


RECEBEMOS
Em 25/09/18


Assessoria de Apoio
Administrativo - SETOP

SIGED



00003983 1301 2018

ILMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA SECRETARIA DE ESTADO DE TRANSPORTES E OBRAS PÚBLICAS - SETOP DO ESTADO DE MINAS GERAIS

REF.: Edital de Concorrência Pública nº 004/2018 – Concorrência Pública, sob o regime de preços unitários, tipo técnica e preços para contratação de empresa para prestação de Serviços de Apoio ao Monitoramento, à Supervisão e à Aferição da Qualidade e Desempenho, inclusive com elaboração de projetos executivos para o Sistema de Transporte Coletivo da Região Metropolitana de Belo Horizonte.

TECNOTRAN ENGENHEIROS CONSULTORES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 20.446.662/0001-05, com sede na Avenida Getúlio Vargas, nº 258, sala 502, Funcionários, Belo Horizonte/MG, CEP: 30.112-020, por seu representante legal, **ANDRÉ LUIZ DE OLIVEIRA BARRA**, engenheiro civil, inscrito no CPF sob o nº [REDACTED] e R.G nº [REDACTED] SSP-MG, vem, por seu representante *in fine* assinado, com fundamento no § 1º, do art. 41, da Lei nº 8666/93, apresentar IMPUGNAÇÃO ao Edital, conforme passa a expor.

DA TEMPESTIVIDADE

Nos termos do art. 41, § 1º e 2º da lei 8.666/93¹, qualquer cidadão poderá apresentar impugnação ao Edital em até 5 (cinco) úteis anteriores a abertura das propostas e os licitantes em até 2 (dois) dias úteis anteriores a abertura das propostas. Ademais, nos termos do item 5 da parte geral do Edital, os interessados e licitantes poderão apresentar impugnações ao Edital, desde que o façam em até 5 (cinco) e 2 (dois) dias úteis, respectivamente, anteriores à data da licitação.

¹ Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.
§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.



Nesse raciocínio, tratando-se a impugnante de licitante, o termo final ocorrerá somente em 27/09/2018.

Desta forma, impõe-se o inequívoco reconhecimento da tempestividade do presente pedido.

DOS FATOS E ATOS PROCEDIMENTAIS

A Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas - Setop do Estado de Minas Gerais instaurou a Concorrência Pública nº 004/2018, cujo objeto é a Contratação de empresa para prestação de Serviços de Apoio ao Monitoramento, à Supervisão e à Aferição da Qualidade e Desempenho, inclusive com elaboração de projetos executivos para o Sistema de Transporte Coletivo da Região Metropolitana de Belo Horizonte.

A impugnante, ao analisar as condições para participação no certame, deparou-se com cláusulas eivadas de vício, o que pode tornar o procedimento licitatório em questão nulo.

Desta forma, o certame deve ser suspenso, e após saneamento dos vícios apontados, republicado, inaugurando-se novo prazo para formulação de propostas, conforme fundamentos a seguir.

Dos critérios de julgamento da proposta financeira

O Edital, em seu item 13, estabelece que a terceira fase da presente licitação constituirá na abertura dos envelopes de proposta de preço das empresas classificadas na fase técnica e se procederá a obtenção da nota de preço de cada uma dessas licitantes.

Em seguida, em seu item 13.5 o Edital estabelece que: *“Após todas as devidas análises e considerações, a Comissão procederá ao cálculo da Nota da Proposta de Preço (NPP) que observará a seguinte fórmula:*

$$NPP = \frac{(100 \times P_{\text{máx}}) - (90 \times P_{\text{mín}}) - (10 \times VP)}{P_{\text{máx}} - P_{\text{mín}}}$$

Onde:

- *NPP* = Nota da Proposta de Preço de cada licitante;
- *P máx.* = Proposta de Preço de maior valor ofertado, desde que não ultrapasse o valor do orçamento estimado desta licitação;
- *P mín.* = Proposta de Preço de menor valor ofertado, desde que atenda o disposto do Art. 48 da Lei Federal nº 8666/93;
- *VP* = Valor da Proposta de Preço em análise

Observa-se, contudo, que tal fórmula se mostra inadequada ao efetivo julgamento das propostas financeiras das licitantes.

De fato, em um simples exercício de raciocínio matemático, percebe-se que a forma como foi elaborada a presente fórmula, não privilegia as licitantes que ofertarem o menor preço para o certame, de modo que a probabilidade de diversos licitantes, que vierem a ofertarem preços mais elevados para o certame também obterem a nota máxima ou muito próxima desta é extremamente alta.

Considerando-se que o valor estimado do contrato é de R\$ 2.093.625,45 (dois milhões e noventa e três mil, seiscentos e vinte e cinco reais e quarenta e cinco centavos) por ano e supondo que quatro licitantes (A, B, C e D) foram classificadas para esta fase da licitação e tenham feito propostas distintas nos seguintes valores anuais:

- A fez proposta de R\$ 1.800.000,00 (Um milhão e oitocentos mil reais).
- B fez proposta de R\$ 1.500.000,00 (Um milhão e quinhentos mil reais).
- C fez proposta de R\$ 1.300.000,00 (Um milhão e trezentos mil reais).
- D fez proposta de R\$ 1.000.000,00 (Um milhão de reais)

Dessa forma, aplicando-se a fórmula disposta no Edital, teríamos os seguintes valores de referência:

P Max. (proposta de preço de maior valor ofertado) = 1.800.000,00

P Min. (proposta de preço de menor valor ofertado) = 1.000.000,00

Aplicando-se tais valores a fórmula prevista no edital, teríamos:

$$\text{NPP (nota de preço)} = (100 \times \text{P Max.}) - (90 \times \text{P Min.}) - (10 \times \text{VP}) / (\text{P Max.} - \text{P Min.})$$
$$\text{NPP} = (100 \times 1.800.000,00) - (90 \times 1.000.000,00) - (10 \times \text{VP}) / (1.800.000,00 - 1.000.000,00)$$
$$\text{NPP} = (100 \times 1.800.000,00) - (90 \times 1.000.000,00) - (10 \times \text{VP}) / (1.800.000,00 - 1.000.000,00)$$

De modo que cada uma das licitantes exemplificativas ficaria com a seguinte nota de preços:

- A: NPP = **90**

- B: NPP = **93,75**

- C: NPP = **97,5**

- D: NPP = **100**

Assim, tendo em vista o exemplo prático, torna-se fácil se vislumbrar que a metodologia em questão não privilegia a proposta mais vantajosa, vez que **as notas de preço não são proporcionais aos descontos ofertados.**

No exemplo em questão, a licitante D ofertou um desconto anual de 52% em relação ao valor orçado, enquanto a licitante A ofereceu apenas 14% de desconto. Contudo, apesar da diferença de 38 pontos percentuais entre as licitantes, a diferença entre as notas de preço de ambas foi de apenas 10%.

Desse modo, não há de se imaginar que uma economia que pode chegar a quase um milhão de reais por ano para a administração pública não seja levada em consideração para a aplicação de nota para a proposta financeira.

A manutenção da fórmula em questão pode tornar inócuo o critério de avaliação financeiro para boa parte das licitantes, visto a facilidade de se obter nota próxima da máxima, mesmo sem ter ofertado grandes descontos para o erário.

DA NOTA FINAL

Ademais, quando se observa a fórmula para a obtenção da Nota Final, definida no item 14, como sendo:

$$NF = 0,6 \times NPT + 0,4 \times NPP$$

Onde:

- *NF* = Nota Final;
- *NPT* = Nota da Proposta Técnica;
- *NPP* = Nota da Proposta de Preços.

Observamos que a Administração atribui um peso de 60% para a nota técnica do e de 40% para a nota de preço.

Assim, mais uma vez a título exemplificativo, se utilizarmos a presente fórmula para calcular a nota das licitantes B e D, cuja diferença de preços foi de R\$ 500.000,00 entre elas e, se atribuirmos as seguintes notas técnicas para elas, quais sejam:

Licitante B – Nota Técnica = 95 pontos;

Licitante D – Nota Técnica = 90 pontos.

Ao aplicarmos a fórmula para obtenção da nota final teríamos as seguintes notas finais:

Licitante B: $95 \times 0,6 + 93,75 \times 0,4 = 94,5$ pontos

Licitante D: $90 \times 0,6 + 100 \times 0,4 = 94$ pontos

Ora, o que se percebe então, pelas fórmulas que o Edital define para obtenção das notas de preço e nota final é de que **a nota referente à proposta técnica é que será, de fato, o critério para a definição da proposta vencedora.**

Conforme demonstrado no exemplo prático acima, caso a licitante "B" obtenha uma nota de proposta técnica de apenas 5% maior que a licitante "D", esta seria a vencedora do certame mesmo apresentando uma proposta de preço 25% mais barata em relação ao valor orçado.

Assim, seria no mínimo **absurdo de se imaginar que a economia anual de R\$ 500.000,00 para a Administração Pública seja irrelevante para a seleção de melhor proposta.**

Como já demonstramos, o edital afirma avaliar as propostas considerando um peso de 60% para a nota técnica e 40% para a nota de preço, sendo, portanto uma licitação do tipo técnica e preço. Ocorre que essas porcentagens não são verdadeiras, na medida em que a fórmula usada na nota de preço distorce o peso que esta teria na nota final. Tendo em vista que a maioria das empresas tirarão notas muito altas no critério preço, mesmo não ofertando grandes descontos, **o critério técnica passa a pesar muito mais do que 60% da nota final.**

Dita distorção fica evidente no exemplo aqui utilizado para elucidar a questão. No caso exemplificado, a diferença de 5% na proposta técnica das licitantes B e D foi suficiente para superar 25% de diferença entre o preço de ambas. Ou ainda de utilizarmos os exemplos das licitantes A e D a diferença de 7% entre as notas técnicas de ambas seria suficiente para superar 38% de diferença entre as suas propostas de preço.

Dessa forma, o peso do vantajoso desconto ofertado pela licitante D tendeu a nulo. Nesse caso, a licitante D teria perdido a licitação para a licitante B que cobraria 25% a mais, mesmo ambas tendo tido notas técnicas muito próximas.

Percebe-se assim que a classificação do certame como sendo da modalidade técnica e preço é equivocada. Na realidade, apenas a nota técnica será considerada, sendo, portanto uma licitação do tipo melhor técnica.

Contudo, para realizar uma licitação nessa modalidade, desconsiderando os descontos no preço, a administração deve ser capaz de motivar a razão pela qual os descontos são irrelevantes para a análise da proposta mais vantajosa, sob pena de ferir gravemente os princípios norteadores das licitações e em especial o interesse público. Não pode o administrador público, mascarar uma licitação apenas melhor técnica em uma do tipo técnica e preço utilizando fórmulas que distorcem o resultado final, como foi realizado no certame aqui impugnado.

Tal dissimulação caracteriza-se em uma ilegalidade, ao transformar uma licitação técnica e preço em melhor técnica, modalidade que não caberia para o objeto licitado.

Somando-se este fato a situação de que, para a análise da proposta técnica é impossível se atribuir um julgamento completamente objetivo, ou seja, para a avaliação da parte descritiva da proposta técnica e definir qual o percentual de alcance dos objetivos propostos no Termo de Referência, existe certa subjetividade por parte do Administrado, uma pequena diferença de nota técnica atribuída as licitantes, de 5 pontos, não só pode levar a temerária condição de declaração de licitante vencedora que não tenha a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, como mesmo, devido a esta subjetividade na forma de avaliação da proposta técnica, resultar num eventual direcionamento da licitação para beneficiar uma licitante em detrimento das demais, conduta esta ilegal e já rechaçada pelo próprio Tribunal de Contas da União:

"TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. IRREGULARIDADES NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO CARTA-CONVITE N. 2002/282. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA REALIZAÇÃO DE EVENTOS. INADEQUAÇÃO DO OBJETO DO CERTAME AO TIPO DE LICITAÇÃO TÉCNICA E PREÇO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA PREDOMINANTEMENTE INTELLECTUAL DO OBJETO. ATRIBUIÇÃO DE PESOS ÀS PROPOSTAS TÉCNICA E COMERCIAL DE FORMA DESPROPORCIONAL. ADOÇÃO DE CRITÉRIOS SUBJETIVOS NA AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS TÉCNICAS. DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO PARA

BENEFICIAR A EMPRESA CONTRATADA. ACOLHIMENTO PARCIAL DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. AFASTAMENTO DO DÉBITO. MULTA. DETERMINAÇÕES” (TCU 00708020046, Relator: BENJAMIN ZYMLER, Data de Julgamento: 03/03/2010)

Requer, dessa forma, a Impugnante, que tais critérios de avaliação da proposta de preços sejam revistos e reformulados, de forma a se privilegiar efetivamente as propostas mais vantajosas para o Erário, evitando-se o uso de fórmulas para distorcer a valoração das propostas de preços e se privilegiar em demasia as propostas técnicas, evitando-se, por consequência, eventuais direcionamentos da licitação.

Da exigência de vínculo profissional prévio

O Edital, no quinto ponto de observações referentes ao item 9, que trata da proposta técnica e garantia de proposta, estabelece para a composição da equipe técnica principal para a realização do serviço licitado, quais documentos serão aceitos para que seja comprovado o vínculo entre a licitante e o profissional, conforme se observa abaixo:

- A comprovação de vínculo do profissional com a licitante poderá ser feita mediante a apresentação de um dos seguintes documentos: (i) Carteira de trabalho e previdência social (CTPS) do profissional, em que conste a licitante como contratante; (ii) Contrato social da licitante, em que conste o profissional como sócio; (iii) Contrato de prestação de serviços, regido pela legislação comum;

Dessa forma, conforme exposto acima, para a comprovação de vínculo entre o profissional indicado e a licitante, o Edital permite três modalidades, quais sejam, carteira de trabalho do profissional assinada pelo licitante, contrato social se o profissional for sócio da empresa licitante e, por fim, contrato de prestação de serviços entre o profissional e a licitante.

Dessa forma, se percebe que o Edital limita a apresentação de profissionais que já pertencem previamente aos quadros da empresa, seja como sócios, como funcionários com carteira assinada ou aqueles já contratados pela licitante, mas não permite que a empresa formalize um compromisso de contratação futura com aqueles profissionais que esta eventualmente não conte em seus quadros.

Em que pese a possibilidade de exigência de profissionais qualificados para a execução do serviço, se mostra totalmente desproporcional e ilegal que se exija um vínculo prévio dos profissionais com a licitante.

Para a equipe técnica principal, o instrumento convocatório exige que as licitantes possuam 8 profissionais qualificados, sendo alguns destes, como são os casos dos advogados, estatístico e economistas, profissionais que não são comumente encontrados nos quadros de empresas de engenharia e arquitetura que serão as licitantes do presente certame.

Assim, eventual licitante que tenha interesse em participar do certame, mas que não possua profissionais de tais áreas em seus quadros ou que os possua sem a qualificação mínima exigida, terá de contratar previamente tais profissionais, para comporem sua equipe técnica, arcando com todos os custos de tais contratações sem a certeza de que executarão o serviço.

Dessa forma, tal exigência foge muito da razoabilidade e causaria prejuízos enormes às licitantes, pois serão obrigadas a arcar com altos custos desses profissionais sem qualquer garantia.

A indicação de profissionais que atendam às exigências do Edital e que apresentem um compromisso de contratação futura, declarando que, no caso de se sagrar vencedora a licitante, serão contratados e comporão a equipe técnica supriria totalmente tal requisito, de modo que esta possibilidade deveria ser dada às licitantes, sob pena de cerceamento em demasia do caráter competitivo que deve permear a todos os procedimentos licitatórios.

Essa questão já foi analisada inúmeras vezes pelos tribunais de contas de todo o país, sendo rechaçada com veemência a exigência de contratação prévia de profissionais, tal como se observa em do julgado do Tribunal de Contas da União - TCU abaixo colacionado:

3. É ilegal a exigência, para participação em licitação, de comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico com a empresa licitante. Também na Representação acerca da licitação conduzida pelo Município de Brasilândia D'Oeste/RO, fora apontada exigência de vínculo empregatício, na data de entrega da proposta, de engenheiro civil,

ambiental e sanitária com as licitantes. Realizado o contraditório, a relatora destacou que **'a jurisprudência do Tribunal também é pacífica no sentido de ser ilegal a exigência de comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico com a empresa licitante, pois impõe um ônus desnecessário aos concorrentes, na medida em que são obrigados a contratar, ou a manter em seu quadro, profissionais apenas para participar da licitação (acórdãos 103/2009 e 1.808/2011, do Plenário, entre outros)'**. Pontuou a relatora que o objetivo da Administração é garantir que os profissionais indicados possam, de fato, desempenhar suas funções para garantir a execução do objeto licitado: **'O vínculo do profissional qualificado não precisa, portanto, ser necessariamente trabalhista ou societário. É suficiente a existência de um contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum'**. Nesse passo, ausentes as justificativas que embasassem a exigência editalícia, o Plenário acatou a proposta da relatora para que a Representação fosse considerada procedente, rejeitando-se as razões apresentadas pelos responsáveis e imputando-lhes multas individuais."5 (grifou-se) **"Requisitos de habilitação indevidos: 2 - Necessidade de vínculo empregatício entre o responsável técnico e a licitante. Outra possível irregularidade apontada no edital da Concorrência n.º 002/2009, destinada à contratação das obras do Centro de Convenções de Umuarama/PR, envolvendo recursos federais transferidos pelo Ministério do Turismo, foi a 'exigência de comprovação de vínculo empregatício entre o responsável técnico, elencado no subitem 3.3.7, e a proponente, mediante registro em carteira de trabalho e ficha de registro da empresa, decorrente do descumprimento do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, e de reiteradas decisões deste Tribunal'**. Em seu voto, o relator ressaltou que a exigência de vínculo empregatício entre o responsável técnico e a proponente, na fase de habilitação, é, de fato, irregular. Além de extrapolar as exigências de qualificação técnico-profissional, ela poderia prejudicar o caráter competitivo da licitação. No entanto, o relator concordou com a unidade técnica que, no caso concreto, a aludida impropriedade não teve o condão de afetar a competitividade do certame. Dessa forma, a fim de evitar a sua repetição em futuras licitações com recursos federais e de cumprir a função pedagógica do Tribunal, o Plenário, nos termos do voto do relator, decidiu expedir alerta à Prefeitura Municipal de Umuarama/PR. Precedentes citados: Acórdãos n.os 2.170/2008, 800/2008, 141/2008 e 1.100/2007, todos do Plenário."6

Portanto, se mostra totalmente indevida e ilegal a exigência de contratação prévia de profissionais pelo Edital, devendo tal item ser revisto e modificado, de modo a permitir a apresentação de compromisso de contratação futura com os profissionais exigidos para composição da equipe técnica, de modo a não impor um ônus desnecessário aos licitantes e cercear o caráter competitivo do certame.

DA SUSPENSÃO DO CERTAME

Não há dúvida de que o escopo da impugnação ao Edital é o controle da legalidade do certame. Nessa linha de raciocínio, o Edital apresenta nulidades das quais a administração não poderá relevar.

As nulidades, que são de ordem pública e devem ser sanadas pela administração, impedem o curso legal do certame, sob pena inclusive de responsabilização dos agentes públicos, senão vejamos:

“Art. 3.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.”

Ressalte-se que as nulidades de ordem pública operam efeito *ex nunc*, produzindo efeitos desde a publicação do Edital. Sendo assim, eventual prosseguimento do processo licitatório, a despeito de existir nulidades que deverão ser cuidadosamente analisadas pela administração, redundará em desperdício de tempo e recursos, para o Município e para os licitantes.

Ademais, o direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, alínea “a” da CR/88, é instrumento de controle dos atos administrativos, configurando poder-dever da administração, conhecer e apreciar as denúncias que maculam de vício o Edital de licitação. Aliás, as irregularidades do Edital, como poder-dever da administração, conhecem-se de ofício, a qualquer momento pelo ente público, suspendendo o procedimento.

É o que dispõe a súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Assim, *“o correto, para dar cumprimento aos objetivos da lei, é suspender o ato até a solução da impugnação²”*

Consoante entendimento da doutrina, por razões de lógica e economia processual, não se afigura razoável, a continuidade do certame, pois iminente sua posterior anulação, causando prejuízos aos licitantes, secretaria e ao estado.

Desta forma, requer-se que a presente impugnação seja recebida no efeito suspensivo, devendo ser cancelada a sessão de entrega e abertura de envelopes inicialmente designada para o dia 01 de outubro de 2018.

DOS PEDIDOS

Ante o exposto pede-se:

Seja a presente impugnação conhecida e acolhida, com a suspensão imediata do certame licitatório, e, após retificação das ilegalidades demonstradas, seja republicado o Edital de Licitação, com renovação do prazo para apresentação das propostas, nos termos do art. 21, § 4º da lei 8.666/93.

Belo Horizonte/MG, 24 de setembro de 2018.



Tecnotran Engenheiros Consultores Ltda.
André Luiz de Oliveira Barra

² SUNDFIELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo. Malheiros. 1ª Ed. Pag. 183