

PREGÃO 06/2021 – SEI n. 0020813-18.2020.6.21.8000

Coleta de resíduos sólidos

IMPUGNAÇÃO

ILMO. SR. PREGOEIRO DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL – TRE - RS

ABORGAMA DO BRASIL LTDA., inscrita no CNPJ/MF sob o nº 05.462.743/0009-54, com endereço na Estrada Rincão dos Pinheiros, S/N, Distrito de Passo Raso, Triunfo - RS, CEP: 95.840-000, por intermédio de seu representante legal in fine assinado, vem, respeitosamente, apresentar IMPUGNAÇÃO aos termos do edital referenciado.

1. DA TEMPESTIVIDADE

De início, insta esclarecer tempestividade desta impugnação ao edital.

Sendo a data da abertura dos envelopes em 22/03/2021 (segunda-feira), o término do prazo para a licitante impugnar, nos termos do edital, será em 17/03/2021 (quarta-feira).

Portanto, oferecida na presente data, resta cabalmente comprovada a tempestividade da presente impugnação.

2. DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

2.1 Da necessária possibilidade de subcontratação de parte do objeto licitado

Inicialmente, é necessário trazer o que é a subcontratação, que, conforme material disponibilizado pelo TCU, “consiste na entrega de parte de fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço a terceiro, estranho ao contrato, para que execute em nome do contratado, item, etapa ou parcela do objeto avençado”.

A possibilidade de subcontratação no âmbito dos contratos administrativos é viabilizada, a priori, pelo artigo 72 e 79, inciso VI, da Lei n. 8.666/93, que claramente permitem a subcontratação parcial em licitação, veja-se:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

Uma vez sendo permitida por lei, vale explicar o seu pleno cabimento (da subcontratação parcial) no presente caso, visto que o edital apenas permite a possibilidade de subcontratação apenas para a etapa de destinação final dos resíduos, que deve ser expressamente permitida também para o tratamento por incineração, especialmente pela prática frequente na iniciativa privada, a qual deve, à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial (TCU), ser necessariamente considerada para as contratações com a administração. Explica-se:

A licitação em comento tem por objeto a “prestação de serviços de coleta, transporte e destinação final ambientalmente adequada, de resíduos sólidos produzidos nas dependências do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, em diversos prédios, em Porto Alegre - RS, conforme minuta de contrato, Termo de Referência e demais estipulações deste edital.”

Ocorre que, no atual cenário nacional, são ínfimas as empresas que prestam todas as etapas dos serviços acima, exurgindo daí a necessidade de subcontratação, como faticamente acontece na iniciativa privada.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho assim trata sobre a questão (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2002, pp. 517-518):

Não se admite a natureza personalíssima do contrato administrativo. Ao menos, não na acepção tradicional de Direito Privado. A atividade administrativa do Estado se rege pelo princípio da impessoalidade, o que significa que as características pessoais do particular contratado não se configuram como fator relevante para a contratação. A licitação é procedimento desvestido de qualquer preferência subjetiva. Os particulares são examinados sob critérios objetivos, mesmo na fase de habilitação. Ultrapassada esta, seleciona-se a melhor proposta e o julgamento não se relaciona com qualquer elemento subjetivo. Daí deriva que o contrato administrativo não apresenta vínculo psicológico entre as partes. A Administração pretende receber a prestação a que se obrigou o particular. A execução da prestação pelo próprio contratado não se impõe como exigência meramente subjetiva da Administração. Decorre logicamente do procedimento seletivo. Portanto e em tese, o que interessa à Administração é o recebimento da prestação ofertada na proposta vencedora. A identidade do executante da prestação até pode ser irrelevante, desde que o contratado se responsabilize pela perfeição do adimplemento.

Há, porém, duas questões a considerar. A primeira se relaciona com os riscos de receber uma prestação mal executada. Estes riscos conduzem a Administração a exigir que o próprio licitante desempenhe as tarefas necessárias ao cumprimento contratual. A segunda tem a ver com a própria licitação. Se o particular não dispunha de condições para executar a prestação, não poderia ter sido habilitado. Aliás, apurada a inidoneidade após a habilitação, a Administração deve promover a rescisão do contrato.

Daí surge a regra da impossibilidade de o contratado transferir ou ceder a terceiros a execução das prestações que lhe incumbiriam. A lei autoriza, porém, que a Administração, em cada caso, avalie a conveniência de permitir a subcontratação, respeitados limites predeterminados.

A hipótese toma-se cabível, por exemplo, quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas fases, etapas ou aspectos apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízo. A evolução dos princípios organizacionais produziu o fenômeno denominado de “terceirização”, que deriva dos princípios da especialização e da concentração de atividades. Em vez de desempenhar integralmente todos os ângulos de uma atividade, as empresas tornam-se especialistas em certos setores.

A escolha da Administração deve ser orientada pelos princípios que regem a atividade privada. Se, na iniciativa privada, prevalece a subcontratação na execução de certas prestações, o ato convocatório deverá albergar permissão para que idênticos procedimentos sejam adotados na execução do contrato administrativo. Assim se impõe porque, estabelecendo regras diversas das práticas entre os particulares, a Administração reduziria a competitividade do certame. É óbvio que se pressupõe, em todas as hipóteses, que a Administração comprove se as práticas usuais adotadas pela iniciativa privada são adequadas para satisfazer o interesse público. (grifou-se)

Assim, para que não haja prejuízo à Administração Pública, decorrente do pequeno número de participantes em processos licitatórios cujo objeto, como o presente, é complexo e, pelo baixo número, os licitantes que consigam, por sua vez, participar aumentem o preço do serviço de maneira deliberada, exatamente em virtude da falta de concorrentes, é necessário que a licitação se adapte à iniciativa privada, permitindo a subcontratação.

Isso posto, a subcontratação parcial é especialmente importante no presente caso.

Além do fato de a complexidade do objeto licitatório, à luz da iniciativa privada, demandar a subcontratação, esta não acarretará prejuízo à contratação.

É que inúmeras são as atividades abarcadas, algumas das quais, caso desempenhadas por outras empresas, subcontratadas, não interfeririam, tampouco prejudicariam a segurança da contratação, tal como: a hipótese de terceirizar o tratamento por incineração, nas hipóteses em que ele se faz necessário, cuja execução não demanda maiores cuidados e que se faz necessária para o cumprimento da contratação.

Em verdade, a permissão para subcontratar parcialmente o objeto licitado, tal como aqui exposto, em relação ao tratamento por incineração, visa acima de tudo atender o próprio interesse público, na seleção da proposta mais vantajosa que concatene a prestação dos melhores serviços pelo menor preço.

E mais, repita-se, atualmente, no cenário nacional, são pouquíssimas as empresas que possuem todo o escopo do objeto licitado. Ou seja, são ínfimas as empresas que prestam isoladamente, elas mesmas, sem a participação de qualquer subcontratada, os serviços de coleta, transporte, tratamento e disponibilizam os aterros industrial e/ou sanitário.

Fato este que, dada a situação peculiar no mercado, permite-lhes encarecer o preço dos seus serviços (das que prestam isoladamente).

Nessa esteira, a permissão de parcial subcontratação do objeto licitado não apenas consiste em expediente legal, autorizado por lei, como trata-se do único meio de obter a proposta efetivamente mais vantajosa, em certame que se revele competitivo.

Não é demais mencionar que em estrita consonância à Lei n. 8.666/1993, o Colendo STJ se manifestou pela plena legalidade da subcontratação parcial em contratos administrativos de objeto complexo, *in verbis*:

[...] 2 - A parcial cessão do objeto contratado, pela vencedora da licitação, é ato jurídico previsto no art. 72, da Lei nº. 8.666/93, não constituindo tal procedimento, por si só, desrespeito à natureza intuitu personae dos contratos.
3 - Na espécie, embora o Município busque a anulação de contrato de cessão praticado entre a original vencedora da licitação e a empresa recorrida, bem como de todos os atos dali decorrentes, não há qualquer ofensa à legislação federal, razão suficiente para a denegação do pedido1. (grifou-se)

Inclusive, sendo a ampliação da competitividade uma das diretrizes e princípios dos certames licitatórios, sua aplicação mediante a permissão de subcontratação parcial se revela cabível sempre que não comprometa o interesse da Administração, a finalidade e segurança da contratação, como bem destacado pelo TCU:

As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação. (TCU – TC 002.251/2008-5)

Isso posto, uma vez comprovada a perfeita admissibilidade da subcontratação parcial, especificamente de serviços secundários do objeto licitado – como é o caso do serviço de tratamento por incineração –, cuja execução por terceiro não implica em qualquer risco à contratante, é indispensável a expressa disposição, no edital, da autorização também para a subcontratação parcial ora exposta.

2.2 Da ausência de requisição da devida qualificação técnica das licitantes

Com efeito, em relação aos requisitos para habilitação em certames licitatórios, estipula a Lei nº 8.666/93, em seu art. 27, que exigir-se-á dos interessados documentação relativa à qualificação técnica.

Significa dizer que, como forma de atestar que a empresa licitante está capacitada à execução contratual exige-se, dentre outras comprovações, que a mesma demonstre sua qualificação técnica.

Por sua vez, no que se refere aos pressupostos destinados à demonstração da qualificação técnica das licitantes, preceitua aquele mesmo diploma legal:

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, 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.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

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

(...)

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

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

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

(...)

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

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”² (destaca-se).

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.

Embora a qualificação técnica da licitante seja indispensável para assegurar a regular execução do objeto licitado, nota-se que o instrumento convocatório deixou de solicitar documentos essenciais desta natureza, o que permitirá a contratação de empresa incapaz de honrar o contrato.

Assim, a fim de evitar isso, passa-se a explicar requisitos fundamentais à demonstração da qualificação técnica das licitantes, que devem ser incluídos no edital:

2.2.1 Da necessidade de registro, junto à entidade profissional competente, da licitante e respectivo responsável técnico (engenheiro químico, civil, ambiental ou sanitário)

O edital, em momento algum, exigiu que os licitantes apresentem registro junto ao conselho ou entidade de classe competente, que, considerando os serviços, é o CREA, assim como não exigiu que tenham profissional competente para se responsabilizar pelo acompanhamento regular da execução dos serviços, o qual também deve ser registrado no conselho ou entidade de classe competente.

Tal ausência desobedece a legislação específica referente a profissionais que detêm competência e capacidade para desempenhar o serviço principal objeto da licitação, bem como a própria lei geral que rege qualquer processo licitatório.

Nessa toada, veja-se que o art. 30, inciso IV e § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993:

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

[...]

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

[...]

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

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

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

Essas exigências, além de decorrerem da lei geral, igualmente advêm da legislação específica, que, inclusive, dada a relevância e periculosidade dos resíduos que serão alvo da contratação, não admite como responsável técnico qualquer profissional, de qualquer especialidade, desde que esteja registrado perante uma entidade profissional correlata, sob pena de colocar em risco a segurança da própria população pelo mau gerenciamento de resíduos perigosos.

Ainda, é indispensável que seja expressamente prescrito pelo edital que a licitante deve apresentar seu registro junto ao CREA e o responsável técnico deve consistir necessariamente em engenheiro ambiental, civil, sanitário ou químico, consoante se extrai da Resolução n. 218 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, que especifica suas competências:

Art. 7º - Compete ao ENGENHEIRO CIVIL ou ao ENGENHEIRO DE FORTIFICAÇÃO e CONSTRUÇÃO:

I - o desempenho das atividades 01 a 18 do artigo 1º desta Resolução, referentes a edificações, estradas, pistas de rolamentos e aeroportos; sistema de transportes, de abastecimento de água e de saneamento; portos, rios, canais, barragens e diques; drenagem e irrigação; pontes e grandes estruturas; seus serviços afins e correlatos.

Art. 17 - Compete ao ENGENHEIRO QUÍMICO ou ao ENGENHEIRO INDUSTRIAL MODALIDADE QUÍMICA:

I - desempenho das atividades 01 a 18 do artigo 1º desta Resolução, referentes à indústria química e petroquímica e de alimentos; produtos químicos; tratamento de água e instalações de tratamento de água industrial e de rejeitos industriais; seus serviços afins e correlatos.

Art. 18 - Compete ao ENGENHEIRO SANITARISTA:

I - o desempenho das atividades 01 a 18 do artigo 1º desta Resolução, referentes a controle sanitário do ambiente; captação e distribuição de água; tratamento de água, esgoto e resíduos; controle de poluição; drenagem; higiene e conforto de ambiente; seus serviços afins e correlatos.

Isso posto, tendo o edital se omitido quanto às perquirições de natureza técnica da licitante, e como forma de assegurar a mínima capacidade da licitante em cumprir o objeto licitado, imperiosa se faz sua retificação, para fazer constar dos documentos de habilitação:

- (i) a exigência de apresentação de prova de inscrição perante o CREA, dadas as atividades envolvidas na execução contratual;
- (ii) prova do vínculo do responsável técnico com a empresa licitante;
- (iii) a requisição de que o responsável técnico consista necessariamente em engenheiro químico, sanitarista, civil ou ambiental, por se tratarem dos profissionais legalmente competentes para acompanhar e se responsabilizar tecnicamente pelos serviços em questão, detentor de atestado(s) de responsabilidade técnica, emitido pela entidade profissional competente, para execução de serviços compatíveis com o objeto da licitação.

2.2.2 Da necessidade de comprovação de capacidade técnica compatível como objeto licitado

Para que qualquer licitante seja contratado pela Administração, seja para fornecer produto ou prestar serviço, ele deve demonstrar que tem aptidão.

In casu, as licitantes devem ser aptas a prestar os serviços de “coleta, transporte, tratamento e destinação final” de resíduos sólidos de saúde, o que, obrigatoriamente, deve ser demonstrado por documentação hábil que ateste que sua capacidade técnica é compatível em quantidade, prazos e características com o objeto licitado.

Contudo, é necessário lembrar que apenas um atestado não é suficiente para demonstrar a capacidade técnica da licitante, na verdade, é fundamental que a compatibilidade dos serviços por ele(s) demonstrado(s) seja exigida em, no mínimo, 50% do total da licitação.

Nesse sentido é o previsto no art. 30 e seus dispositivos, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 30 (...)

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

(...)

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

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do 'caput' deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (...)

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior. (grifos acrescidos)

Ao apreciar esse assunto, o TCU (Tribunal de Contas da União) firmou sua jurisprudência no sentido de que, para que o licitante ateste que possui aptidão para executar o objeto da licitação, é necessário que o(s) atestado(s) demonstre(m) que a compatibilidade do que já executou com relação ao objeto a executar é de 50% (cinquenta por cento) em quantidade, prazo e características:

VOTO

Conforme consignado no relatório precedente, o processo de auditoria em tela retorna a este colegiado após terem sido analisadas pela Secex-1 as razões de justificativa relacionadas às seguintes questões:

a) inclusão das exigências restritivas à competitividade do certame constantes nos subitens 8.7, 8.8, 8.9 e 8.13 do edital do pregão eletrônico 21/2008-MC e nos subitens 8.7 e 8.13 do edital do pregão eletrônico 22/2008-MC, irregularidade atribuída à Srª Eliane Maravalhas;

b) indeferimento dos recursos impetrados contra o edital do pregão eletrônico 22/2008-MC, questionando o caráter restritivo de seus subitens 8.8 e 8.9, não obstante o conhecimento prévio da Nota MC/CONJUR/APC 1521-2.14/2008 que considerou tais cláusulas restritivas, irregularidade também atribuída exclusivamente à Srª Eliane Maravalhas; e

c) inclusão das exigências restritivas à competitividade do certame constantes nos subitens 8.8 e 8.9 do edital do pregão eletrônico 22/2008-MC, irregularidade atribuída aos Sres Adailton de Brito Góis, Gildásio Franco Cançado, José Luiz Martins Durço e Paulo Araújo de Oliveira.

(...)

16. Nesse sentido é a jurisprudência desta corte de contas, podendo ser citados como exemplo os acórdãos 1.284/2003, 2.088/2004, 2.656/2007 e 2.215/2008, todos de Plenário, havendo neste último determinação que limita 'as exigências de capacidade técnico-operacional aos mínimos necessários que garantam a qualificação técnica das empresas para a execução de cada contrato do empreendimento, devendo [a unidade jurisdicionada] abster-se de estabelecer exigências excessivas, que possam restringir indevidamente a competitividade dos certames, a exemplo da comprovação de experiência em percentual superior a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos a executar'.

(TCU, Acórdão nº. 1.390/2010 – Plenário, Rel. Ministro Aroldo Cedraz)

9.5. determinar à Prefeitura Municipal de Rondonópolis e ao SANEAR - Serviço de Saneamento Ambiental de Rondonópolis que, nas próximas licitações que efetuarem com recursos do Orçamento Geral da União:

(...)

9.5.3. limitem as exigências de capacidade técnico-operacional aos mínimos necessários que garantam a qualificação técnica das empresas para a execução de cada contrato do empreendimento, devendo abster-se de estabelecer exigências excessivas, que possam restringir indevidamente a competitividade dos certames, a exemplo da comprovação de experiência em percentual superior a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos a executar (conforme jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 1.284/2003-Plenário; 2.088/2004-Plenário; 2656/2007-Plenário; 608/2008-Plenário), cumprindo o que prescreve o art. 37 da Constituição Federal e o art. 3º da Lei 8.666/93;

(TCU, Acórdão nº. 2.215/2008 – Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zymler)

Disso, depreende-se que não basta a existência no edital de exigência de apresentação de atestado(s) de capacidade técnica, é fundamental que a compatibilidade dos serviços por ele(s) demonstrado(s) seja exigida em, no mínimo, 50%, eis que tal percentual representa o conceito de compatibilidade, à luz da interpretação pacífica do TCU acerca do tema.

Dessa forma, deve ser incluído no edital item que exija a apresentação de atestado(s) técnico(s) que comprove(m) a capacidade técnica das licitantes em, no mínimo, 50% da quantidade, dos prazos e das características do objeto total desta licitação.

2.2.3 Necessidade de apresentação de Licenças de operação, junto ao órgão ambiental competente, como requisitos técnicos essenciais a serem apresentados na fase de habilitação

Ainda no tocante aos pressupostos de qualificação técnica, é de se notar que o edital não exigiu documentos específicos que se fazem necessários para a comprovação específica de estar a licitante capacitada a regularmente executar o objeto licitado, o qual sofre intensa regulação e fiscalização por parte dos órgãos ambientais competentes.

Lembre-se que o presente procedimento licitatório visa à contratação de empresa para prestação de serviços especializados em coleta, transporte e destinação final de resíduos.

A requisição expressa de documentos na fase de habilitação do certame encontra amparo no art. 30, da Lei nº 8.666/93, o qual autoriza, em seu inciso IV, e § 6º., que seja requerida a comprovação dos demais requisitos previstos em lei especial para demonstração da qualificação técnica:

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.

(...)

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

Não obstante os 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.

O edital não impôs a apresentação das licenças de operação relativa à coleta, ao transporte, ao tratamento (serviço que é essencial a depender do grupo e/ou subgrupo a ser coletado) e à destinação final dos resíduos. E isso é, igualmente, contrário à seguinte legislação: Lei 12.300/2006 do Estado de São Paulo, cc. Decreto 54.645/2009 do Estado de São Paulo

A falta, portanto, de exigência dessas licenças é prejudicial à Administração, pois, nos moldes já mencionados, por se tratar de licitação que abarca resíduos infecciosos e/ou químicos, potencialmente danosos e danosos (respectivamente) ao meio ambiente e à saúde pública, as atividades licitadas sofrem intensa regulação e fiscalização pelos órgãos ambientais e sanitários, sendo imperativo à contratação que se exija a licitante estar devidamente qualificada, ou seja, licenciada a executar os serviços.

Significa dizer que os documentos técnicos específicos à execução do objeto licitado são essenciais para a adequada seleção da vencedora. E sua requisição na fase de habilitação também atende aos princípios da isonomia e publicidade, por permitir que as demais licitantes examinem e verifiquem o efetivo atendimento (ou não) dos pressupostos técnicos pelas licitantes concorrentes.

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).

Assim, analisando o caso concreto, nos moldes acima destacados, para que reste comprovada a plena aptidão/qualificação técnica da licitante de regularmente executar os serviços em comento, verifica-se ser imprescindível a retificação do edital para que seja determinada a apresentação de licenças de operação para a coleta, o transporte, o tratamento e a destinação final dos resíduos, expedidas por órgão ambiental competente, inclusive desde a fase de habilitação.

3. DOS REQUERIMENTOS

Diante de todo o explanado, requer-se que o Sr. Pregoeiro se digne a receber esta impugnação e, ao julgá-la, acate-a integralmente para que o edital seja modificado no ponto apresentado acima, haja vista os fundamentos neles expostos.

Termos em que pede e espera deferimento.
Recife-PE, 17 de março de 2021.

ABORGAMA DO BRASIL LTDA.

RESPOSTA

A Pregoeira, no uso de suas atribuições legais, responde à impugnação, conforme manifestação da área técnica:

“1. Subcontratação admitida.

Em relação ao item 2.1, quando trata da possibilidade de subcontratação, entendemos que a petição da empresa Aborgama não encontra sentido, já que a subcontratação está prevista explicitamente no item 12.5 do Termo de Referência COINP nº 01-2021 (Anexo III do Pregão nº 06/2016) e na cláusula 4.5.1 da minuta de contrato (Anexo I do Pregão nº 06/2016), nos seguintes termos: “4.5.1. Será permitida a realização da etapa de destinação final mediante empresa(s) subcontratada(s), desde que esta(s) estejam devidamente licenciadas no órgão ambiental estadual.”

Obviamente, concordamos com a empresa que na fl. 2 escreveu: “Ocorre que, no atual cenário nacional, são ínfimas as empresas que prestam todas as etapas dos serviços acima, exsurgindo daí a necessidade de subcontratação, como faticamente acontece na iniciativa privada.”

Apenas estipulamos que a subcontratação será permitida na etapa de destinação final do resíduo. Isto significa que a empresa deve deter o suporte estrutural para a coleta e transporte dos resíduos e, a parte mais crítica e tecnológica, a destinação final, poderá ser objeto de execução pela empresa subcontratada. É prerrogativa do ente contratante exigir que a parte dos serviços diretamente conectada com sua estrutura física (coleta e transporte) seja executada pela empresa pretendente ao contrato. Razões de segurança e confiabilidade já justificariam esta fixação.

Mesmo assim, é possível que alguma fração destas etapas (coleta e transporte) seja objeto de subcontratação, conforme se observa na minuta de contrato:

“4.5. A CONTRATADA, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar, em parte, o objeto do presente contrato, se for conveniente para a Administração, mediante prévia e escrita autorização do CONTRATANTE, ressalvado o disposto na cláusula 4.7.”

Desconhecemos a necessidade da empresa mencionar a necessidade de “ser expressamente permitida também para o tratamento por incineração”, fl. 02, considerando que este método é uma forma de destinação final, a qual poderá ser usada se permitida pelo órgão ambiental na licença ambiental.

Entendemos que a impugnante não possui razão na sua insurgência por tudo aqui relatado.

2. Qualificação técnica dos licitantes.

Exigiu o Pregão nº 06/2021 na habilitação, item 9.1, g) a apresentação de “Atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, para comprovação da capacidade técnica do licitante, no qual mencione serviços de coleta e transporte de resíduos sólidos, sem ressalvas desabonatórias”.

Isto foi exigido, considerando a própria leitura da lei nº 8.666/93, citado pela impugnante: “Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:... 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, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos”, que representa o solicitado para o atestado de capacidade técnica.

Aqui existe a necessidade de esclarecer que a licitação se destina aos serviços de coleta, transporte e destinação final de resíduos não perigosos.

Foi explicitado no Termo de Referência “3.2.2.1 Todos resíduos são do tipo não perigosos - Classe II”.

Toda argumentação e cuidado ditado pela impugnante poderá ter razão e mérito se estudado em um objeto de maior porte e qualificação como “resíduo perigoso”, o que não é o caso do presente feito.

Os cuidados que a Administração deve ter com a correta seleção de empresa para prestar o serviço não pode servir para retirar do certame entidades empresariais mediante exigências de qualificação acima do necessário para o serviço.

Esta diferenciação do transporte de resíduos perigosos versus resíduos não perigosos pode ser observado pela diretiva da Fundação Estadual de Proteção Ambiental – FEPAM, do Rio Grande do Sul, que na Portaria FEPAM nº 55 de 16/08/2016 isentou de licenciamento ambiental a coleta e transporte de resíduo da Classe II, ou seja, os resíduos denominados como não perigosos.

Se o próprio órgão ambiental estadual simplificou a exigência técnica e relação ao serviço em licitação, por qual razão deveria este Tribunal “super” qualificar, como pretende a empresa impugnante.

Pelas mesmas razões de simplificação, não é exigível o registro da empresa no CREA, pelo fato de não empenhar serviços técnicos especializados de engenharia, pela falta do elemento “periculosidade”, entre outros.

Correto, portanto, a exigência do Pregão nº 06/2016 da habilitação técnica no mínimo tecnicamente justificável.

Salientamos o art; 4º da Lei nº13.874, de 20 de setembro de 2019, que diz: “É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a,

indevidamente: ... III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado”.

3. Licença de operação

Em parte já explicamos no item anterior a não exigência de apresentação para o serviço de coleta e transporte de resíduos, mas é bom repetir, a Fundação Estadual de Proteção Ambiental – FEPAM, do Rio Grande do Sul, órgão ambiental estadual, mediante a Portaria FEPAM nº 55 de 16/08/2016, isentou de licenciamento ambiental a coleta e transporte de resíduo da Classe II, ou seja, os resíduos denominados como não perigosos, objeto da contratação pretendida.

Quanto à parte final, destinação final dos resíduos, repetimos que foi previsto na cláusula 4.5.1. da minuta de contrato que será permitida a realização da etapa de destinação final mediante empresa(s) subcontratada(s), desde que esta(s) estejam devidamente licenciadas no órgão ambiental estadual”.

A racionalidade de nossa contratação envolve a previsão da possibilidade de subcontratação da destinação final, esta devidamente licenciada.

Esta a razão de não avançarmos nesta questão como marco habilitatório do certame. A contratada, se não desenvolver esta etapa, poderá contratar outra empresa, o que é absolutamente dentro da realidade do mercado.

As etapas de coleta e transporte são mais acessíveis para execução por diversas empresas, podendo contratar o destino final entre as empresas disponíveis e licenciadas para este fim. E, inclusive, mudar de opção durante a execução do serviço.

Concluo, portanto, pela plena justificativa das exigências de habilitação técnica previstas no Pregão Eletrônico nº 06/2021.

Pelo todo, sugiro à Sra. Pregoeira que rejeite a impugnação da empresa ABORGAMA DO BRASIL LTDA e dê continuidade ao Pregão Eletrônico nº 06/2021.

Porto Alegre, 18 de março de 2021

Gustavo de Oliveira Pereira,

Seção de Gestão de Serviços de Conservação e Administração Predial,”

Diante do exposto, a pregoeira informa que não assiste razão ao impugnante, não havendo, assim, justificativa para alteração do ato convocatório.

Att.

Rosana Adolfo,

Pregoeira.