

ILUSTRÍSSIMO (A) PREGOEIRO (A) RESPONSÁVEL MUNICÍPIO BARRA DO QUARAI, PREFEITURA MUNICIPAL DA BARRA DO QUARAI-RS

Processo Ref.

EDITAL DE Nº 34/2022

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 1.494/2022

JLIMA SAÚDE LTDA, inscrita no CNPJ n. 39.674.824/0001-82, com sede na Rua Monte Castelo, nº 48, Bairro Santa Catarina na cidade de São Lourenço D' Oeste-SC, CEP nº 89990-000, através de seus procuradores **ADELAR MONTEIRO BARRETO**, inscrito na OAB/PR sob o nº 86.862; **ANDRÉ RIBEIRO MORRONE**, inscrito na OAB/PR sob o nº 86.315; sócios no escritório: **BARRETO ADVOGADOS ASSOCIADOS**, Sociedade de Advogados regularmente inscrita na OAB/PR sob o Registro nº 6.431, com escritório estabelecido na Rua Pedro Ramires de Mello, 401, sala 201, edifício Alpes, CEP: 85501-250, centro, na cidade de Pato Branco - Paraná, endereço eletrônico: barreto@barretoadvogadosassociados.com.br, local onde recebem intimações, , interpor a presente **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE TOMADA DE PREÇOS Nº 34/2022**, pelos seguintes fundamentos de fato e de direito.

Requer-se, *ad cautelam*, que dada a gravidade das ilicitudes apontadas, **seja determinada a imediata SUSPENSÃO do certame**, até o julgamento da presente impugnação, com a posterior retificação do edital e sua REPUBLICAÇÃO, nos termos do art. 21, §4º da Lei de Licitações.

I - DO EDITAL IMPUGNADO

DA EXIGÊNCIA EDILÍCIA CONTIDA NOS ITENS 3.1.4, II, V

Preliminarmente, sempre válido destacar que a fase de habilitação do processo licitatório destina-se à verificação da capacidade e da idoneidade do licitante em executar o objeto da contratação frente à documentação exigida no instrumento convocatório, a qual, em função do princípio da legalidade, deve limitar-se à prevista na Lei 8.666/93, salvo exigências de qualificação técnica previstas em lei especial.

Conforme depreende-se da exigência contida no itens 3.1.4, II, V do Edital, deverá ser apresentada pelos proponentes, para fins de qualificação técnica no certame, listagem com o nome dos profissionais que irão executar os serviços à serem contratados.

A exigência acima retira, completamente, o carácter competitivo do certame, evidenciando, inclusive, fortes indícios de direcionamento da licitação para determinado participante.

Pretendendo o ente público municipal realizar a compra de serviços de saúde que serão prestados por profissionais, ou seja, compra eminentemente de mão-de-obra especializada, impróprio que se exija do participante a contratualização prévia com os profissionais que irão executar o objeto que será contratado, ou seja, que se perfectibilize antecipadamente o vínculo jurídico, celetista ou autônomo, com os indivíduos que serão colocados à disposição da municipalidade.

Seria como exigir que a empresa de construção civil, por exemplo, além de informar o seu engenheiro responsável técnico junto ao CREA-RS, já informasse também, a lista de todos os profissionais que irão participar da execução das obras (arquitetos, desenhistas, demais especialidades da engenharia).

As exigências a título de habilitação consignadas nos instrumentos convocatórios devem se limitar apenas às estritamente necessárias a garantir a adequada execução do objeto, ante regra imposta pela Constituição Federal:

"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".

Nos termos do art. 30 da Lei nº 8.666/93, a avaliação da capacidade técnica dos licitantes (a aptidão para executar objeto similar ao licitado) pode ser dar sob duas perspectivas distintas: i) a da capacidade técnico-operacional (art. 30, inc. II); e, ii) a da capacidade técnico-profissional (art. 30, §1º, inc. I).

Oportunos os ensinamentos de Jessé Torres Pereira Júnior:

A qualificação técnica da pessoa jurídica resulta do seu conjunto de recursos organizacionais e humanos. Tanto que o inciso II do art. 30 cuida, em sua primeira parte, de elementos organizacionais, deixando para a segunda parte a referência ao pessoal técnico. Este, sem estrutura empresarial apta a produzir os insumos e apoios, na medida e nos tempos certos, não logra execução adequada. Por conseguinte, o edital pode e deve estabelecer as exigências, por meio de atestados, que sejam suficientes para que a Comissão Julgadora verifique se cada licitante dispõe daquele conjunto de recursos, sob pena de inabilitação. As restrições lançadas na parte final do inciso I do §1º referem-se à experiência passada dos profissionais, pessoas físicas, e, não, da empresa, pessoa jurídica. (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários a lei de licitações e contratações da administração pública. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 390).

A comprovação da qualificação técnico-operacional consiste na demonstração de aptidão, pela empresa proponente, para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, indicação das instalações, do aparelhamento e do pessoal técnicos adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação.

E a capacidade técnico-profissional tem por finalidade comprovar se as empresas participantes do certame dispõem, para a execução do contrato, de profissional reconhecido pela entidade de classe competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de objeto similar ao licitado, limitado às parcelas de maior relevância e valor significativo expressamente previstas no instrumento convocatório.

De acordo com Marçal Justen Filho:

A qualificação técnica operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da 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.

(...)

Por outro lado, utiliza-se a expressão „qualificação técnica profissional“ para indicar a existência, nos quadros (permanentes) de uma empresa, de profissionais em cujo acervo técnico constasse a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela Administração.

A questão da qualificação técnica profissional somente pode ser compreendida em face de obras e serviços de engenharia. É que a legislação que regula a profissão subordina a realização de qualquer obra ou serviço de engenharia a um controle específico em face dos órgãos de classe (CREA). Esse controle envolve a participação e a responsabilidade técnica de um profissional (pessoa física) regularmente inscrito em face do CREA. Veja-se que o profissional que é indicado como „responsável técnico“ não é, na quase totalidade dos casos, parte da relação jurídica contratual.

A obra ou serviço de engenharia é contratada com uma certa pessoa jurídica. A responsabilidade técnica é de uma pessoa física - que pode ser sócia, empregada ou contratada pela empresa que participa da contratação para execução da obra ou serviço de engenharia.

Em síntese, a qualificação técnica operacional é um requisito referente à empresa que pretende executar a obra ou serviço licitados. Já a qualificação técnica profissional é requisito referente às pessoas físicas que prestam serviços à empresa licitante (ou contratada pela Administração Pública)”3 (grifou-se) (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 693-694).

Portanto, para fins de qualificação técnica-

profissional basta que as licitantes comprovem que dispõem, na data de apresentação das propostas, de responsável técnico devidamente habilitado, podendo o vínculo entre eles (empresa e profissional) ser de cunho trabalhista, societário ou mediante contrato de prestação de serviços.

Nessa linha, tem-se que é viável que a Administração defina no instrumento convocatório a composição mínima da equipe técnica que julgar necessária para a satisfatória execução do objeto, bem como o perfil dos profissionais que a integram (desde que pautada em justificativa adequada e suficiente), sendo que na fase de habilitação o licitante apenas precisará apresentar uma declaração de disponibilidade dessa equipe, sem ser necessário relação nominal dos integrantes ou qualquer outra espécie de comprovação, a qual será exigida após a adjudicação, como condição contratual, que se descumprida sujeitará o particular às sanções cabíveis em face de sua inadimplência.

Assim leciona Rolf Dieter Oskar Friedrich räunert, em sua obra voltada a licitações de obras e serviços de engenharia:

Pode ser fixado como requisito, no instrumento convocatório, que o Proponente deverá comprovar a existência de disponibilidade de máquinas e equipamentos, assim como de pessoal técnico apto à execução da obra ou serviço de engenharia. Neste caso, o Proponente deverá apresentar uma relação de máquinas, equipamentos e de pessoal técnico especializado, declarando formalmente e expressamente a sua disponibilidade. Deve ficar bem claro que esta declaração obriga o Proponente, se for contratado, a disponibilizar os bens e pessoal no canteiro de obras ou no local onde será executada a obra ou serviço. Não é permitida a exigência de que os bens arrolados sejam de propriedade do Proponente. É indispensável considerar que é absolutamente vedado impor ao Proponente a localização prévia das máquinas e equipamentos ou de outros bens necessários para a execução da obra ou serviço de engenharia, conforme art. 30, §6º, da Lei n. 8.666/93. (grifou-se) (BRÄUNERT, Rolf Dieter Oskar Friedrich. Como licitar obras e serviços de engenharia. 3. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Editora JML, 2014, pág. 117).

Dessa forma, ainda que a Administração possa, em face de justificativa técnica, definir a composição mínima da equipe técnica responsável pela execução do serviço, não é válido

exigir que as licitantes apresentem relação nominal dos membros que compõem essa equipe, nem que comprovem o vínculo profissional entre eles, bastando, na fase de habilitação, a apresentação de declaração formal do próprio licitante de que dispõe do pessoal técnico adequado para atender as condições do edital e executar regularmente o objeto, o que deverá ser efetivamente comprovado pela empresa vencedora da licitação.

Destarte, será a partir da assinatura do contrato e durante a execução dos serviços que a Administração deverá verificar, por intermédio de competente e esmerada fiscalização, se a empresa contratada cumpre com as obrigações contratuais assumidas, que se vinculam aos termos do edital e da proposta vencedora, o que inclui, então, a disponibilização do pessoal técnico exigido no edital para execução do objeto, sob pena de inadimplemento e aplicação das sanções cabíveis.

Tal questão encontra-se pacificado no âmbito do TCU, a Corte de Contas entende que exigir termo de compromisso dos profissionais que integram a equipe técnica restringe a competitividade, porquanto é uma forma de já obrigar a empresa licitante a formalizar o vínculo com os profissionais, sem saber se será vencedora do certame:

10. Restrição da competitividade do certame ante a exigência de comprovação de profissionais aptos a prestar os serviços licitados por meio da apresentação de termo de compromisso desses profissionais com a empresa licitante.

Alegam os recorrentes que a exigência de apresentação de termo de compromisso firmado por profissionais aptos a prestarem os serviços licitados não impõe qualquer ônus às licitantes antes da contratação, pois não se exigiu o vínculo empregatício, prática vedada pela jurisprudência desta Corte, e está de acordo com práticas usuais no mercado.

Análise

Tais argumentos também já foram analisados e considerados insuficientes para afastar a irregularidade em exame quando da instrução que deu origem à medida cautelar de suspensão do curso da licitação (peça 28), tendo o Relator a quo assim se manifestado na

proposta de deliberação que negou provimento ao agravo (peça 44):

43. Em que pese não exigir formalmente o vínculo empregatício ou contratual, como alegado pelos recorrentes, tal exigência impõe, efetivamente, ônus ao licitante, uma vez que precisará não apenas indicar o profissional, como também obter dele compromisso de composição da equipe técnica que fará os trabalhos objeto do contrato, situação que, na prática, impõe à licitante o estabelecimento de vínculo com o profissional indicado.

A exigência impõe ônus antecipado sem a correspondente garantia de que o participante venha a ser o vencedor do certame, o que pode afastar inúmeros interessados.

Ademais, para que os recorrentes não fiquem a mercê de maus licitantes e tenham maior garantia acerca do pessoal da contratada, cabe a eles disporem, no edital e, sobretudo, no contrato que vier a ser celebrado, sobre as condições dos profissionais necessários à realização dos serviços, podendo, inclusive, estipular no contrato as penalidades específicas para o caso de descumprimento das condições requeridas no edital, como, por exemplo, multa crescente por dias de atraso em apresentar o rol dos profissionais necessários à realização dos serviços e, até, a possibilidade, nos casos mais extremos, de a contratada ser declarada inidônea para contratar com a Administração Pública Federal. 10.5. Assim, a questão foi corretamente enfrentada pelo Tribunal na fase processual anterior.

(...)

5. No tocante à frustração do caráter competitivo do certame devido à adoção do peso 7 para a nota técnica e 3 para o preço, os recorrentes não inovam em relação aos argumentos apresentados na fase processual anterior, devidamente analisados e refutados pelo Tribunal. O mesmo ocorre com relação à exigência de apresentação de termo de compromisso de profissionais aptos a prestar os serviços licitados, considerada imprópria pelo Tribunal. 17 (grifou-se) (TCU. Acórdão n°. 2660/2014, do Plenário.)

A exigência admitida, nesse caso, é àquela já prevista no Edital, qual seja, de Responsável Técnico devidamente habilitado e registrado junto ao Conselho Regional de Medicina - CRM-RS.

Depreende-se da exigência ora impugnada, que se está privilegiando determinado participante que eventualmente já preste os serviços ora objeto do certame, pois é a única que tem condições de cumprir com essa exigência, sem que venha acarretar-lhe

prejuízos financeiros posteriores na hipótese de sua não adjudicação do objeto, ou seja, já possui esses profissionais contratados independente do resultado da licitação.

É inaceitável a permanência dessa exigência, pois retira completamente o carácter competitivo da licitação.

A avaliação da capacidade técnica para o cumprimento das obrigações contratuais, não se dá pela análise curricular dos eventuais profissionais que serão colocados à disposição do Município, mas sim pela exigência de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica, nos termos do art. 30, II da Lei Federal n° 8.666/93 que assim dispõe:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da **qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;** (grifo nosso)

§1º A comprovação de aptidão referida no inciso

II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: **comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente,** na data prevista para entrega da proposta, **profissional de nível superior** ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, **detentor de atestado de responsabilidade técnica** por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

Veja que a exigência legal é relativa à equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos, no caso o médico responsável técnico - RT, e não todos os médicos que irão executar a prestação dos serviços.

Dessa forma, resta evidente a necessidade de afastamento das exigências contidas no Edital, relativo a apresentação de todos os profissionais que irão prestar serviço, neste momento da licitação.

DOS REQUERIMENTOS FINAIS.

A partir desse contexto, cumpre CONCLUIR QUE exigência imposta no edital é descabida nessa fase da licitação, visto que, vai de encontro com o entendimento pacificado no TCU, qual seja, exigir a relação nominal dos médicos que irão prestar o serviço, neste momento da licitação.

Conforme destacado, na etapa de habilitação, a empresa não precisa comprovar o vínculo com os profissionais, mas apenas declarar tal disponibilidade. A comprovação do vínculo em si, ou seja, a apresentação de contrato de trabalho, de prestação de serviços, etc., somente será exigida por ocasião da contratação.

Assim, a exigência de termo de compromisso, já na etapa de habilitação, seria uma forma de obrigar a empresa a já formalizar o vínculo com os profissionais, o que é descabido neste momento.

Assim sendo, fundamental que o edital seja revisado e alterado por essa Administração, para garantir a indispensável competitividade da licitação. Com a republicação do Edital, caberá a reabertura dos prazos do certame, conforme determina o artigo 21, §4º, da Lei 8.666/93.

Dadas as ilegalidades expostas, confia o impugnante que será anulado o Edital da **TOMADA DE PREÇOS Nº 34/2022**, ou, subsidiariamente, sejam retificadas as irregularidades apontadas na presente, com a republicação do Edital e reabertura dos prazos para o certame.

Nesses termos; pede deferimento.

São Lourenço D' Oeste-SC, 25 de outubro de 2022

ADELAR MONTEIRO BARRETO

OAB/PR n° 86.862

Especialista em Direito Médico Hospitalar