

JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO

Referência: Edital de Pregão Eletrônico nº. 111/22

Objeto: Contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de coleta e análises laboratoriais (substâncias químicas inorgânicas, orgânicas, agrotóxicos e metabólitos, subprodutos da desinfecção que representam risco a saúde, triagem de radioatividade e padrões organolépticos de potabilidade) em amostras de água para consumo humano.

Impugnante: SUPREMA TECNOLOGIA ANALÍTICA LTDA., CNPJ 04.233.577/0001-02.

1. DAS PRELIMINARES

Trata o presente documento do processamento e julgamento de impugnação ao Edital de Pregão Eletrônico nº. 111/22, impetrada tempestivamente no dia 03/03/2023 pela empresa SUPREMA TECNOLOGIA ANALÍTICA LTDA., CNPJ 04.233.577/0001-02, contra a resposta ao esclarecimento prestado pela Pregoeira e quanto à ausência de justificativa técnica e estudos para restringir a subcontratação a parâmetros específicos, requer retificação do edital, cuja abertura da sessão pública estava inicialmente fixada para o dia 08/03/2023 às 09:00 horas e encontra-se adiado “*sine die*”.

2. DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE

A empresa SUPREMA TECNOLOGIA ANALÍTICA LTDA., CNPJ 04.233.577/0001-02, interessada em participar do certame, apresentou impugnação ao edital em questão, cujos termos principais seguem transcritos abaixo:

Companhia de Saneamento Municipal – Cesama
Avenida Barão do Rio Branco, 1843/10º andar - Centro
CEP: 36.013-020 | Juiz de Fora - MG | Telefone: (32) 3692-9201

Missão - Planejar e executar a prestação dos serviços de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto sanitário, no atendimento à universalização, à sustentabilidade econômica, social e ambiental.

(...) a impugnante apresentou uma primeira impugnação questionando o teor dos subitens 12.16 e 14.16, ambos do edital, que estabelecem: “A Contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes do objeto, até o limite 20% (vinte por cento)”, a corroborar a cláusula 5.7., do Anexo III, Minuta de Contrato, expressa que “A CONTRATADA, conforme art. 78 da Lei nº 13.303/16 e no RILC poderá utilizar a subcontratação para serviços específicos até o limite de 20% (vinte por cento)”, em relação ao subitem 4.1 do Anexo I, Termo de Referência, do edital, que determina: “Todos os parâmetros solicitados deverão possuir acreditação ou reconhecimento de competência técnica segundo os requisitos estabelecidos na ABNTNBR ISO/IEC 17025, matriz água, possuindo a empresa licitante documentação válida junto ao Inmetro ou Rede Metrológica. Exceção a esta exigência será feita aos parâmetros citados na Tabela 2: Outros agrotóxicos”.

Passados alguns minutos a mesma recebeu a seguinte resposta:

“Senhores, diante do questionamento conforme acima, viemos esclarecer o seguinte:

No edital, item 12.16, onde lia-se: “12.16 A Contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes do objeto, até o limite 20% (vinte por cento).”

Lê-se: “12.16 A Contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar apenas os itens da Tabela 2: Outros agrotóxicos, ficando a coleta sob responsabilidade da Contratada, seguindo o planejamento conforme Tabela 5.”

No contrato, item 5.7, onde lia-se: “5.7. A CONTRATADA, conforme art. 78 da Lei nº 13.303/16 e no RILC poderá utilizar a subcontratação para serviços específicos até o limite de 20% (vinte por cento).”

Lê-se: “5.7 A Contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar apenas os itens da Tabela 2: Outros agrotóxicos, ficando a coleta sob responsabilidade da Contratada, seguindo o planejamento conforme Tabela 5.”

Conforme instrumento convocatório:

“2.3.2 As respostas dadas aos esclarecimentos passam a integrar o instrumento convocatório na condição de anexos. 2.4 No campo “Questionamentos / Impugnações / Avisos” do Portal de Compras do Governo Federal serão disponibilizadas informações que o(a) Pregoeiro(a) julgar importantes, razão pela qual os interessados devem consultar o Portal com frequência.” Colocamo-nos a disposição para demais esclarecimentos.”

À evidência, a resposta a impugnação altera o edital e estabelece nova exigência restritiva quanto ao objeto ao arrempeço da Lei e das Normas vigentes, bem como da jurisprudência que rege a matéria diante da impossibilidade de a resposta a impugnação vincular os licitantes se implica em modificação da proposta ou documentos, o

Companhia de Saneamento Municipal – Cesama
Avenida Barão do Rio Branco, 1843/10º andar - Centro
CEP: 36.013-020 | Juiz de Fora - MG | Telefone: (32) 3692-9201

que impõe a necessidade de republicar o edital e reabrir prazo de publicidade.

A resposta à impugnação, claramente, trouxe nova exigência, alterou o subitem 12.16 para restringir em desfavor da licitante contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, a subcontratação apenas para os itens da Tabela 2: Outros agrotóxicos, ficando a coleta sob responsabilidade da Contratada, seguindo o planejamento conforme Tabela 5.

Outrossim, alterou a cláusula ou item 5.7, do Anexo Minuta de Contrato para restringir e permitir a subcontratação apenas e tão somente relativo aos itens da Tabela 2: Outros agrotóxicos, ficando a coleta sob responsabilidade da Contratada, seguindo o planejamento conforme Tabela 5.

Estas recentes alterações editalícias no âmbito de resposta à impugnação trazem verdadeira exigência ao objeto, impossibilitou a subcontratação quantos aos demais itens descritos no objeto do edital em que são exigidas da licitante a apresentação de seu escopo de serviços acreditados ou reconhecidos para ensaio segundo a ABNTNBR ISO/IEC 17025 emitido pelo órgão responsável pela acreditação ou reconhecimento de competência técnica o que importa na desclassificação de licitantes que, embora tenham condições de atender ao Contrato não possuem acreditação em todos os parâmetros em que é exigida e, agora, não podem mais subcontratar laboratório para complementar seu escopo de acreditação.

A conduta praticada por esta. Administração é irregular e ilegal, ferindo diversos princípios e dispositivos. A inclusão das respostas a impugnações e esclarecimentos no site e mesmo como anexo ao edital não libera a obrigatoriedade da Administração em, caso no acolhimento ou na análise de tais insurgências sua resposta modifique de alguma forma a formulação das propostas ou documentos, é regra legal a obrigatória republicação do edital com modificação da cláusula de abertura do prazo de publicidade – no caso do pregão, 8 dias úteis (art. 4º, V, L. 10520/02), agendando nova data para realização do pregão, conforme art. 21, §4º, Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao pregão: “§ 4º. Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.”

Isso significa que ANTES da publicação, é possível alterar o edital. APÓS a publicação, qualquer modificação que implique alteração das propostas ou documentação dos licitantes, exige nova publicação e reabertura de prazo. Não poderia ser outra a interpretação do TCU, que determinou: Qualquer modificação promovida no edital deve ser divulgada de igual forma à adotada quando da publicação do texto original. Nesse caso, deve ser reaberto pela Administração o prazo inicial estabelecido, exceto quando comprovadamente a alteração não influenciar a elaboração das propostas e a preparação dos documentos de habilitação. (Tribunal de Contas da União, Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudências do TCU, 4ª ed., 2010, p.283)

Nesse sentido, Flavia Daniel Vianna, (in VIANNA, Flavia Daniel. Licitações e Contratos Administrativos – do básico ao avançado. Vianna, 2016):

“Insta ressaltar que, publicado o aviso de edital, qualquer alteração que implique modificação substancial na formulação da proposta ou documentação, o prazo de publicidade deve ser reaberto integralmente, com nova publicação pelos mesmos meios que se deu a publicação original, conforme art. 21, §4º, da Lei 8.666/93”. Fica evidenciada a ilegalidade manifesta cometida pelo Sr. Pregoeiro, ao disponibilizar a resposta ao pedido de esclarecimento de um dos licitantes, resposta essa que modifica substancialmente na formulação das propostas, sem, contudo, alterar oficialmente o instrumento convocatório e sem reabertura do prazo de publicidade, tornando o ato nulo.

Além disso, não é possível restringir a subcontratação a parâmetros específicos sem justificativa técnica e estudos, laudos de profissional que comprovem que essa é a única alternativa capaz de atender ao interesse público.

Fica claro que, qualquer resposta a um esclarecimento, impugnação ou ainda que de ofício o órgão necessite alterar qualquer exigência editalícia que de qualquer forma implique modificação de propostas, é absolutamente obrigatório que essa alteração seja efetuada no instrumento convocatório, com sua republicação e reabertura de prazo de publicidade, para atender ao art. 21, §4º da Lei 8.666, não sendo sanado o vício pela simples inclusão da resposta no site do órgão. Ora, até mesmo em pregão eletrônico (no qual todos os atos constam do sistema eletrônico) o Tribunal de Contas da União já decidiu sobre a ilegalidade em apenas divulgar no sistema eletrônico (Compras Governamentais) respostas que alterem o edital sem observar a republicação e reabertura do prazo de publicidade, quanto mais no pregão presencial essa cautela precisa ser redobrada não existindo nenhuma justificativa para não adotá-la:

TCU, Acórdão 702/2014-Plenário: É necessária a republicação do edital nos casos em que as respostas aos pedidos de esclarecimentos de licitantes, ainda que publicadas em portal oficial (site do Comprasnet), impactem na formulação das propostas, em conformidade com o disposto no art. 21, § 4º, da Lei 8.666/93.

3. DOS PEDIDOS

Requer a impugnante:

1 - Seja decretada, em caráter **LIMINAR**, a **suspensão do certame** até final decisão de modo a evitar danos e prejuízos no caso de perigo na demora e em atenção à fumaça do bom direito acima mencionada a corroborar os documentos anexos;

2 - Seja **julgada PROCEDENTE a presente Impugnação, por conseguinte, seja reaberto integralmente o prazo de publicidade do edital, com nova publicação pelos mesmos meios que se deu a publicação original, conforme art. 21, §4º, da Lei**

8.666/93, para constar as recentes alterações expressas na resposta à primeira impugnação da ora peticionante.

3 - Requer seja observado por parte deste órgão, o prazo para análise desta Impugnação e posterior parecer de acordo com as normas vigentes;

4 - Requer, ainda, se necessário, cópia integral do presente processo para medidas futuras, sejam elas perante órgãos fiscalizadores como o Tribunal de Contas do Estado, ou se for o caso, medidas judiciais cabíveis.

4. DA ANÁLISE

DOS FATOS APONTADOS:

1 - “(…) À evidência, a resposta a impugnação altera o edital e estabelece nova exigência restritiva quanto ao objeto ao arripio da Lei e das Normas vigentes, bem como da jurisprudência que rege a matéria diante da impossibilidade de a resposta a impugnação vincular os licitantes se implica em modificação da proposta ou documentos, o que impõe a necessidade de republicar o edital e reabrir prazo de publicidade.

A resposta à impugnação, claramente, trouxe nova exigência, alterou o subitem 12.16 para restringir em desfavor da licitante contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, a subcontratação apenas para os itens da Tabela 2: Outros agrotóxicos, ficando a coleta sob responsabilidade da Contratada, seguindo o planejamento conforme Tabela 5.”

O presente pregão eletrônico em seu Termo de Referência publicado em 24/02/2023, já previa em seu item 12.16 o seguinte: **“12.16 A Contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar apenas os itens da Tabela 2: Outros agrotóxicos, ficando a coleta sob responsabilidade da Contratada, seguindo o planejamento conforme Tabela 5.”**

Neste caso, fica constatado que não houve estabelecimento de nova exigência restritiva. Tal exigência já fazia parte do Termo de referência, o qual já havia sido publicado antes da impugnação, como também já havia sido objeto do pedido de esclarecimento já mencionado pela impugnante, porém, a parte inicial do pedido de esclarecimento não é relatada na impugnação, vejamos-na:

Q1: “...Para o item 02 , os parâmetros poderão ser subcontratados conforme descrito no Termo de Referência item 12.16 , no entanto no edital no item 12.16: “12.16 A Contratada,

Companhia de Saneamento Municipal – Cesama
Avenida Barão do Rio Branco, 1843/10º andar - Centro
CEP: 36.013-020 | Juiz de Fora - MG | Telefone: (32) 3692-9201

na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes do objeto, até o limite 20% (vinte por cento).”

Perguntamos: o limite de 20% (vinte por cento), permitido para subcontratação neste item 12.16, prevalece para a Tabela 01 – Parâmetros do Anexo 9, ou seja dos parâmetros elencados na tabela 01, poderão ser subcontratados até 20% de sua totalidade?

Haja visto que para os parâmetros da Tabela 02, foi permitida a subcontratação integral, não sendo imputado nenhum percentual.

Nesta interpretação da permissão de subcontratação de até 20% da Tabela 01, permite-se uma ampla participação de empresas, que seria vantajoso para a CESAMA, com consequente disputa de preços, que é a meta do órgão público na obtenção do menor preço.”

R1: “Deve-se considerar as informações contidas no Termo de Referência publicado.”

Entendendo que a exigência já estava claramente exposta no termo de referência publicado em 24/02/2023, fato este que evidencia a ausência de novidade, foi apenas realizado um ajuste no texto do edital e na minuta do contrato e feita a divulgação do mesmo.

2 - “(...) não é possível restringir a subcontratação a parâmetros específicos sem justificativa técnica e estudos, laudos de profissional que comprovem que essa é a única alternativa capaz de atender ao interesse público.”.

Neste caso, mediante ao caráter técnico, o caso foi encaminhado para análise pela área técnica, a qual manifestou-se da seguinte forma: **“Em nova análise, a área técnica optou por alterar o Termo de Referência.”** A citada alteração consiste na mudança do item 12.16 conforme a seguir:

PUBLICADO EM 24/02/2023:

“12.16 A Contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar apenas os itens da Tabela 2: Outros agrotóxicos, ficando a coleta sob responsabilidade da Contratada, seguindo o planejamento conforme Tabela 5.”

TEXTO AJUSTADO EM 06/03/23 - PÓS IMPUGNAÇÃO:

“ A Contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes do objeto, até o limite 20% (vinte por cento), ficando a coleta sob

responsabilidade da Contratada, seguindo o planejamento conforme Tabela 5.

5. DA CONCLUSÃO

Diante das considerações desta pregoeira e da área técnica da CESAMA, responsável pela análise dos termos da impugnação em virtude do seu caráter técnico e em cumprimento ao disposto no RILC, esta análise será encaminhada ao Diretor Técnico Operacional, autoridade signatária do instrumento convocatório, para decisão.

Em 09 de março de 2023.

Luzia Helena Aragão dos Santos
Pregoeira - CESAMA