563/2018 - 17/01/2018

SINDUSCON/SE
SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO ESTADO DE SERGIPE

ILUSTRÍSSIMOS SENHORES INTEGRANTES DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO – SESC/SE.

EDITAL DE CONCORRÊNCIA SESC - 17/0007

603.2

O SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO ESTADO DE SERGIPE – SINDUSCON-SE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, inscrito no CNPJ sob o n.º 13.079.041/0001-67, com sede na Praça Siqueira de Menezes, nº 299, Bairro Santo Antônio, CEP 49060-650, em Aracaju - SE, por intermédio do seu Presidente o Senhor Ubirajara Madureira Rabelo, brasileiro, empresário, Engenheiro Civil, portador do RG n.º 161.627 - SSP/SE e do CPF n.º 051.655.515-91, residente e domiciliado na Rua Francisco Rabelo I. Neto, n.º 1.130, Bairro Atalaia, Aracaju – SE, vem, à presença dessa Comissão de Licitação, oferecer, com fundamento no item 22.3 do Edital de Concorrência 17/0007, a presente **IMPUGNAÇÃO** na conformidade das razões que seguem.

1. PRELIMINARMENTE:

1.1 DA TEMPESTIVIDADE:

É de se assinalar que a presente insurreição encontra-se TEMPESTIVA, uma vez que protocolada 07 (dias) dias úteis anteriores a data da abertura da concorrência, qual seja 29 de janeiro de 2018, as 09h30min, a ser realizada na sede administrativa do SESC/SE, localizada na rua Dom José Thomaz, nº 235, 1º andar (auditório), Bairro São José, Aracaju/SE (CEP nº 49015-090)

1.2 DA LEGITIMIDADE:

Nos termos do item 22.3 do Edital de Concorrência 17/0007, qualquer interessado tem o direito de impugnar o Edital.

Praça Siqueira de Menezes, 299 - Bairro: Santo Antônio
Aracaju-SE. CEP:49060-650 - CNPJ:13.079.041/0001-67
Telefones: (79) 3215-1553/3215-5353
e-mail: secretaria@sinduscon-se.com.br

Com efeito, as empresas da construção civil são substituídas processualmente, com a finalidade de proteger os direitos e interesses da categoria que representa, em conformidade com o inciso III, do artigo 8º, da Constituição Federal:

> Art. 8º - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
>
> III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas.

Tratando-se, no presente caso, de defesa de direitos relativos a interesses das empresas filiadas ao SINDICATO, patente está à legitimidade do SINDUSCON/SE, especialmente porque assim também prevê o estatuto da entidade para agir como substituto processual.

2. DA RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO:

A impugnação ao Edital não tem efeito suspensivo em relação à realização da concorrência, tampouco imputa a realização de resposta. Contudo, considerando possível restrição à competitividade, torna-se salutar que a Comissão de Licitação, em tempo hábil, manifeste-se quanto ao questionamento formulado na presente impugnação.

3. DAS RAZÕES QUE MOTIVAM A PRESENTE IMPUGNAÇÃO:

A licitação constitui um procedimento que se destina precipuamente a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, garantindo aos potenciais contratados o respeito aos princípios insertos no artigo 2.º da RESOLUÇÃO Nº 1.252/2012:

> Art. 2° A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para o SESC e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos, inadmitindo-se critérios que frustrem seu caráter competitivo.

Portanto, todas as vezes que são averiguadas na licitação exigência de condições que possam vir a macular o caráter competitivo da licitação, cabe à parte interessada contestar os termos do Edital.

SINDUSCON/SE
SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO ESTADO DE SERGIPE

Nesse diapasão, é que o SINDUSCON vem formalmente impugnar o Edital pelos fundamentos abaixo delineados:

Dispõe o Edital de Concorrência 17/0007:

> 7.2. DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA
>
> b) atestado ou certidão de capacidade técnica operacional, devidamente registrado no CREA/CAU, acompanhado da respectiva Certidão de Acervo Técnico (CAT), que revele ter a licitante executado, para pessoa jurídica ou pessoa física, obra ou serviço de características técnicas compatíveis com as do objeto da presente licitação, particularmente quanto ao seguinte:
>
> (...)
>
> * execução dos serviços de montagem de grupo gerador com potência de mínimo 250KVA;
>
> (...)

O Edital fustigado exige, como comprovação da capacidade técnica operacional, o desempenho de atividade pertinente e compatível com a execução dos serviços de montagem de grupo gerador com potência de mínimo 250KVA.

A exigência da capacidade operacional tem por premissa única avaliar a experiência do próprio licitante na execução do objeto, levando em consideração o porte da obra e a sua complexidade. Por isso, a exigência da capacidade operacional da empresa deve estar diretamente ligada com parcelas significantes e de valor relevante em relação ao objeto do contrato.

A esse respeito é farto o posicionamento da doutrina e da jurisprudência aplicadas à espécie, notadamente a do TCU, que serve de diretriz para todas as esferas de governo e demais entidades, notadamente aquelas integrantes do Sistema 'S', que embora não façam parte da Administração Pública direta ou indireta, trabalham ao lado do Estado desempenhando atividades de natureza pública no interesse da categoria profissional que representa.

Sobre o tema, o doutrinador Joel Menezes Niebuhr leciona ("Licitação Pública e Contrato Administrativo", Editora Fórum, 2ª Edição, fls. 401):

Praça Siqueira de Menezes, 299 - Bairro: Santo Antônio
Aracaju-SE. CEP:49060-650 - CNPJ:13.079.041/0001-67
Telefones: (79) 3215-1553/3215-5353
e-mail: secretaria@sinduscon-se.com.br

> À Administração não é permitido exigir atestados de capacidade técnica em função de parcelas insignificantes e irrelevantes no que concerne ao objeto do contrato. A exigência de atestados está restrita à parte principal do objeto do contrato. A Administração não deve se ater em minúcias e em partes que não requeiram realmente a comprovação da experiência regressa dos licitantes e dos profissionais à sua disposição.

Claudio Sarian Altounian destaca ("Obras Públicas", Editora Fórum, 1ª Edição, fls. 150):

> Após uma série de discussões, a avaliação dos Tribunais é pacifica no sentido de que é possível exigência de comprovação de capacidade operacional, desde que se refira apenas a itens de maior relevância e valor significativo, nos moldes definidos no inciso I do § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93.

Valmir Campelo e Rafael Jardim Cavalcante ("Obras Públicas – Comentários à Jurisprudência do TCU", Editora Fórum, 2012, fls. 269 e 270) destacam:

> O TCU tem decidido que tanto para capacidade técnico-profissional como para capacidade técnico-operacional as exigências devem se limitar às parcelas de maior relevância e valor significativo.
>
> Consoante a boa hermenêutica, a Lei não contém palavras inúteis. Se as exigências foram limitadas a parcelas de maior relevância e valor significativo, ambos os requisitos devem ser preenchidos. Não se alvitrou a alternativa.
>
> (...)
>
> Por analogia, apesar de não expresso na letra da Lei, não se vislumbra juízo distinto da capacidade técnico-profissional para a capacidade técnico-operacional. Cláusula restritiva em razão de sua complexidade técnica, mas de valor irrelevante, poderia limitar a competitividade com indesejáveis consequências antieconômicas. É como restringir a competitividade de 99,9% da obra em razão de apenas 0,1 dela.
>
> O contrário também não revela prudente. Exigir a qualificação para item financeiramente relevante, mas que qualquer licitante pudesse fazê-lo, por sua simplicidade, quebraria a própria finalidade da restrição, qual seja, a garantia da perfeita e tempestiva consecução do objeto. Boas propostas poderiam ser obstadas em razão de mera formalidade no não cumprimento de encargo meramente irrelevante.

(...)

Logo, não basta a identificação da relevância técnica ou apenas o risco de execução deficiente para justificar a exigência de experiência técnico-profissional ou operacional. Para preservar outros princípios jurídicos fundamentais para a garantia da legalidade do certame, dentre eles a isonomia e a moralidade, é imperioso que o serviço seja, também, financeira relevante no contexto global do objeto. Outrossim, espera-se a devida publicidade e motivação quanto aos critérios de escolha dos itens que irão limitar o universo de concorrentes.

A esse respeito, os referidos doutrinadores colacionaram o seguinte posicionamento do TCU:

ACÓRDÃO TCU PLENÁRIO 574/02:

8. Não obstante a nítida intenção consignada nos vetos, de assegurar a maior competitividade ao certame mediante a democratização das exigências para a habilitação dos concorrentes, este Tribunal e, majoritariamente, a doutrina especializada - inclusive calcada, diga-se, em entendimentos deste próprio Tribunal - entenderam que não existem óbices a que sejam exigidos atestados de capacitação técnico-operacional dos licitantes. Mencionem-se, como exemplos, as Decisões nºs 767/98 - Plenário e 285/2000 - Plenário. Também outros Tribunais se alinharam à posição defendida por esta Corte, valendo-se mencionar, também a título exemplificativo, o RESP nº 155861/SP, do Superior Tribunal de Justiça.

9. Não cabendo, a meu ver, novas discussões acerca da questão, em face da existência de posição doutrinária e jurisprudencial dominante, resta esclarecer, então, quais seriam os limites norteadores da exigência de apresentação de atestados de comprovação da capacidade técnico-operacional. A busca de tais limites exige pequeno esforço exegético, uma vez que esses não se encontram claramente definidos no texto legal. Diga-se, aliás, que nem o poderiam estar, uma vez que a própria possibilidade de serem exigidos tais atestados também não é expressa.

10. Assim é que a analogia nos permite afirmar que os limites impostos à cobrança de atestados de comprovação da capacidade técnico-operacional são os mesmos relativos à comprovação da capacitação técnico-profissional definidos no inciso I do § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, ou seja, tal comprovação somente é possível em relação "às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação". Observe-se atentamente que a lei utiliza a conjunção aditiva "e". Assim, não basta o cumprimento de uma ou de outra condição; ambas as condições devem ser atendidas. Então, somente podem ser cobrados atestados em relação a itens que, simultaneamente, representem parcelas de maior relevância da obra e que possuam valor significativo em relação ao objeto da licitação.

Outras decisões do TCU que encampam o posicionamento acima destacado:

ACÓRDÃO TCU PLENÁRIO 2.776/11:

9.3.4. abstenha-se de exigir atestados de capacidade técnico-operacional para itens de pequena materialidade financeira na obra, em dissonância com o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93;

ACÓRDÃO TCU PLENÁRIO 2.099/09:

6. É vedada a exigência, como requisito qualificação técnica, de comprovação de execução de itens que não apresentem complexidade técnica.

ACÓRDÃO TCU PLENÁRIO 2.963/10:

21. Dentre outras exigências tidas por desarrazoadas, menciono, a título de exemplo, a inclusão, na relação de itens cuja experiência anterior seria avaliada para fins de habilitação, da "Pré-operação" e da "Execução de travessias subterrâneas por processo não destrutivo".

(...)
23. Além disso, o valor previsto para o serviço, que surgiu na planilha apenas por ocasião da última versão do projeto executivo, alcançou R$ 241.230,00, que corresponde a menos de 0,3% do valor do contrato, indo de encontro à jurisprudência do TCU que, a exemplo da Decisão n. 574/2002 – Plenário, exige que os critérios de habilitação devam recair sobre itens que possuam, além de relevância técnica, valor significativo. Tal vício está presente, também, na escolha do serviço "Execução de travessias subterrâneas por processo não destrutivo" para fins de análise de capacitação, pois seu percentual em relação ao total do empreendimento é igual a 0,7%.

ACÓRDÃO TCU PLENÁRIO 1.636/07:

9.3.1.1. abstenha-se de exigir experiência técnico-profissional em "ECT de 3ª categoria", "Reciclagem de pavimento com adição de brita e cimento", "Manta geotêxtil para reforço do pavimento", "Fresagem de revestimento", "Sarjeta e meio-fio de concreto", "Pintura termoplástica", "Defensa metálica", "Rede de iluminação pública", "Stone Mastic Asphalt - SMA com CAP modificado" e quaisquer outras que não sejam de maior relevância e valor significativo, cumulativamente, em relação ao total da obra, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, dos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, bem como em "CBUQ com CAP modificado" ou qualquer outra que contenha

especificação ou detalhamento irrelevante para a qualificação técnica, ou seja, que não exija conhecimento e capacitação técnicos diferenciados, não usuais e infungíveis, conforme art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993;

ACÓRDÃO TCU PLENÁRIO 1.229/08:

9.3.2. observar, em futuras licitações com recursos federais:

9.3.2.1. que as exigências quanto à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional devem se limitar às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação e, no caso destas, restringirem-se a aspectos de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do futuro contrato;

ACÓRDÃO TCU PLENÁRIO 170/07:

2. Exigir-se comprovação de capacidade técnica para parcelas da obra que não se afiguram como sendo de relevância técnica e financeira, além de restringir a competitividade do certame, constitui-se em clara afronta ao estabelecido pelo art. 30 da Lei 8.666/93 e vai de encontro ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

A questão tornou-se tão incontroversa, que o TCU publicou a Súmula 263/2011, nos seguinte termos:

> Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Aplicando-se ao caso concreto o entendimento uníssono da doutrina e da jurisprudência, vê-se que a exigência da capacidade técnico operacional contida no item 7.2, 'b', do Edital de Concorrência 17/0007, acima transcrito, não está em consonância com a parte da obra de maior relevância e de valor significativo.

A execução dos serviços de montagem de grupo gerador com potência de mínimo 250KVA, prevê um custo total de R$ 346.371,69. Esse valor representa apenas 2,4% do custo total estimado da licitação de R$ 14.381.887,03.

A hipótese ora em destaque enquadra-se perfeitamente no conteúdo do ACÓRDÃO TCU PLENÁRIO 2963/10, acima transcrito.

Portanto, à evidência, a capacidade técnica operacional exigida na licitação não se reveste das características de parcela de maior relevância e de valor significativo em relação ao objeto da contratação. Destaca-se, ainda, que a exigência deve levar em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em relação à complexidade do objeto licitado, mormente porque a norma não estabelece quais são os parâmetros.

Outro ponto a ser observado, não menos importante, refere-se ao fato de que os serviços de montagem de grupo gerador é de execução indireta, ou seja, o grupo gerador será fornecido por terceiro contratado pela empresa vencedora da licitação, cujo preço cobrado pelo mercado inclui, necessariamente, a montagem.

A inclusão da montagem no preço de fornecimento é uma praxe de mercado, que tem como um dos principais motivos a manutenção da garantia pelo fornecedor, que não raras às vezes é o próprio fabricante.

Portanto, o grupo gerador não se trata de uma peça ou de um material produzido pelas construtoras. Cuida-se de bem, a exemplo elevadores, que não está diretamente ligado à atividade da construção civil, mas que deve ser adquirido pela contratada junto a fornecedor específico.

Esse tema também foi abordado pela doutrina e TCU, consoante nos mostra os ensinamento de André Mendes ("Aspectos Polêmicos de Licitações e Contratos de Obras Públicas", Editora PINI, 1ª Edição, fls. 130):

> Convém acrescentar que a indiscriminada solicitação de atestados com base apenas no critério de "relevância e valor" tem levado o gestor à contestável exigência de comprovação de habilidade técnica para serviços usualmente subcontratados, o que também começa a ser coibido pelo TCU, conforme demonstra este trecho do Voto do Acórdão 2760/2012 – Plenário, de autoria da Ministra Ana Arraes:
>
> > Quanto à exigência de experiência na execução de serviços que são invariavelmente subcontratados, considero que, em regra, tal impositivo desnatura o processo de habilitação técnica. Isso porque não há sentido em requerer *expertise* para realização de serviço que,

SINDUSCON/SE
SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO ESTADO DE SERGIPE

> muitas vezes, acaba sendo executado por terceiro. Exigida do licitante, como pressuposto para participar da licitação, capacidade para execução de determinada tarefa, a prestação não pode ser transferida. A entidade que realiza a concorrência deve, portanto, avaliar a relevância dos serviços para os quais exige prévia experiência, de forma a não adotar exigências desnecessárias e restritivas.

Diversas empresas que possuem know how na área de construção civil, que detêm plena capacidade profissional, operacional e financeira para executar perfeitamente o objeto exigido na licitação, inclusive tendo executado serviços de maiores complexidades e de valores superiores ao da presente contratação, podem ser excluídas da disputa.

Não há razão lógica que fundamente a ideia de que uma empresa não pode executar a obra de construção da unidade SESC ITABAIANA, pelo simples fato de não dispor de capacidade operacional para montagem de grupo gerador, cuja atribuição é delegada ao terceiro fornecedor.

Pensar de forma diferente é violar os comandos prescritivos do artigo 2º da RESOLUÇÃO Nº 1.252/2012, posto que não são admissíveis a exigência de critérios que frustrem seu caráter competitivo.

4. DA CONCLUSÃO:

Ante o exposto, requer seja a acatada a presente Impugnação, retificando-se o Edital a fim de ser excluída a exigência de capacidade técnica operacional para execução dos serviços de montagem de grupo gerador com potência de mínimo 250KVA, por ofensa aos ditames do artigo 2.º da RESOLUÇÃO Nº 1.252/2012.

Nestes temos, pede deferimento.

Aracaju – SE, 16 de janeiro de 2018.

UBIRAJARA MADUREIRA RABELO
Presidente

Praça Siqueira de Menezes, 299 - Bairro: Santo Antônio
Aracaju-SE. CEP:49060-650 - CNPJ:13.079.041/0001-67
Telefones: (79) 3215-1553/3215-5353
e-mail: secretaria@sinduscon-se.com.br