

GERÊNCIA DE LICITAÇÕES (GELIC) DA VALEC – ENGENHARIA CONSTRUÇÕES E FERROVIA S/A

Processo nº 51402.114350/2015-55

Edital de Pregão Eletrônico nº 012/2015

WORKS CONSTRUÇÃO & SERVIÇOS EIRELI, empresa regularmente constituída, inscrita no CNPJ sob o nº **56.419.492/0001-09**, estabelecida à Rua Conselheiro Ribas, 297, Vila Anastácio, São Paulo – SP – CEP 05093-060, representada na forma de seu contrato social e por pessoa devidamente credenciada, vem, respeitosamente, à presença desta Digníssima Gerência de Licitações para, com fundamento no § 1º do artigo 113 da Lei nº 8.666/93, e no item 20 do edital convocatório em epígrafe, apresentar a **IMPUGNAÇÃO** aos termos do edital em epígrafe, em face de exigências injustificadamente restritivas, conforme os fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos.

1 – EDITAL

A r. Entidade lançou o instrumento convocatório para a *“Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de motoristas e recepcionistas, para atender as necessidades da VALEC nas unidades do Distrito Federal, Goiás, Bahia, Tocantins e Minas Gerais, conforme as especificações e condições constantes neste Edital e seus Anexos”*.

Sem justificativas para a estipulação de exigências, consta do edital demasiado rigor para a habilitação das interessadas, especialmente no que tange a qualificação econômico-financeira.

Exige-se:

“12.11 O licitante deverá apresentar, conforme art. 19, inciso XXVI da IN nº 02/2008-MPOG, a **Declaração de Contratos Firmados com a Administração**, juntamente com a Relação de Compromissos Assumidos, conforme Modelo constante do Anexo VI, acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício – DRE, relativa ao último exercício social.

12.12 Para a confirmação dos dados apresentados na Declaração constante do subitem anterior, será utilizada as seguintes fórmulas:

I. Para comprovar que 1/12 (um doze avos) dos contratos firmados pela licitante não é superior ao seu Patrimônio Líquido, considerando-se que esse resultado deverá ser superior a 1 (um):

Patrimônio Líquido x 12 / Valor Total dos Contratos > 1”

A exigência de comprovação de patrimônio líquido superior a 1/12 (um doze avos) dos contratos firmados pela licitante também inclui a apresentação de declaração cujo modelo se encontra consubstanciado no Anexo VI do instrumento convocatório.

Ademais, cumpre anotar que, concomitantemente à comprovação do patrimônio líquido mínimo em relação aos compromissos assumidos pela licitante, exige-se a demonstração da boa situação financeira da empresa por cumprimento de índices (ILC, ILG e SG maiores que 01 – cláusula 12.10, I), Capital Circulante Mínimo de 16,66% do valor estimado da contratação, comprovação de patrimônio líquido mínimo de 10% do valor total da contratação.

Essa rigorosidade excessiva contraria a busca pela maior vantagem para a Administração, o principal objetivo da licitação. Em outros termos, o prejuízo à amplitude da competição implica em maior custo na contratação, sem contar que contraria a interpretação

constitucional correta, nos termos da melhor doutrina, sobre o limite das exigências editalícias, razão pela qual se mostra imprescindível a correção.

Fortalecendo a aparente ilegalidade das exigências, cumpre destacar que elas não se encontram JUSTIFICADAS nos autos do processo administrativo publicado.

2 - DIREITO

A **comprovação da qualificação econômico-financeira** destina-se a **demonstração da disponibilidade de recursos para a satisfatória execução do objeto da contratação**, isto é, a **comprovação de que dado interessado possui condições financeiras de honrar as obrigações decorrentes do contrato, face os valores envolvidos.**

Dessa forma, **as condições estipuladas no edital discriminam quais particulares possuem características objetivas de idoneidade e capacidade de cumprimento do objeto da licitação.** As exigências devem servir, assim, para afastar pessoas inidôneas, inaptas, incapazes (aventureiras, levianas), ainda que possam ofertar propostas teoricamente mais vantajosas.

De outro lado, vale destaque o fato de que, **quanto mais rigorosas as exigências de habilitação, tanto menor o universo de licitantes aptos a participar da licitação**, não se podendo concluir de maneira diversa se não pela contrariedade ao interesse público no excesso de rigorosidade, pois diminuirá o número de propostas e a probabilidade de obtenção da proposta mais vantajosa do mercado.

Nesse passo, vale o reforço a regra constitucional que orienta a estipulação dos requisitos de qualificação nas licitações. A Constituição da República determina que as exigências sejam as **INDISPENSÁVEIS – mínimas necessárias** para garantir, razoavelmente, a execução do objeto, conforme se lê do art. 37, XXI:

Art. 37 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigação de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.** (grifei)

Com isso, a Carta Maior obriga a Administração a analisar cada exigência potencialmente restritiva sob o clive da indispensabilidade - da razoabilidade, situação em que qualquer restrição deve ser acompanhada da devida FUNDAMENTAÇÃO, a fim de permitir a averiguação dos motivos determinantes e da razoabilidade, sob pena de nulidade.

Nessa parte, insta destacar que o dever de justificativa das exigências insere-se no espectro do dever de motivação de todos os atos públicos, em conformidade com o princípio constitucional da fundamentação e a norma positivada no art. 50, incisos e parágrafo 1º, da Lei 9.784/99. Sem a fundamentação, inobstante eventual razoabilidade que se possa cogitar das exigências, elas SÃO NULAS.

Nesse mesmo sentido se observa o entendimento do eminente jurista Marçal Justen Filho, que segue adiante na conclusão sobre o efeito da falta de justificativas das exigências, reputando-as, corretamente, inválidas por tornar o ato obscuro:

“A configuração de uma competência discricionária não significa validar escolhas puramente subjetivas nem exclui o dever de motivação. Muito pelo contrário, a validade da decisão administrativa quanto às exigências de participação dependerá da existência de motivação satisfatória e suficiente. A ausência de motivação para escolha dos requisitos de participação conduz à invalidade do ato convocatório e a asserção aplica-se tanto aos casos de rigor quanto àqueles de ausência de rigor.” (p.460, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 15. ed. – São Paulo: Dialética, 2012.)

Além do evidente dever de expor o juízo formulado sobre a exigência editalícia, a Constituição consagra, claramente, o interesse na ampla participação de interessados na licitação face um razoável arcabouço de exigências, que beneficia diretamente a busca pela maior vantagem para a Administração, e indiretamente o próprio princípio da isonomia que impõe à Administração Pública o tratamento equitativo dos Administrados, impedindo a criação de exigências que restrinja a participação de interessados aptos, de fato, para a realização do contrato.

Exatamente nesse sentido se observa o inciso I do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 8.666/93, que VEDA a inclusão de cláusulas restritivas em excesso:

Art. 3º - ...

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; (grifei)

A hermenêutica do dispositivo da lei ordinária em consonância com o dispositivo constitucional leva a conclusão invariável de que qualquer exigência que não se afigure estritamente indispensável para a segurança da Administração se caracterizará cláusula restritiva do certame, devendo ser afastada.

Corroborando esse entendimento, observam-se valiosas as lições do mestre **Marçal Justen Filho**¹:

“A fixação de requisitos de participação numa licitação conduz à redução do universo de potenciais licitantes, ainda que propicie elevação da probabilidade de um contrato bem executado. Quanto maiores as exigências condicionantes da participação, tanto menos o número de licitantes aptos a participar da disputa. Logo, a ampliação dos requisitos de participação configura-se como um fator que contribui para a elevação dos preços obtidos pela Administração. **O efeito prático da ampliação da severidade na fixação dos requisitos de habilitação é a tendência à obtenção de objeto bem executado, mas com preço muito elevado.**

(...)

Ora, a Administração necessita tanto de segurança quanto de vantajosidade em suas contratações. A finalidade da licitação é selecionar a proposta com a qualidade adequada, pelo menor preço possível. A conjugação de ambos os valores conduz à necessidade de ponderação nas exigências de habilitação. Não é correto, por isso, estabelecer soluções extremadas. É indispensável estabelecer requisitos de participação, cuja eliminação seria desastrosa. **Mas tais requisitos devem ser restritos ao mínimo necessário para assegurar a obtenção de uma prestação adequadamente executada.”** (g.n.)

Neste diapasão, fixadas essas premissas, destaca-se que AS EXIGÊNCIAS CONTIDAS NOS SUBITENS 12.11, 12.12 e 12.12-I PADECEM POR VICÍOS DE EXISTÊNCIA, no que diz respeito à ausência da fundamentação, que constitui núcleo essencial

¹ Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. P. 459-460

do elemento formal do ato administrativo restritivo, E POR VÍCIOS DE VALIDADE, no que tange a incompatibilidade do conteúdo dos dispositivos à finalidade destacada na lei para os requisitos de habilitação, qual seja oferecer o mínimo de segurança indispensável para se assegurar a realização do objeto. O vício de validade se evidencia ainda mais com a concomitância de tantas outras exigências que se prestam ao único fim de demonstrar a boa situação econômica das licitantes.

Com relação ao vício de forma, elemento de existência dos dispositivos, desnecessário um maior aprofundamento, haja vista que **NÃO EXISTE FUNDAMENTAÇÃO NOS AUTOS DO PROCESSO PARA A ESTIPULAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS.**

Apenas consigne-se que, nada obstante se ver na prática a ocorrência de fundamentação *a posteriori*, a melhor doutrina, encampada pelo festejado Mestre **Celso Antônio Bandeira de Mello**, tem o entendimento no sentido de que tal vício somente pode ser convalidado se for possível a extração da fundamentação do texto do próprio dispositivo, o que não se amolda ao presente caso, situação em que a anulação dos dispositivos se mostra imperiosa.

Noutro lado, sobre a rigurosidade excessiva das exigências de habilitação, novamente esclarecedora se mostra a lição do eminente jurista **Marçal Justen Filho**:

“O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija a comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos.” (p.458, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 15. ed. – São Paulo: Dialética, 2012.) – (grifos nossos).

No mesmo sentido observa-se a Jurisprudência:

“Além disso, para habilitação de interessado em participar de licitação só pode ser exigida a documentação exaustivamente enumerada nos art. 27 a 31 da Lei de Licitações e Contratos (...).” (TCU, Acórdão nº 991/2006, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira).

Nessa linha, cumpre destacar que a exigência de patrimônio líquido mínimo, mesmo se considerada isoladamente, não possui o quanto definido em lei, sendo certo impor que seja maior que 1/12 (um doze avos) do valor de todos os compromissos assumidos é demasiadamente rigoroso e restritivo.

Assim, seja pela ausência de justificativa, seja pela rigorosidade excessiva, inarredável a conclusão pela inviabilidade da manutenção dos requisitos.

3 - CONCLUSÃO

Pelo exposto, requer-se o total ACOLHIMENTO da presente impugnação nos exatos termos propostos, para que sejam SUPRIMIDAS as exigências constantes dos subitens 12.11, 12.12 e 12.12-I do edital convocatória, assim como a necessidade de apresentação da declaração constante do Anexo VI – por configurarem medidas para a satisfação da mais lúdima JUSTIÇA!

Termos em que,

PEDE DEFERIMENTO

São Paulo, 12 de novembro de 2015.


WORKS CONSTRUÇÃO & SERVIÇOS EIRELI

Fabiana Guerhardt
Coord. de Licitações
RG: 29.990.772 - 7