

Amanda da Solidade Silva

De: fnunes@oneelevadores.com.br
Enviado em: quinta-feira, 26 de novembro de 2020 17:08
Para: Comissão Permanente de Licitação
Cc: 'Luiz Sergio'; 'Edimilson Rodrigues'; 'Juvenal Pereira'; 'Carlos Alberto Pimenta'
Assunto: Pedido de impugnação PE 18/2020 - FUNASA
Anexos: Pedido de impugnação pregão eletrônico 18-2020 FUNASA.pdf

Prezado Pregoeiro,

Encaminhamos anexo arquivo com pedido de impugnação do edital do pregão eletrônico 18/2020.

Atenciosamente,

Fernando Nunes
Diretor Técnico
One Elevadores
fnunes@oneelevadores.com.br
+55 61 98612 0942 | +55 61 3036 1112



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE

Pregão Eletrônico 18/2020

ELEBRASIL ELEVADORES LTD, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 02.633.335/0001-72, com sede no Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 01, Lote 385, Lojas 3/5, Edifício Platinum Office em Brasília/DF, vem, perante Vossa Senhoria, por intermédio de seu representante legal **FERNANDO JOSÉ FONSECA NUNES**, apresentar

Impugnação ao Edital

Em face da incoerência do Edital do Pregão Eletrônico nº 18/2020, pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir aduzidos.

I – TEMPESTIVIDADE DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO

A abertura da licitação está prevista para o dia 01.12.2020 e, considerando que a presente Impugnação está sendo formulada na conformidade do prazo estabelecido no Art. 41 da Lei de Licitações, isto é, antes do segundo dia útil que antecede à data fixada para abertura, tem-se que a presente Impugnação se encontra plenamente tempestiva.

II – CABIMENTO DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO E RAZÕES PARA REVISÃO DO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO

A respeito da Impugnação, reza o § 2º do art. 41 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 41.

§ 2º. Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada ao §2º pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

Na lição do mestre MARÇAL JUSTEN FILHO, *litteris*:

O instrumento convocatório (seja edital ou convite) cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos.

Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las. Verificando a nulidade ou a inconveniência dos termos do edital, a Administração poderá valer-se de suas faculdades para desfazimento dos atos administrativos. Porém, isso acarretará necessariamente o refazimento do edital, com invalidação do procedimento licitatório já desenvolvido.

Pois bem.

Ab initio, após análise perfunctória do Edital do Pregão Eletrônico, fácil observar que o Edital do Pregão Eletrônico estabelece uma condição de incorreta para os possíveis concorrentes, no momento em que estabelece, no item 19.7.1, a obrigação de que *o Atestado de Capacidade Técnica deverá ser emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove ter a empresa licitante desempenhado atividade anterior pertinente e compatível com o objeto desta licitação.*

Ora, tal exigência não poderá cumprida por nenhuma das empresas licitantes e nem poderia de ser, conforme se observa abaixo.

O art. 30 da Lei 8.666/93, ao elencar as exigências habilitatórias afetas à capacitação técnica dos licitantes, estabelece a possibilidade de ser comprovada a capacidade técnica-operacional, bem com a capacidade técnico-profissional da empresa licitante.

De fato, assim preceitua o Diploma Legal Licitatório:

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

I – (...)

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".

O §1º do mesmo artigo, assim como o subitem que ensejou a inabilitação da Recorrente dispõe que a comprovação de aptidão referida no inc. 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 no CREA.

Existe, ainda, a capacidade técnico-profissional, prevista no inc. I do §1º do art. 30, que é a "comprovação do licitante 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 e prazos máximos".

Portanto, nos termos da lei, subsiste a viabilidade de se exigir tanto a capacidade técnica-operacional, quanto a capacidade técnico-profissional da licitante.

Todavia, houvera uma divergência decorrendo do fato de ter havido um veto ao art. 30, §1º, II da Lei Federal, que aludia, textualmente, à capacidade técnico-operacional da empresa (aqueles que acompanharam o processo legislativo afirmam, inclusive, ter ocorrido um equívoco no momento da votação).

Não obstante, a doutrina e a jurisprudência são unânimes ao asseverar a possibilidade de exigir-se a capacidade técnico-operacional da empresa. Até porque, não fosse esta a exegese teríamos exigências muito mais severas para as empresas, e.g., em relação à compra de bens pela Administração Pública, do que aquelas atinentes à licitações para obras e serviços de engenharia, o que seria, *ao menos em regra*, incoerente.

Então, em tese, nas licitações, em prol do interesse público, temos que se pode exigir, na fase de habilitação, a comprovação de capacidade técnica tanto da empresa quanto de seu responsável técnico.

Contudo, há de se atentar para um fato que ora deve ser levado em consideração, o qual parece que a própria Comissão Permanente não levou em consideração, qual seja: quando da definição das exigências de capacitação técnica das empresas do ramo de engenharia.

É que, neste caso, o atestado de execução de obra é sempre feito em nome da empresa e, posteriormente, registrado no CREA. Ou seja, o **CREA não registra os atestados em nome da empresa que executou a obra, mas tão somente em nome de seu responsável técnico.**

Consultada a legislação do CREA, verifica-se que este assim procede sob o manto de que o acervo técnico não pertence à empresa, mas sim, ao profissional integrante de seus quadros.

Nesse diapasão, é expressa a Resolução 317/86 do CONFEA, que assim dispõe:

"Art. 1º Considera-se Acervo Técnico do profissional toda a experiência por ele adquirida ao longo de sua vida profissional, compatível com as suas atribuições, desde que anotada a respectiva responsabilidade técnica nos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia"

"Art. 4º O Acervo Técnico de uma pessoa jurídica é representado pelos Acervos Técnicos dos profissionais de seu quadro e de seus consultores técnicos devidamente contratados."

Parágrafo único – O acervo técnico de uma pessoa variará em função do Acervo Técnico do seu quadro de profissionais e consultores" (grifo nosso)

Acerca do assunto, destacamos a seguinte exegese que elucida a questão:

"Quanto a titularidade, porém, há que se verificar, que a legislação autoral e a que regula a profissão dos engenheiros e arquitetos, ambas prevêm claramente que autor é pessoa física, e não poderia ser diferente, porquanto pessoa jurídica nada cria, e depende do intelecto humano para tal criação, mesmo que a obra tenha sido criada com o auxílio mecânico ou cibernético. Ou seja, autor é sempre a pessoa física que concebeu o projeto de engenharia ou arquitetura, topografia ou geografia, e não a empresa na qual trabalha o autor ou da qual é proprietário, quer seja engenheiro, arquiteto, geógrafo ou topógrafo, como querem ambas as leis" (cf. Direitos Autorais dos Engenheiros e Arquitetos, in www.jurisdoctor.adv.br)

E assim continua, apontando o texto da resolução do CREA acima mencionada:

"O texto da Resolução em tela, colocando em novos termos esse equilíbrio entre as realizações individuais e as empresariais, vem conferir validade jurídica a atestados técnicos com base em realizações 'então' sob a responsabilidade de profissionais eventualmente ausentes dos quadros da empresa- já que tais realizações integram-se à experiência e tradição adquiridas ao longo do tempo e de certa forma reconhecidas pela letra legal" (Eficiência nas Licitações e Contratos, p. 284).

O procurador jurídico do CREA – 12ª Região, assim se manifestou a respeito:

"creditar-se a tradição técnica assim às empresas, como aos seus diretores técnicos e responsáveis técnicos (...)

(...) a tradição técnica cabe tanto à empresa quanto aos profissionais intervenientes na execução da obra ou serviço, ou seja, do responsável técnico da empresa ao responsável pela obra e ao engenheiro fiscal" (RDP 41/42, p. 141).

Todo o registro dos atestados, quando da realização de uma obra ou serviços, é feito em nome do profissional e não da empresa, tendo em vista a legislação do CREA suso citada.

Se, e.g., a empresa vencedora de uma licitação, na conclusão da obra, solicitar da Administração um atestado demonstrando a execução do objeto contratado, com os respectivos quantitativos, quando for levar o documento ao registro do CREA, o mesmo será emitido em nome do profissional e não da empresa.

Ora, a lei só admite exigência de quantitativo em nome da empresa. Por outro lado, o CREA não registra este atestado, com os respectivos quantitativos, em nome da empresa, mas sim do profissional, por entender que o acervo técnico pertence ao último e não à primeira.

Assim, o atestado é emitido para a empresa, com o respectivo quantitativo, mas o registro deste documento dá-se em nome do profissional, já que é este quem detém o acervo técnico correlato, razão pela qual merece revisão tal item.

Da mesma forma, deve ser revisto o item 19.7.1.1, haja vista, os projetos executivos não são objetos de ART (Anotação de Responsabilidade Técnica) quando são instalados ou substituídos elevadores, isto é, trata-se de um trabalho técnico que está inserido implicitamente na realização do todo (instalação e/ou substituição dos valores).

Vale registrar que o objeto da licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa especializada para execução de serviços técnicos de substituição completa dos elevadores e não a elaboração de projeto executivo.

Tais procedimentos de vinculação do Edital do Pregão Eletrônico **revela-se de caráter discricionário**, contrariando, inclusive, o texto da Lei de Licitações em seu Art. 3º, que assim regulamenta:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restringam 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;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

§ 2º. Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

§ 3º. A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

Segundo leciona Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição, Editora Dialética, pág. 302:

“O direito de licitar consiste na faculdade de formular perante a Administração uma proposta de contratação. O direito de licitar é reconhecido a todos quantos preencham os requisitos de idoneidade e capacitação para executar o contrato”.

Nessa linha de raciocínio, faz a seguinte abordagem sobre o aspecto de Condições de Participação Inválidas: *“A adoção de condições de participação desvinculadas do objeto contratual pode desembocar na invalidade. São inválidas, primeiramente, as condições não necessárias. Isso se passa naqueles casos de exigências que ultrapassam os requisitos mínimos exigíveis do interessado em formular uma proposta. Caracteriza-se o excesso, provocando a exclusão de pessoas que poderiam executar satisfatoriamente o objeto licitado.”*

A licitação é procedimento administrativo, com o escopo final de selecionar uma proposta que tenha ofertado melhores e mais vantajosas condições para a Administração Pública.

Por fim e não menos importante, este Pregoeiro deve rever o prazo para início da instalação dos elevadores, eis que é absolutamente inviável o início das entregas

no prazo de 05 (cinco) meses, pois, diante da complexidade dos serviços e face o prazo exíguo, o processo precisa correr de modo muito célere para que tudo esteja de acordo para o início da fabricação dos elevadores.

Por todo o exposto, é que requer a essa D. Comissão Permanente de Licitação, que apreciando a presente Impugnação, proceda com a imediata revisão do texto do Edital do Pregão Eletrônico, de forma a adequá-los à realidade de cada situação peculiar às concorrências.

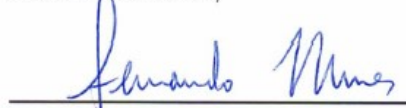
Alternativamente, na improvável hipótese de não ser este o entendimento de Vossa Senhoria, requer seja encaminhada a presente Impugnação à Superior Instância Administrativa competente para apreciação, onde, por certo obterá melhor acolhida.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Brasília/DF, 26 de novembro de 2020.

Atenciosamente,



Fernando José Fonseca Nunes

ELEBRASIL ELEVADORES LTDA