



Edilson Marinho Gandra – OAB/MG nº 120.679
Avenida José Cândido Mascarenhas, 335, centro, Paraopeba/MG-CEP:35.774-000
Telefone: (31) 3714-1136 - (31) 8898-7563

À UNIVERSIDADE FEDERAL DOS VALES DO JEQUITINHONHA E MUCURI.
A/C PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO.
DIVISÃO DE LICITAÇÃO.

CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº. 029/2011.

OBJETO: "Contratação de empresa especializada para realização de obras da arquibancada e área de apoio da pista de atletismo da UFVJM - Campus JK - Diamantina (MG) sob o regime de empreitada por preço unitário, à empresa especializada no ramo, de comprovada experiência, observados os termos e condições constantes do Projeto Básico e anexos".

PN



Edilson Marinho Gandra – OAB/MG nº 120.679
Avenida José Cândido Mascarenhas, 335, centro, Paraopeba/MG-CEP:35.774-000
Telefone: (31) 3714-1136 - (31) 8898-7563

RMX CONSTRUTORA LTDA - EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ, sob o nº. 08.036.804/0001-52, com sede na Rua 1º de Junho, nº 41, letra B, Centro, Paraopeba/MG, CEP: 35.774-000, neste ato representado pelo seu administrador o Sr. *Reinaldo Antônio Mascarenhas Xavier*, brasileiro, solteiro, administrador de empresas, inscrito no CPF sob o nº. 055.801.036-97, vêm respeitosamente perante V. Sa., com fulcro no art. 41, §2º, da lei nº8.666/93 e item 9.1. e seguintes do instrumento convocatório, oferecer tempestivamente

IMPUGNAÇÃO

ao edital de concorrência em epígrafe, pelas razões de fato e de direito que a seguir passa a aduzir.

Cumpre a Impugnante demonstrar que o referenciado edital contém exigências que violam os princípios norteadores da licitação, mormente o da imparcialidade, razoabilidade, proporcionalidade, isonomia, competitividade e consecução da proposta mais vantajosa.

Estas exigências prejudicam a obtenção do escopo da licitação, e consequentemente afrontam ao interesse público, conforme passa a expor.



O edital em suas cláusulas 4.4.1. e 4.4.4 estabelecem para a qualificação técnico profissional e técnico operacional do licitante a comprovação de possuir em seu quadro técnico, na data da abertura das propostas profissional de nível superior, engenheiro, devidamente registrado no CREA, detentor de atestado de responsabilidade técnica, registrado no CREA e suas respectivas certidões de acervo técnico, considerando as parcelas de maior relevância e valor significativo para obra, exigindo alguns itens da planilha da obra com quantitativo mínimo que expressam a quase totalidade dos quantitativos descritos na planilha para estes mesmos itens.

Torna evidente que tais exigências (quantitativos mínimos superiores ou quase na totalidade dos itens) são inócuos, pois refletem uma situação pretérita, não satisfazendo pontualmente que o licitante no presente momento tenha as mesmas condições da época que realizou a obra.

A exigência de quantitativos mínimos em atestados, sejam para auferir a capacidade técnica profissional ou operacional, por si só, não podem ser superestimados a ponto de requisito de habilitação. Inconcebível tolerar que pelo fato de uma empresa não possuir tais quantitativos no atestado (quantitativos ilegais, abusivos e injustificados) não representa que não tenha capacidade técnica para realizar o empreendimento. Em muitas situações, inclusive a presente, não precisa que se exijam quantitativos superiores ou próximos dos totais dos itens, pois a capacidade técnica neste caso não é auferida na quantidade da execução e sim no sentido de quem realiza o item uma vez, realizam duas, três, etc,

Ram



Edilson Marinho Gandra – OAB/MG nº 120.679
Avenida José Cândido Mascarenhas, 335, centro, Paraopeba/MG-CEP:35.774-000
Telefone: (31) 3714-1136 - (31) 8898-7563

vezes. Segue *in verbis* decisão 1618/2002 do Plenário do Tribunal de Contas da União:

"O art. 30 da Lei 8.666, de 1993, e seu inciso II dizem, entre outras coisas, que a exigência para a qualificação técnica deve ser compatível em quantidades. Portanto, é possível se exigir quantidades, desde que compatíveis. Por compatível, se entende ser assemelhada, não precisa ser idêntica. A semelhança depende da natureza técnica da contratação, pois, para certas coisas, quem faz uma, faz duas. (...) Em abstrato, é lógico que a exigência de quantidade não pode superar a estimada na contratação, sendo aí evidente o abuso".
(grifo nosso)

Outra argumentação relevante abordada na acertada decisão anterior é a evidência na ilegalidade de se exigir em atestado quantidade superior ao da contratação, sendo exigência manifestamente ilegal.

Insta reiterar, que a exigência de quantitativos excessivos nos atestados não é procedimento eficiente de comprovação da capacidade técnica e operacional, pois não revelam a atual capacidade técnica do licitante, e ainda existem indícios de idoneidade formal e material em atestados.

Nesse sentido manifestou o Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul em decisão no processo TP-0511/2009, proferida em 13/05/2009, observando dentre vários os argumentos que seguem:

- a) Ainda que os atestados demonstrassem a capacidade técnico-operacional da empresa, "não haveria como afirmá-los para o presente e, muito menos, para o futuro";
- b) Os procedimentos de certificação não permitiriam a avaliação satisfatória de qualquer empresa, "seja no passado ou mesmo no



Edilson Marinho Gandra – OAB/MG nº 120.679
Avenida José Cândido Mascarenhas, 335, centro, Paraopeba/MG-CEP:35.774-000
Telefone: (31) 3714-1136 - (31) 8898-7563

presente":

- c) Há notícias de inidoneidade material e formal de atestados:
(...)

Ainda, nestes mesmos autos, cabe frisar trecho do voto do Conselheiro Cezar Miola, acolhido por unanimidade:

"Repiso que a exigência dessas certificações, do modo como usualmente se produzem e são formalmente requeridas, efetivamente afronta o princípio da proporcionalidade. E isso porque, no louvável intuito de obter melhores garantias de atingimento dos objetivos colimados pela Administração quando da execução de obras e serviços na área de engenharia, exige-se uma certificação não necessariamente eficaz - e, como antes se mencionou, nem sempre segura - , o que, reconhecidamente, acaba por restringir a competição, quando medidas outras de preservação do interesse público específico poderiam ser implementadas, com melhores resultados práticos, em benefício da sociedade.

Entre essas cautelas em prol do Erário, podem ser relacionadas uma correta análise da higidez financeira das empresas licitantes; a exigência de demonstração cabal da capacidade de mobilização em favor do empreendimento (recursos humanos, maquinário, infra-estrutura de apoio, instalações, etc.); a elaboração de termos contratuais com disposições claras, definição pormenorizada de direitos e obrigações recíprocos e previsão de efetiva imposição de penalidades por inadimplemento; e fiscalização atuante, com acompanhamento pari passu da execução das obras e serviços contratados."

(grifo nosso)

Persistindo nesta respeitável decisão da Corte de Contas do Rio Grande do Sul, nota-se que a exigência de atestados em



Edilson Marinho Gandra – OAB/MG nº 120.679
Avenida José Cândido Mascarenhas, 335, centro, Paraopeba/MG-CEP:35.774-000
Telefone: (31) 3714-1136 - (31) 8898-7563

condições arbitrárias e ilegais, contribui para a restrição da competitividade e a fomentação de um mercado restrito de empresas já qualificadas no âmbito público, tornando a licitação limitada, injusta, desproporcional e incerta no intento do escopo da licitação.
Segue trecho da decisão.

"Assim, o que se sustenta, em face das regras e princípios constitucionais, é a possibilidade de novas organizações também terem acesso às contratações públicas, observados, por lógico, critérios e garantias que preservem amplamente o interesse público.

Ou, dito de outro modo: não se pode admitir que a execução de obras públicas se transforme em "prerrogativa" exclusiva das empresas atualmente constituídas e já "qualificadas", num entendimento que leva a verdadeiro absurdo e também colide com os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da eqüidade (arts. 1º, IV, e 170, IV, da CR/1988), além daqueles já antes referidos.

Em suma: à luz da interpretação restritiva, quem não detém experiência/qualificação nunca a terá, porque absolutamente impedido de obtê-la. E, então, a concorrência se resumirá a um número restrito e privilegiado de concorrentes, com todas as limitações, riscos e possíveis ônus decorrentes. Será esta uma conclusão reducionista, literal, desproporcional, injusta e até perigosa. E, por tudo isso, inaceitável.
(grifo nosso)

Portanto, manifestamente ineficiente a exigência de quantitativos mínimos nos atestados de capacidade técnica, uma vez que não



Edilson Marinho Gandra – OAB/MG nº 120.679
Avenida José Cândido Mascarenhas, 335, centro, Paraopeba/MG-CEP:35.774-000
Telefone: (31) 3714-1136 - (31) 8898-7563

demonstram cabalmente a capacidade técnica profissional ou operacional do proponente no momento da licitação/execução de seu objeto.

Em respostas ao impugnante nas Concorrências 07/2011, 010/2011 e 019/2011, o impugnado salientou que "Assim sendo, não se pode, por amor à competição, deixar de prever requisitos que sejam pertinentes e relevantes ao atendimento do objeto perseguido, à luz do interesse público, porque não é essa a ratio legis." Ora, Ínclitos julgadores não é por amor à competição que se deve combater cláusulas abusivas, e sim em prol do interesse público, da proposta mais vantajosa, pela competição isonômica (art. 37, XXI, CF), pelo zelo a imensoalidade do Administrador, repelindo a participação da licitação a número restrito de licitantes.

Impossível, os Perclaros Julgadores não reconhecerem que manter as cláusulas 4.4.1. e 4.4.4 com os quantitativos excessivos, trazem muito mais prejuízos a UFVJM do que benefícios, conforme demonstrado anteriormente.

Ainda, em respostas ao impugnante nas Concorrências 07/2011, 010/2011 e 019/2011, o impugnado ponderou: "Destarte, e até porque as disposições legais não devem ser isoladamente analisadas, sob pena de se incorrer em interpretação final equivocada e sendo a referida demonstração de capacidade técnico-operacional é mesmo de suma importância, pois pouca valia terá a concorrente possuir em seu quadro de pessoal permanente um profissional nos moldes discriminados no art. 30, § 1º, inc. I, se ela mesma, empresa, não tiver



Edilson Marinho Gandra – OAB/MG nº 120.679
Avenida José Cândido Mascarenhas, 335, centro, Paraopeba/MG-CEP:35.774-000
Telefone: (31) 3714-1136 - (31) 8898-7563

capacidade operacional para desenvolver os trabalhos que a Administração Pública busca executar". (grifo nosso). No que tange a demonstração da capacidade operacional do licitante, o impugnante também considera sua demonstração de suma relevância, e também concorda que as normas editalícias não devem ser isoladamente analisadas sob pena de interpretação final equivocada. Diante desta mesma linha de raciocínio da própria Comissão de Licitação (que as normas não devem ser interpretadas separadamente), indaga-se como pode a CPL somente através da análise dos quantitativos (excessivos) do atestado concluir que o licitante não possui capacidade técnica para realizar o objeto da licitação? Quer dizer que o licitante que já realizou todos os itens da planilha, porém não atingiu o quantitativo (abusivo) exigido em um subitem ou em outro não detém capacidade técnica? É assim, interpretando isoladamente um SUBITEM do edital, que a Comissão de Licitação julga quem detém ou não a capacidade técnica?

Salienta-se novamente que existem outros mecanismos que efetivamente acautelam a Administração no que tange a capacidade técnica profissional e operacional do licitante, como a vistoria nas instalações da empresa, vistoria aos locais das obras certificadas nos atestados de capacidade técnica, a correta análise da higidez financeira das empresas licitantes; a exigência de demonstração cabal da capacidade de mobilização em favor do empreendimento (recursos humanos, maquinário, infra-estrutura de apoio, instalações, etc.); a elaboração de termos contratuais com disposições claras, definição detalhada de direitos e obrigações dos contratantes e previsão de efetiva imposição de penalidades por inadimplemento; e



Edilson Marinho Gandra – OAB/MG nº 120.6/9
Avenida José Cândido Mascarenhas, 335, centro, Paraopeba/MG-CEP:35.774-000
Telefone: (31) 3714-1136 - (31) 8898-7563

fiscalização atuante, com acompanhamento de cada etapa da execução das obras e serviços contratados.

Entretanto, permanecer com tais exigências parece que visam tão somente à reserva de mercado, haja vista que poucas empresas possuem os quantitativos exigidos, frustrando com o caráter competitivo do certame.

Para comprovar o alegado, basta o impugnado proceder levantamento dos licitantes habilitados nas últimas concorrências promovidas por este órgão com estas exigências em obras do mesmo porte.

Ademais, para o Administrador Público, o que importa é que a empresa tenha a capacidade de realizar o objeto licitado e não que já o tenha realizado de forma pormenorizada. A capacidade é aferida através da análise de realização de objetos semelhantes e não do mesmo objeto em todos os seus subitens.

Ainda, ressalta-se que uma empresa que nunca tenha realizado objeto idêntico ao licitado pode apresentar-se em melhores condições para o desempenho da atividade buscada pela Administração Pública, em decorrência da realização de diversas obras similares.

Para reforçar nosso entendimento trazemos à baila a decisão proferida pela 2ª Turma do TRF da 5ª Região no REO N° 78199/SE, Processo nº. 2000.85.00.002738-1. DJ 11 ago. 2003:

"1 - Deve ser habilitada para participar da licitação, na modalidade tomada de preços, a



Edilson Marinho Gandra – OAB/MG nº 120.679
Avenida José Cândido Mascarenhas, 335, centro, Paraopeba/MG-CEP:35.774-000
Telefone: (31) 3714-1136 - (31) 8898-7563

empresa que preenche todos os requisitos previstos no edital do certame";

2 - Desborda do razoável, frustando o princípio da competitividade, exigir-se já na fase de habilitação que a empresa tenha realizado serviços semelhantes ao licitado. Em verdade, a empresa mais bem capacitada pode nunca haver realizado semelhante trabalho, entretanto ostentar capacidade técnica bastante à execução do mesmo;"

(grifo nosso)

Não resta dúvida, que a comprovação de capacidade técnica é demonstrada através de apresentação de atestado profissional/operacional que tenha realizado obra semelhante as exigências especificadas e não de que em certos itens cumpra com quase sua integralidade ou pior ainda, que cumpra com quantitativo superior ao necessário.

Para ratificar o alegado, trazemos à baila os ensinamentos dos insigne Marçal Justen Filho ao conceituar a qualificação técnica:

"a comprovação documental da idoneidade técnica para execução do objeto do contrato licitado, mediante a demonstração de experiência anterior na execução de contrato similar e da disponibilidade do pessoal e dos equipamentos indispensáveis"

(MARÇAL JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, 4ª ed., Dialética, 2009, p. 399). Trata-se de requisito de habilitação na licitação.

(grifo nosso)



Edilson Marinho Gandra – OAB/MG nº 120.679
Avenida José Cândido Mascarenhas, 335, centro, Paraopeba/MG-CEP:35.774-000
Telefone: (31) 3714-1136 - (31) 8898-7563

No que tange a exigência em atestados de quantitativos mínimos incompatíveis com a obra a ser licitada é notável que é medida restritiva a competitividade. Quando a Administração tolera a exigências de quantitativos mínimos, deve verificar se esta é útil e necessária a realização do objeto licitado, pois trata-se de medida afeta a competitividade.

E, quando tais exigências sejam indispensáveis, sejam justificadas, havendo proporcionalidade, ponderando entre os benefícios oriundos da aplicação da medida restritiva e os prejuízos por ela causados, e consequentemente, obtendo resultado positivo.

Nesse sentido, é o entendimento do Plenário do TCU, no acórdão 1914/2003:

"(...) podem ser estabelecidos quantitativos mínimos nos atestados de capacidade técnico-operacional, entretanto, em cada caso concreto, deverá ser verificado se as exigências estabelecidas são pertinentes e necessárias para que a administração tenha as garantias necessárias que aquela empresa possua as condições técnicas para a boa execução dos serviços."

Ainda, quanto tais exigências forem inevitáveis, o TCU já determinou que o instrumento convocatório consigne a comprovação da qualificação seja técnica ou operacional do proponente no certame, registrando no processo os motivos dessa exigência e demonstre tecnicamente que os parâmetros fixados são necessários e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se de que a exigência não implica restrição ao caráter competitivo do certame. Colaciona-se trecho do AC-1937-49/03-P :



Edilson Marinho Gandra – OAB/MG nº 120.679
Avenida José Cândido Mascarenhas, 335, centro, Paraopeba/MG-CEP:35.774-000
Telefone: (31) 3714-1136 - (31) 8898-7563

"9.4. determinar à Ancine que:

(...)

9.4.1.8. ao inserir, nos editais de licitação, exigência de comprovação de capacidade técnica, de que trata o art. 30 da Lei nº 8.666/93, seja sob o aspecto técnico-profissional ou técnico-operacional, consigne no respectivo processo, expressamente, os motivos dessa exigência, e demonstre, tecnicamente, que os parâmetros fixados são necessários e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se de que a exigência não implica restrição ao caráter competitivo do certame;"
(grifo nosso)

Portanto, admite-se que o órgão licitante estabeleça quantitativos mínimos nos atestados de comprovação de capacidade técnica, entretanto deve ser resguardado o disposto na Constituição Federal, art. 37, XXI, e, no art. 3º, I, da Lei 8.666/93, de modo a ficar caracterizado que as exigências formuladas pela administração são pertinentes e indispensáveis para garantir que a empresa a ser contratada possui condições técnicas necessárias ao cumprimento das obrigações que deverá assumir. Tais exigências devem obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade atentando para a necessidade de preservação do interesse público, isonomia, da imparcialidade, da consecução da proposta mais vantajosa, do caráter competitivo da licitação, repelindo o tratamento favorável a número restrito de participantes.

Reitera exaustivamente, que para evitar equívocos ao vincular quantitativos mínimos (abusivos e desproporcionais) aos atestados, pode o Administrador valer-se da vistoria nas instalações da empresa, vistoria aos locais das obras certificadas nos atestados de capacidade técnica, análise da higidez financeira da empresa, da elaboração de termos contratuais claros, a imposição de penalidades por



Edilson Marinho Gandra – OAB/MG nº 120.679
Avenida José Cândido Mascarenhas, 335, centro, Paraopeba/MG-CEP:35.774-000
Telefone: (31) 3714-1136 - (31) 8898-7563

inadimplemento, da fiscalização *in loco* das fases da prestação dos serviços, podem ser mais adequadas à verificação da efetiva capacitação técnica do licitante.

Diante todo o exposto, a impugnante RMX Construtora Ltda EPP, vem requerer, nos termos nos termos da Lei Federal nº 8.666/93, edital Concorrência nº 029/2011, o seguinte:

Diante da ilicitude das cláusulas, 4.4.1. e 4.4.4, do edital da Concorrência nº 029/2011, que estas sejam anuladas.

Caso a Comissão de licitação entenda não serem merecedoras de anulação as cláusulas, 4.4.1. e 4.4.4, do edital da Concorrência nº 029/2011, sejam retificadas, retirando os quantitativos dos itens Concreto, Forma de madeira, Aço CA-50 e/ou 60, Esquadria de alumínio, Instalações elétricas prediais externas, de sobrepor (aparente), composta por eletrocalhas metálicas, perfildos e eletrodutos de ferro galvanizado e condutores galvanizados.

Caso ainda a Comissão de licitação entenda não serem merecedoras de retificação com exclusão dos quantitativos das cláusulas, 4.4.1. e 4.4.4, do edital da Concorrência nº 029/2011, sejam retificadas, reduzindo quantitativos (de forma proporcional e razoável, sem ferir os princípios da isonomia, imparcialidade, competitividade, interesse público, moralidade, proposta mais vantajosa) dos itens Concreto, Forma de madeira, Aço CA-50 e/ou 60, Esquadria de alumínio, Instalações elétricas prediais



Edilson Marinho Gandra – OAB/MG nº 120.679
Avenida José Cândido Mascarenhas, 335, centro, Paraopeba/MG-CEP:35.774-000
Telefone: (31) 3714-1136 - (31) 8898-7563

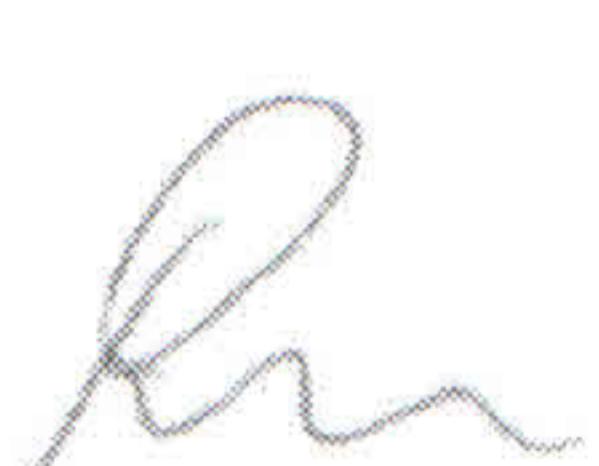
externas, de sobrepor (aparente), composta por eletrocalhas metálicas, perfialdos e eletrodutos de ferro galvanizado e condutores galvanizados.

Que sejam registrados nos autos, as justificativas, pareceres, laudos, estudos técnicos, financeiros, que o empreendimento exija alta complexidade e elevado grau de aperfeiçoamento, que comprovem a necessidade de determinar quantidades mínimas a serem atendidas para auferir a capacidade técnica profissional e operacional do licitante para execução deste empreendimento.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Paraopeba/MG, 23 de novembro de 2011.


RMX CONSTRUTORA LTDA - EPP
Reinaldo Antônio Mascarenhas Xavier
Administrador da Empresa