervisão e consultoria, realize a licitação na modalidade pregão, especificando detalhadamente os serviços que a empresa de supervisão ou de consultoria deverá prestar, ressalvando as situações excepcionais em que tais serviços não se caracterizam como 'serviços comuns', caso em que deverá ser justificada, dos pontos de vista técnico e jurídico, nos autos do processo de licitação, a utilização extraordinária de outra modalidade licitatória que não o pregão;'

23. O Tribunal já confirmou, em diversas oportunidades, o entendimento de que os serviços de fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços, que a Lei 8.666/1993 define como 'serviços técnicos profissionais especializados' (art. 13, inciso IV), podem, via de regra, ser considerados 'serviços comuns':

'São considerados serviços comuns, tornando viável a utilização do pregão para sua contratação, os serviços de gerenciamento de obras, desde que possuam padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos no edital de licitação, por meio de especificações usuais no mercado (Enunciado do Acórdão 3.395/2015-Plenário - Ministro-Relator: Benjamin Zymler)

É lícita a utilização de pregão para contratação de serviço técnico de apoio à fiscalização de projetos executivos e de execução de obras de engenharia (Enunciado do Acórdão 2.899/2012-Plenário - Ministro-Relator: Raimundo Carreiro).'

24. O voto condutor do Acórdão 3.341/2012-Plenário (Ministro-Relator: José Múcio Monteiro) revela que não existe incongruência em considerar um serviço técnico profissional especializado como comum:

'7. Portanto, para esta Corte de Contas, o serviço de supervisão de obras deve ser, em regra licitado na modalidade pregão, pois, na maioria dos casos, seu padrão de desempenho e qualidade pode ser objetivamente definido, conforme previsão legal.

[...]

86. Foi apontado o uso de modalidade indevida de licitação por parte da ANTT. A agência lançou o certame utilizando-se da modalidade concorrência e do tipo 'técnica e preço', quando o objeto da contratação pretendida demandaria a utilização do Pregão, cujo critério de julgamento é o 'menor preço'.

87. Não obstante a agência ter reforçado seu posicionamento acerca do cabimento da concorrência e do tipo técnica e preço, entende-se que não foram trazidos argumentos que demonstrassem que o objeto em questão se adequasse a referida modalidade de licitação.

88. Os serviços a serem contratados podem ter seus padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos pelo edital, sendo, portanto, classificados como 'serviços comuns', nos termos do art. 1º da Lei 10.520/2002. De fato, a jurisprudência já consolidada do TCU - por exemplo, Acórdãos 2932/2011-TCU-Plenário (Ministro Relator: Valmir Campelo) e 3395/2015-TCU-Plenário (Ministro-Relator: Benjamin Zymler) - entende que os serviços de supervisão e consultoria na área rodoviária devem, salvo situações excepcionais



devidamente justificadas (o que não se observa no caso concreto), ser contratados por meio da modalidade pregão.

89. Assim, é proposto determinar à agência a anulação da concorrência 1/2018, clarificando que na eventualidade da realização de outro certame com objeto similar cabe a utilização da modalidade Pregão.” (grifamos) (TCU - Acórdão 713/2019 – Plenário)

“[...] o serviço de AUDITORIA INDEPENDENTE enquadra-se enquanto um serviço comum, para efeito de utilização do pregão como forma de licitá-lo [...]

As técnicas para execução desses serviços [...] são conhecidas e especificadas em normas, compreendendo, em linhas gerais, a obtenção de provas suficientes e adequadas para fundamentar a opinião [...]

[...]

Em que pese a alegação de haver margem de discricionariedade do auditor no julgamento acerca da aplicabilidade dos procedimentos, esse fato não é suficiente para afastar a definição do serviço comum. [...] o grau de subjetivismo do auditor é limitado pelas normas regulamentadoras. [...] as características técnicas que envolvem o processo de auditoria são irrelevantes para a satisfação do interesse público, que é a obtenção do parecer de auditoria nos termos especificados em regulamentação.

Assim, embora se tenha alegado que há variações nas metodologias adotadas pelos diferentes auditores, o fato é que, [...] nenhum método pode ser tido como solução única viável. É certo, isto posto, que, uma vez seguidas as orientações normatizadas, de todos eles derivará um mesmo resultado, qual seja, o parecer da auditoria exigido legalmente da contratante, cujo conteúdo não pode ser diferente daquilo que é previsto nessas normas.” (TCU - Acórdão 1046/2014-Plenário, TC 018.828/2013-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 23.4.2014) (grifamos)

“6. Diversos serviços enquadráveis em tal categoria, assim entendidos aqueles em que se espera a realização do estudo de determinada situação e a subsequente proposta de solução para os problemas aí identificados, têm sido considerados, por este Tribunal, como perfeitamente licitáveis mediante pregão, bastando, para tanto, que seja possível sua definição objetiva no edital, por meio de especificações usuais de mercado, não havendo necessidade, nem mesmo, de que eles sejam simples. O entendimento desta Corte, ademais, para tais casos, é de que a adoção do Pregão é obrigatória, presentes as disposições da Lei 10.520/2003”. (TCU - Acórdão nº 1989/2010 - Plenário) (grifamos)

14. Por essas razões, não há dúvidas de que o serviço ora licitado pela Prefeitura de Porto Alegre deve ser considerado como comum, devendo, então, ser licitado



por meio da modalidade Pregão, uma vez que as técnicas e procedimentos para a execução do escopo pretendido são conhecidas e já consolidados no mercado, além do fato de que deverão ser respeitados todo um arcabouço normativo e o próprio instrumento convocatório, que já prevê o regramento necessário para a plena consecução do objeto.

15. Há de se dizer ainda, que a adoção da Concorrência para a contratação do Verificador Independente viola a própria legislação do Município de Porto Alegre-RS, por ocasião do Decreto nº 20.587, de 20/05/2020, o qual dispõe que, quando da aquisição de serviços comuns é obrigatória a utilização da modalidade licitatória Pregão, nos termos que seguem:

“Art. 1º Fica regulamentada a licitação, na modalidade de pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da Administração Pública Municipal.

§ 1º A utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da Administração Pública Municipal direta e indireta é obrigatória.” (grifamos)

16. Ainda que haja diferenças técnicas nos métodos de execução utilizados por cada licitante, estes não serão relevantes diante dos resultados almejados pela Administração. Desta forma, o atendimento aos anseios do Poder Público deve estar no estrito cumprimento das especificações técnicas insculpidas no instrumento convocatório, observadas as normas regulamentadoras que regem a matéria e/ou as práticas exigidas pelo próprio mercado.

17. Por isso, por mais que se tente combater os argumentos aqui expostos, a incisiva e cirúrgica jurisprudência do TCU, aliada à legislação da própria capital,



retira qualquer ponto de interrogação sobre a questão, e extermína qualquer julgamento ou questionamento contrário às alegações ora apresentadas.

18. Por mais complexos que sejam os serviços ora licitados, as normas reguladoras vigentes e às especificações pré-estabelecidas, permitem que haja a padronização de procedimentos e avaliação do desempenho e qualidade das propostas, descritas de forma objetiva por meio de especificações usuais de mercado. Ademais, dinâmica e a competitividade do pregão, aliados ao critério de julgamento menor preço, retiram qualquer subjetivismo e pessoalidade da disputa do certame, respeitando-se assim os princípios do julgamento objetivo, impessoalidade e seleção da proposta mais vantajosa (art. 3º de Lei de Licitações).

19. Por todo o exposto, é fácil concluir que a opção pela modalidade Pregão seria muito mais acertada e traria muito mais competitividade ao certame, razão pela qual o presente instrumento convocatório deve ser integralmente e estruturalmente revisto.

III. SOBRE A EQUIVOCADA ESCOLHA DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO E A INCONFORMIDADE COM OS PRECEITOS LEGAIS:

20. Em relação ao tipo de licitação (art. 45 da Lei de Licitações) ou critério de julgamento do certame, parece claro também que, em busca da proposta mais vantajosa, deveria a Administração ter optado pelo “MENOR PREÇO”, o que não foi feito e, por via de consequência, infringiu-se princípios basilares do procedimento licitatório.



21. No presente certame, não há a necessidade de se julgar e ponderar em separado e de forma diferenciada, as propostas técnicas. Isto porque, o *know how* das empresas, deve ser analisado à luz da qualificação técnica exigida, dentro dos limites de habilitação previstos no art. 30 da Lei Federal nº 8.666/1993.
22. Mesmo com a utilização do Pregão, a avaliação da capacidade técnica não será renegada. Apesar, do objeto licitado ser sim dotado de certa complexidade, isto não o torna incomum perante o mercado, como já se argumentou.
23. Neste sentido, o critério de julgamento por “técnica e preço”, tende a prejudicar sobremaneira a disputa, dá azo a interpretações subjetivas, que podem ferir a isonomia do processo e restringir a competitividade da disputa.
24. O objeto da licitação, tal como está, não requer a adoção de diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, situação esta que permitiria a adoção de critérios de pontuação para aferição das vantagens e qualidades eventualmente oferecidas pelos licitantes para cada produto ou solução.
25. Ao contrário disso, a contratação dos serviços do Verificador Independente já foi suficientemente delimitada no edital. Mesmo diante da complexidade e capacitação exigida do prestador dos serviços, a sua qualificação técnica poderá ser avaliada pelo cumprimento de normas técnicas ou de práticas mercadológicas já consolidadas, de forma que esta já é uma exigência da própria Lei Geral de Licitações e Contratos em seu art. 30 e não deve ser encarada como



uma vantagem qualitativa quando da análise da habilitação técnica dos licitantes, o que, por consequência, não afasta a realização do Pregão.

26. Vale lembrar, que a própria Lei do Pregão prevê em seu inciso X, do art. 4º a necessidade de avaliação da qualificação técnica dos licitantes, demonstrando a preocupação do legislador com a qualidade e a eficiência daqueles que vierem a transacionar com o Poder Público, afastando, assim, qualquer receio do administrador:

“Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;” (grifamos)

27. O próprio TCU, em diversas oportunidades, já pacificou o entendimento de que o Pregão não afasta a necessidade de avaliação da capacidade técnica dos licitantes. Além disso, a Corte de Contas considera que as licitações do tipo “técnica e preço”, somente devem ser utilizadas em situações excepcionáíssimas, o que não se justifica para este objeto:

“Concluindo, saliento que, ao perquirir se um determinado bem pode ser adquirido por intermédio de um pregão, o agente público deve avaliar se os padrões de desempenho e de qualidade podem ser objetivamente definidos no edital e se as especificações estabelecidas são usuais no mercado. Aduzo que o objeto da licitação deve se prestar a uma competição unicamente baseada nos preços propostos pelos concorrentes, pois não haverá apreciação de propostas técnicas. Caso essas condições sejam atendidas, o



pregão poderá ser utilizado.” (TCU - Acórdão 313/2004 Plenário (Voto do Ministro Relator)) (grifamos)

“Assim, a regra é o tipo de licitação ‘menor preço’. Analisa, ainda, o mesmo professor, página 439, que não se trata de afirmar que, na licitação de menor preço, a Administração pode ser satisfeita mediante qualquer produto, apenas interessando a ela que o preço seja o menor. Essa afirmativa é incorreta, pois a Administração (como qualquer adquirente de bens e serviços) exige sempre uma qualidade mínima, abaixo da qual o objeto é imprestável. As licitações de ‘melhor técnica’ e de ‘técnica e preço’, tratadas no art. 46, da Lei nº 8.666/1993, foram reservadas para situações especialíssimas, aplicando-se por exceção, sendo a regra a licitação de menor preço. (...) No entendimento de Marçal Justen Filho, in ‘Comentários à lei de licitações e contratos administrativos’, 11ª edição, São Paulo: Dialética, 2005, página 439, não se trata de afirmar que, na licitação de menor preço, a Administração pode ser satisfeita mediante qualquer produto, apenas interessando a ela que o preço seja o menor. Essa afirmativa é incorreta pois a Administração (como qualquer adquirente de bens e serviços) exige sempre uma qualidade mínima, abaixo da qual o objeto é imprestável. As licitações de ‘melhor técnica’ e de ‘técnica e preço’, tratadas no art. 46, da Lei nº 8.666/1993, foram reservadas para situações especialíssimas, aplicando-se por exceção, sendo a regra a licitação de menor preço.” (TCU - Acórdão 2391/2007 Plenário (Relatório do Ministro Relator)) (grifamos)

“[...] a qualificação mínima requerida do profissional deverá compor mais uma especificação do objeto do contrato, não sendo justificativa para adoção do tipo de licitação técnica e preço. Quer-se dizer que a capacitação exigida não é determinante para afastar do serviço a designação de comum, nem o caracteriza como sendo natureza predominantemente intelectual.

[...]

Dessa forma, especificada no edital a qualificação profissional necessária para atender o interesse da Administração utilizando o tipo de licitação menor preço, não se pode correr o risco de arcar com preços superiores por conta de qualidade excessiva, desnecessária, em uma licitação do tipo melhor técnica e preço.” (TCU - Acórdão 1046/2014 Plenário) (grifamos)



28. De mais a mais, a adoção do critério de julgamento “técnica e preço” impõem sérias restrições à competitividade do certame, uma vez que os requisitos mínimos de qualificação técnica necessários à consecução do objeto podem ser perfeitamente avaliados por meio do Pregão, conforme já foi exposto.
29. Assim, é condizente que se afirme que a utilização do critério de julgamento por “técnica e preço” não apresenta qualquer vantagem para a Administração, tampouco atende ao interesse público. Ao contrário disso, prejudica consideravelmente a competitividade e ainda acarreta uma contratação mais onerosa para o Poder Público.
30. Outro ponto de estranheza e preocupação, é que o edital ao estabelecer os critérios de avaliação e aceitabilidade da proposta mediante a instituição de pesos para os requisitos técnicos e de preço (peso 6 para a avaliação técnica e peso 4 para avaliação do preço), não apresenta quaisquer fundamentos, estudos ou justificativas que amparem a dosimetria desses pesos. Isto fere de morte todas as orientações jurisprudências do TCU a este respeito:

“Em licitações do tipo técnica e preço com preponderância da proposta técnica, os fatores de ponderação entre técnica e preço deverão ser expressamente fundamentados, a fim de evidenciar sua razoabilidade e demonstrar que não representam privilégio ou proporcionam aumento indevido de preço em decorrência de diferenças técnicas não substanciais.” (TCU - Acórdão 508/2018-Plenário) (grifamos)

“Em licitações do tipo técnica e preço, os critérios de pontuação e valoração dos quesitos da proposta técnica devem ser compatíveis com o objeto licitado, de modo a atribuir pontuação que valore o aspecto técnico em nível necessário e, sobretudo, suficiente, porém, sem restringir injustificadamente o caráter competitivo do certame ou reduzir o estímulo à oferta de propostas mais econômicas (art. 3º, caput, e §1º, inciso I, da Lei



8.666/1993). Os fatores de ponderação entre as notas das propostas de técnica e de preço devem ser expressamente fundamentados no processo licitatório, a fim de evidenciar sua razoabilidade e demonstrar que não representam privilégio ou proporcionam aumento indevido de preço em decorrência de diferenças técnicas não substanciais.” (TCU - Acórdão 479/2015-Plenário) (grifamos)

“Nas licitações do tipo técnica e preço, é irregular a atribuição de excessiva valoração ao quesito técnica, em detrimento do preço, sem amparo em estudo suficiente a demonstrar a sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa.” (TCU - Acórdão 743/2014-Plenário) (grifamos)

“Em licitação do tipo técnica e preço, a adoção de pesos distintos entre os dois critérios pode ocasionar prejuízo à competitividade e favorecer o direcionamento do certame, especialmente quando ocorrer excessiva valoração do quesito técnica em detrimento do preço, sem que esteja fundamentada em estudo que demonstre tal necessidade.” (TCU - Acórdão 2251/2017-Plenário) (grifamos)

“Em licitações do tipo técnica e preço em que houver preponderância da proposta técnica, os fatores de ponderação entre técnica e preço devem ser expressamente fundamentados, a fim de evidenciar sua razoabilidade e demonstrar que não representam privilégio ou proporcionam aumento indevido de preço em decorrência de diferenças técnicas não substanciais.” (TCU - Acórdão 3217/2014-Plenário) (grifamos)

“[...] o entendimento do TCU é no sentido de que a entidade contratante deve sempre justificar, respaldada em estudos técnicos, quando o peso do critério preço for inferior ao do critério técnica, sobretudo porque a adoção de pesos distintos pode eventualmente ocasionar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da melhor proposta. Assim, deve-se determinar à entidade que fundamente os pesos escolhidos, de modo a observar o disposto no art. 8º, § 2º, de seu Regulamento de Licitações e Contratos, para o qual os pesos estabelecidos no instrumento convocatório devem ser objetivos.” (TCU - Acórdão 768/2013-Plenário) (grifamos)



“O estabelecimento de critério de pontuação técnica, em licitação do tipo técnica e preço, que valoriza excessivamente determinado quesito, em detrimento do preço, restringe o caráter competitivo do certame e compromete a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.” (TCU - Acórdão 525/2012-Plenário) (grifamos)

“Estando de acordo com a unidade, observo que o Ministério alegou estar seguindo os ditames do mencionado acórdão apenas com a alteração dos pesos atribuídos para técnica (de 7 para 6) e preço (de 3 para 4). Ocorre que a redução da diferença entre os pesos, embora signifique avanço em relação ao edital anterior, não atende integralmente a determinação do Acórdão 1.488/2009 - Plenário. É essencial, e não constou do edital da Concorrência 1/2010, a apresentação de justificativas técnicas que demonstrem a razoabilidade da ponderação, uma vez que a adoção de critério desproporcional poderia acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração. Nesse sentido, restou configurado o descumprimento parcial da determinação do Tribunal. Estou de acordo com a 6ª Secex, no sentido de que é suficiente, no caso, a expedição de alerta.” (TCU - Acórdão 546/2011-Plenário) (grifamos)

“A desproporcionalidade da técnica em relação ao preço pode acarretar a seleção de proposta economicamente desvantajosa, baseada em vantagem técnica pouco significativa.” (TCU - Acórdão 503/2008-Plenário) (grifamos)

31. Diante de todos esses precedentes jurisprudenciais do TCU, não resta outra alternativa ao município de Porto Alegre, a não ser anular o presente certame, por absoluta incompatibilidade das disposições editalícias com os preceitos legais e recomendações das Cortes de Contas. Essa é a solução viável, indicada pela própria Lei Complementar Municipal nº 790, de 10/02/2016, quando a Administração se vê diante o um ato administrativo contaminado por vício de legalidade:

“Art. 56 A Administração Pública deve anular seus próprios atos em caso de estarem eivados de vício de legalidade e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.” (grifamos)



IV. SOBRE A VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO:

32. Outro ponto de ilegalidade do edital é estabelecido no subitem 2.3.9 e item 11 do Anexo IV – Projeto Básico, que *dispõe sobre o impedimento de empresas reunidas em consórcio de participarem do certame.*
33. Importante dizer que o instrumento convocatório não aponta qualquer razão plausível que tenha motivado esta decisão, limitando-se a registrar, como nota de rodapé, que “Justifica-se tal vedação para garantir que o escopo do contrato seja executado por empresa capacitada dada a complexidade do projeto” (pág. 31 do Anexo IV – Projeto Básico).
34. Ora, será que a Administração entende que um consórcio de empresas necessariamente reunirá “empresas não capacitadas”?
35. Qual a relação de causa e efeito entre a vedação à constituição de consórcios e a capacitação das empresas para a complexidade do projeto?
36. Qual é a pertinência lógica e a plausibilidade entre a vedação à formação de consórcio e o fato das empresas serem mais ou menos capacitadas?
37. Ao contrário do que está registrado no edital, parece óbvio que o consórcio de empresas, tende a reunir diferentes expertises, de diferentes negócios, agregando as melhores práticas e capacitações de cada um dos consortes.

38. A bem da verdade, é que a justificativa apresentada para a vedação à participação de consórcios, é frágil, esquisita, nada plausível, e não para em pé.

39. Em outras palavras, a cláusula e a sua justificativa são flagrantemente ilegais e restringem a competitividade, além de contrariar a jurisprudência dominante:

“11. Também a impossibilidade da participação de empresas em consórcio potencializou a restrição, impedindo que empresas com experiência em construção de ferrovias se juntassem a empresas de fabricação de dormentes para participar dos certames. É certo que a decisão de permitir ou não a participação de consórcios em certames licitatórios é da administração, mas este Tribunal já deixou claro, em diversas oportunidades, que tal decisão deve ser adequadamente motivada, especialmente quando se trata de vedar essa participação, que enseja, via de regra, uma restrição à competitividade (Acórdãos 566/2006-Plenário, 1.678/2006-Plenário, 11.196/2011-2ª Câmara, 963/2011-2ª Câmara, 2.898/2012-Plenário)”. (TCU - Acórdão 2447/2014-Plenário) (grifamos)

“Sabe-se que a utilização de consórcio é uma forma de conjugação de esforços, seja para qualificação técnica, seja para qualificação econômico-financeira, que permite a empresa que, isoladamente, não atenderia às condições editalícias, participe de determinada licitação, unindo-se às que a suprem em um item ou outro. Em tese, implica ampliar o universo de licitantes, atendendo com isso também ao princípio da isonomia.

O Poder Público não pode dispor de tal instrumento quando bem entender. Deve averiguar se o objeto da licitação comporta ou não a execução por meio de empresas consorciadas. Entende-se que a complexidade, o valor, a amplitude e a peculiaridade da obra sejam determinantes na decisão de se admitir ou não o consórcio numa licitação.

[...]

No que concerne ao argumento de que a vedação não acarretou restrição à competitividade, tendo em vista que diversas empresas retiraram o edital, tal entendimento não tem cabimento, seja porque aquele ato não constitui a efetiva participação na licitação, seja porque é impossível de serem



mensuradas quantas empresas deixaram de participar da concorrência em virtude da vedação de consórcio.” (TCU - Acórdão 11196/2011-Segunda Câmara) (grifamos)

“Ainda que esteja no âmbito do poder discricionário, a decisão pela vedação ou não de participação de consórcio deve ser baseada em critérios razoáveis e que prevejam o interesse público”. (TCU - Acórdão 3654/2012-Segunda Câmara) (grifamos)

“13.1 A redação do art. 33, caput, da Lei 8.666/1993 estabelece de forma clara que a participação de empresas em consórcio poderá ser admitida ou não. [...]

13.2 Doutrina e jurisprudência são unânimes em assentar que a permissão de empresas participarem da licitação pública reunidas em consórcio recai na discricionabilidade da Administração. Nesse sentido, não resta dúvida que assiste razão ao responsável ao alegar motivos de conveniência e oportunidade para a tomada de decisão.

13.3 Mas, doutrina e jurisprudência também alertam em uníssono que tal permissão ou proibição deverá ser sempre justificada pelo Poder Público.

13.4 Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008) , na mesma citação transcrita apenas em parte pelo responsável (fls. 89, vol. Principal) , leciona da seguinte forma:

O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para escolhas arbitrárias ou imotivadas. (Grifou-se).” (TCU - Acórdão 963/2011-Segunda Câmara) (grifamos)

“10. Assim, como é de amplo conhecimento daqueles que lidam com licitações, a jurisprudência desta Corte aponta para o caráter discricionário no que concerne à decisão acerca da participação de consórcios nos diversos eventos licitatórios, a teor do art. 33 da Lei de Licitações. Para tanto, há que se demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios, ou mesmo à sua autorização.” (TCU - Acórdão 1165/2012-Plenário) (grifamos)



40. A participação de empresas em consórcio em licitações se justifica diante da principal finalidade da licitação, que é a busca da proposta mais vantajosa para a Administração. A competitividade se amplia, quando o edital autoriza a reunião de empresas por meio de consórcios, vez que irão somar as expertises, capacidades técnicas, econômicas e financeiras. Além disso, a junção de empresas, permite também que empresas menores, especializadas em determinadas temas, mas que, individualmente, ficariam de fora dos grandes certames, possam ter acesso a quaisquer licitações, o que fomenta o desenvolvimento dos pequenos negócios, como previsto na Lei Complementar 123/2006 – Estatuto das Micro e Pequenas Empresas.

41. Assim, considerando a multidisciplinaridade dos serviços desta licitação e a busca por uma prestação de serviços mais eficiente que atinja da forma desejada o intento da Administração, a vedação à participação de consórcios, frustra completamente esses objetivos e torna o instrumento convocatório ilegal.

42. Ademais, não há de se falar em qualquer insegurança jurídica ou dificuldade para a operacionalização do certame com empresas consorciadas, vez que a Lei Federal nº 8.666/1993, em seu art. 33, prevê expressamente a possibilidade de participação de consórcios em certames licitatórios e estabelece requisitos claros e objetivos que deverão ser obedecidos pela Administração: a) necessidade de expressa previsão da possibilidade de participação de consórcios no ato convocatório, que deverá disciplinar as condições de habilitação, de liderança etc.; b) quanto à habilitação jurídica, cada uma das empresas consorciadas deverá apresentar os documentos previstos nos incisos do art. 28 da Lei Federal nº 8.666/1993, bem como a prova do compromisso de constituição do consórcio; c) quanto à regularidade fiscal, cada consorciado deverá apresentar os documentos exigidos no art. 29 da Lei Federal nº 8.666/1993, conforme a



disciplina do ato convocatório; d) quanto à qualificação técnica, os quantitativos de cada consorciado serão somados para fins de comprovação; e) quanto à qualificação econômico-financeira, serão computados os valores de cada qual das empresas integrantes da associação, na proporção da respectiva participação no consórcio; f) indicação da empresa líder do consórcio; g) como requisito de habilitação, as empresas consorciadas deverão apenas apresentar o compromisso, público ou particular, de constituição do consórcio; h) vedação, numa mesma licitação, de empresa integrante de determinado consórcio fazer parte de outro ou participar por conta própria; i) responsabilidade solidária das empresas consorciadas pelas obrigações assumidas pelo consórcio.

43. Assim, não há qualquer óbice quanto à atuação de empresas reunidas em consórcio, uma vez que além de haver expressa previsão na Lei Federal nº 8.666/1993, ampliar-se-á a competitividade do certame, respeitando-se a isonomia, eficiência e a busca da proposta mais vantajosa para a Administração.

V. SOBRE A AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL DE ASSESSORIA JURÍDICA NA COMPOSIÇÃO DOS SERVIÇOS TÉCNICOS:

44. A ausência no instrumento convocatório de profissionais da área jurídica para acompanhamento dos serviços a serem contratados e que exijam um amparo legal mais minucioso, poderá ocasionar insegurança jurídica ao projeto e, até mesmo, comprometer a regular execução do objeto.

45. Diante da particularidade do objeto da contratação, é indispensável para a composição da equipe técnica, a presença de profissionais da área jurídica para que possam desenvolver atividades as mais diversas como: a) análise de marcos regulatórios pertinentes aos serviços contratados (ex: Leis, Decretos,



Resoluções, Instruções Normativas, Normas Técnicas, deliberações etc.); b) análise dos marcos regulatórios que possam impactar no desenvolvimento do objeto, tais como: normas ambientais, legislação tributária, de segurança do trabalho, licenças etc.; c) levantamento e análise de jurisprudências e decisões que possam afetar o objeto do contrato, propondo as providências cabíveis; d) análise jurídica de potenciais pleitos realizados pela prestadora de serviços; e) propor ao município e à prestadora de serviços a criação de normativos – leis, decretos, instruções normativas etc. – que possam auxiliar, melhorar ou disciplinar procedimentos e particularidades relacionadas à execução do objeto e do contrato analisado; f) prestar informações jurídicas específicas e técnicas a respeito do contrato analisado a órgãos de controle interno, Tribunais de Contas, Câmara Municipal, Ministério Público e agências reguladoras.

46. Como mencionado em linhas anteriores, todos os serviços a serem executados estão intrinsecamente ligados, uma vez que compõem um conjunto de atividades interdependentes e indispensáveis à realização dos trabalhos do Verificador Independente.
47. Durante a vigência da contratação, faz-se necessária a busca pelas melhores alternativas e estratégias jurídicas diante das demandas que vierem a surgir, sendo, portanto, extremamente relevante a previsão, dentre os serviços técnicos, dos serviços jurídicos.
48. Desta forma, os consultores jurídicos indicarão os riscos e aspectos legais que devem limitar ou condicionar decisões importantes para a execução dos serviços com vistas a alcançar os objetivos pretendidos pelo Poder Público. Assim, a exigência de que a pessoa jurídica ou o consórcio contratado tenha, em sua



composição, um escritório de advocacia especializado e experiente se mostra mais do que adequada, mostra-se necessária e indispensável.

49. O requisito da presença da sociedade de advogados é elemento essencial para o desenvolvimento das atividades previstas no contrato a ser pactuado, de forma que os serviços jurídicos possuem um papel determinante, e relevante sobre a parcela dos objetivos pretendidos pela Administração com a contratação.

50. Tanto se faz verdade que, a título de exemplo, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, por meio do edital do Pregão Eletrônico nº 38/2019⁴, que tem objeto que guarda bastante similaridade a esta licitação, exige a presença de escritório de advocacia na constituição de consórcio que queira participar do certame. Veja:

“5 DA PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO E DA SUBCONTRATAÇÃO

5.1 Diante da indissociabilidade dos serviços e da prestação de serviços de assessoria jurídica (que deve ser exclusivamente prestado por escritório de advocacia, por força do Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil), será obrigatória a constituição de consórcio.”

51. Portanto, a não previsão destes serviços na composição técnica das atividades do Verificador Independente ocasiona prejuízos tangíveis e intangíveis não só à consecução do objeto, mas à Administração como um todo, de forma que, diante das alegações apresentadas, é nítido que o edital deve ser revisado, de modo a exigir a composição de consórcios de advocacia.

⁴ Link para consulta: <https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/0660caa3-6c2b-4d7e-b5cf-f0d61f5f4d23/PE+40-2017+EDITAL+POA+-+com+anexo.pdf?MOD=AJPERES&CVID=ILKG4b8>



VI. SOBRE A AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA NO EDITAL DE PROVA DE REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA – CREA COMO REQUISITO PARA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:

52. O instrumento convocatório, em seu subitem 5.3.1 e subitem 12.1 do Anexo IV – Projeto Básico, preve como requisito de comprovação de qualificação técnica prova de registro no Conselho Regional de Administração - CRA, ou no Conselho Regional de Contabilidade – CRC, ou no Conselho Regional de Economia – CORECON, constando o nome do Responsável Técnico de nível superior, na forma da lei.

53. Entretanto o edital, quando dispõe sobre os requisitos para a obtenção de pontuação extra em virtude da comprovação qualificação técnica das licitantes (subitem 8.2.1.2.13 do edital e subitem 14.3 do Anexo IV – Projeto Básico), descreve atividades que estão diretamente ligadas ao exercício profissional do ramo da Engenharia. Veja:

“A apresentação de atestados que comprovem experiência anterior em projetos correspondentes a obras e serviços relacionados à verificação e gestão de sistemas energéticos e sistemas elétricos, inclusive iluminação pública, concederá à Proponente 01 (um) ponto por projeto onde houver a comprovação da experiência citada (PSE), sendo limitada a no máximo 05 (cinco) pontos.” (Grifamos)

54. Ademais, entre as atribuições do Verificador Independente (subitem 6.3.2 do Anexo IV – Projeto Básico), há também descrição de atividades a serem desempenhadas que estão diretamente ligadas ao exercício de profissional da Engenharia. Veja:

“6.3.2 Atribuições referentes à Etapa II:



[...]

c) Acompanhar o desempenho da CONCESSIONÁRIA em relação às obrigações, indicadores e metas definidos no CONTRATO DE CONCESSÃO;

d) Fornecer relatórios com o histórico de desempenho da CONCESSIONÁRIA na periodicidade acordada neste Termo de Referência PROJETO BÁSICO, bem como previsões do CONTRATO DE CONCESSÃO, em especial:

i. Parecer técnico para subsidiar decisão do CONTRATANTE quanto à emissão dos TERMOS DE ACEITE e TERMO DE RECEBIMENTO: 05 (cinco) dias úteis após recebimento da notificação pela CONCESSIONÁRIA;

[...]

g) Auxiliar o CONTRATANTE na fiscalização das ações da CONCESSIONÁRIA no cumprimento das cláusulas e itens do CONTRATO DE CONCESSÃO;

[...]

i) Indicação de falhas porventura cometidas pela CONCESSIONÁRIA;

[...]

l) Definir de forma aleatória e ponderada, através de metodologia a ser definida entre as PARTES, quando aplicável, as amostras para inspeções e verificações da REDE MUNICIPAL DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA para cálculo dos índices, sub-índices, indicadores e sub-indicadores, de acordo com a Norma ABNT NBR 5426 e nos termos do Anexo 8 – Sistema de Mensuração de Desempenho do CONTRATO DE CONCESSÃO;

[...]

n) Realizar medições dos PONTOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA que serão avaliadas em cada Região de Gestão do Planejamento de Porto Alegre.

[...]

6.4.2 Etapa II – Gestão e Operação:

a) Frente I – Gerenciamento da Rotina



As atividades contempladas no gerenciamento da rotina são:

a. Realizar verificação conforme os processos de gestão e operação definidos na Etapa I – Planejamento e Estruturação, que consiste em:

i. Auxiliar o CONTRATANTE na fiscalização das ações da CONCESSIONÁRIA no cumprimento das cláusulas do CONTRATO DE CONCESSÃO;

ii. Acompanhar o desempenho da CONCESSIONÁRIA por meio das obrigações, indicadores e metas definidos no CONTRATO DE CONCESSÃO;

[...]

b) Frente II – Gerenciamento da Melhoria

[...]

e. [...]

[...]

vi. Recomendar de forma contínua, com base na interpretação dos dados, melhorias e inovações que possam gerar benefícios qualitativos e/ou quantitativos para a gestão da rede de Iluminação Pública;

vii. Gerar relatórios consolidados sobre cumprimento das cláusulas e itens contratuais;

55. De mais a mais, a caracterização dos serviços destacados como ligados ao profissional de Engenharia encontra respaldo legal na Resolução do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA nº 1.073, de 19/04/2016, a qual regulamenta a atribuição de títulos, atividades, competências e campos de atuação profissionais aos profissionais registrados no Sistema CONFEA/CREA para efeito de fiscalização do exercício profissional no âmbito da Engenharia e da Agronomia, conforme segue:



“Art. 5º Aos profissionais registrados nos Creas são atribuídas as atividades profissionais estipuladas nas leis e nos decretos regulamentadores das respectivas profissões, acrescidas das atividades profissionais previstas nas resoluções do Confea, em vigor, que dispõem sobre o assunto.

§ 1º Para efeito de fiscalização do exercício profissional dos profissionais registrados nos Creas, ficam designadas as seguintes atividades profissionais:

- Atividade 01 – Gestão, supervisão, coordenação, orientação técnica.*
- Atividade 02 – Coleta de dados, estudo, planejamento, anteprojeto, projeto, detalhamento, dimensionamento e especificação.*
- Atividade 03 – Estudo de viabilidade técnico-econômica e ambiental.*
- Atividade 04 – Assistência, assessoria, consultoria.*
- Atividade 05 – Direção de obra ou serviço técnico.*
- Atividade 06 – Vistoria, perícia, inspeção, avaliação, monitoramento, laudo, parecer técnico, auditoria, arbitragem.*
- Atividade 07 – Desempenho de cargo ou função técnica.*
- Atividade 08 – Treinamento, ensino, pesquisa, desenvolvimento, análise, experimentação, ensaio, divulgação técnica, extensão.*
- Atividade 09 – Elaboração de orçamento.*
- Atividade 10 – Padronização, mensuração, controle de qualidade.*
- Atividade 11 – Execução de obra ou serviço técnico.*
- Atividade 12 – Fiscalização de obra ou serviço técnico.*
- Atividade 13 – Produção técnica e especializada.*
- Atividade 14 – Condução de serviço técnico.*
- Atividade 15 – Condução de equipe de produção, fabricação, instalação, montagem, operação, reforma, restauração, reparo ou manutenção.*
- Atividade 16 – Execução de produção, fabricação, instalação, montagem, operação, reforma, restauração, reparo ou manutenção.*
- Atividade 17 – Operação, manutenção de equipamento ou instalação.*
- Atividade 18 – Execução de desenho técnico.*

§ 2º As atividades profissionais designadas no § 1º poderão ser atribuídas de forma integral ou parcial, em seu conjunto ou separadamente, mediante análise do currículo escolar e do projeto pedagógico do curso de formação do profissional, observado o disposto nas leis, nos decretos e nos normativos do Confea, em vigor, que tratam do assunto.”



56. Adicionalmente, nos termos da Lei Federal nº 5.194, de 24/12/1966, e da Resolução CONFEA nº 336, de 27/10/1989, é obrigatório o registro junto ao CREA de **TODA PESSOA JURÍDICA** que se constitua para prestar ou executar serviços e/ou obras ou que exerça qualquer atividade ligada ao exercício profissional da Engenharia:

“RESOLUÇÃO Nº 336, DE 27 DE OUTUBRO DE 1989.

“Art. 1º - A pessoa jurídica que se constitua para prestar ou executar serviços e/ou obras ou que exerça qualquer atividade ligada ao exercício profissional da Engenharia, Arquitetura, Agronomia, Geologia, Geografia ou Meteorologia enquadra-se, para efeito de registro, em uma das seguintes classes:

CLASSE A - De prestação de serviços, execução de obras ou serviços ou desenvolvimento de atividades reservadas aos profissionais da Engenharia, Arquitetura, Agronomia, Geologia, Geografia ou Meteorologia;

CLASSE B - De produção técnica especializada, industrial ou agropecuária, cuja atividade básica ou preponderante necessite do conhecimento técnico inerente aos profissionais da Engenharia, Arquitetura, Agronomia, Geologia, Geografia ou Meteorologia;

CLASSE C - De qualquer outra atividade que mantenha seção, que preste ou execute para si ou para terceiros serviços, obras ou desenvolva atividades ligadas às áreas de Engenharia, Arquitetura, Agronomia, Geologia, Geografia ou Meteorologia.”

[...]

Art. 3º - O registro de pessoa jurídica é ato obrigatório de inscrição no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia onde ela inicia suas atividades profissionais no campo técnico da Engenharia, Arquitetura, Agronomia, Geologia, Geografia ou Meteorologia.

[...]

Art. 4º - A pessoa jurídica enquadrada em qualquer uma das classes do Art.



1º só terá condições legais para o início da sua atividade técnico-profissional, após ter o seu registro efetivado no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.” (grifamos)

57. Nos termos da legislação apresentada, tem-se que algumas tarefas previstas no edital devem ser executadas exclusivamente por profissionais da Engenharia, de modo que a exigência de que a licitante tenha registro junto ao CREA, deveria ter sido prevista no instrumento convocatório, como requisito indispensável de qualificação técnica.

58. Portanto, considerando que no edital não há essa previsão, mais uma vez há clara afronta aos comandos normativos, sujeitando o instrumento convocatório à ANULAÇÃO, de forma que se invoca, novamente, as disposições do art. 56 da Lei Complementar Municipal nº 790, de 10/02/2016.

VII. **SOBRE O ESTABELECIMENTO DO PRAZO DE VIGÊNCIA INICIAL DO CONTRATO EM 60 (SESSENTA) MESES:**

59. O *caput* do art. 57 da Lei Federal nº 8.666/1993 determina que a duração dos contratos estará adstrita à vigência do seu respectivo crédito orçamentários, ou seja, no prazo máximo de 12 (doze) meses. No inciso II, em caso de contratação de serviços de caráter continuado, assevera a Lei que seu prazo de vigência poderá ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos, tendo duração máxima de 60 (sessenta meses). Veja:

“Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

[...]



II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;”

60. O edital atacado em seu item 7.1 da Minuta Contratual (Anexo V) e também em outros pontos estabelecidos em seu Anexo IV – Projeto Básico, estabelece que a vigência inicial do contrato será de 60 (sessenta) meses, a qual não encontra qualquer amparo ou previsão legal:

“CLÁUSULA SÉTIMA – DA VIGÊNCIA

7.1 - O prazo de vigência do CONTRATO será de 60 (sessenta) meses, contados da emissão da ORDEM INICIAL DE SERVIÇOS, após a publicação do extrato do CONTRATO no DOPA.” (grifamos)

61. A duração dos contratos atrelada à vigência dos créditos orçamentários foi baseada em uma análise lógica do legislador, o qual buscou impedir que contratos com um prazo de vigência muito dilatado, pudessem impactar orçamentos futuros, colocando até mesmo em risco a continuidade da prestação de serviços tidos como essenciais pela Administração caso o dispêndio com estas contratações perfizessem uma considerável monta de recursos financeiros, o que poderia gerar prejuízos incalculáveis à sociedade.

62. Considerando que os créditos orçamentários possuem a duração de 1 (um) ano (1º de janeiro a 31 de dezembro), os contratos administrativos, regra geral, teriam sua duração restrita a este período.

63. Os contratos administrativos que tem por objeto a contratação de serviços de caráter continuado merecem uma atenção maior por parte da Administração, por meio de



avaliações periódicas, uma vez que a prorrogação da vigência contratual não constitui um direito do contratado e nem pode se dar de forma automática, cabendo, neste caso, a anuência expressa das partes, além do fato de que o Poder Público deverá demonstrar, de forma motivada, a vantajosidade desta eventual prorrogação, nos termos do § 2º do art. 57 da Lei Federal nº 8.666/1993.

64. Por outro lado, um contrato administrativo com prazos mais enxutos permite que a Administração, em caso de insatisfação com execução dos serviços ou de descumprimento pelo particular das condições avençadas, determine o encerramento da relação contratual pactuada. O TCU também possui este entendimento, que assim segue:

“Com relação ao segundo aspecto, por mais que o grupo afirme que a vigência inicial de 60 meses não impede uma avaliação periódica do contrato por parte da administração, não se pode negar que é muito mais simples para a administração não prorrogar um contrato (até porque a prorrogação não se constitui direito do contratado) do que rescindir um contrato durante seu prazo de execução, medida que pode ser custosa e inclusive gerar ações judiciais.” (TCU - Acórdão nº 1214/2013, rel. Min. Aroldo Cedraz - Pleno) (grifamos)

65. Em outros Acórdãos, o TCU entende, por exemplo, que a simples alegação da possibilidade de obtenção de ganho de econômico em contratos administrativos de longa duração deverá ser fixada com base em critérios objetivos, de forma a estar motivadamente evidenciado no processo licitatório, com vistas a melhor esclarecer a decisão adotada. Contudo, não há qualquer motivação ou fundamento apresentado pelo Município de Porto Alegre-RS para a adoção do prazo de vigência inicial do contrato de 60 (sessenta), cabendo única e exclusivamente sua definição no instrumento convocatório sem qualquer justificativa plausível. Veja:

“Assim, não basta presumir que a contratação por um maior prazo é mais econômica, como ocorreu neste caso. O prazo contratual deve ser



estabelecido considerando-se as circunstâncias de forma objetiva, fazendo-se registrar no processo próprio o modo como interferem na decisão e quais suas consequências. Tal registro é especialmente importante quando se fizer necessário prazo inicial superior aos doze meses entendidos como regra por esta Corte, de acordo com sua jurisprudência.

Observe-se que a legislação não proíbe esta conduta. Na jurisprudência por sua vez, está assente que, a priori, o limite de doze meses é interessante porque possibilita verificar, ao final de cada período, se é vantajosa a prorrogação do contrato. Acredita-se que este procedimento torna mais econômico, eficiente e eficaz a utilização do recurso público, na medida em que incentiva que os contratados se preocupem em prestar bons serviços com o interesse de que seu contrato seja prorrogado e evita a manutenção de contratos com prestadores de serviços inadimplentes, entre outras vantagens.” (TCU - ACÓRDÃO 3320/2013 - SEGUNDA CÂMARA) (grifamos)

“Considerando que a legislação não determina expressamente que esse tipo de contrato deve ter prazo inicial de vigência de 12 meses, levando em conta os aspectos mencionados nos parágrafos anteriores, entendo que não se deva fixar uma orientação geral de que a administração deve ou não fazer contratos para prestação de serviços continuados com prazo de 12, 24 ou 60 meses. É uma avaliação que deve ser feita a cada caso concreto, tendo em conta as características específicas daquela contratação. Cabe à administração justificar no procedimento administrativo o porquê da escolha de um ou outro prazo, levando-se em conta os aspectos aqui discutidos e outros porventura pertinentes para aquele tipo de serviço.” (TCU - Acórdão nº 1214/2013, rel. Min. Aroldo Cedraz - Pleno) (grifamos)

66. De forma ainda mais enfática, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, por meio do relator Ministro Franciulli Netto, no julgamento do Recurso Especial nº 474.781 - DF (2002/0147947-1), entendeu ser totalmente ilegal a fixação do prazo de 60 (sessenta) meses como marco temporal inicial de contrato administrativo:

“Ainda que assim não fosse, o artigo 57, inciso II, da Lei de Licitações estabelece que a prestação de serviços executados de forma contínua poderá ter sua duração prorrogada até o limite de sessenta meses. Prevê, ainda, que essa prorrogação dar-se-á por iguais e



sucessivos períodos, o que demonstra que a fixação ab initio do prazo de sessenta meses, como ocorreu no caso em análise, é ilegal. Nesse sentido, cumpre transcrever trecho do ilustre parecer do douto Ministério Público (vide fls. 241/246 da Medida Cautelar n. 4.081/DF), in verbis :

"A Lei estabelece que a duração dos contratos está adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, excetuando os relativos"à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses".

Ora, duração prorrogada, não é duração estabelecida já de início. Se for fixado de início o prazo máximo de sessenta meses admitido pela lei, então não haveria que se falar em prorrogação. Esta, irrefragavelmente, pressupõe o término de um prazo. Outrossim, tornaria inócuo o próprio escopo do dispositivo, que é o de obter preços e condições mais vantajosas para a administração, porque, mesmo que surgissem novas empresas do ramo no mercado, o que é uma consequência natural do desenvolvimento social, aumentando a competitividade pela redução de preços praticados pelo setor, teria a administração de dar cumprimento ao prazo pelo qual contratou, pagando preços mais elevados. A exegese proposta, portanto, leva ao absurdo e, por isso, deve ser veementemente profligada.

(...)

O que a Constituição Federal, em seu artigo 377, XXI, permite, são "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". No caso dos autos, exigência de comprovação de " patrimônio líquido igual ou superior a R\$ 6.814.908,48 (seis milhões, oitocentos e quatorze mil, novecentos e oito reais e quarenta e oito centavos) corresponde a 10% do valor estimado do serviço no período de 60 (meses) "é absolutamente ilegal, não se vislumbrando qualquer traço de razoabilidade (...)"

Assim, apesar dos 2º e 3º do artigo 31 da Lei de Licitações disporem que a Administração, na execução de serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de patrimônio líquido mínimo que não exceda a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, na hipótese dos autos essa exigência é ilegal, pois o valor do patrimônio líquido mínimo previsto no edital, embora corresponda a 10% (dez por cento) do valor estimado do serviço, foi calculado com base



na prestação do serviço pelo período inicial de 60 (sessenta) meses, em clara ofensa ao artigo 57, inciso II, da Lei de Licitações.” (grifamos)

67. Assim, considerando que a fixação da vigência inicial do contrato administrativo para o prazo limite de 60 (sessenta) meses se mostra desarrazoada, desproporcional e ilegal, uma vez que não há no instrumento convocatório qualquer motivação ou fundamentação que demonstre ser vantajosa para a Administração uma contratação por tão longo período, somente resta à Prefeitura ANULAR o certame, haja vista o risco à qualidade e à eficiência da prestação dos serviços, o que poderá acarretar danos irreparáveis ao Poder Público diante das alegações aqui expostas.

VIII. SOBRE AS DEMAIS CLÁUSULAS PRESENTES NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PASSÍVEIS DE ANULAÇÃO:

VIII.1. SOBRE AS EXIGÊNCIAS RESTRITIVAS QUANTO À APRESENTAÇÃO DOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA:

68. Já na descrição do “Domínio” de nº 7 do item 8.2.1.1.2 (“7 – Modelagem de Projetos de Concessão e Análise Técnica e Econômico Financeira de reequilíbrio de contrato”), resta claro mais uma tentativa de prejudicar a competição, haja vista que bastaria a comprovação da realização de projetos de Modelagem de Concessão Comum para atender de forma satisfatória a este requisito de qualificação técnica.

69. A exigência de comprovação de êxito na implantação do projeto apenas com a demonstração de que já se tenha contrato assinado e publicado em diário oficial é desarrazoada, uma vez que existem inúmeros outros meios de prova suficientes para comprovar o êxito na implantação de projetos, de forma que a manutenção apenas desta condicionante é uma afronta à busca da proposta mais vantajosa.

70. O subitem 8.2.1.2.13 do edital cria um mecanismo de bonificação para os licitantes que apresentarem atestados que comprovem experiência anterior em projetos correspondentes a obras e serviços relacionados à verificação e gestão de sistemas energéticos e sistemas elétricos, inclusive iluminação pública.
71. Nesse sentido, o TCU, por meio do Acórdão nº 2681/2008 – Plenário, considerou como prática totalmente irregular e ilegal a atribuição de pontuação extra no julgamento das propostas técnicas dos licitantes, uma vez que compromete a competitividade do certame e, por consequência, afasta da disputa licitantes que possuem plenas condições para executar os serviços objeto da licitação.
- Veja:

*“2. A **principal irregularidade diz respeito aos requisitos técnicos**, em especial a experiência forense em 1ª instância, 2ª instância, em instância superior e em ações rescisórias, requisitos para os quais **o edital em tela atribui pontuação extra para licitantes** que comprovarem atividade exercida em empresa pública e ainda mais pontos, se for comprovada experiência na prestação de serviços relacionados com o objeto finalístico previsto no estatuto social da Conab (anexo 2 do edital).*

*“3. Não obstante seja permitido atribuir pontuação diferenciada a determinados requisitos considerados relevantes pelo contratante, a exemplo da experiência na prestação de serviços similares, se essa **diferenciação for excessiva terminará por afastar do certame empresas com plenas condições de prestar os serviços requeridos**. É o caso da licitação em tela. Ao atribuir elevado diferencial de pontuação às empresas que anteriormente prestaram serviço em empresas públicas federais e diferencial ainda maior àquelas que atuaram em matéria relacionada com o objeto finalístico da Conab, **certamente restaram prejudicados os escritórios de advocacia que, mesmo detentores de plenas condições de prestar os serviços advocatícios demandados, obteriam pontuação significativamente menor**. Para corroborar essa percepção, basta registrar que, segundo informações obtidas junto à Superintendência de Goiás, das cinco empresas habilitadas, três já prestaram serviços à Conab.*



4. Como reforço à tese de restrição à competitividade, registro o fato de que apenas oito empresas participaram do certame e que o edital atribui peso 6 à técnica e peso 4 ao preço, para apuração da nota final, o que acentua ainda mais os efeitos da atribuição de pontos extras para empresas que comprovem a experiência requerida. Essa conclusão é confirmada pelos cálculos efetuados pela Unidade Técnica, que indicam ser de apenas 21,05% o percentual da nota máxima da proposta técnica que poderia ser obtido por empresa que tivesse atuado apenas na iniciativa privada.

5. Outro ponto a ser considerado é que, com a pontuação e os pesos atribuídos pela Conab no edital, poderia ser contratada empresa que praticasse preços elevados, talvez superiores aos de mercado, dada a preponderância da nota técnica sobre a de preço.

6. Diante desse quadro, cabe assinar prazo à Conab para adoção das providências necessárias ao exato cumprimento da lei, anulando, no estágio em que se encontra, a Concorrência Conab-Sureg/GO nº 1/2008, expedindo-se, ainda, determinações tendentes a evitar a repetição das irregularidades observadas em futuras licitações, em especial naquela que vier a substituir o procedimento ora inquinado.” (TCU - Acórdão nº 2681/2008 – Plenário) (grifamos)

72. Além de irregular e ilegal, tal prática se mostra desnecessária, haja vista que essa medida não encontra qualquer respaldo legal junto à legislação que rege as contratações públicas, tornando-a uma medida excessiva, que fere não só a isonomia, mas também prejudica, uma vez mais, a competitividade do certame e compromete a busca da proposta mais vantajosa.

73. Portanto, em virtude das disposições editalícias mencionadas serem flagrantemente prejudiciais à competitividade e contrárias aos ditames legais vigentes, não resta alternativa à Administração que não seja a adoção de medidas com vistas à **ANULAÇÃO** do procedimento licitatório, nos termos da Lei Complementar Municipal nº 790, de 10/02/2016, de forma que a sua manutenção, além de inibir a participação de potenciais licitantes com totais



condições e capacidade de cumprir o objeto requerido, atenta principalmente contra a legalidade.

IX. DO PROTOCOLO DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL SOMENTE EM ENDEREÇO ESTABELECIDO NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO:

74. Por fim, cumpre registrar que considerando o vulto da licitação em questão e o interesse de potenciais licitantes estabelecidos em diversas partes do país, faz-se desarrazoado, desproporcional, oneroso e restritivo à competitividade, a exigência de que os pedidos de impugnação ao edital se deem somente no endereço em que está localizada a Superintendência de Licitações e Contratos da Secretaria Municipal da Fazenda de Porto Alegre-RS, conforme previsão do item 3 do instrumento convocatório:

“3. PEDIDO DE VISTAS AO PROCESSO, DE ESCLARECIMENTO E IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

[...]

3.7. As impugnações ao Edital deverão ser escritas em português, digitadas ou datilografadas, identificadas (timbre, impressão ou carimbo do CNPJ da recorrente) e protocolizadas na Superintendência de Licitações e Contratos da Secretaria Municipal da Fazenda, sita à Rua Siqueira Campos, nº 1300, 3º andar, sala 310, Centro Histórico, Porto Alegre, RS.” (grifamos)

75. O §1º do art. 41 da Lei Federal nº 8.666/1993 não impõe que o protocolo do pedido de impugnação ao edital seja realizado diretamente na sede do órgão promotor da licitação, motivo pelo qual, em plena era digital, existem diversos outros meios capazes de suprir tal condição e, ainda, não há qualquer impedimento legal para que o pedido possa ser efetuado por outras formas como, por exemplo, via e-mail, desde que obedecidos os requisitos de admissibilidade.



76. Nessa linha de raciocínio, o Tribunal de Contas da União – TCU no Acórdão nº 3192/2016 – Plenário, fixou o seguinte entendimento sobre a questão. Veja:

“56. Num mundo digital em que vivemos a não aceitação de pedidos de esclarecimento por e-mail, fac-símile ou qualquer outro meio eletrônico de processamento de dados causa não só estranheza como também causa limitação à competitividade, uma vez que o município de Jurema/PI é um município de pequeno porte com cerca de 4.000 habitantes, localizado no sul do estado a cerca de 600km de Teresina/PI, capital, contrariando o inciso I do §1º do art. Da Lei 8.666/1993.” (TCU – Acórdão nº 3192/2016 – Plenário. Relator Marcos Bemquerer Costa)

77. Com isso, dado que essa previsão editalícia contraria as disposições legais vigentes, tem-se que a Administração deverá promover a REFORMA em seu texto, haja vista que a manutenção dessa cláusula, além de ilegal, acarreta limitações à competitividade, publicidade, transparência do procedimento licitatório e onera as empresas interessadas no certame.

X. DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO:

78. Desta feita, diante dos robustos fatos e fundamentos elencados, temos que o instrumento convocatório em análise apresenta fortes indícios de irregularidade e, por isso, IMPUGNAÇ-SE O EDITAL DO PROCESSO LICITATÓRIO REFERENTE À CONCORRÊNCIA PÚBLICA N° 04/2020 - PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 20.0.000005513-2 E A CONSEQUENTE ANULAÇÃO DO CERTAME, baseado no item 3 do instrumento convocatório em questão e nos §§ 1º a 3º do art. 41 da Lei Federal nº 8.666/1993, além da aplicação do art. 56 da Lei Complementar Municipal nº 790, de 10/02/2016.



Rio de Janeiro-RJ, 01 de Julho de 2020.

Felipe José Ansaloni Barbosa⁵

CPF: 050.225.996-51

⁵ Advogado e professor especializado em licitações e contratos, instrutor de cursos da Formação de Pregoeiros da Fundação João Pinheiro, ESAF-MG e ESAF-PA e Associação Mineira de Municípios. Diretor da 11E Licitações. Professor reconhecido nacionalmente. Mestre em Administração, especialista em Direito Público e professor em cursos de Pós Graduação da UNA, UNI-BH e PUC-MG. É autor de artigos publicados em revistas nacionais especializadas em licitações: www.felipeansaloni.com.br / www.11E.com.br