



Município de São Sepé

Secretaria Municipal de Obras e Saneamento

Processo Administrativo nº 1.796/2020

Tipo: menor preço por tonelada

Ilustríssima senhora pregoeira da comissão permanente de licitação de SÃO SEPÉ

Abertura: **29/05/2020**, às 9 horas

Objeto: Objeto: contratação de empresa para recolhimento, transporte e destinação final de resíduos inertes.

KOWAL ENGENHARIA AMBIENTAL EIRELI ME, inscrita no CNPJ sob o nº 27.409.076/0001-21, com sede à Rua Açores, 79, sala 506, Bairro Passo D'Areia, Porto Alegre/RS, neste ato representada por seu Diretor, Felipe Kowal, devidamente habilitado no presente processo, vem, tempestivamente, solicitar:

IMPUGNAÇÃO

pelas inclusas razões de fato e de direito a seguir expostas, as quais requer sejam recebidas e, depois de cumpridas as formalidades cabíveis, seja a presente conhecida e provida.

I. TEMPESTIVIDADE E LEGITIMIDADE

Nos termos do item 15. do edital e artigo 42 da Lei de Licitações, toda e qualquer licitante pode impugnar o presente instrumento convocatório em até 05 dias úteis antes da data fixada para abertura do certame.

Portanto, considerando que o CNPJ da impugnante contempla o objeto licitado demonstrada a legitimidade e tempestividade da impugnação.



II. SÍNTESE DOS FATOS E CONTEXTUALIZAÇÃO

O princípio que regem as licitações públicas veem insculpidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 3 da Lei 8666/93, com destaque à supremacia do interesse público na busca da proposta mais vantajosa. Neste sentido a Secretaria Municipal de Obras e Saneamento Processo Administrativo nº 1.796/2020, tomada de preço nº 08/2020.

Para contratação de empresa para recolhimento, transporte e destinação final de resíduos inertes.

Acredita-se por equívoco no item 2.1.6. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO- FINANCEIRA: a) balanço patrimonial já exigível e apresentado na forma da lei (balanço patrimonial ao final do período, demonstração do resultado do período, demonstração dos lucros/prejuízos acumulados, demonstração dos fluxos de caixa do período e notas explicativas), com a indicação do nº do Livro Diário, número de registro no órgão competente e numeração das folhas onde se encontram os lançamentos, que comprovem a boa situação financeira da empresa.

A comissão colocou demonstração dos fluxos de caixa do período e notas explicativas.

Assim o Edital apresenta condições que restringem a ampla competitividade ao exigir fluxo de caixa e notas explicativas para habilitação.

III. DA LIMITAÇÃO RELATIVA À QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Desconsideração do princípio da ampla concorrência. A exigência de comprovação da Qualificação Econômico-Financeira é feita aos licitantes para cumprir com a finalidade e a segurança da contratação, resguardados os interesses da Administração.

A apresentação de fluxo de caixa e notas explicativas, não representa automaticamente a incapacidade de o licitante participar do certame.

O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, na Instrução Normativa nº 02/2010, expressamente definiu que, caso o licitante apresente Índice de Liquidez inferior a 01 (um), lhe é facultada, para comprovação da qualificação financeira, a apresentação do capital mínimo ou do patrimônio líquido mínimo ao atendimento do certame:

Art. 43. Os atos convocatórios devem conter cláusulas que assegurem o cumprimento das disposições contidas nesta norma, bem como as



descritas nos incisos seguintes, de modo a explicitar que: V – a comprovação da situação financeira da empresa será constatada mediante obtenção de índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), resultantes da aplicação das fórmulas (...). V – a comprovação da situação financeira da empresa será constatada mediante obtenção de índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), resultantes da aplicação das fórmulas (...).

Art. 44. O instrumento convocatório deverá prever, também, que as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 01 (um), em qualquer dos índices referidos no inciso V do art. 43 desta norma, quando da habilitação, deverão comprovar, considerados os riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993, como exigência para sua habilitação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do §1º do art. 56 do referido diploma legal, para fins de contratação.

A previsão busca garantir justamente a ampliação da disputa entre todos os licitantes capazes de garantir o cumprimento da obrigação e, por consequência, a seleção da proposta mais vantajosa à Administração, princípio que deve nortear as licitações.

A Lei Federal nº 8.666/1993 prevê que, para a habilitação na licitação, exigir-se-á dos interessados documentação relativa à qualificação econômico financeira, com o objetivo de aferir a capacidade do licitante de executar os compromissos que por ventura lhe serão adjudicados, na hipótese de vencimento do certame.

No art. 31, detalha-se a documentação exigível para fins de qualificação econômico-financeira. Destaca-se:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

§1º. A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

§2º. A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no §1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado. §3º. O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.



Veja que o que a Lei pretende garantir é a capacidade financeira suficiente do licitante para cumprir com os compromissos que serão assumidos caso seja vencedor da licitação.

A Instrução Normativa nº 02/2010, em interpretação da Lei, expressamente declara que a apresentação do Índice de Liquidez não deve ser entendida isoladamente, como único parâmetro garantidor da capacidade financeira de potenciais fornecedores da Administração.

Nesta linha a exigência de fluxo de caixa e notas explicativas, para as empresas do Simples Nacional que em maioria tem a contabilidade simplificada, não condiz com a realidade para fins da procura da melhor proposta para a administração.

Veja, a empresa tem os livros fiscais, o balanço que por si só contempla do que dispõe a Lei 8.666/93 e as diretriz do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Nesta linha avaliação da capacidade de uma empresa deve permear outros fatores que, impactam diretamente na capacidade de adimplir suas obrigações (econômico-financeira e técnica): sua estrutura; pessoal; contratos anteriores (atestados de capacidade técnica); demonstração de resultados; capital social, patrimônio líquido;

O Tribunal de Contas da União manifestou-se sobre o tema: Decisão 269/2001 – Plenário

Trata-se de processo de acompanhamento da concessão do Aproveitamento Hidrelétrico de Campos Novos, localizado no Estado de Santa Catarina.

8. Para possibilitar a realização de análises válidas da situação financeira de uma empresa, deve-se comparar os seus índices com os de outras empresas do mesmo setor. Nesse sentido, Matarazzo (Op. Cit., p. 190) afirmou que: 'A avaliação de um índice e a sua conceituação como ótimo, bom, satisfatório, razoável ou deficiente só pode ser feita através da comparação com padrões. Não existe o bom ou o deficiente em sentido absoluto... Assim, é preciso definir um conjunto (universo) e, em seguida, comparar um elemento com os demais do conjunto para atribuir-lhe determinada qualificação[...]

Neste sentido, a exigência de Fluxo de caixa e notas explicativas das empresas do Simples Nacional que em maioria tem a contabilidade simplificada nos termos da Lei 123, destoa da ampla concorrência que deve pautar a administração para buscar a proposta mais vantajosa.



IV. DA EXIGÊNCIA DESNECESSÁRIA AO ATINGIMENTO DA FINALIDADE ADMINISTRATIVA

Não defendemos a não utilização por parte da Administração de critérios restritivos, porém não acatamos a adoção de critérios que não se justifiquem para o atendimento da finalidade pública.

O objeto a ser contratado é claro, e disposto no edital:

Contratação de empresa para recolhimento, transporte e destinação final de resíduos inertes.

Todas as exigências feitas no ato convocatório devem ter um único fim, qual seja o de possibilitar a aquisição mais vantajosa para a Administração. Ocorre que, como demonstraremos a seguir, no caso em apreciação a combatida exigência não se justifica.

É inequívoca a lição do mestre Marçal Justen Filho:

... A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração.

O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter "competitivo" da licitação.

Configura-se com clareza no caso em tela que a inserção de tal exigência no Edital é totalmente desnecessária para a finalidade que a Administração almeja, tendo como única consequência o afastamento da maioria dos fornecedores do certame, o que somente trará prejuízos a Administração.

Ocorre que o fluxo de caixa e notas explicativas de empresas que tem a contabilidade simplificada nos termos da lei 123 não consiste a qualidade pertinente às empresas que participam de licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública.

A Administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de objeto similar. Vale dizer se autoriza exigência de objeto idêntico.



V. DA ILEGALIDADE

De acordo com o § 1º, inciso I, do art. 3, da Lei nº 8.666/93, 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;”

Ora, na medida em que o Edital impede a participação de empresas que não comprovem capacidade financeira através do fluxo de caixa e notas explicativas, não resta dúvida que do ato de convocação consta cláusula manifestamente comprometedora ou restritiva do caráter competitivo que deve presidir toda e qualquer licitação.

Como se não bastasse, o item em epígrafe fere igualmente o princípio da isonomia consagrado no inc. I, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

As exigências contidas em editais de licitação devem ser isonômicas, garantindo a participação de todas as empresas que tem real condição de fornecimento, e serem razoáveis e proporcionais ao objeto licitado.

Verificamos abaixo o que já decidiu a 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Exigências restritivas ferem o fundamental princípio da igualdade entre os licitantes, que impede discriminação entre os participantes, através de cláusulas que favoreçam uns em detrimento de outros, e o requisito peculiar da concorrência, a universalidade, que se caracteriza pela maior amplitude possível. Esta C. Câmara, na Ap. 364 723.5/3, Rel. Des. Pires de Araújo, voto 12 407, fixou “A necessidade da licitação decorre do princípio da isonomia, limitando o comportamento da Administração Pública, o que significa dizer que a Administração Pública não pode dar tratamento diferenciado a quem quer que seja, salvo as razões especiais autorizarem a discriminação, cabendo ao Administrador Público o dever jurídico de tratar igualmente a todos os administrados e oferecer-lhes a possibilidade de que venham a contratar com ele. Deve, pelo menos, possibilitar a apresentação de propostas, não podendo, de antemão, eliminar qualquer possível licitante”. E na Ap. 278 805 5/6, o mesmo eminente Relator, voto 10 955, coletou “De outro lado, a referida exigência - item 8 2 1 do edital - restringiu o número de participantes apenas a três. Ora, neste sentido, ‘A finalidade da concorrência pública - licitação é precisamente a de, mediante publicidade adequada, limitar o arbítrio, restringir o âmbito das opções, cercear a livre escolha dos candidatos, tornar objetivos os requisitos das propostas a fim de impedir soluções pessoais e que não sejam inspiradas no interesse público’. Confronte-se, ainda, trecho de acórdão do E. Tribunal de



Justiça do Rio Grande do Sul, transcrito de parecer do Prof Adilson de Abreu Dallari, mencionado em caso análogo, já julgado, desta mesma relatoria: 'Visa a concorrência pública a fazer com que maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsistentes com a boa exegese da lei devem ser arredados Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ter absoluta singeleza o procedimento licitatório.'" (TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 776.522-5/5-00, Rel. o Des. FRANCISCO VICENTE ROSSI, voto 8842, j. 13.10.2008).

As exigências devem ser pautadas pela impessoalidade, garantindo assim a participação de todos os interessados em pé de igualdade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que “O princípio da impessoalidade, aparece, na licitação, intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos...”.

O Administrador deve evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição. Procedimento dessa natureza viola o princípio da competitividade.

Dessa forma, devem ser respeitadas as condições para participação da licitação. São inválidas as condições não necessárias. Conforme descreve Marçal Justen Filho – Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, pág. 309:

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.

(...)

São inválidas, também, as condições não adequadas, o que se verifica quanto à exigência que não se relacione com o OBJETO DA LICITAÇÃO. Nessa hipótese, há exigências impertinentes ou defeituosas, pois a comprovação de seu preenchimento não acarreta presunção de que o sujeito estaria habilitado a executar satisfatoriamente o contrato.

(...).

Fica claro que a exigência expressa de apresentação de fluxo de caixa e nota explicativas de empresas que tem a contabilidade simplificada resta completamente inconstitucional, já que a sua vinculação não faz parte, em si, ou melhor, não faz parte do termo de referência, da metodologia, da análise de sistemas a ser efetuada.



Sendo assim, resta ilegal exigir que as licitantes possuam contabilidade completa, essa restrição é inaplicável ao procedimento licitatório.

A título de demonstração da irregularidade aqui apontada, citamos abaixo decisões emanadas pelos Tribunais fiscalizadores das licitações públicas, constantes no *Vade-Mécum de Licitações e Contratos, do ex-Conselheiro do Tribunal de Contas do DF, professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, 2ª ed, Editora Fórum: Belo Horizonte, 2005:*

Fonte: TCU. Processo nº TC-012.025/96-8. Decisão nº 388/1997 – Plenário.

“TCU determinou: “... com fundamento no art. 194, inciso II, do Regime Interno do TCU, que, nos futuros editais de licitação, só incluía exigências de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis ao cumprimento das obrigações, conforme disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e no art. 3º, par. 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93.” (p. 112)

Fonte: TJ/MA. 4ª Câmara Civil. RO nº 2212001. DJ 05 set 2001.

“TJMA decidiu: “A inserção, no edital de concorrência pública, de exigências não contempladas na Lei de Licitações como necessárias à segurança e à boa execução do projeto, com manifesto prejuízo no caráter de competitividade de que se reveste o processo licitatório, constitui ofensa a direito líquido e certo do concorrente assim excluído do certame, passível de correção pela via do mandado de segurança. Remessa conhecida, confirmando-se a sentença reexaminada.” (p. 115)

Fonte: TCU. Processo nº 001.645/2004-2. Acórdão nº 1.748/2004-Plenário.

“TCU decidiu: “O edital de licitação não deve conter quaisquer exigências que sejam impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto a ser licitado, por constituírem restrição ao caráter competitivo, nos termos do art. 3º, par. 1º, da Lei 8.666/93” (p. 141)

O fato apontado fere os princípios da Lei 8.666/93, pois contempla claramente determinadas empresas, excluindo as demais de participar de forma competitiva.

A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu artigo 3º estabelece, *in verbis*, que:

“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 lhes são correlatos.”



Assim, o requerido no edital constitui condições discriminatórias, e, portanto, vedadas pela norma de regência da espécie, aquelas que se prestem a "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" (art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93).

VI. DO PEDIDO

Em face do exposto, requer-se seja a presente **IMPUGNAÇÃO** julgada procedente, com efeito para:

- a) declarar-se nulo o sub item do item atacado, qual seja 2.1.6 **QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA, demonstração dos fluxos de caixa do período e notas explicativas**);
- b) determinar-se a republicação do Edital, escoimado do vício apontado, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto na Lei aplicável;
- c) caso assim não entenda esta Comissão, que então remeta a presente para Autoridade competente para que, tomando conhecimento dos termos dispostos aqui, altere o edital nos moldes requeridos.

Nestes Termos, pede e espera deferimento.

Porto Alegre, 21 de maio de 2020.

Felipe Kowal

Engº Químico e Sócio-Proprietário

KOWAL ENGENHARIA AMBIENTAL EIRELI ME

CNPJ 27.409.07/0001-21