

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE GUAÍRA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

REPRESENTAÇÃO COM EXAME PRÉVIO DE EDITAL

Pregão Eletrônico nº 29/2023

PROCESSO nº 86/2023

Abertura 27/04/2023 às 9hs.

PREDILAR SOLUÇÕES EM SERVIÇOS EIRELI - EPP, com sede à rua David Ben Gurion, 72 sala 16 jardim Monte Kemel, CEP: 05634-000, São Paulo, capital, inscrita no CMPJ/MF sob o nº 04.969.084/0001-27, vem, respeitosa e tempestivamente, com fulcro no § 1º do art. 113 da Lei 8.666/93, artigo 5, inciso LV da Constituição Federal e demais dispositivos legais pertinentes, através de seu representante legal, apresentar a presente **IMPUGNAÇÃO**, em face da **PREFEITURA MUNICIPAL DE GUAÍRA**, localizada na Av. Gabriel Garcia Leal, nº 676, Estado de São Paulo, em razão dos vícios e ilegalidades detectados no **Pregão Eletrônico 29/2023 - PROCESSO nº 86/2023**, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos:

RAZÕES DA REPRESENTAÇÃO

A licitação convocada pelo edital em questão tem por objeto a contratação de empresa para prestação de serviço de preparo e distribuição de alimentação escolar das escolas estaduais localizadas no Município de Guaíra/SP, contratados sob o regime de empreitada por preço unitário – participação ampla.

Todavia, da leitura do teor do Edital de convocação, colhem-se vícios que contrariam o disposto na Lei nº 8.666/93, na Constituição Federal bem como, nos demais dispositivos legais que regulam o processo de pregão, cuja prévia correção se mostra indispensável à abertura do certame.

Face à importância evidente do procedimento em voga para a Administração, por sua amplitude, **SOLICITA URGÊNCIA** na análise do mérito desta Representação, a fim de evitar



prejuízos sérios ao erário, que certamente será lesado caso o Edital permaneça nos termos atuais. Senão vejamos:

DO DIREITO

Menciona-se, "ipsis litteris", a Ementa R. Acórdão proferido pela Colenda Câmara do Superior Tribunal de Justiça:

“Direito constitucionalmente assegurado, o de petição deve merecer da autoridade administrativa a quem se digne o requerimento não só a devida apreciação como, de antemão, a tomada de providências necessárias a tanto. (STJ – MS 5.864/DF, Rel. Min. Edson Vidigal)”.

Conforme determina § 1º do art. 3º da Lei 8666/93:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - Admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinja 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; (grifei).

Vale destacar a lição de Marçal Justen Filho, mestre consagrado, que define:

*“Especialmente em virtude da regra constitucional (art. 37, XXI), **somente poderão ser impostas exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração Pública.** A regra geral é sempre a mesma: **Não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas**” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11º edição. Dialética, p. 322). (Grifei)*

Nesta esteira, cabe transcrever a elucidativa lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao traçar os parâmetros da aplicação prática do supramencionado princípio, in Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 14º ed, 2002, págs. 474/475, que leciona:



“O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputa-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia, é o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional. Aliás, o § 1º do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório...”

Notoriamente, o processo licitatório tem entre suas finalidades procurar a proposta mais vantajosa para a Administração e proporcionar um elevado nível de competitividade e igualdade de tratamento entre os participantes do certame, de forma a garantir o cumprimento dos princípios constitucionais da eficiência e isonomia, consoante art. 37 da Constituição Federal de 1988.

DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA –

Sabidamente, é dever da Administração exigir na licitação aquela documentação indispensável para execução do contrato e o que for fundamental para verificar a idoneidade e a capacidade das licitantes.

Assim, para estabelecer quais os requisitos essenciais à participação das licitantes, a Administração dispõe de certa discricionariedade e deve avaliar a complexidade da futura contratação, estabelecendo os requisitos indispensáveis à garantia de uma perfeita execução do contrato por aquele que sagrar-se vencedor.

Nessa senda é o alerta de Julieta Mendes Lopes Vareschini:

(VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Licitações Públicas - Coleção JML Consultoria. v. 1. JML: Curitiba, 2012. p. 66.).

“O edital deverá disciplinar os documentos que serão exigidos para fins de habilitação, dentre os elencados nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/93. Esses dispositivos devem ser interpretados em consonância com o art. 37, inc.XXI, da Constituição Federal, cujo teor estipula que somente poderão ser solicitadas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Assim, à luz das características do



objeto deve-se verificar que as exigências prescritas nos aludidos dispositivos são imprescindíveis para que a entidade avalie a capacidade e idoneidade dos licitantes em atender, de modo satisfatório, o interesse público almejado com a instauração do certame”

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho;

(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários..., p. 460.)

“A determinação do grau de severidade a ser adotado relativamente às condições de participação depende do caso concreto. A lei pode estabelecer exigências mínimas e máximas, mas a determinação específica será variável caso a caso e dependerá das características do objeto a ser executado. O nível de seriedade das exigências de participação será sempre um reflexo das características do objeto licitado.”

Decorre dessa previsão o enunciado da Súmula 263 do TCU que indica ser legal para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, desde que limitada às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, “a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado”.

O objeto desta licitação está relacionado à contratação de mão de obra, preço por posto de trabalho, para preparo de e distribuição de alimentação escolar e a obrigatoriedade relativa a apresentação do atestado de capacidade, **não deve se limitar estreitamente a atestados de refeições servidas e pessoal qualificado, conforme exigido no item 11.1** ““O licitante deverá apresentar junto com os documentos de Habilitação, atestado emitido por Entidade de Direito Público ou Privado que comprove que a licitante já executou no mínimo 50% de refeições e 50% de pessoal qualificado para execução”.

Reforço a evidencia do objeto em que trata de prestação de serviços por contratação de mão de obra, a qual deve, obrigatoriamente, ser fiscalizada pela Nutricionista reponsável técnica da empresa e habilitada no Conselho de Classe de Nutrição, **certamente exigido no edital, item 11.2** “Comprovação de vínculo com Nutricionista prestador de serviços com contrato escrito firmado



como licitante, ou declaração de compromisso de vinculação contratual futura, caso o licitante se sagre vencedor do certame”.

O edital não deve se limitar em relação ao atestado emitido da mesma natureza, até porque, o art. 30, inc. II, da Lei de Licitações, apenas refere à necessidade de comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível (portanto, não necessariamente igual), enquanto que o § 5º, veda limitações que restrinjam a participação na licitação para outros serviços que não tenham a mesma qualificação. **Dessa forma, ficou evidente que ao exigir a especificação de atestado de capacidade técnica com quantitativos de refeições servidas, incorreu em cláusula de restrição ao caráter competitivo da licitação**, uma vez que a contratação e a unidade de medida para execução do contrato são postos de trabalho/mês, efetivamente coberto.

Neste sentido, colaciono entendimento esposado pelo TCU:

“[D]eve-se ter em mente que este Tribunal tem precedentes no sentido de que a compatibilidade entre os serviços anteriores e o serviço licitado deve ser entendida como condição de similaridade e não de igualdade.”

Acórdão 1.140/2005-Plenário.

“111. Nesse ponto, parece residir a principal discussão a ser enfrentada – que espécie de aptidão deve ser requerida para a execução de contratos de serviços de natureza continuada, em que esteja caracterizada cessão de mão de obra. (...)

*114. O que importa é perceber que a habilidade das contratadas na gestão da mão de obra, nesses casos, é realmente muito mais relevante para a Administração do que a aptidão técnica para a execução dos serviços, inclusive porque estes apresentam normalmente pouca complexidade. Ou seja, nesses contratos, dada a natureza dos serviços, **interessa à Administração certificar-se de que a contratada é capaz de recrutar e manter pessoal capacitado e honrar os compromissos trabalhistas, previdenciários e fiscais.** É situação muito diversa de um contrato que envolva complexidade técnica, como uma obra, ou de um contrato de fornecimento de bens, em que a capacidade pode ser medida tomando-se como referência a dimensão do objeto – que serve muito bem o parâmetro de 50% usualmente adotado.”*

Acórdão 1.214/2013 – Plenário.



“1.7.1. nos certames para contratar serviços terceirizados, em regra, os atestados de capacidade técnica devem comprovar a habilidade da licitante em gestão de mão de obra, e não a aptidão relativa à atividade a ser contratada, como ocorrido no pregão eletrônico (...);

*1.7.2. nos casos excepcionais que fujam a essa regra, devem ser apresentadas as justificativas fundamentadas para a exigência, ainda na fase interna da licitação, nos termos do art. 16, inciso I, da IN 02/08 STLI;”
Acórdão 744/2015 – 2ª Câmara.*

Portanto, exigir a apresentação de atestado de capacidade técnica operacional para atendimento ao edital, item 11.1 “O licitante deverá apresentar junto com os documentos de Habilitação, atestado emitido por Entidade de Direito Público ou Privado que comprove que a licitante já executou no mínimo 50% de refeições e 50% de pessoal qualificado para execução” **passa ser inconstitucional.**

A ambiguidade da formalização do edital em epígrafe faz com que o lapso no entendimento sobre a capacidade técnica profissional e a capacidade técnica operacional seja interpretada como a mesma natureza equivocadamente.

Como podemos observar, em regra, a **Capacidade Técnica Operacional** é a capacidade produtiva de conduzir o contrato, sendo a habilidade da licitante na gestão de mão de obra (capaz de recrutar e manter pessoal capacitado e honrar os compromissos trabalhistas, previdenciários e fiscais) e não a aptidão relativa a atividade a ser contratada.

Nesse sentido, o termo de referência do edital, exige, conforme detalhado no Item 4.1 “Selecionar, capacitar e contratar funcionários que prestarão os serviços de Cozinheiro(a) escolar ou cozinheiro(a)”, os quais serão os manipuladores que deverão atender os seguintes requisitos básicos:” sendo eles: a) Físico Motor; b) Higiene; c) Perceptual; d) Intelectual e e) Afetivo/Emocional, características similares às funções de mão de obra terceirizada em comum.

A **Capacitação Técnica Profissional** dar-se por profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente e que responsabilizará pelos trabalhos e pela equipe técnica operacional, aplicando os seus conhecimentos técnicos em atendimento ao termo de referência do edital.

A empresa impugnante possui o devido registro no CRN (Conselho Regional de Nutrição) e conseqüentemente o Responsável Técnico de Nutrição no seu quadro técnico profissional permanente, sendo simplesmente socia da empresa, devidamente amparado com a devida



documentação registrada na entidade, com vasta experiência na área de alimentação coletiva, inclusive merenda escolar, sendo habilitada para execução dos serviços em atendimento o Termo de Referência, anexo I do edital, possuindo capacidade técnica profissional.

Em tempo, a empresa possui inscrição no CRA (Conselho Regional de Administração), conseqüentemente com o Responsável Técnico de Administração, devidamente amparado, no requisito de gestão de mão de obra e seus respectivos atestados de capacidade técnica na terceirização de mão de obra nas mais diversas áreas.

EXCESSO DE FORMALISMO

É característico das licitações proporcionarem às entidades da Administração Pública aquisições mais vantajosas, com o menor preço possível e assegurar a democratização do acesso às contratações administrativas.

Diz MARÇAL JUSTEN FILHO:

A finalidade da licitação é selecionar a proposta com a qualidade adequada, pelo menor preço possível. A conjugação de ambos os valores conduz à necessidade de ponderação nas exigências de habilitação, não é correto por isso estabelecer soluções extremas. (Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª edição, Dialética, 2010, p. 459).

Nesse sentido, destacamos que o edital possui vícios e o excesso de formalismo no caput do edital “EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PREPARO E DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS...” torna uma forma autoritária e injustificada, não preservando os princípios constitucionais e administrativos.

Ressalta-se que, é dado ao pregoeiro certa discricionariedade para garantir a boa contratação, sendo dever do agente público, sanar eventuais falhas ou obscuridades, não se apegando ao formalismo em excesso.

§ 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, inclusive nos casos



de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Assim, a licitação consiste em um instrumento jurídico destinado a afastar a arbitrariedade na seleção de fornecedores, mantendo a competitividade que se vincula amplamente à isonomia, que, significa tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se na medida em que existam diferenças.

Deste entendimento, conclui-se que o procedimento licitatório deve garantir tratamento igualitário aos interessados que apresentem condições necessárias para contratar com a Administração.

Diante das razões, que infringem as normas específicas que regem a sua prática e por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública, se faz necessário à adoção de providências por parte da Administração para que, saneando o edital e observando os princípios legais, designe nova data para entrega e realização do certame.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, para que não se consolide uma decisão equivocada, lembrando o próprio dever de evitar-se o ônus de eventual medida judicial, a PREDILAR SOLUÇÕES EM SERVIÇOS EIRELI - EPP, analisou minuciosamente o edital, seu respectivo termo de referência e concluiu que:

- 1) Trata de contratação de mão de obra operacional e técnica profissional para prestação de serviço na preparação de merenda escolar;
- 2) A elaboração da proposta de preço e sua composição de custos (Memoria de Cálculo – para cada tipo de posto) exigido no edital é por posto de trabalho com o dimensionamento da equipe técnica operacional e profissional;
- 3) O licitante deverá mensurar e apresentar o valor correspondente ao quadro de trabalho para atender a prestação de serviço e não a quantidade de refeições que poderão ser servidas aos alunos;
- 4) O valor a ser pago mensalmente à contratada (vencedora do certame) será aquele apresentado em sua proposta final, por posto de trabalho, independentemente do número de refeições servidas no mês, ou seja, valor fixo por posto;



- 5) O edital exige um Responsável Técnico Profissional para assegurar o serviço a ser prestado;
- 6) A função técnico operacional, neste caso, cozinheira escolar ou cozinheira, não requer aptidão profissional reconhecida por entidade competente, ou nível superior, ou alguma certificação (diploma) técnico para sua qualificação e sim, o mínimo de escolaridade, suficiente para desempenhar sua função e possuir requisitos básicos.
- 7) O quantitativo de 50% (cinquenta por cento) de refeições por dia, exigido no atestado de capacidade técnica, estreita completamente a competitividade;
- 8) O caput do edital trata “SERVIÇOS CONTÍNUOS DE PREPARO E DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS...”, no entanto, entende-se SERVIÇOS CONTÍNUOS uma atividade de mão de obra rotineira, já PREPARO E DISTRIBUIÇÃO passam a ser o complemento da atividade a ser executada, nesse sentido, o excesso de formalismo lesa os princípios constitucionais da ampla competitividade e isonomia.
- 9) Ampla jurisprudência e sem excesso de formalismo no seu pedido.

Conclui-se, portanto, que é de extrema necessidade a suspensão imediata do certame e a correção do edital, com o fim de sanar o item acima apontado.

DO PEDIDO

Pelo exposto, espera o acolhimento e provimento da presente IMPUGNAÇÃO, a fim de que a PREFEITURA MUNICIPAL DE GUAÍRA DO ESTADO DE SÃO PAULO use de suas prerrogativas previstas em lei, **determinando a suspensão da licitação para avaliação técnica do edital e, no resguardo do PATRIMÔNIO PÚBLICO, seja ao final determinada a realização de ampla revisão do edital Pregão Eletrônico 29/2023 - PROCESSO nº 86/2023, inclusive e principalmente no item mencionado no corpo da presente representação.**

Alternativamente, se esse não for o entendimento de Vossa Excelência – de suspender o presente certame, que seja aceito atestados de capacidade técnica de mão de obra, conforme é o entendimento jurisprudencial, ou acervo técnico do Responsável Técnico de Nutrição, tudo por ser medida de direito e atender ao princípio da ampla competitividade e isonomia e não aderindo ao excesso de formalismo.



O encaminhamento da presente impugnação para estância superior, em caso de julgado improcedente, devidamente informados, com a reforma da decisão contrariando os aspectos e os pontos apresentados na conclusão.

Termos nos quais,
Pede e espera deferimento.

São Paulo, 24 de abril de 2023

PREDILAR SOLUÇÕES EM SERVIÇOS EIRELI

CNPJ: 04.969.084/0001-27

