

À

Ilma. Sra. Sandra Cristina Dimis Santos

Superintendente do Consórcio Intermunicipal de Saneamento Básico da Região do Circuito das Águas – CISBRA

Ref.: IMPUGNAÇÃO AO PREGÃO PRESENCIAL Nº 03/2023 – PROCESSO Nº 22/2023

FELIPE ARANTES DOS SANTOS, brasileiro, solteiro, advogado, portador do RG nº 49.731.264-5, inscrita no CPF sob nº 229.179.388-89, inscrito na OAB/SP nº 438.886, com escritório profissional na Rua Perondi Iginio, 311 frente, Centro, Porto Ferreira / SP, com endereço eletrônico felipearantesdossantos@adv.oabsp.org.br e fone de contato (19) 9.9828.5208 vem, tempestivamente e respeitavelmente, à presença de V.Sa., com fulcro no artigo 41 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** acima referido, pelas razões de fato e de direito abaixo expostas:

I – DA TEMPESTIVIDADE

Conforme previsto no artigo 41 da Lei de Licitações, é conferido ao licitante o direito de impugnar o edital até o segundo dia útil da data fixada para a abertura dos envelopes proposta e/ou habilitação.

O Instrumento convocatório do certame também prevê em seu item 8, a possibilidade de impugnação e os procedimentos para sua devida formalização:

“8. IMPUGNAÇÃO AO EDITAL, RECURSO, ADJUDICAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO

8.1. Até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá encaminhar pedidos de esclarecimento do ato convocatório ou impugnação deste Pregão mediante petição a ser enviada para o endereço eletrônico falecom@cisbra.eco.br.

8.2. O protocolo da impugnação deverá ser feito, preferencialmente, na sede do Consórcio localizada a Rua Barão Cintra nº 40, São Judas, Amparo/SP ou encaminhado por correspondência eletrônica para o endereço falecom@cisbra.eco.br.

8.3. O e-mail deve, obrigatoriamente, obedecer ao prazo estabelecido no Edital, ser encaminhado juntamente com as peças impugnatórias e recursais, a documentação de que seu subscritor possui poderes para assinar pela licitante, ou seja, contrato social ou documento equivalente, procuração dentro do prazo de validade, quando for o caso, e documento de identificação (cédula de identidade, CNH ou documento equivalente).

8.4. As impugnações tempestivas que forem protocoladas no último dia via e-mail não serão recebidas após o encerramento do expediente, isto é, até as 17h00min, restando prejudicada sua análise.

8.5. A petição será dirigida à autoridade subscritora do edital, que decidirá no prazo de 02 (dois) dias úteis.”

Desta feita, estando a abertura do certame agendada para o próximo dia **31 de julho de 2023, às 09h30**, tempestiva a presente impugnação.

II – DO EDITAL

O presente certame licitatório tem por objeto a contratação de empresa para a execução dos serviços de destinação final de resíduos sólidos urbanos domiciliares, com equipamentos, veículos e funcionários de sua responsabilidade, em aterro sanitário ou usina de tratamento devidamente licenciados pelo órgão competente, pelo regime de empreitada e tipo menor preço unitário (tonelada), conforme Edital e Anexos.

Interessado na participação deste certame, o ora Impugnante analisou o edital e seus anexos e, constatou exigências que podem restringir a participação de licitantes, eis que não coadunam com a legislação vigente; razão pela qual, merecem reforma. Vejamos:

A) RESTRIÇÃO GEOGRÁFICA – DISTÂNCIA DE 50 KM – ITEM 3 DO TERMO DE REFERÊNCIA

O item 3 do Termo de Referência (Anexo I) que faz parte constante do Edital define os serviços ora licitados como: *“transporte de resíduos sólidos urbanos domiciliares a condução dos resíduos desde o local de recolhimento (municípios) até a destinação final dada pela licitante contratada”*.

Dispõe ainda que, a Prefeitura se responsabilizará pelo transporte dos resíduos até uma distância de 50 Km entre a sede da Prefeitura dos Municípios participantes até a área para destinação final e, a partir dessa distância o transporte e transbordo ficarão sob responsabilidade da empresa contratada até o aterro ou outro local devidamente licenciado.

Ao final, informa que, na hipótese do *“destino final ficar a mais de 50 Km de cada município, a operação dos 03 (três) transbordos ficará a cargo da empresa vencedora, bem como o licenciamento dos mesmos”* e que *“o percurso do transporte será do município até o local onde será dado o destino final dos resíduos pela licitante contratada (em aterro sanitário e/ou usina de tratamento devidamente licenciado por órgão competente)”*.

Ora, há no caso em tela, o advento de cláusula restritiva à participação de licitantes, ferindo o princípio da legalidade e da isonomia, através da limitação geográfica da área indicada para destinação final dos resíduos e a consequente imposição de deveres e despesas para aqueles que não se situam em tal exigência.

Corroborando com este entendimento, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que já formou jurisprudência quanto à vedação de tal prática, conforme destacaremos abaixo, através de trechos extraídos do didático relatório exarado pelo Nobre Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo no Acórdão TC-013750.989.21-2:

“Nota-se que o edital impõe maior onerosidade às licitantes cujos aterros sanitários distam mais de 50 quilômetros do aterro municipal, devendo suportar os custos de transbordo e transporte dos resíduos desse ponto até o local de sua deposição, ou seja, gastos com veículos, combustível e equipamentos. Em contrapartida, há uma vantagem competitiva para os interessados que se situam dentro desse raio, uma vez que não precisam arcar com essa espécie de despesa, a encargo da Administração.

Não há respaldo normativo para mencionada discriminação. Ainda que exista alguma discricionariedade do poder público para a tomada de decisões e celebração de seus contratos, as escolhas administrativas devem pautar-se pelos princípios norteadores do regime jurídico-administrativo, dentre eles a motivação de suas decisões.

Nesse sentido, embora a Prefeitura tenha alegado não poder suportar, com os seus recursos, os custos de uma viagem mais longa que os citados 50 quilômetros, tampouco justificou a razão pela qual se dispôs a arcar com a despesa relativa ao transporte de resíduos a aterro localizado dentro do raio mencionado.

Observo, assim, que o edital de forma indevida previu dois objetos: (i) o tratamento e a destinação final de resíduos em aterro para licitantes que estivessem dentro de um raio de 50 quilômetros do aterro municipal e (ii) além do tratamento e destinação final de resíduos, o correspondente transporte e transbordo, para interessados cujos aterros se situassem em distância superior a esse raio.

Com razão a unidade de Fiscalização desta Corte ao consignar ainda que:

Destaque-se que o incentivo não é pouco e, ainda que gastos com combustível, pneus e manutenção sejam de difícil aferição, o mesmo não ocorre com o gasto com pedágio. Efetivamente, até a finalização dessa instrução, a EMDURB liquidou R\$ 221.105,40 com o sistema de pagamento de pedágios (arq. 07 deste evt), ainda que existam despesas referentes a outras viagens, é seguro afirmar que a grande maioria desse valor foi destinado ao transporte do lixo, afinal não há outros serviços prestados pela Autarquia com tal quantidade de viagens intermunicipais. Anote-se que a empresa vencedora, localizada dentro do limite definido, já consegue, de plano, uma significativa redução em seus custos, favorecendo-se em relação às demais na eventual disputa de preços.

Não bastasse isso, ao estabelecer que se o aterro localizar-se a mais de 50 Km a empresa que se sagrar vencedora deverá, por suas expensas, indicar a área de transbordo, com as respectivas licenças ambientais, além de se responsabilizar pela operação, eleva de forma significativa os custos de tais concorrentes, tornando a proposta pouco competitivo ou mesmo inviável.

Some-se a isso o exíguo prazo para arregimentar toda essa estrutura, que deve estar pronta na assinatura do contrato, bem como a duração prevista de apenas 12 meses, período que pode se mostrar insuficiente para amortização do investimento realizado, considerando a necessidade de manutenção da competitividade do preço”.

No referido Relatório também encontramos referências a decisões similares exaradas por Nobres Conselheiros do TCESP; assim como, a correta aplicação, por analogia, da Súmula nº 16, a qual veda a fixação de distância para usina de asfalto, para casos envolvendo aterros sanitários:

“Não é a primeira vez que esta Corte analisa a hipótese e reprová restrições à competitividade pela imposição de favorecimento a empresa por meio de uma cláusula de raio. Nesse aspecto, trago excerto de voto de minha relatoria, nos autos do TC-002029.989.138, em que idêntica questão foi apreciada pelo Plenário desta Casa:

2.2 De outra forma, não se mostra razoável a assunção dos custos de transporte pela Administração quando o Aterro Sanitário se encontrar num determinado raio de distância, isso porque, como bem pontuado por i. Assessoria Técnica, tal disposição corresponderia à existência de dois objetos no edital “um, a simples destinação final dos resíduos domiciliares e outro transporte e destinação final destes resíduos, se o aterro estiver localizado a mais de 40 Km da sede do município”.

Aliás, este Tribunal já se posicionou no sentido de que disposições desse tipo impedem, ainda que de forma indireta, a participação de interessadas.

Reporto-me ao entendimento extraído do TC-000002/006/11, Relator o eminente Conselheiro ROBSON MARINHO, acolhido pelo egrégio Plenário, em sessão de 02-02-11:

“Quanto ao mérito, ao apreciar o contido na inicial verifiquei que o item reclamado pela Representante não impede diretamente a participação de nenhuma interessada. Mas indiretamente, sim.

O anexo I do edital prevê que a distância máxima de depósito do resíduo deve ser de até 40 km. Na hipótese de essa distância ser excedida, o valor da diferença passa a ser de responsabilidade da empresa contratada e esse valor deverá constar de sua planilha de custos, vindo a ser descontado em fatura.

A simples leitura do Anexo I permite inferir que, se por um lado qualquer empresa pode participar do certame, por outro o desestímulo àqueles que operam aterro sanitário além de 40km do município é evidente.

Não vejo a possibilidade de uma empresa se sujeitar a participar do certame ciente de que terá que arcar com parte do custo do serviço de transporte de resíduos que, por certo, nem integra o objeto a ser licitado.

Esta Corte há tempos se depara com editais que trazem a mesma limitação e o entendimento já pacificado é no sentido da condenação dessa prática.

A título de exemplo, cito os exames prévios de edital apreciados nos Processos TCs 4804/026/042, 12741/026/053 e 5903/026/064.

Em casos concretos o reflexo danoso dessa exigência também foi questionado, como nos Processos TCs 1255/007/015, 2118/008/066 e 2817/006/077.

Quando da apreciação do Exame Prévio de Edital tratado no Processo TC-202/013/10 (sessão plenária de 7/4/10), por mim relatado, também considerei que a exigência aqui combatida é contrária à jurisprudência desta Corte, podendo ser admitida, excepcionalmente, com base em sólidas e comprovadas razões técnicas.

Isso não ocorreu no presente caso. Noto que as razões trazidas pela Prefeitura se fundamentam, basicamente, em aspectos financeiros.

O problema surgiu da iniciativa da própria Prefeitura, em momento anterior, de separar e terceirizar o serviço de transporte de coleta dos resíduos do de sua disposição final.

A argumentação em torno do impacto do custo financeiro a justificar a presença desse tipo de cláusula foi refutada pelo Exmo. Conselheiro Renato Martins Costa no Processo TC-5903/026/06 (sessão plenária de 22/2/06). Trago trecho de interesse.

‘Ainda que fosse válido o argumento de que a limitação da distância justificar-se-ia por razões econômicas, uma vez que à Prefeitura caberia o custo do transporte dos resíduos, com o mesmo raciocínio poder-se-ia admitir resultado diverso, uma vez que a redução do universo de proponentes, situação diretamente decorrente do caráter restritivo do dispositivo, potencialmente propiciaria a formulação de propostas comerciais menos comprometidas com a competição e, portanto, economicamente menos vantajosas para a Administração’.

Muito embora sejam medidas tomadas discricionariamente, no âmbito da administração municipal, não têm o condão de sujeitar a licitação em tela à imposição restritiva e desestimulante.

Nesse aspecto cabe destacar trecho da palestra proferida pelo eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, reduzida a termo na edição especial nº 119 da Revista TCESP:

‘Pode-se estipular distância mínima entre o município que está contratando o lixo e o local de deposição ou de tratamento dos resíduos? A jurisprudência do Tribunal entende que não, inclusive porque não se pode estipular o limite; inclusive porque esse foi o critério da Súmula que tratou da usina de asfalto. Veja bem, aqui o que vale não é a distância, o que vale é o critério do edital, que, como já dissemos incidentalmente, vai ser sempre do menor preço. Qual é a distância? Não importa. Importa que, apesar de ela poder ser mais longa, vai-se conseguir, ainda assim, o menor preço.’

Assim, a fixação de distância máxima para a localização do aterro sanitário não encontra guarida na lei, afrontando o disposto no artigo 30, § 6º, da Lei de Licitações”. (g.n.)

Há de se destacar, ainda, a aplicação, por analogia, da Súmula nº 16, a qual veda a fixação de distância para usina de asfalto, para casos envolvendo aterros sanitários, a exemplo do TC-002817/006/0710 e do TC-013910.989.2011.

Portanto, nos presentes autos não há evidências contundentes de que as condições determinadas pela Prefeitura sejam razoáveis ou sequer respaldadas por elevada gama de interessadas dentro do raio estipulado. De fato, foi apurada a existência de apenas uma empresa que se beneficiaria do transporte realizado pela Administração e que foi a única proponente à licitação (oportunamente contratada), sendo que as demais, localizadas dentro de um raio de 100, 150 ou 200 quilômetros, deveriam arcar com custos de transporte e transbordo e nem ofereceram propostas.

Tal mácula é suficiente para condenar o pregão e o contrato decorrente.”

B) SUBCONTRATAÇÃO – PARCELA DE MAIOR RELEVÂNCIA

A eleição das parcelas de maior relevância está inserida no poder discricionário da Administração Pública e deverá contemplar técnica e valores significativos na contratação, com a escolha devidamente justificada no procedimento administrativo.

No caso em tela, nos termos do item 6.1.4.b.4 do Edital, a Municipalidade considerou como parcela de maior relevância a destinação final de resíduos, ou seja, o próprio objeto.

Em contraponto à esta exigência, o item 9.5 do Instrumento Convocatório dispõe que:

“9.5. A CONTRATADA, na execução do contrato, poderá subcontratar a etapa de destinação final dos resíduos”

Ora, a admissão de subcontratação completa do objeto do certame corresponde à admissão total de subcontratação do objeto, devidamente vedado pelo artigo 72 da Lei Federal nº 8.666/93 e em desacordo com os preceitos do tribunal de Contas da União (Acórdão nº 3.051/2009 – Plenário)

Ademais, sob a égide da Lei nº 8.666/93 e disposto no Acórdão nº 3.144/2011 – Plenário – Tribunal de Contas da União, resta vedada a inclusão de parcelas de maior relevância para comprovação de qualificação técnica por meio da apresentação de atestados, daqueles serviços passíveis de subcontratação.

Desta feita, comprovado está que o referido Edital contém vícios que deverão ser sanados para o prosseguimento do certame, cabendo ao CISBRA a supressão das cláusulas restritivas à participação dos licitantes, eis que inexistente amparo legal ou quaisquer justificativas para sua manutenção.

III – DO DIREITO

O art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, assevera que:

“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.”

Após a leitura do trecho extraído de nossa Carta Magna, claro está que as exigências editalícias não poderão restringir a participação dos licitantes ao certame, eis que subordinadas ao princípio da igualdade que gera a livre concorrência.

Ademais o artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93 descreve os princípios que nortearão o processamento e julgamento do objeto e abrangência da licitação, dentre os quais, para o caso em tela, podemos destacar os princípios da legalidade e isonomia, que atenda aos anseios da sociedade, alcançando de modo legal resultados positivos e satisfatórios.

Ainda, temos que nas licitações, restringindo agora a lei expressamente a discricionariedade, o princípio da legalidade é fundamental, pois incide desde a elaboração do Edital, ditando a conduta da Administração e dos licitantes e presidindo todos os atos procedimentais, até o objetivo final, que é a própria execução do contrato resultante.

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, a moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

§ 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 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;”

Portanto, o que se pretende com a interposição desta peça é que seja respeitada a legislação, os princípios licitatórios e a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que determinam a participação ampla de todas as empresas interessadas e capazes, razão pela qual o edital deverá ser reformado.

IV – DO PEDIDO

Diante do exposto, requer seja a presente IMPUGNAÇÃO julgada procedente, a fim de adequar o edital e seu termo de referência, com a supressão:

- A) da limitação geográfica de 50 Km entre as sedes das Prefeituras dos Municípios participantes até o aterro sanitário ou área licenciada e, a consequente imposição de custos e obrigações extras aos licitantes e;
- B) da possibilidade de subcontratação da destinação final de resíduos, ou seja, do objeto do certame licitatório.

Requer ainda, seja determinada a republicação do Edital, inserindo as adequações pleiteadas, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

Termos em que,

Pede deferimento.

Porto Ferreira, 25 de julho de 2023.

Felipe Arantes dos Santos

CPF 229.179.388-89

OAB-SP 438.886