

Impugnação de Edital - PE. Nº 16/2023 – TRT 24ª REGIÃO (Campo Grande/MS)

1 mensagem

DESSIRRE PIRES <dessirre.pires@gmail.com>

Para: licitacao@trt24.jus.br

11 de maio de 2023 às 10:49

AO PREGOEIRO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 016/2023

Processo n.: 18.130/2023

Venho mui respeitosamente, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

o que passa a fazer nos termos a seguir expostos:

Trata-se de licitação que tem por objeto a contratação de empresa para a prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva, incluindo configuração, operação e ajustes, do sistema de climatização do prédio sede do tribunal regional do trabalho da 24ª região, composto de sistema vrf mitsubishi, sistema de recuperação de energia, sistema de insuflamento, sistema de exaustão, e sistema elétrico com subestação de 13,8 kv / 380 v, com fornecimento de mão de obra, peças e componentes novos e genuínos, quando necessária a substituição, além de todos os materiais de consumo e insumos necessários e adequados à execução dos serviços.

Determina o edital para qualificação técnica das empresas:

7.8. A participação neste pregão requer a realização de vistoria obrigatória a fim do pleno conhecimento de todas as condições para execução do objeto constante do Edital, do Termo de Referência e dos Anexos, conforme as condições previstas no item 07 do Termo de Referência.

Todavia, fato é que a exigência de visita técnica como condição de habilitação foge aos preceitos legais instituídos pela Lei Federal nº 13.303/16, não possuindo qualquer supedâneo legal para sua manutenção.

Isto porque, a exigência de visita técnica como condição de manutenção da empresa no certame restringe a competitividade, o que possui vedação no art. 31 da Lei Federal nº 13.303/16:

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, **da obtenção de competitividade** e do julgamento objetivo.

Outrossim, relevante esclarecer que vem ganhando força corrente jurisprudencial que considera a vistoria prévia como um DIREITO do licitante, e NÃO UM DEVER, baseada também na razoabilidade. Nesse sentido o Processo nº TC-006.059/2006-4 do Tribunal de Contas da União:

"LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE VISTORIA NO LOCAL. MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DE PREGÃO. CONCESSÃO.

1. Presentes a plausibilidade do direito invocado e a urgência, cabe a adoção de medida cautelar para sustar procedimento licitatório em curso.

2. Eventual direito dos licitantes não pode se transmutar em obrigação, em especial se dela decorrem ônus às interessadas e se existem meios alternativos que permitem obter o mesmo resultado, caso em que fica configurada a desnecessidade da exigência".

Assim se manifestou o Relator do Processo:

"as empresas que exerceram o direito de vistoria disporão de condições muito superiores para quantificação do valor do serviço, **mas deve ficar à escolha da interessada decidir se prefere arcar com o ônus de tal operação ou assumir os riscos de uma avaliação menos acurada**. O direito à opção é mais relevante no caso de empresas não localizadas em Brasília, para as quais os custos envolvidos em um vistoria **in loco** podem ser significativos em relação ao total do serviço. (...) Em todo caso, a empresa que decidir não realizar a vistoria e eventualmente, subestimar sua proposta estará incorrendo em risco típico do seu negócio, não podendo, futuramente, opô-lo contra a Administração para eximir-se de qualquer obrigação assumida ou para rever os termos do contrato que vier a firmar".

Veja-se trecho extraído do Acórdão nº906/2012 – Plenário, no qual o Tribunal expediu as seguintes determinações ao ente licitante:

“Abstenha-se de inserir em seus instrumentos convocatórios cláusulas impondo a obrigatoriedade de comparecimento ao local das obras quando, por sua limitação de tempo e em face da complexidade e extensão do objeto licitado, pouco acrescente acerca do conhecimento dos concorrentes sobre a obra/serviço (...)”.

A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo dessa fase é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isto é, o fundamental), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas.

De se registrar que a inserção da vistoria/ visita técnica no edital não possui qualquer fundamento ou esteio na Lei nº 13.303/16.

O Tribunal de Contas da União, inclusive desqualificou qualquer exigência quanto às condições para a realização da vistoria técnica:

“evidencia-se que inexistente fundamento legal para se exigir, com vistas à habilitação da licitante, que tal visita seja realizada por um engenheiro responsável técnico da empresa participante (...) Ainda que a obra tenha um grau de complexidade suficiente para justificar a exigência de uma visita técnica, não pode a Administração Pública determinar quem estaria capacitado a realizar tal visita. Essa competência de escolha de quem realizaria a visita técnica cabe unicamente à empresa licitante”. (TCU - Processo no TC-001.842/2008-4)

Não há como deixar de considerar, também, que a restrição de acesso ao certame apenas às empresas que realizaram a vistoria/ visita técnica acaba alijando do certame licitatório empresas idôneas e tradicionais no setor, sem qualquer base legal, que teriam (e ainda tem) plenas condições de firmar contrato com a entidade licitante a um preço competitivo.

Diferentemente do que intenciona o edital, a visita técnica não é o instrumento adequado para solicitação de esclarecimentos necessários à formulação da proposta do objeto; conhecimento das áreas e dos locais em que serão prestados os serviços; esclarecimentos de dúvidas quanto à execução do objeto e das exigências contratuais constantes da minuta de contrato do presente edital.

Neste sentido, deve o edital trazer todas as informações técnicas necessárias a boa execução do escopo contratual, de forma que as regras e condições técnicas sejam as mesmas para todos os licitantes, de forma clara e objetiva, e não dependente da interpretação por parte dos licitantes ou de seus questionamentos feitos em visita técnica.

Veja-se o que disciplina Marçal Justen Filho a respeito:

É prática usual fomentada pelo próprio art. 40, VIII, que a Administração forneça esclarecimentos sobre as regras editalícias. A resposta formulada administrativamente apresenta cunho vinculante para todos os envolvidos, sendo impossível invocar o princípio da vinculação ao edital para negar eficácia à resposta apresentada pela própria Administração. (Comentários a Lei de Licitações e Contratos. 11ª edição. Dialética. São Paulo. Pp 528).

A visita técnica não tem o condão de alterar o edital de licitação. Assim, eventual esclarecimento feito durante a visita técnica deverá obrigatoriamente ser refeito pela via do pedido de esclarecimento, medida legalmente adequada para a modificação e interpretação do edital.

Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A resposta de consulta a respeito de cláusula do edital de concorrência pública é vinculante. Desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital. (REsp nº 198.665/RJ, rel. Min. Ari Pargendler)

O Tribunal de Contas da União, no Processo nº TC-001.842/2008-4, entendeu que:

"Com efeito, verifica-se que a comprovação indicada no item 1, acima, exigida tanto para a qualificação técnico-profissional (item 6.4.1.1 do edital, fl. 26), como para a capacitação técnico-operacional (item 6.4.1.2, fls. 27/28), além de conter outros serviços explicitados no item 4.2.2.7 da instrução, na mesma condição, representou, sim, restrição ao caráter competitivo do certame. **Como visto, os serviços requeridos não possuem valor significativo relativamente ao objeto licitado e tampouco detêm relevância no contexto ora exposto, razão pela qual torna-se indevida a sua exigência** para fins de comprovação de capacidade técnica.

De acordo com as inúmeras deliberações já adotadas a esse respeito (v.g. Acórdãos 697/2006 e 1.771/2007, ambos do Plenário do TCU), as exigências para participação no certame licitatório devem estar limitadas aos itens de maior relevância e em percentuais razoáveis, evitando, por conseguinte, a restrição indevida à competitividade do certame, e, ainda, de acordo com o princípio de exigências mínimas para garantir a segurança para a contratante, conforme o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, devendo ser indicadas no edital, com clareza e fundamentadamente, as parcelas de maior relevância e valor significativo.

Acaso tivesse a contratante qualquer receio de desconformidade, poderia complementarmente FACULTAR a vistoria técnica, como, aliás, é o que vem recomendado pela melhor jurisprudência.

É de se notar, então, que a fundamentação da discordância da impugnante com o teor do edital se funda em dois argumentos: Primeiro, a desnecessidade da vistoria técnica; já, em segundo lugar, o fato de que as condições técnicas para a concretização da contratação deveriam todas vir descritas no edital e não depender da vistoria.

Quanto a este segundo argumento, a impropriedade de se deixar a cargo da licitante a verificação das condições para execução do contrato cabe, a fim de se demonstrar o risco à Administração, apenas ponderarmos para duas empresas licitantes que tenham seus respectivos técnicos para as vistorias. Na primeira empresa, suponhamos que o técnico seja de alto gabarito e experiência, enquanto na segunda seja um jovem profissional, ainda sem muita experiência no assunto. Por óbvio que a percepção dos riscos e condições de execução do contrato serão percebidas de forma muito diferentes entre estes dois profissionais, sendo certo que se for a empresa que possui o jovem técnico a ganhar a licitação os riscos de falha ou inexecução contratual serão muito elevados à Administração, justamente porque o mencionado técnico não teve condições de apurar toda a dimensão do trabalho. Note-se, que o problema da Administração, então, continua existindo, mesmo feita a vistoria técnica.

Por conta disso é que a jurisprudência e a doutrina recomendam não a vistoria em caráter obrigatório, mas sim a determinação no edital das condições mínimas para a execução do contrato.

Ademais, o Tribunal de Contas da União recomenda que a vistoria técnica somente seja realizada em licitações específicas e de alta complexidade, o que não se enquadra no presente caso:

(...) abstenha-se de prever fase de pré-qualificação (Visita Técnica) quando não se estiver diante de licitações a serem realizadas na modalidade de concorrência, e ainda assim somente nos casos de o objeto licitado recomendar uma análise mais detida da capacidade técnica dos potenciais interessados, face ao disposto no art. 114 da Lei nº 8.666/93. (Acórdão TCU nº 2028/2006)

Da mesma forma, a melhor doutrina, esposada nas lições de Marçal Justen Filho assim se posicionam sobre a legalidade da vistoria técnica em si:

“Não se pode inferir que o conhecimento das peculiaridades do objeto autoriza alguma presunção acerca da qualificação técnica. As condições técnicas do licitante independem dos requisitos formais e burocráticos dessa ordem”. (Comentários a Lei de Licitações e Contratos administrativos. Dialética. 2010. Pp 434).

Veja-se que a lei 13.303/16 em momento algum prevê a visita ou a vistoria técnica como condição de habilitação ou acesso ao certame

Tanto há um caráter meramente informativo na visita técnica, e não condicionante do acesso ao certame, que o próprio **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, determinou a flexibilização da sua execução, afastando-a de condição de habilitação no certame:

(...) julgar parcialmente procedente a representação, com determinação a administração de que, caso queria dar andamento ao certame, adote as seguintes medidas corretivas: a) altere o subitem 7.5.8 para dele constar, de maneira expressa, **a possibilidade de OS INTERESSADOS realizarem visita técnica, AINDA QUE EM OPORTUNIDADE DISTINTA DAQUELA PREVIAMENTE DIVULGADA PELA ADMINISTRAÇÃO NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO;** b) **deixe ao alvedrio da própria empresa a escolha daquele que realizara a visita técnica** (...) (TCESP. PROCESSO: 25061/026/08. ACÓRDÃO: TC025061/026/08).

(...) orientação jurisprudencial deste tribunal de contas, que exige se franqueie a visita técnica ao local onde se dará a execução do contrato, **pelo prazo integral reservado a preparação das propostas, bem como que se abstenha de impor qualificação especial para a pessoa que, em nome da empresa interessada deva praticar tal ato.**(...) (TCESP. DECISÃO SINGULAR: TC 028968/026/08)

Isto posto, serve a presente para impugnar o edital, requerendo a retirada da vistoria técnica como condição de habilitação ou a sua flexibilização, para que passe a ser facultativa.

Termos em que.

P. Deferimento.

Cidadã Requerente:

Dessirrê Prudente Barbosa de Melo Pires
CPF: 063.658.806-85
RG: MG 12.509.271