

Cosmópolis, 24 de novembro de 2022.

Processo nº 94/2022

Edital Concorrência Pública nº 02/2022

Objeto: Prestação dos serviços especializados de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, através das atividades operacionais de manutenção e conservação de parques, jardins, praças, lagos, corredores centrais, vias e áreas verdes; e coleta, transporte, triagem para fins de reutilização ou compostagem e destinação final adequada dos resíduos sólidos decorrentes, de forma atender os objetivos e metas da Política Nacional de Resíduos Sólidos e do Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos do CONDESU com gestão remunerada feita pelo CONDESU.

Assunto: Impugnação

Interessado: Quirino Ferreira

Órgão de Deliberação: Comissão de Licitações do CONDESU

1. Dos pressupostos de processamento

1.1 Da (i) legitimidade para promover a impugnação

Como pressuposto para o processamento da IMPUGNAÇÃO destacamos inicialmente a legitimidade ativa para sua realização.

A impugnação foi apresentada por cidadão, assim qualificado:

QUIRINO FERREIRA, brasileiro, separado judicialmente, advogado com inscrição na OAB/SP sob o nº 154.291, inscrito no CPF/MF sob o nº 012.952.128-03, domiciliado na Avenida

Portugal, nº 1.629, conjunto 93, Brooklin, CEP: 04559-003, e-mail: quirino_ferreira@uol.com.br, cidadão regular com suas obrigações eleitorais (...)

Como fundamento legal, indica o IMPUGNANTE o **p. segundo** do art. 42, e o item 21 do Edital de Convocação, como se infere:

(...) vem tempestivamente, requerer IMPUGNAÇÃO AO EDITAL com fundamento no art. 41, **§ 2º**, da Lei Federal nº 8.666/93, e no item 21 do Edital epigrafado, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas. *(grifamos)*

Todavia, nos parece que o IMPUGNANTE não está habilitado a exercer esse mister sob a égide dos dispositivos legais e edifícios mencionados, uma vez que se trata de pessoa física, e não de licitante (pessoa jurídica) no caso.

Primeiramente destacamos o que estabelece o art. 41, p. segundo da L. 8.666/93:

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração **o licitante** que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. *(grifamos)*

Do mesmo modo, o item 21 do Edital de Convocação estabelece o seguinte:

21.1. Os interessados poderão solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar os termos do presente Edital, por irregularidade comprovada, protocolando o pedido de acordo com os prazos do artigo 41 da Lei Federal n.º 8.666/93, no endereço discriminado no subitem 1.5. deste Edital ou através do e-mail licitacoes@condesu.com.br.

21.2. Não serão reconhecidas as impugnações interpostas, quando já decorridos os respectivos prazos legais.

21.3. Acolhida a petição impugnando o ato convocatório, será designada nova data para a realização do certame.

21.4. As respostas aos questionamentos ou impugnações serão publicadas no site do CONDESU, no prazo máximo de 03 (três) dias úteis após o recebimento dos questionamentos ou impugnações.

Evidencia-se que em não sendo o IMPUGNANTE um licitante, não seria cabível a IMPUNÇÃO, fulcrada no p. segundo do art. 41 da L. 8666/93.

Todavia, como forma de dar transparência e em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas, acolhe-se o pleito com fundamento no p. primeiro do art. 41 da L. 8.666/93, que estabelece:

§ 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. Grifamos.

Assim, passamos a analisar a presente IMPUGNAÇÃO sob o fundamento do p. primeiro do art. 41, da L.8.666/93.

2. Da ausência de interesse na impugnação – inexistência do binômio utilidade-necessidade

Primeiramente, destacamos que o IMPUGNANTE, como reconhece em sua peça, já promoveu IMPUGNAÇÃO relacionada aos mesmos fatos e dispositivos do presente Edital, quando de sua primeira publicação.

Para que fique clara essa circunstância destacamos o seguinte trecho da IMPUGNAÇÃO:

A primeira versão deste Edital foi publicada em 17 de outubro de 2022, prevendo a abertura do certame para o então dia 17 de novembro de 2022.

Representando empresas licitantes que irão participar do certame, o ora Requerente procedeu à análise da primeira versão do Edital e seus anexos e constatou a presença de irregularidades que atentam contra os princípios basilares do direito público, bem como princípios e normas específicas que regem matéria, razão pela qual apresentou, tempestivamente, em 09 de novembro de 2022, impugnação ao Edital

demonstrando a irregularidade e impossibilidade de prosseguimento do certame.

Em 14 de novembro de 2022 o órgão licitante se manifestou quanto a referida impugnação dizendo que, por decisão do próprio CONDESU, algumas disposições editalícias foram modificadas (antes mesmo de encerrado o prazo para a apresentação de outras impugnações) e que o Edital foi republicado com uma nova data de abertura do certame em para o próximo 16 de dezembro de 2022, razão pela qual V.Sa, o Presidente da Comissão Especial de Licitação, entendeu que a primeira impugnação apresentada perdeu seu objeto.

Todavia, ao apreciar a nova versão do Edital e compará-lo com a versão anterior se verifica que todas as irregularidades apresentadas na impugnação original permanecem na nova versão, ora impugnada, sem qualquer alteração.

Com efeito o novo Edital apenas fez alterações: (i) no sentido de exigir e disciplinar as condições para uma visita técnica (subitem 8.1.4.5 e anexo IX), (ii) definir novo prazo de abertura e (iii) pequenas correções de ortografia. Não houve qualquer alteração na especificação técnica dos serviços que é o objeto das irregularidades apontadas.

Ou seja, nem na revisão do Edital - e muito menos na resposta à impugnação formulada, foram apreciadas as razões da impugnação ora apresentada e tampouco foram enfrentadas as irregularidades apontadas, mantendo-se nesta nova versão todos os itens que foram questionados. Deste modo, essa nova

versão do Edital também merece ser impugnada para não permitir que se perpetuem as falhas que maculam o certame e geram prejuízo aos erários municipais.

Por outro lado, a IMPUGNAÇÃO indica em seus termos finais que:

Tendo em vista o caráter prejudicial da presente impugnação, requer-se ainda, que em caso de indeferimento da presente impugnação seja a resposta seja divulgada com a antecedência mínima a 7(sete) dias úteis antes do advento da entrega das propostas, marcada para o dia **16 de novembro de 2022** para que seja dada a oportunidade de recurso administrativo e para a Corte de Contas, o que se admite apenas para argumentar.

Como se vê, a meta do IMPUGNANTE se fixa em promover junto ao TCESP um “recurso administrativo”, decorrente do resultado da presente IMPUGNAÇÃO.

Todavia, os argumentos lançados na presente IMPUGNAÇÃO foram objeto do PROCESSO: 00022338.989.22-1, Representação em sede de Exame Prévio de Edital, formalizado pelo IMPUGNANTE junto ao TCESP, cuja decisão foi a seguinte:

Analisando os mencionados expedientes, dentro do exíguo prazo possível, não me convenço da necessidade de paralisação da licitação, eis que ausentes, a meu ver, as condições indispensáveis ao procedimento, cuja natureza excepcional e de caráter sumaríssimo exige clara afronta à legislação ou à jurisprudência, conforme reiteradas decisões desta Corte, destacando, nesse sentido, que a matéria se mostra no mínimo polêmica, pois as iniciais constituem, como o próprio

autor reconhece, uma cópia de impugnação dirigida à origem, envolvendo inclusive pedido recursal se não atendida, mas cujo resultado, inicial ou final, não foi informado.

Assim, INDEFIRO os pedidos, determinando seus arquivamentos, sem julgamento de mérito.

Não obstante, deverão a Administração Municipal e o Consórcio avaliar os questionamentos feitos, e se for o caso, adotarem as providências cabíveis para cumprimento da legislação e da jurisprudência desta Corte, ficando alertada que a presente decisão não lhes aproveita por ocasião do julgamento ordinário da matéria.

Como se verifica, os argumentos repetidos pelo IMPUGNANTE não foram suficientes para que o E. TCESP se convencesse da necessidade de paralisação do certame, isto porque, o Edital possui correção técnica e lisura.

Para além, disso, o CONDESU avaliou os questionamentos realizados promovendo alterações para o aperfeiçoamento do Edital em seus aspectos formais e técnicos, cumprindo a r. determinação exarada nos autos de contas.

Desta forma, não há qualquer utilidade ou necessidade de processamento da presente IMPUGNAÇÃO, uma vez que o próprio IMPUGNANTE já obteve decisão do E. TCESP, com cumprimento pelo CONDESU daquilo que lhe competia realizar, não havendo interesse no processamento e julgamento da presente IMPUGNAÇÃO.

Nesse sentido já decidiu o C. STJ, no seguinte arresto:

PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. APELAÇÃO DO RECORRENTE PROVIDA PARA REFORMAR A SENTENÇA. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público estadual contra o ora recorrente, ex-Prefeito do Município de Matões - Maranhão, e outros, objetivando a condenação pela prática de ato ímprobo, consistente em diversas "irregularidades praticadas, apuradas em procedimento de Inquérito Civil instaurado para apurar irregularidades nos convênios números 131-CV/96 e 132-CV/96, elaborados entre o Estado do Maranhão e o Conselho Municipal de Desenvolvimento de Matões, representado na época pelo primeiro réu que também era Prefeito Municipal de Matões/MA." (fl. 909).

2. O Juiz de 1º Grau julgou parcialmente procedente o pedido.

3. O Tribunal a quo deu provimento à Apelação do ora recorrente e assim consignou: "Com efeito, tenho que o julgamento antecipado da lide inviabilizou o direito de defesa do recorrente, que ficou impossibilitado de produzir as provas necessárias à comprovação da sua tese defensiva, conforme requerido na contestação. Isso porque, segundo o apelante, não restou configurado o ato de improbidade administrativa que lhe fora imputado, já que o dolo genérico, indispensável à caracterização da conduta ímproba, sequer está presente. Nesse contexto, o

apelante afirma que "havendo dúvidas quanto ao elemento subjetivo da omissão do dever de prestar contas, cujo ônus era do Ministério Público, não se pode falar em condenação calcada no art. 11 da LIA". Desse modo, tenho que a sentença deve ser anulada para que seja oportunizada ao segundo apelante produção de prova nesse sentido. Por outro lado, a atual jurisprudência do STJ somente reconhece a prática do ato de improbidade, com base na violação do artigo 11, da Lei n.º. 8.429/92, quando há comprovação do dolo do agente, o qual não pode ser presumido, e sim comprovado em sede de instrução processual exauriente. Confira-se: (...) Ante o exposto, em desacordo com o parecer Ministerial, sou pelo não conhecimento do 1o apelo, porque deserto, e conhecimento e provimento do 2o para cassar a sentença e oportunizar ao 2o apelante o direito de produção de provas. É como voto." (fls. 1027-1030, grifo em itálico acrescentado).

4. Verifica-se que o Tribunal de origem deu provimento à Apelação do ora recorrente para cassar a sentença que julgou antecipadamente a lide. Assim, os autos devem baixar para o Juiz de primeiro grau, para o prosseguimento do feito.

5. Nesse sentido, **não existe interesse recursal, resumido no binômio utilidade-necessidade, na obtenção de provimento judicial que já foi concedido ao recorrente. Grifamos**

6. Recurso Especial não conhecido.

(REsp n. 1.687.707/MA, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/12/2017, DJe de 19/12/2017.)

Desta forma, a IMPUGNAÇÃO não encontra possibilidade de processamento.

3. Informações a título de esclarecimento

Inobstante o não processamento da IMPUGNAÇÃO em razão da inexistência de interesse processual, pela ausência do binômio utilidade-necessidade, em homenagem ao princípio da transparência, passamos a informar o que segue:

a) 3.1.1 Ausência de definições técnicas sobre o serviço de transbordo

O termo “transbordo” e suas derivações foram incluídos erroneamente na primeira versão do Edital, o que configura erro formal, o qual foi corrigido com a republicação. De todo modo, tal palavra em nada prejudicaria a formulação de proposta, tampouco agora, que foram retiradas do Termo de Referência.

b) 3.1.2 Incerteza sobre a métrica a ser considerada para cálculo dos serviços

A métrica a ser considerada para o cálculo dos serviços, conforme consta no anexo A – Planilha de Serviço e preços unitários, pág. 78, no subitem 1.1, é o metro quadrado (m²), conforme a republicação do Edital da Concorrência Pública nº 02/2022 não deixa dúvida. Tal unidade de medida, como foi abordado na impugnação em tela, **foi transcrita por extenso** no subitem 4.1.1.1, alínea “m”, pág. 55, do Termo de Referência. Devendo sempre prevalecer a grafia por extenso.

c) 3.1.3 Imprecisões na definição da quantidade de profissionais, equipamentos e funções a serem considerados para a execução dos serviços

Edital e Termo de Referência são claros quanto ao serviço a ser executado, e quanto à disponibilização de um tipo de caminhão OU de outro, vide, “01 caminhão compactador de no mínimo 15m3 com equipamento para basculamento e içamento de contêineres, ou 01 caminhão basculante”.

Além disso, a necessidade de contratação de um operador ou outra solução que entenda ser viável, é uma decisão da LICITANTE, cabendo à CONTRATANTE, somente, definir o serviço que deverá ser realizado.

Outrossim, quanto aos contêineres, estes não são mencionados justamente por não serem contemplados no presente certame, por isso não há custo associado aos contêineres, uma vez que estes já se encontram disponíveis nos municípios através de outro contrato do CONDESU (13/2022), e as dúvidas poderão ser sanadas durante a visita técnica, verificando *in loco* tais equipamentos.

Seguindo, no que se refere à composição das equipes (mão de obra e equipamentos), nota-se que é igual para todos os municípios (equipe padrão). O que varia é a quantidade de equipes, conforme dimensionado pela equipe técnica, de forma a atender a demanda solicitada por cada município, e evidenciado no item 4.1.1.2 do Edital, dado que cada município tem um quantitativo e necessidades próprias.

Por fim, quanto aos equipamentos e equipes necessários para a execução dos serviços, a utilização de um tipo de trator OU outro, também é uma decisão da LICITANTE, cabendo à CONTRATANTE apenas definir, conforme está claramente exposto, o serviço que deverá ser realizado.

d) 3.1.4 Ausência de definições basilares para a descrição dos serviços – inexecuibilidade do objeto da forma descrita

Item já explanado e respondido, conforme 3.1.3, acima.

e) Impossibilidade de subcontratação dos itens mais relevantes erroneamente mencionadas no Edital

Edital e Termo de Referência são explícitos quanto ao serviço a ser executado, e quanto aos equipamentos e equipes necessários para a execução dos serviços, inclusive quanto à definição dos itens de maior relevância, haja visto que os itens 1.3 e 1.5 serão diretamente administrados pelo CONDESU, vide que a quantidade desses serviços está na coluna de responsabilidade direta do CONDESU, e primando pela excelência na prestação destes serviços, estes não poderão ser subcontratados, conforme claramente descrito e explicado no subitem 10.2 do anexo VIII - Termo de Referência, aqui destacado. Além disso, é possível que a licitante se consorcie para conseguir prestar tais serviços junto a empresas de diferentes escopos de serviços, desde que se enquadrem no Edital.

4. Decisão

Isto posto, DECIDE a COMISSÃO DE LICITAÇÕES DO CONDESU, negar processamento à presente IMPUGNAÇÃO, tendo em vista a ausência de interesse processual do IMPUGNANTE e a ausência do binômio utilidade-necessidade, com os esclarecimentos necessários ao devido atendimento ao princípio da transparência, determinando o arquivamento do procedimento sem exame de seu mérito.


SABRINA DOS REIS CAMPOS

Presidente Substituta da Comissão de Licitação