

RESPOSTA DE IMPUGNAÇÃO AO MEMORIAL

Ref.: Memorial Descritivo de Coleta de Preços Processo nº. 067/2020.

Objeto: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SERVIÇOS DE PORTARIA, CONTROLE DE ACESSO E MONITORAMENTO PARA À FUNDAÇÃO DO ABC – AMBULATÓRIO MÉDICO DE ESPECIALIDADES – AME SANTO ANDRÉ”

Impugnantes: GUIMA CONSECO CONSTRUÇÃO SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA e EDUARDO CASSIO FERNANDES CIA LTDA

Trata-se de impugnação interposta pelos interessados em face do Memorial Descritivo de Coleta de Preços Processo nº 067/2020, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de portaria, controle de acesso e monitoramento para à Fundação do ABC – Ambulatório Médico de Especialidades – AME Santo André.

I – DA ADMISSIBILIDADE

À impugnação interposta pelas empresas consignadas oportunamente, foram realizadas realizadas através de seu representante legal, estando, portanto, em conformidade com o disposto no “Memorial Descritivo”.

a) Tempestividade: a impugnação foi protocolada pela via formal e no prazo legal, consoante certame supramencionado.

b) Legitimidade: a empresa impugnante mostra-se legitimada para impugnação do Memorial, haja vista a garantia de lei de que qualquer cidadão é parte autêntica para impugnar edital de licitação, obedecidos os prazos legais definidos para tal ato.

II - DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

a) DAS ALEGAÇÕES DA EMPRESA GUIMA CONSECO CONSTRUÇÃO SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA:

Em apertada síntese, aduz à empresa que não foi exigido no presente certame à obrigatoriedade de apresentação do registro da empresa participante junto ao Conselho Regional de Administração (CRA), sendo esse o documento essencial à prestação dos serviços.

Requer seja acolhida à presente impugnação e no mérito seja dado provimento a fim da retificação do Memorial Descritivo.

b) DAS ALEGAÇÕES DA EMPRESA EDUARDO CÁSSIO FERNANDES CIA LTDA:

Aduz que, o Memorial Descritivo não se presta à atender à norma jurídica válida, eis que deixa de exigir o registro da empresa no SESMT em dissonância com o preceituado na Portaria nº 03 da Superintendência Regional do Trabalho de São Paulo.

Ainda, insurge quanto ao abandono da segurança econômica e, à falta da exigência para apresentação da licença de funcionamento da pretensa contratada.

Requer seja cancelado à sessão pública para reavaliação da peça editalícia, trazendo à público um novo edital sem os vícios que anulam o certame.

III – DO MÉRITO

Preliminarmente faz-se necessário destacar que nossos certames são pautados sob a legalidade e na busca do aperfeiçoamento e aprimoramento das contratações e/ou aquisições de serviços, sendo que, para excluir ou modificar uma cláusula, antes se faz necessário constatar sua incorreção, restrição ou ilegalidade.

Urge destacarmos que, o certame de que trata à presente contratação, nos termos da Lei 9.637/98, artigo 3º, VIII, segue o Regulamento próprio para contratação de serviços de terceiros, portanto, o regramento da lei de licitações não se aplica aos presentes autos.

Corroborar-se tal entendimento, Termo de Ajuste de Conduta - TAC firmado com o Ministério Público, que prevê em seu artigo 20º à norma legal de contratação de terceiros por unidades gerenciadas por meio de contrato de gestão firmado com o poder público, vejamos:

Art.20º. As contratações de terceiros pelas unidades geridas pela FUABC decorrentes da celebração de contrato de gestão com o poder público, fundamentadas em legislação que regulamenta as Organizações Sociais de Saúde, deverão ser conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos termos de seu Regulamento Interno, aprovado pelo Conselho de Curadores.

Nesse passo, superada à aplicabilidade da norma, adentraremos no cerne da questão em debate para ao final decidir.

DO REGISTRO DA EMPRESA JUNTO AO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO.

Alega à impugnante que, por força da prestação de serviços objeto desses autos, à empresa, na fase de habilitação, deverá apresentar o devido registro junto ao órgão fiscalizador, qual seja, o Conselho Regional de Administração.

Insta salientarmos, de plano que, à norma aplicável aos presentes autos, seguem, estritamente, o disposto no Regulamento Interno de Compras e Contratação de Serviços de Terceiros disponível no sítio eletrônico www.fuabc.org.br/portaldatransparencia.

Superada à aplicabilidade da norma, cediço que o registro da empresa no conselho de classe é matéria que se impõe, isso porque, à fim da segurança jurídica, esses são os órgãos fiscalizadores de profissionais e empresas que se enquadrem na atividade adstrita.

Ademais, como decidido pelo Conselho Federal de Administração, em julgamento de 15 de setembro de 2011, cujo acórdão 03/2011, julgou obrigatório o registro nos Conselhos Regionais de Administração das empresas prestadoras de serviços terceirizados.

Nesse passo, apenas à título informativo, é o entendimento do artigo 30 da Lei de licitações, que não se confunde com à norma aplicável à presente contratação, vejamos:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

Nesse passo, temos que à exigência da documentação suscitada pela impugnante é pertinente, sendo necessária à retificação do Memorial Descritivo para fazer constar à necessidade de apresentação do aludido registro.

DA NECESSIDADE DO REGISTRO DA EMPRESA NO SESMT NOS TERMOS DA PORTARIA Nº 03/2017 DA SUPERINTENDENCIA REGIONAL DO TRABALHO DE SÃO PAULO.

Alega à impugnante que à Contratante não se presta à atender à norma jurídica válida ao deixar de exigir à documentação suscitada.

Como dito alhures, à norma aplicável à presente contratação é o Regulamento Interno de Compras e Contratação de Serviços de Terceiro, não à Lei de licitações 8666/93 que baliza o entendimento da impugnante.

Destarte, causa espécie à insistência da impugnante na utilização da lei de licitações, vistas que é a atual prestadora de serviços nessa unidade e, sua contratação se deu nos exatos termos do atual certame, qual seja, à norma interna da instituição.

Contudo, nos cabe à interpretação dada à portaria mencionada, vistas que à impugnante não soube fazê-la ou tenha feito em consonância com seus interesses, vejamos:

“Na forma dos itens 4.1 e 4.2 da NR-4, o SESMT será exigido das empresas licitadas, quando da realização de Licitações, para todos os serviços a serem contratados de conformidade com a Lei nº 8666/93 e suas posteriores alterações, quer na contratação de serviços, na compra de materiais de consumo e na compra de bens móveis e imóveis, quando assim for exigido pela NR-4.

Os órgão Municipais e Estaduais, na forma disposta no item 4.1 da NR-4, e quando de seus procedimentos licitatórios, exigirão SESMT, na forma disposta na Portaria nº 559 – DOU de 05/08/2016”.

Ora, à portaria de que trata à impugnação da empresa é clara e inequívoca, que, a luz das suas disposições, será exigida à documentação em processos LICITATÓRIOS NOS TERMOS DA LEI 8.666/93, não sendo o caso, eis que essa contratação esta pautada no Regulamento Interno de Contratação de Serviços de Terceiros da Fundação do ABC e suas unidades gerenciadas.

Corroborar-se tal entendimento, Termo de Ajuste de Conduta - TAC firmado com o Ministério Público, que prevê em seu artigo 20º à norma legal de contratação de terceiros por unidades gerenciadas por meio de contrato de gestão firmado com o poder público, vejamos:

ATA – COMISSÃO DE ANÁLISE E JULGAMENTO

Art.20º. As contratações de terceiros pelas unidades geridas pela FUABC decorrentes da celebração de contrato de gestão com o poder público, fundamentadas em legislação que regulamenta as Organizações Sociais de Saúde, deverão ser conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos termos de seu Regulamento Interno, aprovado pelo Conselho de Curadores.

Ainda, como se assevera do próprio Memorial Descritivo, tempo algum se pode extrair similaridade entre à norma interna da instituição e à Lei de licitações.

Por derradeiro, muito embora se trate da aplicabilidade dos serviços em unidade ambulatorial do estado, essa Contratante atual nessas unidades por meio de contrato de gestão, o que já é de conhecimento da impugnante por ser à atual prestadora de serviços na unidade em apreço.

Nesse aspecto portanto, nada à reformar e/ou incluir.

DO ABANDONO DA SEGURANÇA ECONÔMICA

Insurge mais uma vez à empresa impugnante sobre à falta de documento hábil e essencial a fim da contratação da melhor empresa classificada no certame.

Da extração do que consta os autos, em especial o item 4.9, essa Contratante requereu junto à futura empresa vencedora, "Balanço Patrimonial".

Há de se destacar que, tal documento visa à análise econômica da pretensa prestadora de serviços.

Destarte, dentre as prerrogativas dessa Comissão de Análise e julgamento, há o dispositivo da diligência, que, se necessário, utilizaremos oportunamente, a fim de aferir segurança à Contratante.

Nada à acrescentar também nesse aspecto.

DA FALTA DE EXIGENCIA APRESENTAÇÃO DA LICENÇA DE FUNCIONAMENTO

Insurge à impugnante quanto à essencialidade na apresentação pela empresa vencedora do objeto em análise, da licença de funcionamento expedido por órgão público.

Inicialmente, cumpre-nos destacar que, à impugnante não fundamenta suas pretensões senão pelo inconformismo, o que não se presta à imputar qualquer vício de legalidade.

Ainda assim, com vistas à não margear interpretações ou ilações infundadas, passaremos à discorrer à inoportunidade da solicitação do referido documento, vejamos:

Como exaustivamente debatido nessas razões, à contratação em apreço segue regramento próprio, que à critério dessa, prevê, após análise técnica, quais documentos de

habilitação se fazem necessário ao atendimento do objeto à que se presta, as normas constitucionais e infraconstitucionais e, à amplitude de concorrência entre os interessados.

Posto isto, mister se faz consignar que, o exercício da função administrativa deve obrigatoriamente respeitar à vontade de lei. Alias, constitui regra constitucional que “ninguém será obrigado à fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”.

Não obstante à norma interna da instituição, quando da análise da lei de licitações, essa determinou de forma taxativa quais documentos seriam exigidos para habilitação nas licitações públicas, conforme dispõe o artigo 27 da referida lei.

Ao analisar o mencionado artigo, não há nenhuma menção quanto à exigência de licença de funcionamento.

Há quem defenda que, o artigo 28 da Lei 8666/93 autoriza à exigência ao redacionar (...) “autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando à atividade assim exigir”.

Ao realizarmos à leitura do dispositivo na íntegra, não resta duvidas que o legislador buscou estabelecer regras diferentes para cada regime jurídico e que o ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando à atividade assim exigir, diz respeito somente as sociedades estrangeiras em funcionamento no país. De forma objetiva, simplória e didática:

- A pessoa física que queira participar da licitação comprovará sua habilitação jurídica através da cédula de identidade;
- Empresas individuais através do registro comercial;
- As sociedades comerciais através de estatuto ou contrato social, e se tratando de sociedade de ações deverá ser acompanhada da eleição de seus administradores;
- Sociedade civis mediante ato constitutivo acompanhada da prova da diretoria em exercício e;
- Sociedade estrangeira em funcionamento no Brasil através de Decreto de autorização e ato de registro ou autorização para funcionamento, quando à atividade assim exigir.

Assim, inexistente relação entre o artigo 28, V com o alvará de funcionamento.

Destarte, o alvará de funcionamento somente autoriza localização e funcionamento, independente do segmento, não disciplina regras técnicas ou específicas acerca da comercialização ou produção de determinado bem. Assim, descaracterizado o aspecto técnico almejado pela norma em discussão. Com propriedade que lhe é peculiar, Marçal Justen Filho pondera que;

“A expressão “qualificação técnica” tem grande amplitude e significado. Em termos sumários, consiste no domínio de conhecimento e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado. Isso abrange inclusive, a situação de regularidade em face de organismos encarregados de regular determinada profissão.”¹¹¹

Na prática, à exigência do alvará de localização e/ou funcionamento (ou licença de funcionamento), muitas vezes, se presta à limitar os participantes de uma licitação, o que é ilegal e a jurisprudência corrobora ao entendimento definido.

A saber:

(MS 84365/2009, DES. CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA, SEGUNDA TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 17/11/2009, Publicado no DJE 11/12/2009) (Destacamos)

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS E ALUNOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO RESIDENTES NO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS. **EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO NA FASE DE HABILITAÇÃO**. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DE EQUIPAMENTOS E PESSOAL TÉCNICO ESPECIALIZADO PARA HABILITAÇÃO. IRREGULARIDADES. APLICAÇÃO DE MULTA AO PREGOEIRO E SUBSCRITOR DO EDITAL

(...)Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, em conformidade com a ata de julgamento, diante das razões expendidas no voto do Relator, em: I) julgar procedente a denúncia, considerando irregulares: a) a exigência de alvará de funcionamento na fase de habilitação; b) a exigência de comprovação de disponibilidade de equipamentos e pessoal técnico especializado para habilitação; e c) a ausência de ampla pesquisa de preços; II) deixar de aplicar multa pela ausência de ampla pesquisa de preços, nos termos da fundamentação; III) aplicar multa ao Senhor Diego José de Souza Moreira, pregoeiro e subscritor do edital, no valor de R\$1.000,00 (mil reais) pelas irregularidades discriminadas nos itens a e b, o que totaliza o montante de R\$2.000,00 (dois mil reais), a teor do disposto no inciso II do art. 85 da Lei Orgânica do Tribunal; IV) deixar de aplicar multa ao Senhor Marcelo Faria Pereira, prefeito municipal, por entender que as falhas apuradas nos presentes autos são de responsabilidade exclusiva do pregoeiro, mas recomendando-lhe que, nas próximas licitações, não restrinja a cotação de preços aos fornecedores locais, bem como realize ampla pesquisa nos sites dos órgãos públicos; V) determinar a intimação das partes, após a deliberação; VI) determinar o arquivamento dos autos, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie.

(TCE-MG – DEN: 944779, Relator: CONS. CLÁUDIO TERRÃO, Data de Julgamento: 10/05/2016, Data de Publicação: 14/06/2016) (Destacamos)

(...)

Sendo assim, **exigir o alvará de funcionamento como condição de habilitação da licitante implica na imposição de cláusula ou condição que importe em frustração do caráter competitivo do certame**. Entende-se que, se a Lei nº 8666/93 veda a existência de qualquer cláusula ou condição que frustre o caráter competitivo, se o rol dos artigos 27 a 31 é taxativo, ou seja, não admite que a autoridade amplie suas exigências, e se a legislação específica que regulamenta a modalidade Pregão, Lei nº 10520/2002, sequer faz menção, em seu inciso XIII do artigo 4º, à exigência do alvará de funcionamento, à autoridade administrativa é vedado incluir no edital essa exigência.

(Processo nº 877079 – Primeira Câmara – Relator: Conselheiro José Alves Viana – Julgamento em: 12/11/13) (Destacamos)

Reforçando ao exposto, o ilustre jurista Jessé Torres Pereira Junior leciona:

"(...) A redação adotada pelo novo estatuto estabelece relações *numerus clausus*, vedando que Administração demande apresentação de qualquer prova diversa daquelas inscritas nos termos da lei. Suprimiu, no pertinente àquelas qualificações, o espaço discricionário e criou vinculação estrita. Poderá a Administração deixar de exigir todos os documentos previstos na lei, sob pena de exceder-se no exercício do dever geral de licitar e sujeitar-se à invalidação da exigência indevida, mantidas apenas aquelas que se compatibilizarem com a provisão legal."^{IV}

No mesmo contexto, trazemos à baila os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

"o art. 27 efetivou a classificação dos requisitos de habilitação. As espécies constituem "numerus clausus".^V(...)

"o elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo, ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos".^{VI}

Sendo assim, exigir à licença de funcionamento como condição de habilitação implica à imposição de cláusula ou condição que frustra o caráter competitivo destes autos.

Nesse sentido, nada à deferir ou reformar.

CONCLUSÃO

Ante tais considerações, entendemos pertinentes em parte as insurgências apresentadas pelas empresas impugnantes, cabendo à retificação no Memorial Descritivo no que diz respeito à necessidade de apresentação na fase de habilitação, do registro da empresa no conselho de classe, nos termos do artigo 30 da Lei 8666/93.

IV - DA DECISÃO

Ante o exposto, **JULGAR PROCEDENTE EM PARTES AS IMPUGNAÇÕES** apresentadas pelas empresas **GUIMA CONSECO CONTRUÇÃO SERVIÇOS E COMERCIO LTDA** e **EDUARDO CASSIO FERNANDES CIA LTDA**, à fim da retificação do Memorial Descrito no que pertine inscrição da empresa no Conselho de classe, rejeitar os demais pedidos.

Santo André, 10 de Agosto de 2020

Eliete Catalani _____



Pamela Rigô _____



Silvana Soares Barbosa _____

