

JULGAMENTO DA IMPUGNAÇÃO

Processo administrativo: 017/2019
Modalidade de Licitação: Pregão Eletrônico nº 023/2019
Objeto: Contratação de empresa para prestação de serviços de coleta seletiva containerizada, transporte e destinação final dos resíduos provenientes das atividades de comercialização dentro do Entrepósito Terminal de São Paulo - ETSP, conforme quantidades e especificações constantes do ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA.
Impugnante: ESN PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS GUARARAPES LTDA EPP

Trata-se a presente de decisão sobre a **IMPUGNAÇÃO** apresentada pela empresa **ESN Prestação de Serviços Guararapes Ltda EPP.**, encaminhada à Pregoeira desta Companhia, a qual procedeu a análise e o julgamento nos termos abaixo deduzidos:

I. DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Nos termos do Edital em seu subitem 9.1: “**Até 02 (dois) dias úteis, antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o presente edital, na forma eletrônica, através do e-mail selic@ceagesp.gov.br**”.

Assim, tendo em vista que a abertura da licitação referente ao **Pregão Eletrônico nº 017/2019** está prevista para o dia **07/08/2019**, e considerando-se que, na contagem de prazos, não se computa o dia da abertura, constata-se que o prazo para impugnar o ato convocatório do Pregão encerrar-se-á no dia **05/08/2019**.

Desse modo, observa-se que a Impugnante encaminhou sua petição, por e-mail, no dia **02/08/2019**, às 11h27min, cumprindo o que estabelece o artigo 18, do Decreto nº 5.450/2005, encontrando-se, portanto, **TEMPESTIVA**.

II. DAS RAZÕES DA IMPUGNANTE

A impugnante, em análise ao instrumento convocatório, identificou supostas ilegalidades que ofendem o caráter competitivo do certame.

Alega, em síntese, supostamente, as seguintes irregularidades contida no Edital:

- a) Da divulgação do Instrumento Convocatório – republicar o edital para atender ao prazo mínimo estabelecido na alínea “a”, inciso II do artigo 39 da lei 13.303/2016;
- b) Da qualificação Técnica;

- b.1) do quantitativo Mínimo – Suprimir a exigência do subitem a.1.2 do item 5.2.3 referente ao quantitativo mínimo para assegurar o princípio da competitividade;
- b.2) da comprovação dos postos de trabalho - Suprimir a exigência do subitem a.6 do item 5.2.3 pelo fato da contratação não se tratar de posto de trabalho;
- c) Comprovante de Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro – Excluir o item por não se tratar de contratação de mão-de-obra.

Em face das inadequações argumentadas, a impugnante requereu a devida correção do edital e redesignação da data do certame. Contudo, as razões que fundamentam a impugnação não prosperam e são rechaçadas, pois, no caso inexistem no edital critérios que inibam, frustrem e restrinjam o caráter competitivo da licitação, pelos motivos abaixo mencionados, senão vejamos:

III. APRECIÇÃO DO MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO

1 - Da divulgação do Instrumento Convocatório

A Lei nº 13.303/2016 **não** contemplou “modalidades” de licitação, a exemplo do que fez a Lei nº 8.666/93 (convite, tomada de preços e concorrência) e a Lei nº 10.520/02 (pregão). Ficou disciplinado, na Seção VI, da Lei nº 13.303/2016 somente “**Procedimento de Licitação**”.

Por sua vez, estabeleceu em seu art. 32, inc. IV, “Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: (...) IV – **adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, para a aquisição de bens e serviços comuns**, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado;” (Destacamos.)

A partir do regramento acima, os processos de contratação a serem deflagrados o serão de uma das seguintes formas:

- a) Para aquisição de bens e serviços considerados comuns, *como regra*: “**Pregão**”, na forma da Lei nº 10.520/02.
- b) Para aquisição de bens e serviços **não** considerados comuns: “**Procedimento de licitação**”, cabendo definir, em cada situação concreta, se haverá inversão de fases, o modo de disputa e o critério de julgamento, na forma da lei nº 13.303/2016.

Diante desse cenário, de especial importância, cabe na etapa de planejamento da licitação, à Administração definir a natureza do objeto a ser contratado, pois, como visto, a Lei nº 13.303/2016 definiu o pregão como de *adoção prioritária* quando o objeto da contratação for qualificado como bem e serviço comum, como é o caso do objeto do certame ora impugnado.

Assim, de acordo com a lei 10.520/02, temos que os prazos são os seguintes:

“Art. 4º, inciso V – O prazo fixado para apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 08(oito) dias úteis”.

O prazo de 15 (quinze) dias estabelecido na lei 13.303/2016, diz respeito aos Procedimento de Licitação, quais sejam, todos aqueles que pela natureza do objeto não puderem ser realizados na modalidade pregão.

Assim, por estar de acordo com os regramentos legais, não persiste razão a alegação apresentada pela impugnante, permanecendo portanto, o instrumento convocatório inalterado.

2 - Da qualificação Técnica

2.1. do quantitativo Mínimo – Suprimir a exigência do subitem a.1.2 do item 5.2.3 referente ao quantitativo mínimo para assegurar o princípio da competitividade;

Um dos objetivos das contratações da Cia., não é somente adquirir o melhor preço, mas contratar com empresas que além de apresentar preços coerentes com o mercado possam executar os serviços sem causar prejuízos à Administração.

Assim, cabe à Administração indicar no edital da licitação, qual é a parcela de maior relevância técnica e valor significativo, pois é com base nela que o licitante irá demonstrar sua capacidade técnica em realizar serviço semelhante de forma eficaz e eficiente.

Diante disso, como identificar as parcelas de maior relevância e valor significativo na prática?

A formação desses conceitos deve ser feita em vista da determinação constitucional constante do inc. XXI do art. 37 da Constituição da República, segundo a qual a Administração somente poderá exigir das licitantes a comprovação de aspectos técnicos e econômicos indispensáveis ao cumprimento das obrigações inerentes ao futuro contrato.

Sob esse enfoque, parece válido considerar como “parcela de maior relevância técnica” o conjunto de características e elementos que individualizam e diferenciam o objeto, evidenciando seus pontos mais críticos, de maior dificuldade técnica, bem como que representam risco mais elevado para a sua perfeita execução. Trata-se aqui da essência do objeto licitado, aquilo que é realmente caracterizador da obra ou do serviço, que é de suma importância para o resultado almejado pela contratação.

Por sua vez, a aferição da fórmula “valor significativo do objeto” toma em conta a relação estabelecida entre o valor da parcela eleita para comprovação da experiência em vista do valor total do objeto.

Assim, é possível que um mesmo objeto apresente diversas parcelas de relevância técnica e valor significativo.

Em suma, restarão caracterizados como sendo parcelas de maior relevância os serviços identificados como sendo de maior complexidade técnica e vulto econômico, cuja inexecução importe em risco mais elevado para a Administração.

As parcelas de comprovação da capacidade técnica mínima elencadas nos subitens a.1.1 e a.1.2 do Edital, abaixo mencionadas, são as essenciais para se atingir uma contratação mais segura e menor probabilidade de inexecução.

“5.2.3. Documentação relativa à Qualificação Técnica:

- a.1.1) Resíduos – 26.506,50 toneladas/ano;**
- a.1.2) Entulho e Terra – 317,82 toneladas/ano;”**

Primando pelos interesses da Administração e de acordo com os institutos da licitação, esses itens serão mantidos.

2.2. da comprovação dos postos de trabalho - Suprimir a exigência do subitem a.6 do item 5.2.3 pelo fato da contratação não se tratar de posto de trabalho;

O critério de remuneração da contratada por postos de trabalho ou quantidade de horas de serviço é possível quando houver inviabilidade da adoção de outros critérios de aferição dos resultados.

NA adoção da unidade de medida por postos de trabalho ou horas de serviço, admite-se a flexibilização da execução da atividade ao longo do horário de expediente, vedando-se a realização de horas extras ou pagamento de adicionais não previstos nem estimados

originariamente no instrumento convocatório. É um critério de mensuração permitido pela Instrução Normativa 05/2017 nas contratações de serviços com alocação de mão de obra.

De acordo com a IN 05/2017, existem duas espécies distintas de experiência técnico-operacional, a da execução do objeto contratual e a da gestão de número de postos de trabalho.

A hipótese da alínea *b* do item 10.6 refere-se à experiência da contratada com a execução do objeto, já a da alínea *c* do mesmo item é relativa à experiência da contratada em gerir vários postos de trabalho. A alínea *c* se deve ao fato de, em regra, os serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra não representarem maiores dificuldade na execução do objeto propriamente dito, mas sim na gestão da mão de obra envolvida. Por isso, é importante que a empresa concorrente demonstre ter aptidão para gerir contrato com o número de postos de trabalho equivalente (Acórdão nº 1214/2013-Plenário-TCU).

“Instrução Normativa 05/2017

10.6. Na contratação de serviço continuado, para efeito de qualificação técnico-operacional, a Administração poderá exigir do licitante:

b) comprovação que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, mediante a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação, podendo ser aceito o somatório de atestados;

c) no caso de contratação de serviços por postos de trabalho:

c.1. quando o número de postos de trabalho a ser contratado for superior a 40 (quarenta) postos, o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) com um mínimo de 50% (cinquenta por cento) do número de postos de trabalho a serem contratados;

c.2. quando o número de postos de trabalho a ser contratado for igual ou inferior a 40 (quarenta), o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) em número de postos equivalentes ao da contratação.”

Esta exigência não será suprimida do Edital por tratar-se de instrução legal dirigida às contratações que envolvem mão de obra tal qual as propostas no objeto deste certame.

3 - Comprovante de Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro – Excluir o item por não se tratar de contratação de mão-de-obra.

A Lei de Licitações não apresenta um conceito específico para a expressão de serviços continuados

Dentro dessa perspectiva, formou-se a partir de normas infralegais e entendimentos doutrinário e jurisprudencial, consenso de que a caracterização de um serviço como contínuo requer a demonstração de sua essencialidade e habitualidade para o contratante.

A essencialidade atrela-se à necessidade de existência e manutenção do contrato, pelo fato de eventual paralisação da atividade contratada implicar em prejuízo ao exercício das atividades da Administração contratante.

Já a habitualidade é configurada pela necessidade de a atividade ser prestada mediante contratação de terceiros de modo permanente.

Nesse sentido é a definição apresentada no Anexo I da Instrução Normativa nº 5/2017 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão:

“I – SERVIÇOS CONTINUADOS são aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente”.

Segue o mesmo raciocínio o conceito atribuído pelo Tribunal de Contas da União:

“Voto do Ministro Relator

[...]

28. Sem pretender reabrir a discussão das conclusões obtidas naqueles casos concretos, chamo a atenção para o fato de que a natureza contínua de um serviço não pode ser definida de forma genérica. Deve-se, isso sim, atentar para as peculiaridades de cada situação examinada.

29. Na realidade, o que caracteriza o caráter contínuo de um determinado serviço é sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.” (TCU. Acórdão nº 132/2008 – Segunda Câmara. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Data do julgamento: 12/02/2008.)

Com base nisso, não há como definir um rol taxativo /genérico de serviços contínuos, haja vista a necessidade de analisar o contexto fático de cada contratação, a fim de verificar o preenchimento ou não das características elencadas.

O importante é deixar claro que a necessidade permanente de execução, por si só, não se mostra como critério apto para caracterizar um serviço como contínuo. O que caracteriza um serviço como de natureza contínua é a imperiosidade da sua prestação ininterrupta em face do desenvolvimento habitual das atividades administrativas, sob pena de prejuízo ao interesse público.

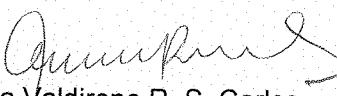
Dentro desses conceitos, a contratação em tela apresenta as características essenciais para ser qualificado como serviços continuados.

E, por ter essa conotação de serviços continuados a qualificação econômico financeira não carece ser revista.

IV – DA DECISÃO

Diante do exposto, presentes os requisitos legais, a impugnação reúne condições para ser admitida e conhecida; mas, **quanto ao seu mérito**, julgada **IMPROCEDENTE**, permanecendo na íntegra todo o conteúdo do edital, na forma disposta e publicada; permanecendo a data da sessão de abertura para **07/08/2019, às 09h30**.

São Paulo, 05 de agosto de 2019.



Maria Valdirene R. S. Carlos
Pregoeira