ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DO SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO - SAAE

IMPUGNAÇÃO - com fulcro no artigo 24 do Decreto nº 10.024/2019

PREGÃO ELETRÔNICO N° 03/2022

PROCESSO ADMINISTRATIVO: 127/2022

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA., inscrita no CNPJ n.º 05.340.639/0001-30, com sede na Rua Calçada Canopo, 11 - 2º Andar - Sala 03 - Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba/SP - CEP: 06541-078, e-mail: licitacao@primebeneficios.com.br; rayza.monteiro@primebeneficos.com.br; por intermédio de seu procurador subscrito *in fine*, vem, respeitosamente, com base no artigo 24 do Decreto nº 10.024/2019, e item 2.3 do edital, **IMPUGNAR** o Instrumento Convocatório, consoante motivos a seguir determinados:

I - DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Considerando que a IMPUGNANTE é uma empresa que exerce a atividade compatível com o objeto da licitação e, portanto, pretensa licitante, o prazo para impugnação é de até o 2º dia útil da data fixada para abertura da sessão pública, conforme **o item 2.3 do edital**:

> *2.3 A impugnação do edital deverá ser protocolada presencialmente no escritório do SAAE, OU enviadas para os endereços eletrônicos rh@saaeibiracu.com.br e compras@saaeibiracu.com.br, das 8h às 16h, até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, seguindo as condições e os prazos previstos no art. 18 do Decreto n. 5.869/2020 da Prefeitura Municipal de Ibiraçu/ES.; (Grifo Nosso)*

A contagem dos prazos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos está disciplinada no artigo 110 da Lei nº 8.666/1993, da seguinte forma:

> *Art. 110.* ***Na contagem dos prazos*** *estabelecidos nesta Lei,* ***excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento****, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.*
> *Parágrafo único.* ***Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade. (Grifo nosso)***

Sendo assim, é de se assinalar que a presente insurreição encontra-se TEMPESTIVA, uma vez que protocolada com 0 (dois) dias úteis de antecedência à data da abertura da licitação (**não se considera horas na contagem do prazo**, **mas sim o dia de expediente no órgão**).

II – DO PRAZO PARA RESPOSTA DA IMPUGNAÇÃO

Como regra, a impugnação ao edital não tem efeito suspensivo em relação à realização do certame. Mas, é obrigação do Pregoeiro respondê-la no prazo máximo de 2 (dois) dias úteis, contados da sua interposição junto à Administração Pública, **como determina o artigo 24, § 1º, do Decreto nº 10.024 de 2019:**

> *"§ 1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos,* ***decidir***

sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis, *contado do data de recebimento da impugnação." (Grifo Nosso)*

Dessa forma, o pregoeiro deverá apresentar resposta dentro do prazo legal, sob pena de invalidação do certame, pois, diante do silêncio, restará inviável a formulação adequada e satisfatória das propostas.

III - DOS FATOS E DAS RAZÕES

Está prevista para o dia 25/05/2022, às 08:30 horas, a abertura do Pregão Eletrônico nº 03/2022, para o seguinte objeto:

> *"Contratação de empresa especializada na prestação de serviços contínuos de gerenciamento do abastecimento de combustíveis de veículos, com fornecimento de combustível do tipo gasolina comum, necessários para abastecimento da frota do SAAE, por meio da implantação e operação de um sistema informatizado e integrado de gestão da frota com utilização de cartão de pagamento magnético ou micro processado e disponibilização de rede credenciada de postos de combustível, em caráter contínuo e ininterrupto, para os veículos pertencentes a esta Autarquia e veículos locados. conforme especificações e quantidades contidas no Termo de Referência, Anexo I."*

Em detida análise ao edital constatou-se **ilegalidades** que afrontam o Comando Constitucional, que determina a realização de procedimento licitatório, e que maculam de forma cabal os princípios norteadores da licitação, pois restringem a participação de potenciais licitantes, frustrando os princípios da isonomia e seleção da *proposta mais vantajosa.*

IV - DA FALTA DE EXIGÊNCIA DE CAPACIDADE TÉCNICA - ATESTADO E PARÂMETROS OBJETIVOS PARA COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO

O edital não exige a apresentação de **Atestado de Capacidade Técnica**, apesar de a Constituição Federal determinar a inclusão de exigência de qualificação técnica nos procedimentos licitatórios.

Para dar azo a obrigatoriedade de se incluir nos editais de licitação exigência de qualificação técnica, necessário indicar os comandos legais aplicáveis:

> **CF/88**
>
> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *[…]*
>
> *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**.*

A Lei Geral de Licitações, a qual regulou este dispositivo constitucional, estabeleceu quais documentos atenderiam ao termo "indispensáveis" em seus artigos 27 a 31, *in verbis*:

> *Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, **exclusivamente**, documentação relativa a:*
>
> *I - habilitação jurídica;*
>
> ***II - qualificação técnica;***
>
> *III - qualificação econômico-financeira;*
>
> *IV – regularidade fiscal e trabalhista;*
>
> *V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7o da Constituição Federal;*
>
> *[…]*

> *Art. 30. **A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á** a:*
>
> *I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;*
>
> *II - **comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da***

> ***licitação***, *e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;*
>
> *III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;*
>
> *IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.*
>
> *§ 1º* ***A comprovação de aptidão referida no inciso II*** *do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços,* ***será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado****, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:*
>
> *I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;*

Do mesmo modo, o Decreto n.º 10.024/2019 também determinou como obrigatório exigir a qualificação técnica:

> *CAPÍTULO X - DA HABILITAÇÃO*
>
> ***Documentação obrigatória***
>
> *Art. 40.* ***Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:***
>
> *I - à habilitação jurídica;*
>
> ***II - à qualificação técnica;***
>
> *III - à qualificação econômico-financeira;*
>
> *IV - à regularidade fiscal e trabalhista;*

V - à regularidade fiscal perante as Fazendas Públicas estaduais, distrital e municipais, quando necessário; e

VI - ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição e no inciso XVIII do caput do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993.

Claro está que as **disposições legais do art. 30, §§ 1º da Lei 8.666/1993 são OBRIGATÓRIAS**, por força do § 7º do art. 32 da mesma lei, *in verbis*:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

[…]

*§ 7º **A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 e este artigo poderá ser dispensada**, nos termos de regulamento, **no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento**, desde que para pronta entrega ou até o valor previsto na alínea "a" do inciso II do **caput** do art. 23. **(Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016**)*

Ora, não sendo aquisição de produto para pesquisa e desenvolvimento, a exigência de tais documentos se torna obrigatória, conforme bem alinhado pelo TCU antes mesmo deste parágrafo ser incluído na Lei de licitação no ano de 2016.

Neste sentido, o TCU proferiu o seguinte acórdão:

*"**Enunciado***

A exigência de documentos que comprovem** a qualificação técnica e **a capacidade econômico-financeira das licitantes,** desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, **não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência a mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados.

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de medida cautelar, encaminhada ao TCU pela empresa Link Card Administração

de Benefícios Ltda. contra o edital do Pregão Eletrônico 7/2018, promovido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) para o "fornecimento de cartões combustível pós-pagos" para a frota de veículos daquela unidade.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 276, § 1º, do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer da presente representação e, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. revogar a medida cautelar adotada no processo, autorizando o TRE/ES, excepcionalmente, a dar prosseguimento ao Pregão Eletrônico 7/2018;

9.3. dar ciência ao Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) de que ***a não exigência de comprovação de qualificação técnica e econômico-financeira*** *identificada no edital do Pregão Eletrônico 7/2018 (Processo 26.659/2017)* ***afronta o disposto no art. 27, c/c os arts. 30, 31 e 32 da Lei 8.666/1993****;*

9.4. arquivar o processo. TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de abril de 2018 – Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO"

Deste modo, **não faz sentido contratar empresa especializa sem exigir comprovação da especialização!**

Sendo assim, a única forma de comprovar que uma empresa é especialista, ou no mínimo tenha experiência capaz de comprovar aptidão para executar o futuro contrato, é através de apresentação de atestados fornecidos por empresas, públicas ou privadas, de modo que sejam compatíveis em características, prazos e quantidades, conforme dita a lei.

Cabe esclarecer que a Administração Pública/Órgão Público, em suas contratações, está adstrita aos ditames legais que a regem. E nesta base de pensamento temos que a licitação é o meio administrativo pelo qual o poder público adquire os bens, obras e serviços indispensáveis ao cumprimento de suas obrigações. Em linguagem bem simples: licitação é a forma do governo fazer suas compras para garantir o desenvolvimento econômico, social e cultural da sociedade.

Em razão de seu gigantismo, o poder público, nas esferas federal, estadual e municipal, é o maior comprador de bens, serviços e obras do país. É necessário rigoroso atendimento à legislação para que esse grande volume de recursos seja aplicado com eficiência e economicidade.

É o imperativo do Art. 3º da Lei de Licitações e Contratos – "***A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração (...)***"

Com isto, temos que o processo licitatório tem como objetivo escolher, dentre os vários concorrentes de cada setor, a proposta mais vantajosa para o poder público no que se refere aos aspectos de preço e qualidade. Assim, é imprescindível a promoção de real competição entre as empresas licitantes, a fim de que a compra obtenha as condições mais vantajosas para a sociedade.

Assim, cada participante deve comprovar o cumprimento dos requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital de licitação. E ao poder público, cabe a escolha da melhor proposta, a fiscalização dos bens e serviços entregues pelo vencedor e sua correta utilização em favor da população.

E para garantir a escolha da proposta mais vantajosa, não basta simplesmente o menor preço. Cientes de que rotineiramente empresas aventureiras aviltam os preços nos processos licitatórios (pregões eletrônicos e presenciais) destinados à contratação de serviços terceirizados, afastando, por consequência, empresas sérias do certame, somado ao fato de que essas mesmas empresas aventureiras, posteriormente à assinatura dos contratos, não têm condições de cumpri-los, gerando os mais diversos transtornos e prejuízos ao Poder Público, concluiu-se que a Administração Pública e seus Órgãos Públicos não podem ser silentes, sob pena de acusação de omissão e, se eventualmente, contratarem mal, podem vir a ser condenados por má gestão do erário.

Para garantir que "empresas aventureiras" não minem o processo competitivo, cabe à Administração requerer destas uma real comprovação de capacidade técnica e financeira, com base no que dispõe a legislação acima citada.

Vemos desta forma que o legislador buscou assegurar à Administração ferramentas para selecionar empresas que não são aventureiras, que estão consolidadas no mercado, estando aptas a prestar serviços continuados para a Administração, e com capacidade para executar sem dificuldades seus encargos no momento da contratação. Tendo como benefício a redução de índices de contratações mal sucedidas, pois quanto mais a contratada estiver consolidada no mercado, com capacidade operacional adequada para desempenhar seus encargos, maiores serão as chances de ela cumprir o contrato ao longo do tempo, sem solavancos ou términos inesperados que possam colocar em risco a própria continuidade dos serviços públicos ofertados pela Administração.

É notório que, ao **deixar de estabelecer exigências mínimas capacidade técnica e estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação anterior da futura contratada**, a Administração se **expõe à má contratação, arriscando todo o seu objetivo que é o bem-estar da população**.

Temos as seguintes indagações:

- *Qual a garantia da Administração de que contratará empresa com "expertise" na execução do contrato?*
- *Quem fica em situação de risco pela não apresentação dos atestados de capacidade técnica?*
- *Quem é o favorecido pela comprovação de capacidade técnica?*

A Administração/Órgão Público não se resguarda com nenhuma garantia de que a empresa tem uma mínima experiência na execução do contrato, pois poderá ser uma aventureira no mercado buscando se capitalizar com a intermediação de recursos públicos. Será que a Administração/Órgão Público se arriscará em contratar uma empresa que pode se tornar inadimplente no curso da execução, colocando a população em risco de não ter a frota de veículos em condição de uso, como também o comércio local que poderá ter seus pagamentos comprometidos por não receber da gestora.

Por fim, todos se favorecem com o cuidado da Administração/Órgão Público em exigir a comprovação de capacidade técnica, pois a futura contratada demonstrará que está consolidada no mercado e apta a cumprir suas obrigações.

Neste viés, todos se favorecem com o cuidado da Administração em exigir a comprovação de capacidade técnica, pois a futura contratada demonstrará que está consolidada no mercado e apta a cumprir suas obrigações.

Não prever que a licitante vencedora da fase de disputa comprove aptidão para desempenho de atividade pertinente e **compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação**, como estabelecido no art. 30, inc. II da Lei 8666/93, é flertar com a possibilidade de contratar empresa não capaz de cumprir o contrato, é forçoso reconhecer que o gestor público deve se cercar de cautelas que garantam a prestação adequada e contínua dos serviços terceirizados, sob pena de ver zerados os ganhos de eficiência pretendidos.

A lei de licitação n.º 8.666/93 determina que as licitantes devem comprovar sua qualificação técnica mediante a apresentação de Atestados que, conforme o nome já diz, **atesta que a licitante já prestou serviços**, de forma satisfatória, **para objeto compatível em características, prazos e quantidades.**

Exigir atestado em licitação pública é tão importante que o TCE/SP editou a Súmula n.º 24, onde determina que seja exigida a comprovação de 50 a 60% do objeto licitado:

> ***SÚMULA Nº 24***
>
> *Em procedimento licitatório, é possível* ***a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados*** *fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de* ***quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida****, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.*

O TCU em julgado que analisou características necessárias à segurança da contratação de empresas prestadoras de serviço temos o seguinte:

> *"**Quando a Administração contrata determinada empresa com capacidades técnico operacional, profissional e econômico-financeira frágeis, o prejuízo social, econômico e administrativo é certo e enorme. E é justamente desses prejuízos que a Administração do TCU deseja esquivar-se mediante a aplicação, dentre outras regras, da exigência editalícia aqui debatida e defendida**" (TC 028.029/2010-0 Segunda Câmara)*

E em **caso análogo**, no qual o **TRE-ES** publicou edital para contratação de vale-combustível, a Corte de Contas da União em sessão plenária, onde o Exmo. Min. Rel. José Múcio Monteiro descortinou o assunto com o seguinte entendimento:

> *GRUPO I – CLASSE VII – Plenário TC 005.316/2018-9*
> *Natureza: Representação*
> *(...)*
> *16. Cumpre ainda ressaltar que esta Corte de Contas expediu orientações acerca da matéria que, a meu ver, também deixam assente a natureza compulsória da exigência de habilitação (Licitações e contratos – orientações e jurisprudência do TCU, ed. 4, Brasília, 2010, p. 332, grifamos):*
> ***'É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira dos licitantes.***
> *Exigências habilitatórias (...) devem restringir-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado.'*
> *17. Reputo, dessa forma, que a Lei 8.666/1993 visa evitar o estabelecimento de exigências excessivas, sem, no entanto, deixar de impor que sejam apresentados – em todos os procedimentos licitatórios, salvo naqueles em que a própria lei autorize a dispensa – os documentos e condições minimamente suficientes para comprovar que os interessados estejam habilitados em todos os aspectos por ela estipulados.*
> *(...)*

5. Desse modo, cabe perquirir, neste processo, o grau de obrigatoriedade dessas exigências nas licitações públicas e quais efeitos sua eventual ausência teriam sobre a validade do certame.

6. **Como salientado nos pareceres da unidade técnica e do Ministério Público, reproduzidos no relatório que precede este voto, a jurisprudência e a doutrina são razoavelmente consensuais no entendimento de que a exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração.**

(...)

Ata n° 14/2018 – Plenário Data da Sessão: 25/4/2018 – Ordinária Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Aroldo Cedraz e José Múcio Monteiro (Relator).

Claro está que a disposições legais do art. 30, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993 são **OBRIGATÓRIOS**, e em atenção os princípios da razoabilidade e da isonomia, esses, por sua vez não podem ser genéricos, imprecisos e omissos nos parâmetros objetivos para análise da comprovação aptos a demonstrar a habilitação técnica no fornecimento das insulinas.

E isto vemos de forma taxativa na posição do TCU, publicada em seu Boletim de Jurisprudência nº 261 de 06/05/2019:

Acórdão 914/2019 Plenário (Representação, Relator Ministra Ana Arraes)

Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Quantidade. Prazo. Referência.

É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha fornecido bens pertinentes e compatíveis em CARACTERÍSTICAS, QUANTIDADES E PRAZOS com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993).

A exigência de atestado serve para, sobretudo, resguardar a própria Administração no futuro, pois poderá contratar com empresa que não tem a capacidade de gerenciar um contrato de grande porte, como no presente caso, e não executar o contrato, trazendo prejuízos para a sociedade.

É conclusivo o entendimento que é **DEVER** exigir Atestados de Capacidade Técnica e **OBRIGATÓRIO** estabelecimento de parâmetros objetivos em **CARACTERÍSTICAS, QUANTIDADES (50 a 60% - Súmula 24 TCE/SP) E PRAZOS** para sua análise, sob pena de ferir o art. 3º da Lei 8.666/93 que em seu cerne de buscar "a seleção da proposta mais vantajosa para a administração"!

V - DA AUSÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO - FINANCEIRA COMPLETA

Antes de qualquer outra argumentação, impende já registrar que **o art. 32 da Lei nº 8.666/93 determinou que os documentos de habilitação, previstos nos artigos 28 a 31 da mesma lei, somente podem ser dispensados, no todo ou em parte, nos casos especiais, o que não é o caso desta licitação**.

De acordo com os termos do edital a única exigência de habilitação quanto a **qualificação econômico-financeira se refere a certidão negativa de falência e concordata:**

> ***12.3 QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA***
> *12.3.1.* ***Certidão Negativa de pedido de Falência e Concordata****, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica em data não superior a 60 (sessenta) dias da data da abertura do certame, se outro prazo não constar do documento. (Grifo da Recorrente)*

Conforme se constata, não está sendo exigida a **qualificação econômico-financeira completa**, conforme determina a legislação e jurisprudência do TCU.

Em que pese a Constituição Federal determinar a inclusão de exigência de qualificação econômica, não se vislumbra qualquer cláusula efetiva neste sentido.

Para dar azo a obrigatoriedade de se incluir nos editais de licitação exigência de qualificação econômico-financeira, necessário indicar os comandos legais aplicáveis:

> **CF/88**
>
> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *[…]*
>
> *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**.*

Neste sentido, a Lei Geral de Licitações, a qual regulou este dispositivo constitucional, estabeleceu quais documentos atenderiam ao termo "indispensáveis" em seus artigos 27 a 31, *in verbis*:

> *Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, **exclusivamente**, documentação relativa a:*
>
> *I - habilitação jurídica;*
>
> ***II - qualificação técnica;***
>
> *III - qualificação econômico-financeira;*
>
> *IV – regularidade fiscal e trabalhista;*
>
> *V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7o da Constituição Federal;*
>
> *[…]*
>
> *Art. 31. **A documentação relativa à qualificação econômico-financeira** limitar-se-á a:*
>
> *I - **balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei,** que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou*

balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

*II - **certidão negativa de falência** ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;*

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1o do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

*§ **1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada**, no todo ou em parte, **nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.***

[…]

*§ 3º **A documentação referida neste artigo poderá ser substituída por registro cadastral** emitido por órgão ou entidade pública, **desde que** previsto no edital e o registro **tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei**.*

Do mesmo modo, o Decreto n.º 10.024/2019 também determinou como obrigatório exigir a qualificação técnica (entende-se na forma da lei n.º 8.666/93):

CAPÍTULO X

DA HABILITAÇÃO

Documentação obrigatória

*Art. 40. **Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:***

I - à habilitação jurídica;

II - à qualificação técnica;

III - à qualificação econômico-financeira;

IV - à regularidade fiscal e trabalhista;

V - à regularidade fiscal perante as Fazendas Públicas estaduais, distrital e municipais, quando necessário; e

VI - ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição e no inciso XVIII do caput do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993.

Portanto, a legislação prevê expressamente que, com a **finalidade de se comprovar a boa situação financeira da empresa (QUALIFICAÇÃO ECONOMICA E FINANCEIRA)**, **deve ser exigido das licitantes o balanço patrimonial, índices econômicos e a certidão negativa de falência** pois são documentos idôneos para demonstrar de fato a saúde financeira de qualquer sociedade empresária.

Desta forma, os Legisladores determinaram que a Administração Pública, na fase de habilitação, **deverá** exigir das licitantes a apresentação de todos os documentos elencados em seus incisos, dentre os quais se destaca a necessidade da comprovação da qualificação econômico-financeira (inciso II), que foi omitida pelo presente edital.

A Administração Pública/Órgão que não exige todas as comprovações de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista) deixa de cumprir os termos da legislação, e, consequentemente, viola o princípio constitucional da legalidade consignado no "caput" artigo 37 da carta magna, ora transcrito:

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos* ***princípios de legalidade****, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

Da soma dos artigos da Lei de Licitações, do Decreto Federal e da Constituição Federal, conclui-se que a Administração **tem o dever** e não a faculdade de exigir das licitantes a comprovação da qualificação econômico-financeira através de:

1. ***Balanço Patrimonial; e,***
2. ***Certidão negativa de falência.***

Claro está que a **disposição legal do art. 31 da Lei 8.666/1993 é OBRIGATÓRIA**, **por força do § 7º do art. 32 da mesma lei**, *in verbis*:

> *Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.*
> *[…]*
> *§ 7º* ***A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 e este artigo poderá ser dispensada****, nos termos de regulamento,* ***no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento****, desde que para pronta entrega ou até o valor previsto na alínea "a" do inciso II do* ***caput*** *do art. 23.* ***(Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016****)*

Ora, **não sendo aquisição de produto para pesquisa e desenvolvimento, a exigência de tais documentos se torna obrigatória,** conforme bem alinhado pelo TCU antes mesmo deste parágrafo ser incluído na Lei de licitação no ano de 2016.

Portanto, a exigência de se comprovar, obrigatoriamente, a qualificação econômico-financeira encontra azo na legislação e **não pode deixar de ser observada pela a Administração/Órgão** e tem como objetivo fazer com que não seja contratada uma empresa aventureira que não detêm condições mínimas para executar a contratação.

Ocorre que o Edital atacado não exige que as licitantes comprovem sua qualificação econômico-financeira por meio de **balanço patrimonial**, situação essa que viola expressamente o texto legal.

Uma simples certidão atestando que inexiste processo judicial de falência não tem o condão de, sozinha, comprovar a capacidade econômica de uma empresa.

Aliás, pelo contrário, quando existir esse registro, significa que, em tese, a empresa já foi à *bancarrota*, de modo que a "*Inês é morta*".

Ressalta-se que a administração pública se encontra vinculada não só ao edital, mas também aos princípios norteadores da Licitação, entre eles o princípio da legalidade, disposto tanto no Art. 37 da Constituição Federal como em praticamente toda norma referente à Administração Pública na legislação brasileira.

Assim, a expedição de Edital de licitação do qual carecem requisitos mínimos previstos na Lei Federal nº 8.666/93 é um ato administrativo manifestamente ilegal, devendo ser anulado e revisto.

Neste sentido, o TCU proferiu o seguinte acórdão:

*"**Enunciado***

***A exigência de documentos que comprovem** a qualificação técnica e **a capacidade econômico-financeira das licitantes,** desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, **não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência a mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados**.*

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de medida cautelar, encaminhada ao TCU pela empresa Link Card Administração de Benefícios Ltda. contra o edital do Pregão Eletrônico 7/2018, promovido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) para o "fornecimento de cartões combustível pós-pagos" para a frota de veículos daquela unidade.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 276, § 1º, do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer da presente representação e, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. revogar a medida cautelar adotada no processo, autorizando o TRE/ES, excepcionalmente, a dar prosseguimento ao Pregão Eletrônico 7/2018;

*9.3. dar ciência ao Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) de que **a não exigência de comprovação de qualificação técnica e econômico-financeira** identificada no edital do Pregão Eletrônico 7/2018 (Processo 26.659/2017) **afronta o disposto no art. 27, c/c os arts. 30, 31 e 32 da Lei 8.666/1993**;*

9.4. arquivar o processo. TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de abril de 2018 – Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO"

A questão é de suma importância, ainda mais no ramo de gerenciamento do abastecimento de combustível. Para exemplificar, se eventualmente a Contratante não

realizar o pagamento à Contratada Gerenciadora, esta deverá cumprir com os prazos de pagamentos acordados com a Rede Credenciada, mediante contrato privado, para que não haja recusa de prestação de serviços por partes destes.

A gerenciadora, futura contratada, deve comprovar que tem uma boa saúde financeira para suportar o contrato.

Entretanto, algumas empresas, para fazer prova desta condição, fazem alterações no Balanço Patrimonial, de forma a maquia-lo e poder se sagrar vencedora do certame.

Isto a impugnante PRIME pode afirmar com experiência de causa, pois, já se deparou com diversas empresas, sendo que uma delas, a **NP3 COMERCIO E SERVIÇOS LTDA** foi inabilitada e penalizada pelo TRE-GO, estando impedida de participar de certames pelo prazo de 12 meses.

A outra, **CARLETTO GESTÃO DE FROTAS LTDA.**, já registrou 03 Balanços para o exercício de 2019, tendo 02 já desarquivadas pela Junta Comercial do Paraná, a qual está sendo inabilitada em diversos certames, e para os quais firmou contrato, está sendo rescindido, como é o caso da Prefeitura de Teresina-PI (Fundo Municipal de Saúde), cuja decisão foi determinada pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí.

Portanto, além de ser obrigatório, evita-se contratar com empresa inidônea e ter problemas na execução do contrato.

Sendo assim, **busca-se a inclusão da exigência de qualificação econômico-financeira nos moldes estabelecidos pelos artigos 27, 31 e 32 da Lei 8.666/93 para todas as empresas**.

VI- DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer se digne o (a) i. pregoeiro (a) a **JULGAR PROCEDENTE A PRESENTE IMPUGNAÇÃO**, a fim de proceder as seguintes alterações:

i. Adequar as exigências de Habilitação – Qualificação Técnica, **incluindo obrigatoriedade de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica,** propriamente dito, **bem como estabelecer critérios objetivos** nos atestados de capacidade técnica tais como: **"compatíveis em CARACTERÍSTICAS, QUANTIDADES (50% - conforme súmula 24 do TCE/SP) E PRAZOS com o objeto da licitação**";

ii. **Adequar as exigências de Habilitação – Qualificação econômico-financeiro,** incluindo todos os documentos obrigatórios do art. 31 da Lei n.º 8.666/93 e art. 40 do Decreto Federal n.º 10.024/2019, **(Balanço Patrimonial, índices contábeis e Certidão negativa de falência)**, conforme obrigatoriedade do art. 32 da lei n.º 8.666/93;

iii. Republicar os termos do edital, reabrindo-se os prazos legais, conforme determina a lei.

Na improvável hipótese de indeferimento da impugnação apresentada, requer-se desde já cópias dos autos do processo licitatório, para salvaguarda dos direitos da Impugnante, sem prejuízo das ações judiciais cabíveis (Mandado de Segurança), bem como para comunicação aos órgãos de fiscalização externos (Ministério Público e Tribunal de Contas).

Termos em que pede deferimento

Santana de Parnaíba/SP, 23 de maio de 2022.

RICARDO JORDAO SANTOS

Assinado de forma digital por RICARDO JORDAO SANTOS
Dados: 2022.05.23 15:12:46 -03'00'

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

Ricardo Jordão Santos – OAB/SP 454.451