

ILUSTRE SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO DEPARTAMENTO DE COMPRAS E LICITAÇÕES DO MUNICÍPIO DE CAÇAPAVA/SP.**Concorrência Pública nº 005/2022****Processo Administrativo nº 9013/2022**

R M Y SERVIÇOS E EMPREENDIMENTOS LTDA, com sede na Rua Curt Otto Synnatascke, nº 417, Vila Suissa - Miguel Pereira - RJ, CEP: 26.900-000, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 30.878.293/0001-75, Inscrição Municipal nº 99188, por seu representante, adiante assinado, consoante os atos constitutivos anexos, tendo obtido o Edital relativo à Concorrência Pública acima epigrafada, e considerando certas condições e disposições ali contidas, vem, com base no item 16.3.2 do Edital, e art. 41 e parágrafos da Lei nº 8.666/93, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao aludido Edital, na forma das razões que se seguem:

I. DO CABIMENTO E TEMPESTIVIDADE.

Registre-se, desde logo, o cabimento da presente impugnação, manifestada com arrimo no art. 5º, XXXIV, "a", da CF/88, bem assim nos arts. 4º e 41, § 2º, da mencionada Lei Nacional de Licitações e Contratos Administrativos.

Considerando que a sessão pública foi designada para 15/09/2023, protocolada a manifestação na presente data, inquestionável é sua tempestividade.

II. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAM A IMPUGNAÇÃO.

O Município de Caçapava tornou público o Edital da Concorrência Pública nº 005/2022, tipo menor preço global por lote, cujo objeto consiste na *“contratação de empresa para execução de coleta, transporte, tratamento e destinação final de resíduos sólidos e outros: varrição, capina, roçada, pintura de meio-fio e sarjetas, instalação de caçambas estacionárias, equipe coleta materiais inservíveis, transporte e destinação final de materiais inservíveis, coleta seletiva, coleta, transporte, tratamento e destinação final de resíduos de serviços de saúde (RSS).”*

A sessão pública de abertura das propostas foi originariamente designada para 28 de julho de 2023, no entanto, o Edital foi impugnado diante de ilegalidades nele identificadas, o que acarretou a sua republicação, passando a sessão pública para 15 de setembro de 2023.

Entretanto, como se verá, o ato convocatório *sub examine* manteve previsão que restringe indevidamente a competição e deixa de fazer exigências que se revelam pertinentes e necessárias às contratações, tornando-o eivado de vícios de legalidade, a merecer reparos.

Tais irregularidades, por imperativo, devem ser escoimadas do Edital, sob pena de comprometer não só a legalidade do certame, mas também a própria regularidade da execução dos serviços pela futura contratada.

III. Aglutinação indevida de itens e obrigatoriedade de fracionamento do objeto (Item 2.1.).

O item 2.1. do Edital define o objeto do certame da seguinte forma:

2.1 – Visa a presente licitação a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE COLETA, TRANSPORTE, TRATAMENTO E DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E OUTROS: VARRIÇÃO, CAPINA, ROÇADA, PINTURA DE MEIO-FIO E SARJETAS, INSTALAÇÃO DE CAÇAMBAS ESTACIONÁRIAS, EQUIPE COLETA DE MATERIAIS INSERVÍVEIS, TRANSPORTE E DESTINO FINAL DE MATERIAIS INSERVÍVEIS, TRANSPORTE E DESTINO FINAL DE MATERIAIS INSERVÍVEIS, COLETA SELETIVA; COLETA, TRANSPORTE E DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE (RSS).

Apesar da republicação do Edital, a licitação contempla, ao todo, pelo menos quatro serviços autônomos entre si, apenas no LOTE 1: (i) coleta de resíduos sólidos; (ii) transporte e tratamento; (iii) destinação final de resíduos sólidos; e (iv) demais serviços.

No LOTE 2, por sua vez, foram contemplados três serviços autônomos distintos: (i) coleta de resíduos de serviços de saúde (RSS); (ii) transporte de RSS; e (iii) destinação final de RSS.

Tratando-se de serviços que podem ser prestados de forma separada, a sua licitação também em apartado é a medida que se revela mais adequada ao ente licitante, pois permite que um maior número de interessados participe do certame e, conseqüentemente, aumenta a competitividade, o que gera ganhos para a administração pública por meio da conseqüente oferta de melhores preços.

Note-se, ainda, que a divisão do objeto licitado em dois lotes, separando os serviços referentes aos resíduos de serviços de saúde (RSS), ainda não é suficiente para aumentar a competitividade, haja vista que, como visto, os serviços de coleta, transporte e tratamento, destinação final, e outros, são autônomos e poderiam ser prestados em lotes distintos, a fim de possibilitar um aumento no universo de competidores.

De mais a mais, a unificação do objeto licitado não pode ocorrer sem que haja uma justificativa contundente da Administração nesse sentido, o que não ocorreu. A mera informação de que, por questões de gerenciamento, o certame será conduzido da forma como posto, não é subsídio suficiente para defender a aglutinação do objeto.

Isso porque o fracionamento dos serviços licitados decorre de previsão legal e o art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93 é expresso nesse sentido, determinando que o objeto licitado seja fracionado em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:
§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

Trata-se, pois, de imperativo legal que somente pode ser afastado mediante ampla justificativa técnica e econômica, o que não fora constatado nos autos, sobretudo porque não há razão para que haja a aglutinação de tantos serviços em um único certame, os quais demandam investimento e conhecimento técnico diversos para serem corretamente executados.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a seu turno, segue a mesma linha:

REPRESENTAÇÃO. FUNASA. PREGÃO ELETRÔNICO 1/2015. SERVIÇOS DE CÓPIA, DIGITALIZAÇÃO E PLOTAGEM. CLÁUSULAS RESTRITIVAS DA COMPETITIVIDADE NO EDITAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA INVIABILIDADE DE PROMOVER O PARCELAMENTO DO OBJETO. DEFICIÊNCIAS NAS ESTIMATIVAS DE PREÇO. FORTES INDÍCIOS DE SOBREPREGÃO. DETERMINAÇÃO PARA ANULAÇÃO DO CERTAME. AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DE ALGUNS. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DE OUTROS. MULTA. CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO. (Acórdão 3009/2015 – Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, 25/11/2015).

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. OITIVA. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 15, IV, E ART. 23, § 1º, DA LEI 8.666/1993. EXIGÊNCIAS RESTRITIVAS AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. NULIDADE DO CERTAME. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES (Acórdão 122/2014 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, 29/01/2014).

A jurisprudência dos Tribunais de Contas Estaduais não é diferente, inclusive do e. TCE/SP:

Exames Prévios de Edital. Composição do objeto. Qualificações técnica e econômico-financeira. Visita técnica. Reputa-se indevida a aglutinação de serviços de fornecimento e implantação de contêineres e de coleta seletiva com as demais atividades previstas no edital, porquanto fixada em prejuízo à competitividade e em ofensa ao § 1º do artigo 23 da Lei de Licitações, demandando segregação em lotes ou licitações autônomas e redefinição das parcelas de maior relevância e valor significativo, para fins de qualificação técnica. Necessária a flexibilização dos índices de liquidez corrente e geral demandados como requisito da qualificação econômico financeira no certame, adequando-os aos patamares usuais do setor relacionado ao objeto do certame, com a devida formalização das justificativas no processo administrativo. Não evidenciada a essencialidade da diligência para a execução do objeto, deve ser eliminada a obrigatoriedade de visita técnica. (TCE 021870.989.18, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES. Data de Julgamento: 05.12.2018).

Início pela crítica dirigida à composição do objeto, considerando a grande aglomeração de serviços de naturezas distintas, que mesmo diante da possibilidade de participação de empresas reunidas em consórcio, inviabiliza a licitação na forma proposta, na linha dos fundamentos que ensejaram a paralisação do certame, posteriormente confirmados na instrução dos autos pelos órgãos técnicos desta E. Corte e Ministério Público de Contas.

Conforme bem pontuado e fundamentado na manifestação da Chefia de ATJ, cujas respectivas conclusões acolho com o fim de determinar a retificação do edital nesse sentido, destoam das atividades de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, os seguintes serviços: fornecimento, manutenção e higienização de contêineres e papeleiras; coleta, transporte e segregação de entulho e limpeza de piscinões municipais; destinação final de entulhos; manutenção e operação de ecopontos; remoção, substituição, destoca e reparos em passeios danificados pela remoção de árvores; fornecimento de máquinas para operação de centrais de triagens de resíduos recicláveis; resíduos da construção civil; coleta seletiva; e fornecimento de banheiros químicos para feiras livres.

Deste modo, deverá haver ampla reformulação da composição do objeto, para que o mesmo seja licitado em conformidade com os preceitos do §1º, do artigo 23º, da Lei nº 8.666/93, e farta jurisprudência desta E. Corte sobre o tema, a exemplo dos julgamentos destacados nos autos. (trecho do voto vencedor do TC-020997/989/17-3)

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça também rechaça o favorecimento de licitantes:

“Concorrência pública. Exigência editalícia de exibição de RAIS. Tentativa da impetrante de exibir a de uma terceira, fazendo anexar contrato de cessão de mão-de-obra. Subversão das regras do edital. Segurança denegada. É inconcebível que o procedimento licitatório fique à mercê de procedimentos capazes de gerar situação ilícita e desaconselhável, de favorecimento ou desigualdade. Tal se caracterizaria se a Comissão, após reunião pública, aceitasse complemento oferecido pela Impetrante para satisfazer às exigências editalícias. Não merece prosperar o agravo... (STJ, Ag. Instr. Nº 70.351-7- DF, Rel. Min. Hélio Mosimann. DJU de 30.05.95, pág. 15.748, g.)”

Na contramão do entendimento das Cortes de Contas, o Município de Caçapava divulgou o edital da Concorrência Pública nº 005/2022 buscando uma contratação só para a execução de quatro serviços no LOTE 1, e três serviços no LOTE 2, o que favorece a participação de poucas empresas e que, por sua vez, possibilita a contratação de tais serviços por preços superiores aos que se contrataria no caso de o objeto da licitação ser fracionado.

A divisibilidade dos serviços a serem licitados por meio da Concorrência Pública nº 005/2022 é incontestável, pois operadores de aterro sanitário devidamente licenciados para darem destinação final a resíduos sólidos não necessariamente atuam na coleta desses resíduos e tampouco em seu transporte, já que cada atividade depende de uma licença ambiental específica e autônoma.

Na prática, se impede que transportadoras concorram com outras transportadoras e que um aterro sanitário dispute com outro, já que exigir que apenas uma empresa execute todos os serviços da cadeia

implica no inevitável direcionamento da contratação para grandes conglomerados que atuam de forma verticalizada na gestão de resíduos sólidos, um universo ínfimo de potenciais participantes comparado às possibilidades no caso de licitações em separado.

Inexistindo possibilidade de sanar tal vício, a medida que se impõe é a revogação do certame e a republicação do instrumento convocatório em tantas divisões quanto possíveis para que os serviços sejam licitados de forma separada, sob pena de violação ao art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e à jurisprudência dos tribunais.

IV. Ausência de Definição dos Limites de Subcontratação. (Item 4.6)

Ao tratar da subcontratação, o item 4.6. do Edital permite a sua ocorrência nos seguintes termos:

4.6 – O local de disposição final dos resíduos provenientes dos serviços se dará em Aterro Sanitário devidamente licenciado, podendo este, ser subcontratado em ambos os lotes (LOTE I e LOTE II), desde que aprovado expressamente pela Administração, na fase de homologação, até os limites por ela analisados e aprovados, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais..

Ao ser questionado em momento anterior sobre a ausência de expresso limitador nesse sentido, o Município defendeu a previsão editalícia, argumentando que, em um dos lotes, admitia-se a subcontratação para o serviço de destinação final.

Sucedo que o esclarecimento apontado não supre o vício editalício, que foi replicado no novo instrumento convocatório.

Isso porque, ainda que legalmente seja vedada a subcontratação total, não há no instrumento convocatório definição sobre os limites da subcontratação, **seja indicando o percentual máximo da subcontratação ou especificando quais serviços instrumentais integrantes do objeto licitatório podem ser terceirizados, o que se revela essencial, sobretudo diante das inúmeras atividades que compõem o objeto licitado.**

Há, apenas, autorização genérica para que os serviços sejam subcontratados, desde que assim ocorra nos limites que serão analisados e aprovados pela administração pública, o que não pode prevalecer, pois se trata de norma indefinida, que causa insegurança jurídica à parte contratada.

O art. 72 da Lei nº 8.666/93 expressamente menciona a necessidade de estabelecimento de limites para a subcontratação, nos seguintes termos:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Assim, a definição genérica de que tais limites serão analisados e aprovados pela administração se mostra insuficiente para o enquadramento na previsão legal.

Da mesma forma, a jurisprudência do TCU também exige que o instrumento convocatório indique os limites de subcontratação, *in verbis*:

“9.2.2.4. estabeleça nos instrumentos convocatórios, em cada caso, os limites para subcontratação de obra, serviço ou fornecimento, de modo a evitar riscos para a Administração Pública, conforme disciplina o art. 72 da Lei n. 8.666/93” (Acórdão nº 1.045/2006, Plenário)

Assim, resta impugnado o item 4.6. do Edital diante da ausência de definição sobre os limites da subcontratação, requerendo a retificação de sua redação para que conste, de forma clara e específica, quais os serviços que integram o objeto licitatório que podem ser parcialmente subcontratados, bem como qual o percentual máximo admitido para subcontratação.

V. Ausência de previsão do índice de atualização monetária (item 10.2.8)

Além das ilegalidades supracitadas, a análise do Edital de Licitação e seus anexos revela a existência de omissão quanto ao índice aplicável para os encargos moratórios, nos casos de inadimplemento por parte do Município de Caçapava, durante a vigência do contrato.

Embora o item 10.2.8 estabeleça que *“10.2.8 – Havendo atraso nos pagamentos não decorrente de falhas no cumprimento das obrigações contratuais principais ou acessórias por parte da CONTRATADA, incidirá correção monetária, sobre o valor devido, na forma da legislação aplicável, bem como juros moratórios, à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, calculados "pro-rata tempore" em relação ao atraso verificado.”*, **não há previsão expressa do índice aplicável para o cálculo da correção monetária**, encargo moratório legalmente devido à contratada em caso de inadimplência do contratante.

O art. 37, XXI da CF/88 prevê expressamente o direito dos contratados de receberem os pagamentos correspondentes aos serviços prestados ao Estado ao tempo e modo devidos, sob pena de recebimento do valor corrigido, se constatado o atraso em tal adimplemento¹.

No mesmo sentido, o art. 40, III e XIV da Lei nº 8.666/93, prevê que o edital deverá conter, obrigatoriamente, as sanções para o caso de inadimplemento, assim como as condições de pagamento, incluindo os critérios para atualização financeira dos valores a serem pagos, e compensações financeiras e

¹ 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

penalizações por eventuais atrasos², de modo que, a ausência da previsão expressa do índice de atualização monetária corresponde à omissão que viola a previsão legal.

Além disso, tal omissão viola também a segurança jurídica, em detrimento de seus Contratados.

Embora se espere que ambas os contratantes cumpram as suas obrigações de forma integral e pontual, é possível que situações adversas ocorram ao longo da execução do contrato, impedindo o adimplemento das obrigações, quer seja pela Contratada ou pelo Contratante.

Justamente para manter o equilíbrio contratual em casos tais, o art. 55, III da Lei 8.666 institui que os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento, constituem cláusula necessária em todo contrato administrativo³.

Desse modo, em prol dos princípios da legalidade, moralidade, efetividade e segurança jurídica, é de mister importância que a irregularidade, ora apontada, seja sanada, com a conseguinte previsão do índice aplicável para a correção monetária além dos juros de mora já previstos, acaso verificado descumprimento contratual pela Administração Pública, em atenção ao art. 37, XXI da CFBR/88 e art. 55, III da Lei 8.666/93.

VI. Obrigatoriedade de Documento Fiscal para pagamento (item 5.2.5-Anexo III)

A cláusula 5.2.5 traz a seguinte redação:

5.2.5 – Apresentar obrigatoriamente e mensalmente junto com o Documento Fiscal:

- a) Relação de empregados que estiverem envolvidos na prestação dos serviços contratados e comprovação de cumprimento das obrigações trabalhistas.
- b) Fotocópia da GPS, devidamente quitada e autenticada, acompanhada do relatório GFIP, relativo ao mês imediatamente anterior, sob pena de retenção de pagamento.
- c) Comprovantes de recolhimento do FGTS dos funcionários envolvidos, relativo ao mês imediatamente anterior, sob pena de retenção de pagamento.
- d) Comprovantes de recolhimento do ISS (Imposto Sobre Serviço) relativo ao mês imediatamente anterior sob pena de retenção de pagamento se possuir sede ou filial em CAÇAPAVA

Sucedo que a sustação do pagamento por serviços já realizados em razão da cláusula 5.2.5 não encontra amparo legal, devendo tais itens, portanto, serem excluídos da minuta do contrato administrativo.

Com efeito, a sustação de pagamento não pode ser prevista como uma punição para a empresa contratada.

As disposições da Lei 8.666/93 trazem as espécies de penalidades no caso de descumprimento de obrigação contratual, sendo que, dentre elas, não está a possibilidade de a Administração Pública deixar de realizar pagamento pelos serviços prestados.

² Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...) III - sanções para o caso de inadimplemento; (...) XIV - condições de pagamento, prevendo: (...) c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

³ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;



Além da ausência de previsão do ato no rol de sanções admitidas pelo artigo 87 da Lei nº 8.666/93, o que viola o princípio da legalidade, tal prática pode caracterizar enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública, razão pela qual deve ser revista pelo Município de Caçapava.

Assim, há a necessidade de revisão dos itens editalícios acima mencionados, suprimindo-se a possibilidade de sustar os pagamentos em razão de hipóteses sem fundamento legal, especialmente aquelas previstas no item 5.2.5, alíneas “a” até “d”.

VII. CONCLUSÃO

Ante o exposto, na salvaguarda dos seus interesses, como assim desincumbindo-se do dever legal de pugnar pela observância da estrita legalidade, a Impugnante pede e espera seja a presente recebida e conhecida, afastando-se, ao final, do texto do Edital as retro apontados ilegalidades, restaurando-se o império da lei e do Estado Democrático de Direito.

Requer, ademais, seja a presente recebida no efeito suspensivo, sobrestando-se a continuidade do certame, inclusive da assentada designada para recebimento dos documentos de habilitação e propostas.

Pede deferimento.

Caçapava/SP, 06 de setembro de 2023.

R M Y SERVIÇOS E EMPREENDIMENTOS LTDA

