

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

Ref.: Pregão Eletrônico 72/2013

RODRIGO BORGHI DA SILVA & CIA LTDA, inscrita no Cadastro de Pessoas Jurídicas sob o nº 08.930.086/0001-63, com sede e domicílio na Avenida Getúlio Vargas, nº 1.155, Centro, neste ato representada por seu sócio administrador **RODRIGO BORGHI DA SILVA**, brasileiro, casado, empresário, RG 7.634.153-2, CPF 007.775.549-92, residente e domiciliado na João Candido Fortes, 657, Centro, Jacarezinho-Pr, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, com fundamento no 41 §2º da Lei 8.666/93, **IMPUGNAR** o edital de licitação Pregão Eletrônico 72/2013, com base nas razões de fato e de direito a seguir expostas.

I – Da Tempestividade do Ato

Assim estabelece o artigo 41 da Lei 8.666/93:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 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.

Assim, denota-se total tempestividade na apresentação do presente instrumento impugnatório.

II – Dos Fatos

A impugnante tomou conhecimento do instrumento convocatório em epígrafe e solicitou o edital para análise do certame e da viabilidade de participação no certame.

Ocorre que, ao analisar o edital enviado foram encontradas irregularidades que maculam os princípios norteadores das licitações públicas, inviabilizando a igualdade na concorrência.

III – Dos Direitos

A Lei nº 8.666 de 1993, ao regulamentar o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, licitação é

“o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor

trabalho técnico, artístico ou científico”. (MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 2001, p. 188)

A atividade de licitar decorre da necessidade de efetivos controles procedimentais direcionados a salvaguardar os princípios constitucionais que fundamentam a atividade administrativa estatal, zelando pela proteção do patrimônio e moralidade públicos, visando propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões estabelecidos pela Administração.

É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições das obras, serviços e compras realizadas pela administração.

Os atos contidos no processo obedecem rigidamente o estabelecido em Lei e não admitem discricionariedade na sua realização, salvo quando a norma legal autoriza preferências técnicas e opções administrativas de conveniência e oportunidade, desde que devidamente justificadas. Nas palavras de Marçal Justen Filho, “o administrador e o intérprete tem o dever de verificar, em cada caso, se as solenidades escolhidas realizam de modo efetivo e concreto os valores protegidos pelo Direito”. (Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2009, p.58)

Assim dispõe o artigo 3º, da Lei 8.666/93:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do **princípio constitucional da isonomia**, a seleção da **proposta mais vantajosa** para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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 lhes são correlatos. (grifo nosso)

A exposição das finalidades e dos princípios norteadores do processo licitatório, contemplados no artigo 3º, vincula-se diretamente ao artigo 37 da Constituição Federal, que regula toda atividade administrativa estatal, e indiretamente,

diversos dispositivos constitucionais, que dispõem sobre os direitos e garantias individuais, entre outros.

A respeito da interpretação dos princípios, explica Marçal:

“Tais princípios não podem ser examinados isoladamente, aplicando-se a regra hermenêutica de implicabilidade dos princípios. Indica o inter-relacionamento entre princípios, de modo que não se interpreta e aplica um único princípio, isoladamente. Devem considerar-se os princípios conjugadamente e evitar que a aplicação de um produza ineficácia de outros.”
(Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2009, p.58)

A aplicação dos institutos principiológicos envolve certa análise ponderativa do aplicador, comportando assim, as adequações necessárias às circunstâncias e aos valores envolvidos na situação concreta.

Assim, passamos a apontar as irregularidades no certame:

III. a - Da exigência de que a visita técnica seja realizada pelo responsável técnico da empresa

O procedimento licitatório como regra é obrigatório para a Administração Pública no intuito de assegurar a moralidade administrativa e conceder um tratamento isonômico a todos os interessados na participação do certame, conforme o artigo 3º, §1º da Lei 8666/93.

Hely Lopes Meirelles deixa claro que o princípio entre a igualdade entre os licitantes:

“(…) é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no Edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais (artigo 3º, §1º).

O desatendimento a este princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem do interesse público.” (Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed., Malheiros Editora, 2002, p. 262)

No caso em tela, o instrumento convocatório, no item 9.3.5.VI. “a”, apresenta a seguinte exigência:

A visita técnica deverá ser efetuada pelo responsável técnico da empresa licitante até o último dia útil anterior à data prevista para a realização do pregão eletrônico.

O inciso III do artigo 30 do Estatuto das Licitações disciplina sobre a possibilidade da Administração estabelecer, como requisito para participação, a realização de visita técnica. Assim estabelece o aludido dispositivo:

Art. 30 (...)

§ 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.

Não é raro o diploma editalício reger que a visita técnica deverá ser realizada pelo responsável técnico da empresa apesar da disciplina legal ser omissa quanto a tal expediente.

Neste contexto, além da Administração não possuir discricionariedade para imposição desta exigência, a mesma vilipendia um dos princípios basilares da licitação o da competitividade.

Como a Lei 8666/93 não autoriza esta exigência, torna-se uma exigência exorbitante ferindo o princípio da legalidade, eis que o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal preconiza que **“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”**.

Na Administração Pública não há liberdade de vontade, deve haver embasamento legal para a referida obrigação estipulada pelos editais.

Nesta esteira, Hely Lopes Meirelles leciona que *“ na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto, na Administração pessoal é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe. Na Administração Pública só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza.”*

Os Tribunais de Contas veem traçando diretrizes a respeito da matéria orientando os órgãos públicos para afastarem este tipo de regra que restringe o universo dos participantes, a saber:

“Por derradeiro, em relação à pessoa que deverá ser designada para o evento, penso que o encargo é atributo exclusivo da licitante, cabendo a ela eleger o profissional responsável que entenda como o mais adequado para a tarefa, independente de ser engenheiro ou não. Aliás, assim decidiu o Plenário do Tribunal, nos TC-000202/013/10, TC-13464/026/09 e TC-16339/026/08”. (TC nº 333/009/11)

“9.3.1 observe, no momento da abertura de novo procedimento

licitatório, os dispositivos da Lei 8.666/1993 relativos aos princípios norteadores e ao caráter competitivo dos procedimentos licitatórios, de modo a evitar que exigências formais e desnecessárias, a exemplo da visita ao local das obras ser realizada por responsável técnico da licitante, tornem-se instrumento de restrição indevida à liberdade de participação de possíveis interessados;" (Acórdão nº 1264/2010 – Plenário, TC-004.950/2010-0, rel. Min. Aroldo Cedraz)

Ainda, o Egrégio Tribunal de Contas da União, em inúmeras oportunidades já decidiu:

Não encontra respaldo legal a condição editalícia de que a visita técnica deverá ser feita em uma única data e horário. **Também, configura-se como restrição a ampla participação no certame a exigência de que tal visita seja efetuada pelo Responsável Técnico da empresa.** (Licitação. Rel. Conselheiro Eduardo Carone Costa. Sessão de 12/08/2009).

Denúncia. Ilegalidade da previsão de data única para visita. (...) o atestado de visita técnica é a forma através da qual se demonstra que o órgão licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação, não prevendo, entretanto, as especificidades para a sua realização. (...) [Quanto à] previsão de uma única data para a realização de visita técnica, isso pode comprometer a participação de um maior número de interessados, já que se trata de condição excludente do certame. Nesse sentido, há entendimento desta Corte, em decisão proferida pela 2ª Câmara, no processo nº 696.088, em Sessão do dia 10/05/05: '(...) Ademais, assim procedendo, o edital retira o sentido do prazo do inc. II do §2º do art. 21 da Lei nº 8666/93, que prevê o interstício de trinta dias entre a publicação do ato convocatório e a apresentação de propostas não só para permitir a elaboração destas, mas também para

possibilitar que o maior número de interessados tome conhecimento da licitação e possa dela participar. Assim sendo, para evitar a restrição à ampla participação de interessados, o edital deve ampliar as oportunidades de visita técnica, podendo adotar maior número de datas fixadas ou um período em que serão realizadas, ou ainda, permitir que sejam feitas a qualquer momento, dentro do prazo entre a publicação e a apresentação das propostas, mediante agendamento prévio, [conforme] o que melhor atender à conveniência administrativa' (...). (Denúncia n.º 757158. Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada. Sessão do dia 19/08/2008).

Licitação. Exigência de visita técnica depende da conveniência da Administração. Ilegalidade da previsão de data única para visita. O art. 30 da Lei de Licitações prevê, como condição para habilitação, a apresentação do que se convencionou chamar de 'atestado de visita técnica', conforme se infere do inciso III do referido artigo. Ao contrário do que ocorre com o atestado de qualificação técnico-profissional, a lei não cuidou de detalhar a forma de comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que o interessado tomou conhecimento de todas as informações e condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação. O fato é que o inciso III do art. 30 da Lei de Licitações não traz exigência imprescindível à habilitação no certame, pois contém a condicionante 'quando exigido', de modo que o atestado de visita técnica, como condição para habilitação, restringe-se à conveniência da Administração, dependendo da natureza do objeto licitado. O conhecimento das condições e peculiaridades locais, colhido em visita técnica, favorece à elaboração da proposta e, segundo Jessé Torres, escorado em jurisprudência administrativa do TJRJ, nivela os licitantes, 'porquanto se retira, daquele que eventualmente estivesse a disputar novo contrato, a vantagem de conhecer o local de execução da prestação' (in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração

Pública, Ed. Renovar, 6ª edição, 2003, p. 356). De qualquer sorte, o atestado de visita técnica está inserido no rol de documentos de habilitação descrito nos artigos 27 e 30 da Lei de Licitações. Logo, se a Administração entende útil ou necessária a comprovação da visita técnica, deve fornecer o atestado diretamente ao licitante, que deverá apresentá-lo juntamente com os demais documentos exigidos para a habilitação, e não enviá-lo à Comissão de Licitação, como previsto no edital [ora em exame]. Da mesma forma, a demonstração de qualificação técnico-profissional deve também ocorrer na fase de habilitação e não antes, por ocasião da visita técnica, pois esta, sim, constitui garantia de execução do serviço. A vinculação da visita ao responsável técnico, ou RT, também não se revela apropriada, dada a sua natureza e finalidade, pois as funções de orçamentista e executor de obras ou serviços de engenharia [na Administração Pública] podem ser exercidas por profissionais diferentes, como usualmente ocorre nas empresas de engenharia. (...) Por fim, ainda quanto à visita técnica, a previsão de uma única data para sua realização, mesmo sendo conveniência da Administração Municipal, pode comprometer a participação de um maior número de interessados, já que se trata de condição excludente do certame. Ademais, assim procedendo, o edital retira o sentido do prazo do inciso II do §2º do art. 21 da Lei 8.666/93, que prevê o interstício de trinta dias entre a publicação do ato convocatório e a apresentação de propostas não só para permitir a elaboração destas, mas também para possibilitar que o maior número de interessados tome conhecimento da licitação e possa dela participar. Desta forma, para evitar a restrição à ampla participação de interessados, o edital deve ampliar as oportunidades de visita técnica (...). A exigência constante no item 7.1.4.3 deve ser modificada para que a visita técnica seja feita por qualquer pessoa vinculada à licitante, sem apresentação de atestados de qualificação técnico-profissional. Estes devem ser exigidos, como descritos no referido item do edital, mas para serem

apresentados juntamente com os demais documentos de habilitação. (Licitação 696.088, Segunda Câmara, Relator: Conselheiro Moura e Castro, Sessão de 20.09.2005).

Licitações de obras públicas: 2 – Obrigatoriedade de visita técnica ser realizada por responsável técnico da empresa previamente designado e em data única

Outra irregularidade apontada na Representação formulada ao TCU que noticiou uma série de possíveis irregularidades relacionadas à Tomada de Preços nº 002/2010, do tipo menor preço, sob o regime de empreitada por preço global, cujo objeto consiste na contratação de empresa para construção de uma escola pública de educação infantil na sede do Município de Água Doce do Norte/ES, foi a necessidade de visita técnica a ser realizada em data única e, obrigatoriamente, pelo engenheiro responsável pela obra. A esse respeito, enfatizou a unidade instrutiva que ***“inexiste fundamento legal para que a visita técnica se faça obrigatoriamente pelo responsável técnico da empresa previamente designado”***, no caso, o engenheiro responsável pela obra. Para a unidade técnica, bastaria que a licitante apresentasse *“declaração da empresa indicando expressamente determinado profissional para o fim de tomar conhecimento do objeto a ser executado”*. Além disso, a obrigatoriedade de que a visita técnica se dê em data única também não se mostra de acordo com disposições legais, bem como contraria entendimento do Tribunal. Desse modo, por essa e pelas demais irregularidades, a unidade técnica sugeriu ao relator a suspensão cautelar da Tomada de Preços nº 002/2010, até que o Tribunal delibere em definitivo sobre as questões postas. O relator, com o aval do Plenário, acolheu a proposta da unidade técnica. Precedentes citados: Acórdãos nºs 874/2007, 326/2010, 1264/2010, 1.332/2006, 1631/2007, todos do Plenário e 2028/2006-1ª Câmara. ***Decisão monocrática no TC-020.314/2010-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 11.08.2010.***

Licitação de obra pública: 1 – No caso de exigência de visita técnica, não há necessidade de que esta seja realizada pelo engenheiro responsável técnico integrante dos quadros da licitante, pois isto importaria, de modo indevido, contratação do profissional antes mesmo da realização da licitação

Denúncia encaminhada ao Tribunal noticiou pretensas irregularidades na Tomada de Preços 1/2010, realizada para execução do Convênio 657732/2009, firmado entre a Prefeitura Municipal de Davinópolis/GO e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – (FNDE), cujo objeto consistiu na construção de creche no âmbito do Programa Nacional de Reestruturação e Aproveitamento da Rede Escolar Pública de Educação Infantil – (PROINFÂNCIA). **Dentre tais irregularidades constou a imposição de que a visita técnica, para conhecimento do objeto do certame, fosse realizada obrigatoriamente por engenheiro civil, responsável técnico da empresa licitante e detentor dos atestados de obra, a serem apresentados na habilitação.** A esse respeito, alegaram os responsáveis que a exigência seria necessária, por ser condição do edital que a empresa detivesse em seu quadro permanente profissional qualificado, além de levar em consideração a complexidade dos serviços executados, evitando-se, assim, futuros questionamentos acerca do objeto licitado e das questões técnicas do projeto. Por outro lado, a exigência garantiria a segurança na execução da obra, ainda para os responsáveis. Consoante o relator, entretanto, a obrigatoriedade de que a visita técnica fosse realizada por engenheiro civil, responsável técnico da empresa licitante, exigiria, implicitamente, que a empresa possuísse o profissional em seus quadros permanentes, *“pois impõe a contratação do engenheiro antes mesmo da realização da licitação”*. Tal exigência, que inibiria a participação de possíveis interessados, não se coadunaria com a jurisprudência do Tribunal.

Ainda de acordo com o relator, “o interesse é que o engenheiro esteja disponível para desempenhar seus serviços, de modo permanente, durante a execução do contrato”. O dispositivo da Lei 8.666/93 que trata do assunto (inciso I do §1º do art. 30) deveria, então, ser compreendido de forma analítica, com vistas a atingir os objetivos a que se destina a licitação: garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Por conseguinte, por essa e por outras irregularidades, votou pela aplicação de multa aos responsáveis, no que foi acompanhado pelo Plenário. **Acórdão n.º 2299/2011-Plenário, TC-029.583/2010-1, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 24.08.2011.**

Ainda, o Acórdão n.º 785/2012 – Plenário do TCU aponta que, **“em tese, não há óbices para que tal visita seja feita por profissional terceirizado pela empresa, sendo razoável, somente, exigir que o mesmo possua conhecimento técnico suficiente para tal incumbência”**.

Vejamos que se o responsável técnico da empresa fosse o proprietário da empresa, o edital estaria exigindo que o mesmo fosse até a obra para vistoriar o local. Dependendo da dinâmica, porte, compromissos da empresa, o proprietário jamais poderá se deslocar até a obra para fazer a visita e como consequência não poderia participar da licitação, ou seja, o edital por intermédio desta exigência restringiu o caráter competitivo da licitação que é veementemente condenado pelo inciso I, §1º do artigo 3º da Lei 8666/93 que reza:

§ 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, inclusive nos casos de sociedades

cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

In casu, a impugnante não pugna pela realização da visita técnica por um terceiro, ou mesmo, algum profissional desqualificado, pelo contrário, pela impossibilidade de seu responsável técnico e um dos proprietários da empresa realizar a visita técnica devido à compromissos já assumidos, a intenção é possibilitar que um de seus funcionários integrantes do quadro técnico, devidamente registrados junto ao CREA/PR, façam a visita técnica, propiciando a participação no certame.

IV – Dos pedidos

Ante o exposto, requer seja conhecido a presente Impugnação e lhe seja atribuído efeito suspensivo, e no mérito seja provido para o efeito de reformar o instrumento convocatório, permitindo-se que:

- a) **Seja suspensa abertura do certame, marcada para o dia 18 de outubro de 2013;**
- b) **Seja o edital novamente publicado, possibilitando a realização da visita técnica pelo responsável técnico ou integrante do quadro técnico de qualquer interessado em participar do certame, escoimando assim, os vícios apontados; ou**
- c) **Caso não seja o entendimento do ente licitador pela suspensão do certame, que permita a realização da visita técnica por membro do quadro**

técnico da impugnante, desde que essa, seja notificada ainda no dia 16 de outubro de 2013.

Sem prejuízo da tutela dos direitos, ora apresentados, em juízo e posterior encaminhamento ao Tribunal de Contas do Estado do Paraná e Ministério Público.

Termos em que,
pede deferimento.

Curitiba, 15 de outubro de 2013.

Rodrigo Borghi da Silva & Cia Ltda
CNPJ: 08.930.086/0001-63
Rodrigo Borghi da Silva