

AO ILMO. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS/SP.

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

CONCORRÊNCIA NACIONAL Nº 01/2022

ENGIBRAS ENGENHARIA S.A. (“ENGIBRAS”), pessoa jurídica de direito privado, com sede à Rua Gomes de Carvalho, nº 1510 – 1º. andar, Vila Olímpia, São Paulo/SP, inscrita no CNPJ/MF nº 26.381.989/0001-14, vem, tempestivamente, perante este Ilustrado Órgão, por intermédio de seu representante legal que ao final assina, **IMPUGNAR O EDITAL**, referente à CONCORRÊNCIA NACIONAL Nº 01/2022, com fulcro no item 7 do Edital e no artigo 41, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93, pelo que expõe, para ao final requerer, o seguinte:

I. TEMPESTIVIDADE

A presente Impugnação é plenamente tempestiva, uma vez que o prazo para protocolar o pedido é de 05 (cinco) dias úteis contados antes da data fixada para recebimento das propostas e habilitação (28.03.2022).

Considerando o prazo legal para apresentação da presente impugnação, são as razões ora formuladas plenamente tempestivas, uma vez que o termo final do prazo de impugnação se dá em 21.03.2022, razão pela qual deve se conhecer e, ao final, julgar a presente impugnação pelos motivos a seguir expostos.

II. INTRODUÇÃO

Trata-se de licitação cujo objeto é a *“CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO E DOS SERVIÇOS COMPLEMENTARES NA ÁREA DE CONCESSÃO, EM CARÁTER DE EXCLUSIVIDADE”* para o Município de Santa Cruz das Palmeiras/SP.

A licitação é regida no que dispõe o artigo 175 da Constituição Federal, as disposições contidas na Lei Federal 8.987/1995, a Lei Federal nº 8.666/1993, pela Lei Federal nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e também pelo art. 2º da Lei Federal 9.074/95, e o critério de seleção será o de melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica, conforme o disposto no art. 15, inc. V, da Lei Federal nº 8.987/1995, observados os parâmetros definidos no Edital e nos seus anexos

A impugnante está amplamente capacitada à execução do objeto licitado e possui extremo interesse em participar da concorrência em questão. Entretanto, constatou a existência de vícios que afrontam os princípios que regem os atos administrativos, razão pela qual é imperativa a correção da ilegalidade como forma de garantir a higidez do certame.

III. Ausência de justificativa para a adoção do tipo técnica e preço e Ausência de justificativa para os critérios de pontuação da nota final e subjetividade dos requisitos de pontuação técnica

Em análise ao Edital da Concorrência nº 01/2022, constatamos que não está demonstrada a excepcionalidade, para que seja utilizado o tipo de licitação “técnica e preço”, previsto no art. 45 da Lei 8.666/93, que é claro ao definir que esta será utilizada em situações excepcionais, pois a regra é a licitação de menor preço, conforme disciplina no art. 46 da referida lei. O tipo “técnica e preço” só deve ser utilizado quando a licitação se referir a um serviço predominantemente intelectual, o que não parece ser o caso:

*“Art. 46. Os tipos de licitação **"melhor técnica" ou "técnica e preço"** serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no §4º do artigo anterior”.*

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União também é neste sentido, conforme observa-se no Acórdão 503/2008-Plenário, proferido pelo Exmo. Ministro Aroldo Cedraz:

“É vedada a licitação do tipo técnica e preço quando não estiver caracterizada a natureza predominantemente intelectual da maior parte do objeto que se pretende contratar, à vista do disposto no art. 46, caput da Lei nº 8.666/1993”. (grifamos)

Contudo, o Edital é vago ao descrever a forma que será julgada a Nota Técnica a ser atribuída às licitantes sendo que no julgamento da licitação tipo “técnica e preço” deverá ser fixado no instrumento convocatório critérios objetivos adequados para aferir a vantajosidade das propostas, bem como os pesos da nota técnica e da nota de preço que deverão compor a média ponderada a que se refere o art. 46, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, a fim de que os licitantes tenham conhecimento prévio e completo de como serão avaliadas suas propostas.

Por sua vez, esses fatores de pontuação técnica devem ser compatíveis com o objeto licitado ao mesmo tempo em que não devem prejudicar a competitividade do certame, que deve obedecer a um critério absolutamente objetivo para a classificação da melhor proposta.

No entanto, o item 16.27 do Edital dispõe da seguinte forma:

16.27. O julgamento final das PROPOSTAS será efetuado mediante cálculo da pontuação final, considerando as notas da PROPOSTA TÉCNICA e da PROPOSTA COMERCIAL, que terão, respectivamente, pesos **70%** (setenta por cento) e 30% (trinta por cento), conforme a seguinte fórmula:

$$NF = 0,70 \times (NT) + 0,30 \times (NC) / 100$$

Onde:

NF = Nota Final;

NT = Nota da PROPOSTA TÉCNICA e NC =
Nota da PROPOSTA COMERCIAL

Para a realização dessa valoração técnica deve o administrador empregar o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que o privilégio excessivo da técnica em detrimento do preço, sem haver justificativas suficientes que demonstrem a sua necessidade, pode resultar em contratação a preços desvantajosos para a Administração, da mesma maneira que pode ocorrer a restrição da competitividade.

Esse é o posicionamento do Tribunal de Contas da União que, exarou o seguinte entendimento:

“6. Nas licitações do tipo técnica e preço, é irregular a atribuição de excessiva valoração ao quesito técnica, em detrimento do preço, sem amparo em estudo suficiente a demonstrar a sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa.

Representação relativa a concorrência conjunta Sesi-Senai, do tipo técnica e preço, objetivando a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de

consultoria e assessoria de imprensa, análise de noticiário, monitoramento e planejamento de ações em redes sociais, apontara, dentre outras irregularidades, critério de pontuação desproporcional e injustificado, uma vez que atribuiu peso na proporção de 70% para a proposta técnica e 30% para a proposta de preços. Realizadas as oitavas regimentais após a suspensão cautelar do certame, o relator destacou deliberação de sua relatoria sobre o tema (Acórdão 526/2013-Plenário), dirigida a essas mesmas entidades, na qual restou consignado que “de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, para a distribuição privilegiada de peso em favor da nota técnica deveria restar caracterizada a complexidade do certame e o impacto sobre os preços contratados, estando acompanhada de estudo demonstrando que a disparidade verificada é justificável”. Destacou ainda, desse precedente, que “a simples adoção da licitação do tipo ‘técnica e preço’ já proporciona a contratação de propostas de melhor qualidade, uma vez que a técnica passa a compor a nota final do certame, abrindo possibilidade para que, a despeito de apresentarem custos superiores, empresas com técnica mais apurada vençam a disputa”. Por fim, o relator lembrou que, por meio desse julgado, “já havia determinado às referidas entidades (...) que se abstivessem de prever, em caso de licitação do tipo técnica e preço, excessiva valoração atribuída ao quesito ‘técnica’, em detrimento do ‘preço’, sem amparo em justificativas técnicas suficientes que demonstrem sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa ...”. A despeito da revogação do certame pelas entidades, concluiu o relator pelo “não afastamento dos indícios de irregularidades apontados”, motivo pelo qual propôs julgar a Representação parcialmente procedente, com expedição de determinação e ciência das irregularidades às entidades licitantes. O Tribunal acolheu o voto do relator. Acórdão[j]743/2014-Plenário, TC 019.659/2013-0, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 26.3.2014.”

Portanto, ao prever os critérios de julgamento e o peso a ser atribuído às notas das propostas técnicas e de preço, o Administrador deixou de considerar o princípio da proporcionalidade, pois ao prever pontuação desarrazoada, sem relação de pertinência com os requisitos técnicos indispensáveis à boa execução dos serviços, cerceou a competitividade do certame e pode culminar em contratação de serviços com preços não vantajosos à Administração decorrente de julgamento subjetivo por parte da Comissão Técnica.

Em 22.12.2021, enviamos um questionamento a Comissão, a respeito da ausência de objetividade no julgamento das propostas, para além da inadequação do critério técnica e

preço para o seu julgamento, como exposto acima com o intuito de esclarecer pontos essenciais para a elaboração das propostas, assim como todas as licitantes.

Em 24.01.2022, recebemos a resposta do Município, onde conclui pela manutenção do critério de técnica e preço:

Por essa razão e calcado no entendimento que vem sendo manifestado pelo TCE/SP, entende-se que o tipo de licitação “técnica e preço” se mostra a mais adequada para se obter a proposta mais vantajosa e segura para a municipalidade.

Contudo, tal entendimento não encontra respaldo no Tribunal de Contas da União, como acima mencionado, nem no Poder Judiciário, na medida em que recentemente foi proferida decisão pela 2ª Vara Cível de Mairinque concedendo a segurança de *mandamus* impetrado também pela ora Impetrante para que o critério de julgamento técnica e preço fosse afastado:

Como se vê, a licitação “técnica e preço” é exceção e não se amolda ao presente caso, uma vez que não é serviço de natureza predominantemente intelectual.

Oportuno ressaltar, que a licitação “menor preço” não afeta o serviço a ser prestado. Cabe ao impetrado o detalhamento técnico dos serviços a serem prestados, não dando margem para que o serviço seja prestado através de diferentes técnicas.

Ainda, vale transcrever o quanto assinalado pelo d. Promotor de Justiça *“se a intenção do Município é efetivamente analisar qual empresa não tem condições de prestar o serviço em questão por falta de “knowhow” (seja lá como se pode objetivamente chegar a tal conclusão, como*

exige um procedimento licitatório), que invista em comissão de licitação que tenha capacidade de reconhecer tais dados na fase de habilitação, nas propostas e nas visitas técnicas, evitando-se a contratação de particular que tenha apresentado melhor preço, mas sem condição efetiva de cumprir o objeto contratado. O critério técnica e preço não se serve a este fim. Trata-se de evidente desvio de finalidade para aplicar dose não permitida de subjetivismo em contratação de particular para prestar serviço público por 30 anos mediante recebimento de vultosa quantia de dinheiro público, além de tarifas dos usuários do serviço”.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA, para determinar a reabertura de prazo do edital, bem como determinar que o certame deva ser realizado pelo tipo “menor preço”.

Inequívoco, portanto, concluir que a fim de alcançar uma proposta mais vantajosa, o órgão licitante deve observar os princípios da isonomia e o da livre concorrência, sendo vedada qualquer condição que estabeleça preferência ao objeto do contrato, que restrinjam o caráter competitivo do certame ou até mesmo direcione a licitação para favorecer determinadas pessoas ou empresas.

Ressalta-se que o acolhimento da impugnação também visa a atender ao interesse da própria Administração que é permitir o maior número de licitantes possíveis e obter a proposta mais vantajosa, respeitando integralmente os ditames legais.

IV. PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se seja acolhida a presente impugnação para que o Município apresente as justificativas para a adoção do tipo técnica e preço e para os critérios de pontuação da nota final e dos requisitos de pontuação técnica.

P. Deferimento

São Paulo, 18 de março de 2022.

ENGIBRAS ENGENHARIA S.A
Marinalva Thethe da S, dos Santos
Representante Legal