

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL – TOMADA DE PREÇO Nº 09.20.01/2023

Trata-se de peça impugnatória apresentada pela empresa **BALLISTA PUBLICIDADE LTDA.**, inscrita CNPJ nº 31.364.963/0001-06, interessada em participar do certame, doravante denominada impugnante, a qual apresentou, presencialmente, impugnação ao Edital de Tomada de Preço nº 09.20.01/2023.

Objeto: Contratação de empresa para prestação dos serviços de planejamento, desenvolvimento e execução de soluções de comunicação digital (marketing digital) junto ao Gabinete da Prefeita do Município de Beberibe/CE.

I. Pressupostos de Admissibilidade

Inicialmente, cabe analisar o requisito de admissibilidade da referida impugnação, ou seja, apreciar se a mesma foi interposta dentro do prazo estabelecido para tal.

Dessa forma, a lei 8.666/93, que regulamenta a licitação, aduz que:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

[...] (*grifos nossos*)

Além disso, em item 4.2 e 4.3 do referido certame, prevê que o pedido de impugnação deverá ser protocolado até o segundo dia útil que anteceder a data prevista para abertura dos envelopes com as propostas, devendo o protocolo ocorrer das 8h às 14h, de segunda a sexta-feira, na Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura Municipal de Beberibe/CE.

Considerando que a data prevista para ocorrência da Sessão Pública de abertura dos envelopes será no dia **11/10/2023**, às 8h, a empresa não encaminhou em tempo hábil a sua impugnação, cujo protocolo ocorreu de modo presencial, no dia **10/10/2023**, restando intempestiva.





Portanto, embora a empresa tenha interposto impugnação ao edital intempestivamente, o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) é de que, a intempestividade, por si só, não tem o condão de afastar a apreciação da autoridade competente, nas hipóteses de trazer questionamentos ao edital que possa apresentar restrição à competitividade, em afronta ao princípio da ampla concorrência e da autotutela, além do dever de preservar o direito de petição, conforme julgados, veja-se:

[...] 80. Ainda que a impugnação fosse intempestiva, é interessante destacar que o mesmo doutrinador mencionado pela Eletrobras entende que a Administração deve responder à eventual impugnação apresentada fora do prazo de modo a assegurar a eficácia do direito de petição: Caso a impugnação seja oferecida fora do prazo, não deve ser conhecida com essa natureza, mas **merece ser respondida, como qualquer documento que é dirigido à Administração. Seguindo a melhor técnica processual, o pregoeiro deve registrar na sua resposta um parágrafo inicial informando que a impugnação foi protocolizada fora do prazo, sendo intempestiva, fato que implica a impossibilidade de ser conhecida. Esclarecerá, no entanto, que na sua condição de servidor público, tendo compromisso com a legalidade e com o dever de assegurar a eficácia do direito de petição, passar a apreciar, de ofício, os pontos debatidos.** (Acórdão 1962/2018 – Plenário, Relator Aroldo Cedraz)

É dever do responsável por conduzir licitação no âmbito da Administração, a partir de impugnação ao edital apontando a existência de cláusulas restritivas à competitividade do certame, realizar a revisão criteriosa dessas cláusulas, **ainda que a impugnação não seja conhecida, sob pena de violação do princípio da autotutela.** (Acórdão 1414/2023 – Plenário, Relator Jorge Oliveira)

Assim, buscando preservar a lisura deste certame, conduzindo de modo transparente e impessoal seus atos, passará a analisar todos os pontos constantes na impugnação apresentada pela empresa **BALLISTA PUBLICIDADE LTDA.**, caracterizando a sua boa-fé e comprometimento em pautar os atos e decisões administrativas nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

II. Das razões e do pedido de impugnação.

Em síntese, a **BALLISTA PUBLICIDADE LTDA.**, apresenta impugnação contra os seguintes itens: **a)** item 3.3, do Edital, em razão da expressa vedação de subcontratação de serviços, ainda que de modo parcial; **b)** item 6.2.17, ao exigir atestado de capacidade técnica; **c)** itens 6.2.18 a 6.2.22 do edital, exigência de profissional em seu quadro permanente, sob a justificativa de ser fator inibidor e limitador ao caráter competitivo do certame.



Dito isso, requer a retificação do Edital, para que sejam alterados/retiradas os itens que restringem a competitividade e violam os princípios da Administração Pública e permeiam este certame.

É o breve relato.

III. Da análise do mérito

Em uma breve análise, a discussão resume-se na questão de ser exigido, em edital, para qualificação técnica, a apresentação de atestados de capacidade técnica operacional, a demonstração do vínculo permanente de profissional com capacidade técnica para a execução do objeto do certame, bem como a vedação de subcontratação, mesmo que parcialmente.

É cediço que a licitação destina-se a garantir a observância ao princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, devendo ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

De acordo com o princípio da Legalidade, o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, e criminal, conforme o caso, ou seja, a Administração não possui discricionariedade para exigir algo que a lei não lhe permita.

a) Da vedação à subcontratação parcial do objeto licitado.

É sabido que a competição é o principal fator que determina a redução de preços nas licitações, permitindo a seleção da melhor proposta para a administração. Sendo assim, a possibilidade da participação de empresas através da subcontratação do serviço, dado a complexidade do objeto contratual, é necessária não só para alcançar o menor preço, mas garantir a ampla competitividade.

Observando que o objeto da presente Tomada de Contas é complexo e envolve a execução integrada por diversos prestadores, poderá, com prévia autorização, propor a subcontratação parcial do serviço, desde que observado os princípios licitatórios e solicitação devidamente aceita pelo





contratante, sob pena de rescisão e as demais penalidades previstas, conforme artigos 72 e 77, inciso VI, da Lei 8.666/93, veja-se:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

[...]

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

O entendimento do Tribunal de Contas da União, em Acórdão 14193/2018, Primeira Câmara, Relator Weder de Oliveira, dispõe:

43. A subcontratação, se autorizada, é admitida somente parcialmente. E só é admissível quando seja compatível com a natureza do objeto, devendo a Administração fixar limite, para que a contratação de obras, serviços ou fornecimento não seja convolada em integral ou preponderante serviço de intermediação ou de administração de contratos, caracterizando efetiva burla ao princípio da licitação e, conseqüentemente, potencial pagamento por serviços não contratados e não executados: a intermediação/administração de contratos.

[...]

49. Portanto, a autorização para subcontratar deve ser requerida pela contratada, justificadamente, e, se for o caso de ser autorizada, será concedida com base na justificativa da contratada, na avaliação da conveniência da Administração, balizada pelos requisitos legais e pela natureza do objeto.

50. Logo, a autorização para subcontratar é ilegal quando vedada pelo edital. Ainda que permitida pelo edital, é ilegal quando concedida sem motivação, sem avaliação do atendimento do interesse da Administração, sem demonstração de que é necessária à melhor execução do contrato. Nada há de excepcional nesse raciocínio. (grifos nossos)

Ante o exposto, requer que seja admitida a subcontratação parcial do objeto de maneira clara e coerente, desde que expressamente justificada, cujo pedido deverá ser feito à Administração Pública e aceito, observado os princípios que está vinculada, e seja economicamente viável, atendendo o interesse público. Não poderá a parte subcontratada prejudicar a continuidade de todos os demais serviços, sendo vedada a subcontratação integral do objeto, conforme entendimento do TCU, em Acórdão 6189/2019, segue enunciado:





É vedada a subcontratação integral em contratos administrativos, sendo possível a subcontratação parcial quando não se mostrar viável, sob a ótica técnico-econômica, a execução integral do objeto por parte da contratada e desde que tenha havido autorização formal do contratante.

Logo, competirá à Administração observar a parte do objeto contratual que permitirá a subcontratação, uma vez que essa prática consiste em atribuir a um terceiro de obrigação originalmente assumida pelo contratado (licitante vencedora do certame), isto é, não isenta a responsabilização pelos prejuízos que eventualmente possam ocorrer.

Assim, compreendendo que será necessária a retificação editalícia, poderá à Administração Pública usar seu poder de autotutela para retificar seus próprios atos, se estiverem com algum vício ou necessidade de adequação.

Dito isso, a administração entende prudente a retificação do edital para possibilitar a subcontratação parcial do objeto, desde que expressamente justificada, e sob a análise do poder público, não estando obrigado a aceitar se não corresponder aos princípios licitatórios.

b) Da exigência de atestado de capacidade técnica operacional.

Cumprе salientar que, **não assiste razão a impugnante quanto a impossibilidade de à Administração Pública exigir atestado de capacidade técnica operacional**, pois a lei expõe claramente que a "licitante" deverá comprovar sua aptidão para o desempenho de atividade compatível com o objeto da licitação, conforme prevê art. 30, inciso II e §1º, *in verbis*:

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

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;**

§ 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

W



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;
[...]

Como supramencionado, em parágrafo 1º, do artigo em comento, que deverá ser feito por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, cujo entendimento do TCU corrobora com tal exigência, veja-se:

É **obrigatório** o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha prestado serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993).

Para fins de qualificação técnico-operacional, pode-se exigir comprovação de experiência mínima na execução de serviços continuados semelhantes ao objeto da contratação em lapso temporal superior ao prazo inicial do contrato, desde que as circunstâncias específicas da prestação do serviço assim o exijam, o que deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada na experiência pretérita do órgão contratante e em estudos prévios à licitação.

Portanto, no que se refere a exigência de demonstração de capacidade técnico-operacional, esta decorre da necessidade de assegurar a contratante, neste caso, a prefeitura de Beberibe/CE, de que a empresa licitante tenha condições de executar satisfatoriamente o objeto contratado.

Tal requisito possibilita a comprovação de que a licitante já participou de contrato cujo objeto se assemelha ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública, em grau de complexidade compatível. É por isso que, como regra, as exigências devem se limitar à comprovação de expertise na execução de serviços similares ou equivalentes, ou seja, não idênticos. Logo, entende-se que não há exigência restritiva no Edital e em seus anexos.

c) Da exigência de profissional no quadro permanente da empresa licitante.

A Impugnante questiona a exigência constante do edital, no que se refere a exigência de profissional no quadro permanente da empresa licitante, porém, cumpre esclarecer que, mesmo estando expresso “quadro permanente da empresa licitante” (letra da lei), conforme art. 30, §1º,





inciso I, da lei 8.666/93¹, não está, o edital, adstrito apenas à CTPS como comprovação do vínculo, sendo permitidos outros meios, vejam-se os itens do edital:

9.8. A vinculação do profissional com a licitante deverá ser comprovada seguinte forma:

9.8.1. Se sócio, comprovando-se a participação societária através de cópia do Contrato social e aditivos;

9.8.2. Se empregado, comprovando-se o vínculo empregatício através de cópia da "Ficha ou Livro de Registro de Empregado", da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS;

9.3.3. Se contratado, comprovando-se o vínculo mediante contrato de prestação de serviços.

Ou seja, autoriza-se, como meio vínculo, outros meios legais. Para a Administração Pública, o fundamental é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus trabalhos por ocasião da execução do futuro contrato, ou seja, o objetivo é comprovar que a empresa e os profissionais, a ela vinculados, possuem condições técnicas e poderão atender as expectativas da futura contratação, bem como manter-se qualificados.

Além disso, corresponde ao entendimento dos Tribunais, sendo o entendimento pacificado, veja-se:

[...] 9.2.2. inclusão indevida de cláusula relativa à exigência de demonstração de vínculo societário ou empregatício, por meio de carteira de trabalho, do responsável técnico com a empresa licitante, **sendo suficiente a comprovação da disponibilidade do profissional mediante contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil;** (Acórdão 2652/2019 – Plenário, Relator Relator Marcos Bemquerer)

Enunciado: Configura restrição ao caráter competitivo da licitação a exigência, para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993), da demonstração de vínculo societário ou empregatício, por meio de carteira de trabalho, do responsável técnico com a empresa licitante, sendo suficiente a comprovação da disponibilidade do profissional mediante contrato de prestação de

¹ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: [...]

§ 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; (grifo nosso)





serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil. (Acórdão 12879/2019 – Primeira Câmara, Relator Augusto Sherman)

Portanto, como demonstrado, não há qualquer ilegalidade de solicitação da capacidade técnica profissional, tampouco da comprovação de que o profissional deva ter algum vínculo com a empresa, seja ele com registro em CTPS ou qualquer das outras opções elencadas no edital.

IV. Da decisão

Por todo exposto, não conheço da impugnação apresentada pela empresa **BALLISTA PUBLICIDADE LTDA.**, pois não observa os prazos previstos em edital, não atendendo ao pressuposto de tempestividade, nego-lhe provimento, nos termos da legislação pertinente.

No entanto, ciente de que compete à Administração atender, justificadamente, aos questionamentos e apontamentos feitos, dado o direito de petição, bem como o seu poder de autotutela, se observada a necessidade de alteração/retificação, poderá fazer por ato discricionário.

Sendo assim, entendendo pela necessidade de retificar o item 7.3 do edital, bem como quaisquer outros que vedem a subcontratação, mais prudente será a suspensão do procedimento licitatório, conforme art. 21, § 4º, da Lei 8.666/93, para correção do ato administrativo, respeitando os princípios legais

Com isso, iremos proceder com a **SUSPENSÃO do EDITAL DA TOMADA DE PREÇO DE Nº 09.20.01/2023**, estando cancelada a sessão agendada para o dia 11 de outubro de 2023.

BEBERIBE/CE, 10 de outubro de 2023.


Josimar Gomes Sousa

Presidente da Comissão Permanente de Licitação.

