

À UNIVERSIDADE DA INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL DA
LUSOFONIA AFRO-BRASILEIRA – PRÓ-REITORIA DE ADMINISTRAÇÃO

Comissão de Licitação

Ref.: Edital de Concorrência Pública nº 04/2013/COLOG/PROAD
Processo Administrativo nº 23282.000998/2013-51

Ilmo Sr. Presidente da Comissão de Licitação,

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 68.593.979-0001-92, Inscrição Estadual nº 84.463.000, com sede na Rua Carolina Machado, 2050, Lojas A, B, C e D, Marechal Hermes, Rio de Janeiro, RJ, neste ato representada por seu sócio **Sr. José Aroldo Nogueira dos Santos**, brasileiro, solteiro, portador do RG nº 11.532-D, expedido pelo CREA/CE e CPF nº 061.115.993-72, vem, tempestivamente, na qualidade de licitante, apresentar

IMPUGNAÇÃO

ao instrumento editalício acima referenciado, com esteio nos artigos 5º, XXXIV , “a” e 37, XXI, ambos da Constituição Federal, no art. 41 da Lei nº 8.666, de 21/06/1993, consoante o que reza também a Seção 24 – Das Disposições Finais, do instrumento vergastado, rogando que a mesma seja levada ao conhecimento e decisão da **AUTORIDADE SUPERIOR**, aduzindo para tanto o que segue abaixo:

ABD23
MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

DOS FATOS E FUNDAMENTOS

I – DA APRESENTAÇÃO DOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA – QUANTIDADES MÍNIMAS – ITEM 6.3.4.1 DO EDITAL

Exige o item 6.3.4.1. do Edital a “*Apresentação de 01 (um) ou mais atestados de capacidade técnica, fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove que o licitante já prestou serviços sistemáticos de refeições transportadas com quantidade mínima de 1.500/dia, de forma semelhante ao objeto da presente licitação, devidamente(s) registrado(s) no Conselho Regional de Nutricionistas.*”

Compulsando o Edital, verifica-se que esse instrumento convocatório, em variados itens, dispõe que o quantitativo estimado para entrega é de 2.100 (duas mil e cem) refeições diárias. Assim sendo, verifica-se de plano que o instrumento de convocação impõe a apresentação de atestados de capacidade técnica que comprovem a entrega de pelo menos 71,42% (setenta e um vírgula quarenta e dois por cento) do objeto licitado, em flagrante afronta ao que determina a legislação de regência do procedimento licitatório. Se não, vejamos:

É assente na doutrina e na jurisprudência, inclusive do próprio Tribunal de Contas da União, que a Administração Pública deve se abster de estabelecer número mínimo de atestados de capacidade técnica, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo administrativo da licitação, **o que, com certeza, não resta evidenciado no instrumento convocatório vergastado.**

Demais disso, a citada exigência demanda a comprovação de prévia elaboração e transporte de 1.500 (um mil e quinhentas) refeições/dia, que é bem superior ao limite de 50% (cinquenta por cento) da estimativa diária do objeto da licitação.

O Edital, ao conter a exigência expressa no item em comento de que o(s) atestado(s) de capacidade técnica contemplem a comprovação de entrega mínima de 1.500 (um mil e quinhentas) refeições diárias, condiciona a participação de empresas, comprometendo, com isso, a ampla participação no certame.

Analizando-se de forma percuciente a Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93), afere-se que o seu art. 30 fixa limites às exigências relativas a qualificação técnica. Observa-se que o disciplinamento da comprovação de aptidão é feito por meio de dispositivos de cunho geral (inciso II e §§ 5º, 6º, 8º e

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

9º), bem como mediante dispositivos específicos para obras e serviços (§§ 1º, 2º, 3º e 10) ou compras (§ 4º).

O primeiro aspecto a se analisar consiste no meio de prova da aptidão. Conforme se depreende do art. 30, §§ 1º, 3º e 4º, da Lei n. 8.666/93, a comprovação deve ser feita por meio da apresentação de atestados ou certidões, na hipótese tanto de obras e serviços quanto de fornecimento de bens, quando for aplicável ao caso.

Resta, então, verificar a natureza das exigências impostas aos atestados, certidões e declarações a luz das normas gerais e específicas que regem a matéria.

Ao analisar o preceito geral contido no inciso II do art. 30 da Lei de Licitações, verifica-se que o dispositivo refere-se expressamente ao conteúdo que deve constar do texto do atestado, pois especifica que a documentação correspondente deve comprovar a aptidão para o desempenho de atividade compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

Com relação à parte final do inciso I do § 1º do mesmo art. 30, chega-se à conclusão idêntica. Para que o licitante comprove a capacitação técnico-profissional, basta demonstrar que possui, em seu quadro, profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica relativa à execução de obra ou serviço similar, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

Com essas considerações, portanto, resta demonstrado que a Lei de Licitações estabelece diretrizes, limitações e exigências relativas ao conteúdo dos atestados de comprovação de aptidão, mas silencia no tocante a quantidade de documentos necessários para se fazer tal prova.

Sob esse aspecto, note-se que a exigência expressa no art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/93 configura restrição à competição, pois inibe a participação dos licitantes que, embora comprovadamente aptos a executar o contrato, não dispõem da certidão na forma reclamada pela Administração. Portanto, uma imposição dessa espécie somente poderia ser admitida se claramente explicitada no texto legal.

Em nenhum momento, a lei atribui discricionariedade ao administrador para determinar o tipo de atestado exigido.

Resta, portanto, que o caminho a ser seguido é aquele traçado no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que assim dispõe:

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

"Art. 37. [...]

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Desse contexto, depreende-se que a exigência de que o atestado de capacidade atenda à quantidade mínima determinada pela Administração Pública fere o preceito constitucional da isonomia, porque desiguala injustamente concorrentes que apresentam as mesmas condições de qualificação técnica, embora não atendam às quantidades mínimas estabelecidas.

Ora, a capacidade técnica de realizar o objeto existe, independentemente do número de vezes que tenha sido exercitada ou da quantidade fornecida, ou não existe.

Decerto que a Súmula 263/2011 do Tribunal de Contas da União admite a exigência de comprovação de quantidades mínimas, conforme abaixo reproduzida, contudo há que se interpretar a sua aplicação em harmonia com a jurisprudência daquela Corte de Contas e com a legislação:

"SÚMULA Nº 263/2011

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado."

O Ministro Benjamim Zymler, do Tribunal de Contas da União, na Decisão nº 1.288/2002, na sessão plenária de 25/09/2002, pavimentou tal entendimento argumentando que *"O art. 30 da Lei 8.666, de 1993, e seu inciso II dizem, entre outras*

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

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. Para outras coisas, a capacidade para fazer uma não garante capacidade para fazer duas. Em abstrato, é lógico que a exigência de quantidade não pode superar a estimada na contratação, sendo aí evidente o abuso".

Entretanto, não obstante a ausência de uma referência legal para a fixação de quantidades ou percentuais mínimos, a experiência observada a partir da própria jurisprudência do Tribunal de Contas da União demonstra que, para fins de comprovação de qualificação técnica, os órgãos licitantes não poderão exigir quantitativos mínimos superiores a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos a serem executados pelo contratado, exceto em situações excepcionais, nas quais reste claro que tal fator é fundamental para a comprovação da qualificação técnica, e desde que devidamente fundamentada no instrumento convocatório.

Apesar de a Lei nº 8.666/93 não prever um percentual padrão para a exigência de quantitativos mínimos referentes à qualificação técnico-operacional, o entendimento do Tribunal de Contas da União é no sentido, exceto em casos excepcionais devidamente justificados, de limitar essa exigência a um percentual máximo de 50% (cinquenta por cento) em relação ao quantitativo da licitação, sob pena de violação de princípios inerentes à contratação pública, como o da razoabilidade e o da competitividade.

Esse entendimento se reproduz inclusive nos tribunais superiores, onde, destarte, o entendimento é o de que é possível a exigência de quantitativos mínimos desde que essencial à execução satisfatória do objeto do contrato administrativo em relação à capacitação técnica operacional, consoante se depreende do seguinte julgamento:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS E CONSEQUENTE MANUTENÇÃO. EDITAL QUE PREVÊ A NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS DE PRÉVIO QUE COMPROVEM QUE AS EMPRESAS LICITANTES JÁ FORNECERAM PELO MENOS CEM PRODUTOS SIMILARES AO LICITADOS EM OUTRAS OPORTUNIDADES (CLÁUSULA DE FORNECIMENTO MÍNIMO). POSSIBILIDADE. CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL. ART. 30, INC. II, DA LEI N. 8.666/93. RAZOABILIDADE.

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

1. A regra editalícia atacada possui a seguinte redação: "10.3. - Atestados de capacidade técnica: a) a licitante deverá apresentar 02 (dois) atestados de capacidade técnica, fornecidos por pessoa jurídica de Direito Público ou Privado de que a empresa forneceu equipamentos de mesma natureza e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação. Somente serão aceitos atestados em que a licitante forneceu, no mínimo, a quantidade abaixo definida de equipamentos do item a que está concorrendo. [...] b.1) para o subitem 1.1: 100 (cem) terminais de auto-atendimento".
2. O recorrente insurge-se alegando violação ao art. 30, § 1º, inc.I, da Lei n. 8.666/93, na medida em que, para fins de comprovação de capacidade técnica, não pode o ente licitante exigir atestado de quantidade mínimas de fornecimento prévio de produtos para outras entidades públicas ou privadas.
3. A pretensão do recorrente não encontra guarida no dispositivo citado, que trata apenas das licitações de obras e serviços - enquanto, na espécie, tem-se caso de licitação para aquisição e manutenção de produtos (terminais de auto-atendimento para Tribunal de Justiça).
4. Assim sendo, há atração da aplicação do art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93 que, reportando-se à necessidade de comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em quantidades com o objeto licitado (capacidade técnico-operacional), implícita e logicamente permite que editais de licitação tragam a exigência de fornecimento mínimo de equipamentos similares em outras oportunidades, desde que tal cláusula atenda aos princípios da razoabilidade (como é o caso, pois a licitação tinha como objetivo a aquisição de 200 terminais e exigia-se dois atestados de fornecimento prévio de, no mínimo, 100 terminais).
5. Recurso ordinário não provido.

(STJ, RMS 24.665/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 08/09/2009). (sem negrito e grifo no original).

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

Entretanto, garantida a capacitação por meio de um ou mais atestados, não se vislumbra como a Administração Pública possa exigir algo a mais sem exorbitar as limitações constitucionais.

Portanto, não restam dúvidas de que a exigência de um determinado atestado de qualificação técnica é incompatível com o disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal e, consequentemente, com o art. 3º da Lei nº 8.666/93, mormente quando, à luz do que determina o § 2º do art. 30 da Lei de Licitações, qualquer exigência de experiência anterior, especialmente quando envolver quantitativos mínimos ou restrições similares, quando dependerá da determinação prévia e explícita, por parte da Administração Pública, das parcelas de maior relevância e valor significativo.

Na lição de Marçal Justen Filho¹:

“(...) a comprovação de experiência anterior como requisito de habilitação não se justifica por si só. Trata-se de condicionamento de natureza instrumental, destinado a restringir a participação no certame aos sujeitos que detenham condições de executar o objeto licitado. Assim, a comprovação da experiência anterior fundamenta a presunção de que o sujeito dispõe de conhecimento e habilidade técnico-empresariais para executar satisfatoriamente a futura contratação.

[...]

Em outras palavras, a Administração não pode exigir que o sujeito comprove experiência anterior na execução de um objeto exatamente idêntico àquele licitado — a não ser que exista alguma justificativa lógica, técnica ou científica que dê respaldo a tanto.”

Sobre esse tema, também, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, reproduzida do Acórdão nº 410/2006, de relatoria do Ministro Marcos Vinícius Vilaça²:

“(...) a igualdade de condições nas licitações é princípio de estatura constitucional (art. 37, XXI, CF). Deste princípio geral decorre o da competitividade, previsto no mesmo dispositivo constitucional (somente serão permitidas ‘as exigências de qualificação técnica e

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 441.

² Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 2 maio 2011.

econômica indispensáveis a garantia do cumprimento das obrigações') e no § 1o, inc. I, art. 3º da Lei no 8.666/93. Por isso, a competição não poderá ser restringida, sob pena de nulidade de todo o procedimento licitatório.

Portanto, as exigências previstas na fase de habilitação não podem ser tais a ponto de impedir a participação daqueles que teoricamente estariam aptos a prestar o serviço ou executar a obra.

No caso vertente, a exigência de que a licitante tenha executado serviço no mínimo igual ao do objeto do pregão contraria esse entendimento, por impor às interessadas condição que extrapola os critérios razoáveis de seleção, invadindo e ferindo a competitividade do certame."

Na mesma esteira é o seguinte aresto:

"REPRESENTAÇÃO. CONCORRÊNCIA. VEDAÇÃO AO SOMATÓRIO DE ATESTADOS. COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. ANULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA. DETERMINAÇÕES.

1. a exigência de atestado de capacitação técnico-profissional ou técnico-operacional deve-se limitar às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto licitado.
2. é indevida a vedação ao somatório de atestados, quando a capacidade técnica das empresas puder ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado.
3. Impõe-se a assinatura de prazo para que a entidade adote providências para anulação da licitação, quando comprovado vício insanável, caracterizado pela existência, no edital, de cláusulas restritivas ao caráter competitivo do certame.

(Tribunal de Contas da União, TC-004.719/2007-6, Representação, Rel. Ministro Raimundo Carreiro, Plenário, sessão de 29/08/2007)".

Nesse diapasão, evidencia-se que a exigência de quantidades mínimas nos atestados de capacidade técnica confere, de fato, indevida restritividade ao certame, o que indica que o não enquadramento às exigências do Edital tem o

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

condão de inibir o elevado interesse de diversos potenciais licitantes, configurando-se a indevida restitividade, em violação ao princípio da maior competitividade possível, à Constituição Federal, art. 37, XXI, e ao art. 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações.

Com desenvoltura, acerca do assunto, o jurista Marçal Justen Filho³ leciona:

"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".

Portanto, em razão de todo o exposto acima, deve o Edital ser expungido dos vícios apontados, e republicado sem a exigência de comprovação de entrega de quantidade mínima nos atestados de capacidade técnica, ou, de outra forma, com essa exigência devidamente fundamentada no instrumento convocatório, e em perfeita sintonia com o entendimento do Tribunal de Contas da União, que somente admite para fins de qualificação técnica a exigência de comprovação em percentual máximo de 50% (cinquenta por cento) do objeto. E, num e outro caso, com a republicação do Edital, sejam os prazos reabertos na integridade.

II – DA EXIGÊNCIA PRÉVIA DE INSTALAÇÕES E DILAÇÃO DA FASE DE HABILITAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI – ITENS 6.3.4.4.1, 16.3, DO EDITAL E ITEM 3.2.2 “c” DO PROJETO BÁSICO

Reza o item 6.3.4.4.1. do edital que *"Para fins de complementação da Qualificação Técnica, após constatada a licitante detentora da melhor proposta pela Comissão de Licitação da UNILAB e antes da homologação do certame, a UNILAB designará servidor responsável para realizar visita às instalações da referida licitante e/ou aos seus clientes a fim de comprovar a aptidão e capacidade para realização do objeto licitado, avaliando-se os seguintes fatores principais: higiene, capacidade de estoque, qualidade dos insumos utilizados na preparação dos alimentos, forma de preparo, e, quanto aos seus empregados, higiene e desempenho profissional. Deverão as instalações possuir no mínimo: área compatível com o volume de refeições a serem produzidas; instalações com, no mínimo, três formas de entrada/saída sem qualquer interligação entre elas, a fim de evitar contaminação cruzada. Uma delas será destinada à saída de resíduos, uma à entrada de matéria prima e uma à saída de alimentos preparados; caixas térmicas (isobox), material de polietileno linear, cor incorporada a*

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010, p. 63

quente, com paredes duplas, isolamento térmico em poliuretano expandido (pu), tampa com encaixe perfeito, travas de aço inoxidável, em bom estado de conservação e em número suficiente, para transporte de alimentos preparados; deverá, ainda, ter disponibilidade de carros adequados ao transporte de alimentos, no mínimo 02 (dois), para atender a logística de entrega, sendo um para o Campus da Liberdade e a Unidade Acadêmica dos Palmares e o outro para a Unidade Acadêmica Fazenda Experimental Piroás. Realizada a visita técnica, será emitido documento, conforme modelo constante no **Anexo VI deste Edital (LISTA DE VERIFICAÇÃO PARA VISITA TÉCNICA DE SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO)**, aprovando ou não a licitante.

E, ainda, o item 16.3 do Edital, e o item 3.2.2 "c" do Projeto Básico, em complementação, determinam que:

"16.3. As refeições deverão ser produzidas pela CONTRATADA em local apropriado para essa finalidade, que seja de sua exploração, e o mesmo deve estar de acordo com todas as normas da vigilância sanitária;"

"3.2.2. Informações Gerais para o Fornecimento

(...)

c) As refeições deverão ser produzidas pela CONTRATADA em local apropriado para essa finalidade, que seja de sua exploração, e o mesmo deve estar de acordo com todas as normas da vigilância sanitária. Caso a empresa não possua ainda as instalações físicas conforme o descrito nesse Projeto Básico, será dado um prazo de 60 dias para realizar as adaptações necessárias."

Na conjugação dos três itens acima transcritos do instrumento convocatório, constata-se perfeitamente a existência de vícios ocultos capazes de não apenas comprometer o caráter competitivo do certame, mas até mesmo de direcionar o seu resultado. A fim de evitar tais prejuízos ao procedimento licitatório, faz-se imperioso escoimar do Edital os vícios a seguir apontados:

O item 6.3.4.4.1 do Edital evidencia uma dilação indevida da fase de habilitação que não encontra respaldo legal, e nem se coaduna com a mecânica do tipo de licitação adotado, que, *in casu*, é o de concorrência.

Como sabemos, as fases da licitação na modalidade de concorrência são divididas na da divulgação do edital, da habilitação, da classificação, da homologação e a da adjudicação. Constitui-se cada fase como procedimentos

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

autônomos, distintos, e, uma vez ultrapassada cada fase, torna-se a mesma preclusa.

Nesse sentido:

"Ultrapassada a fase de habilitação, não é mais cabível a desclassificação de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fato superveniente ou só conhecido após o julgamento. Acórdão 956/2013-Plenário, TC 017.453/2012-7, relator Ministro Aroldo Cedraz, 17.4.2013."

Esse entendimento da Corte de Contas é o mesmo de grande parte da doutrina, como se pode comparar na lição de Marçal Justen Filho⁴ ao comentar o art. 43 da Lei de Licitações:

"Segundo o § 5º, a decisão acerca da habilitação encerra o exame da matéria, que apenas poderia ser reaberta diante de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento." (grifo nosso)

Dessa forma, a fase de habilitação, uma vez encerrada, torna-se preclusa, e uma nova fase se abre no procedimento licitatório, não podendo aquela se protrair no tempo para produzir efeitos nas fases subsequentes.

Escoada, portanto, a fase de habilitação e já ultrapassada a fase de classificação, não se pode admitir a desclassificação de licitante por motivo afeto àquela primeira fase do certame, já preclusa, se inexiste a ocorrência de fato superveniente.

De outra forma, o item 6.3.4.4.1 do Edital, vergastado, conjuntamente com o item 16.3 do mesmo instrumento convocatório, e o item 3.2.2 “c” do Projeto Básico, encerram veladamente a exigência prévia de que o licitante comprove a existência de instalação própria ou em local determinado, restringindo o caráter competitivo licitação.

A Lei de Licitações (lei 8.666/93) é taxativa ao dispor que apenas será exigido dos licitantes o rol de documentos previstos em seu art. 27 na fase de habilitação, sendo tal fase ato administrativo vinculado aos ditames dos arts. 27 *usque* 31 da citada lei, não podendo a Administração expandir os documentos exigidos em sede de habilitação.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010, p. 436

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

Sobre essa questão, é vasta a jurisprudência em todas as Cortes do País, sem exceção, para que nos instrumentos convocatórios se abstenham de exigir, para habilitação em processos licitatórios, documentos além daqueles previstos nos arts. 28 a 31 da Lei 8.666/93, o que caracterizaria restrição ao caráter competitivo do certame.

A exigência de comprovação prévia por parte dos licitantes, na fase de habilitação, de propriedade de instalações próprias, ou mesmo de terceiros, restringe o caráter competitivo do certame, em claro descumprimento ao art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93.

Releva destacar, ainda, que o item 6.3.4.4.1 do Edital contraria o art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93, que veda expressamente a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas na lei, que inibam a participação na licitação.

Corroborando esse entendimento destaca-se, por oportuno, recente jurisprudência do TCU sobre o tema, *in verbis*:

[Voto]

Já no que diz respeito ao item 'd' (índice), há farto lastro jurisprudencial desta Corte (eg. Acordão 124/2002-P e 481/2004-P) no sentido de que à Administração interessa obter o resultado da prestação do serviço licitado/contratado com o preço, a qualidade, a quantidade e o prazo avençados. Desde que a empresa o faça segundo os parâmetros acordados, é irrelevante se ele irá utilizar instalações próprias ou de outrem, visto que essa decisão insere-se no âmbito de organização do negócio da empresa.

Não estando devidamente justificada a influência que possa ter esse fato na qualidade dos serviços, tal requisito restringe o caráter competitivo da licitação e fere o princípio da isonomia, pois estabelece uma distinção despropositada entre os concorrentes.

[Acordão]

9.2.2 – a exigência que a empresa licitante utilize instalação própria ou localizada em uma cidade específica, salvo quando devidamente justificada a influência que possa ter esse fato na MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

qualidade dos serviços a serem prestados fere o princípio da isonomia e restringe o caráter competitivo da licitação, em ofensa ao art. 3º caput e § 1º da Lei 8.666/93 (TCU. AC n. 6463-29/11-1. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues.

Sessão do dia 16/08/2011). (grifo nosso).

São, portanto, restritivas as exigências de anterior propriedade, a qualquer título, e localização prévia dos licitantes, conforme voto da Conselheira Adriene Andrade, exarado na Denúncia nº 753.376, sessão do dia 01/07/2008, do Tribunal de Contas de Minas Gerais, *in verbis*:

Denúncia. Vedação a exigência de anterior propriedade de bens. Resta claro que a limitação legal da exigência de localização prévia de instrumentos essenciais ao cumprimento do objeto procura evitar o direcionamento da licitação, pela via da individualização de bens de propriedade de algum licitante, que, por possuí-los, estaria exclusivamente, apto a participar do certame. Corroborando com esse entendimento, Jessé Torres Pereira Junior, na sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, observa in litteris: [...] remete comando restritivo para a Administração: o de que não poderá formular a exigência de modo a individualizar bens que já devam ser de propriedade do habilitante, nem situados em determinado local. A vedação é importante para impedir a exigência que direcione a habilitação ao indicar bens certo e determinados, de que somente disporão uma ou algumas das empresas aptas à disputa (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6. ed. 2003, p. 366). (grifo nosso).

Vale lembrar, ainda, que, em se tratando de exigências de qualificação dos licitantes, impera a regra de que a Administração fique jungida aos limites impostos pela Lei nº 8.666/93, destacando-se, também, que a Constituição da República trata do tema no art. 37, inciso XXI, *verbis*:

Art. 37 [...]

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo nosso)

Assim, portanto, as exigências contidas nos itens 6.3.4.4.1 e 16.3 do Edital, e 3.2.2 do Projeto Básico, são restritivas ao caráter competitivo da licitação, contrariando o art. 3º caput, § 1º, I, e o art. 30, § 5º, da Lei n. 8.666/93.

Ademais, a inspeção prévia à fase de habilitação, conforme subitem 12.8.4 do Edital, das instalações dos licitantes, é medida que favorece a prática insidiosa de seleção ou desclassificação arbitrárias de concorrentes, em detrimento do caráter competitivo e da segurança jurídica do certame.

A par de todo o exposto, some-se a isso que o instrumento convocatório não pode prever pelo licitante vencedor a utilização de marcas ou estabelecer a previsão de outras exigências não previstas em lei. *In casu*, a determinação do item 6.3.4.4.1 para que se utilize equipamentos de transporte de alimentos e caixas térmicas da marca ISOBOX não encontra respaldo na lei, tendo em vista que não se pode admitir a preferência por marcas nos procedimentos licitatórios.

Dessa forma, considerando que a ISOBOX é uma marca registrada de equipamentos e caixas térmicas para transporte de refeições, a exigência prévia de utilização dessa marca viola os princípios que norteiam o procedimento licitatório, e encontra vedação legal.

No mesmo sentido, as instalações da licitante vencedora, onde serão produzidos o objeto licitado, somente encontram restrição em face da legislação sanitária, nacional e local, não podendo o item editalício tecer exigências que não encontrem respaldo ou não se encontrem previstas na legislação sanitária.

Requer, portanto, que conhecidas as razões acima, seja determinada a retificação do Edital, expurgando-se os vícios apontados, com a republicação e abertura de novos prazos.

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

Rua Carolina Machado, 2.050 - Lojas A, B, C e D • CEP: 21557-150 • Marechal Hermes • Rio de Janeiro • RJ
Home page: www.mmwalimentacao.com.br - E-mail: mmwalimentacao@mmwalimentacao.com.br
PABX: 21 3369-5500 • Telfax: 21 3011-7463 • Tel.: 21 2452-9698

Produtos e Serviços de Qualidade desde sua fundação em 1992

III – DA EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO PRÉVIA NO SICAF – ILEGALIDADE – ITENS 2.1 “b” e “c”, 6.1, 6.3.4, 6.4.2, 8.1, 8.2.1 e 8.2.3 do EDITAL

Os itens 2.1 “b” e “c”, 6.1, 6.3.4, 6.4.2, 8.1, 8.2.1 e 8.2.3 do instrumento convocatório, tomados em conjunto, estabelecem que não poderão participar do certame os licitantes que não estejam cadastrados e habilitados no SICAF, sendo esta, condição de habilitação na concorrência em referência.

Como é cediço, a inscrição e habilitação prévia dos licitantes no SICAF é uma facilidade com que a Administração Pública pode contar para imprimir celeridade nos procedimentos licitatórios, e não um imposição legal impediente da participação nos certames daqueles que não estejam inscritos naquele cadastro.

O Tribunal de Contas da União há muito vem orientando os diversos órgãos da Administração Pública no sentido de que nos instrumentos convocatórios não se confundam as facilidades advindas com a inscrição no SICAF, em termos de economia na apresentação de documentos, com quaisquer outras consequências decorrentes da ausência de inscrição naquele cadastro, o que de fato não encontra respaldo em lei.

Nesse sentido é reiterada a jurisprudência daquele Corte de Contas, que assim já pacificou o entendimento sobre o tema, conforme ilustram os seguintes arestos abaixo reproduzidos:

“Abstenha-se, ao proceder à modalidade de licitação Convite, de restringir a participação apenas a empresas cadastradas no SICAF, por ferir os preceitos dos art. 22, parágrafo 3º, da Lei n. 8.666/1993. (Acórdão TCU nº 3.564/2006 – Primeira Câmara).”

“REPRESENTAÇÃO FORMULADA POR LICITANTE. IRREGULARIDADES PRATICADAS NA CONDUÇÃO DE TOMADA DE PREÇOS. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CADASTRAMENTO NO SICAF. Exigência de prévio cadastramento no SICAF como condição para participação na Tomada de Preços. É entendimento pacífico no Tribunal que tal exigência contraria o disposto no art. 3º, caput, da Lei 8.666/93. [...] deixe de incluir, em editais de licitação, dispositivo que somente possibilite a habilitação de licitantes previamente cadastrados no Sistema Integrado de Cadastramento Unificado de Fornecedores –

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

SICAF, por falta de amparo legal para tal exigência. (Acórdão TCU nº 330/2010 – Segunda Câmara)."

"A exigência de que somente poderão participar da Concorrência as empresas devidamente cadastradas e habilitadas parcialmente no SICAF contraria as disposições do art. 22, § 1º, da Lei 8.666/1993, que define concorrência como a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto. (Acórdão TCU nº 1.735/2009 – Plenário)."

"Abstenha-se de incluir, nos instrumentos convocatórios, exigência de prévio cadastramento no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF como condição de participação no certame, por contrariar o disposto nos arts. 3º, § 1º, inciso I, 22, §§ 1º, 2º e 3º, e 27, da Lei nº 8.666/93. (Acórdão TCU nº 617/2003 – Primeira Câmara)."

"A exigência de cadastramento prévio no SICAF contraria a Lei 8666/93. O cadastramento é uma facilidade que livra a Administração Pública de exigir todos os documentos que habilitam a empresa a participar do certame; caso a empresa não esteja cadastrada, basta apresentar os documentos demandados pela legislação para tomar parte do processo licitatório. (Acórdão TCU nº 3.146/2004 – Primeira Câmara)."

Assim sendo, é forçoso escoimar o Edital dos vícios ora apontados, o qual deverá ser corrigido e republicado, com a abertura de novos prazos.

DO PEDIDO

É de pleno conhecimento que os atos vinculados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e as condições para a sua realização. Ou seja, as imposições legais absorvem completamente a liberdade do administrador, ficando a sua ação adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal. Em razão disso, a manutenção dos vícios acima apontados viola os princípios constitucionais que norteiam a realização do certame, princípios esses erigidos à categoria de cláusula pétrea na Lei de Licitações, não sendo demais lembrar que o seu desatendimento constitui forma insidiosa de desvio de poder, porquanto

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

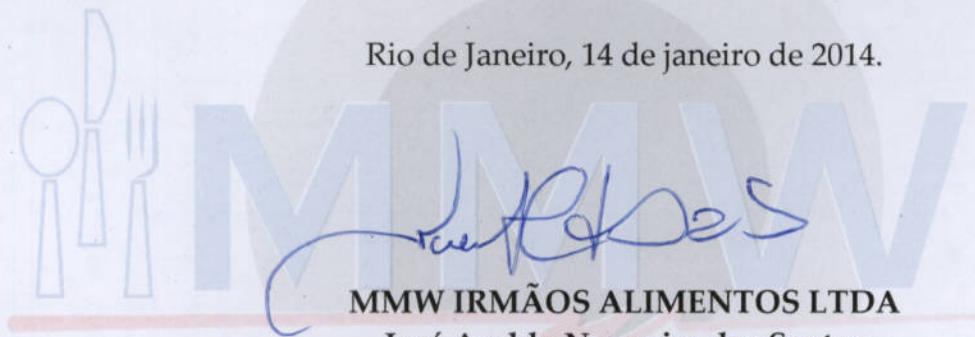
quebra a isonomia entre os licitantes, sem nenhuma vantagem ao interesse público.

Ex positis, a Impugnante requer liminarmente a suspensão do certame, e, no mérito, que sejam sanados os vícios apontados acima no instrumento convocatório, com a consequente exclusão dos itens restritivos ora objurgados e a republicação do Edital com a abertura de novos prazos, em homenagem ao caráter competitivo da licitação, *verdadeiro termômetro da probidade administrativa*.

Termos em que

E. Deferimento.

Rio de Janeiro, 14 de janeiro de 2014.


José Aroldo Nogueira dos Santos

ALIMENTAÇÃO

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

Rua Carolina Machado, 2.050 - Lojas A, B, C e D • CEP: 21557-150 • Marechal Hermes • Rio de Janeiro • RJ
Home page: www.mmwalimentacao.com.br - E-mail: mmwalimentacao@mmwalimentacao.com.br
PABX: 21 3369-5500 • Telfax: 21 3011-7463 • Tel.: 21 2452-9698

Produtos e Serviços de Qualidade desde sua fundação em 1992