

DECISÃO SOBRE A IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 006/2020-EMAP, APRESENTADA PELA EMPRESA NUCTECH DO BRASIL LTDA.

Trata-se de Impugnação apresentada pela empresa **VMI – SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA** ao Edital do PREGÃO ELETRÔNICO Nº 006/2020-EMAP, cujo objeto é a contratação de Empresa Especializada para Operação de equipamento de inspeção não invasiva (Scanner FS 6000) de veículos e contêineres (cargas e unidades de carga) para controle da entrada e saída de bens e mercadorias na área alfandegada do Porto do Itaqui, com tratamento e gestão dos dados e informações e armazenagem das cargas e com dedicação exclusiva de mão de obra.

I – DA 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. Desta forma, o subitem 2.1 do edital estabelece que: “2.1. Qualquer cidadão ou interessado poderá solicitar esclarecimentos ou impugnar o ato convocatório do Pregão, no prazo de até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a ocorrência do certame (...)”.

Destaca-se que, inicialmente, a data de abertura das propostas do Pregão Eletrônico nº 005/2020-EMAP estava prevista para ocorrer no dia 03 de abril de 2020, conforme publicações realizadas no DOE-MA; no sítio do Banco Brasil: www.licitacoes-e.com.br; no sítio da EMAP: www.emap.ma.gov.br e no sítio do TCE-MA. Posteriormente, a data foi adiada para 13/04/2020, em função do disposto no Decreto Estadual nº 35.667/2020 combinado com a Portaria nº 108/220-PRE/EMAP.

Dessa forma, considerando a obediência das disposições dos subitens 2.1 e 2.2 do edital, tem-se que a impugnação é tempestiva, pelo que se passa à análise de suas alegações.

Outrossim, a autoridade dispõe de 3 (três) dias úteis para responder à impugnação (item 2.1 do Edital); contudo, em vista da redução de circulação de empregados no âmbito da Empresa Maranhense de Administração Portuária, em especial daqueles enquadrados em grupos de risco, como medida de contenção da disseminação do COVID19, a referida restrição impossibilitou a resposta no prazo assinalado.

II – DAS ALEGAÇÕES

Em apertada síntese, a impugnante alega a necessidade de retificar o edital por entender que a exigência do item 13.7 do edital se mostra restritiva e em desacordo com a Lei Estadual nº 10.182/2014.

Além disso, solicita esclarecer se os documentos elencados no subitem 9.8 do edital poderão ser apresentados no momento da contratação.

Ao final requer o acolhimento da Impugnação, para fins de alteração do tópico anteriormente listado, bem como que seja esclarecido o seu questionamento.

III - DA ANÁLISE DO MÉRITO

De conhecimento da impugnação apresentada, passa-se a analisar as alegações da Impugnante:

a) Quanto à alegação de que exigência do item 13.7 do edital se mostra restritiva e em desacordo com a Lei Estadual nº 10.182/2014

Argumenta a impugnante que o texto do subitem 13.7 do edital não está em consonância com o normativo estadual, na medida que a lei prevê que ao realizar a licitação deve constar cláusula que assegure a reserva de vagas para detentos e egressos do sistema prisional e não que a empresa possua em quadro de empregados, egressos do sistema prisional. Assim, considera que a cláusula se mostra restritiva e em desacordo com a legislação.

Submetido o presente questionamento ao conhecimento da Gerência de Contratos da EMAP, setor responsável pela elaboração do instrumento convocatório, esta gerência se manifestou da seguinte forma:

*“A Lei Estadual nº. 10.182/2014 dispõe, em seu art. 3º, *ipsis litteris*:*

Art. 3º Nas licitações promovidas por órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta do Estado do Maranhão para contratação de prestação de serviços que prevejam o fornecimento de mão de obra, constará obrigatoriamente cláusula que assegure reserva de vagas para detentos e egressos do sistema penitenciário, na seguinte proporção:

(...)

§ 2º A reserva de vagas será exigida da proponente vencedora, quando da execução do contrato. (...)

A partir da interpretação literal da norma, aduz-se que o edital de convocação para a realização do certame deverá conter cláusula de obrigatoriedade de reserva de vagas para egressos do sistema prisional, que será cobrada apenas da licitante vencedora em ocasião da contratação.

Tal cláusula se espelhará no futuro contrato a ser firmado entre o vencedor e a EMAP. Em outras palavras, a empresa que tiver o intento de participar como licitante, já fica ciente que deverá obedecer à cláusula do edital que garante reserva de vagas para detentos e egressos do sistema penitenciário dentre seu corpo de empregados.

Caberá, assim, a empresa vencedora, alternativamente, quando da ocasião da formalização contratual, e não da licitação, indicar que atendeu ao requisito legal, comprovando, por meio documental que, em

- 2 -

seu quadro de funcionários consta o percentual de egressos/detentos conforme indicado na legislação ou que, no programa proposto nos termos da Lei não há mão de obra com qualificação necessária ao atendimento dos requisitos de capacidade técnica constantes no edital, o que afastaria esta obrigação legal.

Em outra toada, assiste razão ao impugnante no tocante ao fato de a norma fazer alusão à "reserva de vagas", o que é diferente do que consta do edital (13.7 Para contratar com a Empresa Maranhense de Administração Portuária -EMAP, as empresas deverão ter em seu quadro de empregados, egressos do sistema prisional, nos quantitativos previstos na Lei Estadual nº 10.182/2014).

Entretanto, não nos parece que tal divergência tenha efeito prático, uma vez que dizer que a futura contratada deve, obrigatoriamente, ter a referida reserva de vagas prevista na lei estadual, tem o mesmo sentido de afirmar que ela (a empresa) deve ter dentre seus empregados detentos e egressos do sistema penitenciário. Esta conclusão advém da interpretação finalística da norma, ao buscarmos qual era o intento do legislador estadual. Ora, do que adianta ter vagas reservadas à indivíduos que pretendemos ressocializar e não preenchê-las?

Desta forma, a Gerência de Contratos, em análise prévia, se manifesta no sentido de que a cláusula constante do edital que fora impugnada, referente a obrigatoriedade de as empresas terem, em seu quadro de empregados, egressos do sistema prisional, QUANDO DA CONTRATAÇÃO está em consonância com a interpretação finalística do art. 3º, da Lei Estadual nº. 10.182/2014." (grifo nosso)

Desta forma, com base na manifestação do setor competente, não assiste razão ao questionamento da impugnante.

b) Quanto ao questionamento se os documentos elencados no subitem 9.8 do edital poderão ser apresentados no momento da contratação

Em sua peça impugnatória, a impugnante solicita esclarecer se os documentos elencados no subitem 9.8 do edital, referentes aos profissionais que serão utilizados na operação, poderão ser apresentado no momento da contratação tendo em vista que será necessário contratar os profissionais para a fiel execução do objeto e apenas neste momento teremos os documentos dos mesmos.

Mais uma vez recorreu-se à Gerência de Contratos da EMAP, a qual informou que:

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que a comprovação da qualificação técnico-operacional consiste na demonstração de aptidão, pela empresa proponente, para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, indicação das instalações, do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e

disponíveis para a realização do objeto da licitação. E a capacidade técnico-profissional tem por finalidade comprovar se as empresas participantes do certame dispõem, para a execução do contrato, de profissional reconhecido pela entidade de classe competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de objeto similar ao licitado, limitado às parcelas de maior relevância e valor significativo expressamente previstas no instrumento convocatório.

O Tribunal de Contas da união – TCU, fez distinção muito importante entre as duas capacidades técnicas, apontando de maneira objetiva suas diferenças e finalidades:

A qualificação técnica abrange tanto a experiência empresarial quanto a experiência dos profissionais que irão executar o serviço. A primeira seria a capacidade técnico-operacional, abrangendo atributos próprios da empresa, desenvolvidos a partir do desempenho da atividade empresarial com a conjugação de diferentes fatores econômicos e de uma pluralidade de pessoas. A segunda é denominada capacidade técnico-profissional, referindo-se a existência de profissionais com acervo técnico compatível com a obra ou serviço de engenharia a ser licitado. (ACÓRDÃO TCU 1.332,2006)

Pois bem, no que se refere ao atestado de capacidade técnico-profissional, é bem verdade o entendimento de que este trata de questões estritamente profissionais e está intrinsecamente ligado à pessoa do profissional e não da empresa.

Apesar de a lei expressamente autorizar que a empresa possua determinado profissional em seu quadro permanente já na entrega da proposta, o TCU vem mitigando essa possibilidade. Entende a Corte de Contas que não cabe à Administração exigir o vínculo celetista, pois ele pode ser um prestador de serviços que esteja disponível para executar serviços em favor da empresa. Ademais, impõe-se ao licitante um ônus muito grande sem que ele sequer saiba se será efetivamente contratado, o que pode restringir a competição do certame. Nesse sentido, decidiu o TCU (BRASIL, TCU, 2010a):

“Determinação à FIOCRUZ para que, nos certames, abstenha-se de exigir que as empresas licitantes tenham, em seu quadro permanente, determinados profissionais, pois a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de reconhecer que o funcionário apontado a atender às exigências de qualificação técnico-profissional possa ser vinculado à empresa por meio de contrato de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum, sem, necessariamente, possuir vínculo trabalhista com a empresa licitante, cf. Acórdãos nºs 2.297/2005-P, 361/2006-P, 291/2007-P, 597/2007-P, 1.110/2007-P, 1.901/2007-P e 2.382/2008-P. (Grifo nosso)”

Dessa forma, este vínculo não precisa ser algo concreto quando na habilitação, mas apenas ser comprovado nesta fase licitatória. Neste sentido, vejamos novamente a jurisprudência da Corte de Contas da União:

Acórdão nº 2.299/2011 – Plenário, TCU.

“Voto [...]”

11. A Secex/GO considerou que a obrigatoriedade de a licitante possuir atestado em nome de engenheiro que ainda integrasse seu corpo funcional para que pudesse se habilitar não é exigida pela Lei de Licitações, ferindo assim as disposições do art. 30 da citada lei. Decisões do Tribunal asseveram que solicitação de comprovação de vínculo permanente seria desnecessária, sendo bastante a comprovação de disponibilidade para execução dos serviços, caso a empresa venha a sagrar-se vencedora no certame (Acórdão 33/2011 – Plenário).” (grifamos)

Exemplificando como essa comprovação de vinculação futura entre licitante e responsável técnico pode ocorrer, o TCU já exarou que a Administração Pública deveria “admitir a apresentação de cópia da carteira de trabalho (CTPS) em que conste o licitante como contratante, do contrato social do licitante em que conste o profissional como sócio, do contrato de trabalho ou, ainda, de declaração de contratação futura do profissional detentor do atestado apresentado, desde que acompanhada de declaração de anuência do profissional”. (Acórdão nº 498/2013 – Plenário, TCU – grifamos)

Resumindo, enquanto a mão de obra pertinente à capacidade técnico-operacional de uma empresa tem a sua comprovação demandada apenas na etapa contratual, o vínculo entre particular e responsável técnico deverá ser comprovado na habilitação, porém, abrindo-se a possibilidade para que aquele seja concretizado na fase de execução do objeto.

Portanto, para fins de qualificação técnica-profissional basta que as licitantes comprovem que dispõem, na data de apresentação das propostas, de responsável técnico devidamente habilitado, podendo o vínculo entre eles (empresa e profissional) ser de cunho trabalhista, societário ou mediante contrato de prestação de serviços.

Dessa forma, mantém-se a exigência contida no item 3.2.12 no certame, pois havendo condenação da EMAP de forma solidária ou subsidiária em débitos de qualquer natureza, esta promoverá a devida execução, que decerto impactará na execução do contrato a ser formalizado.

Por fim, entendemos que um dos princípios da licitação é a garantia da ampla concorrência, entretanto, tal princípio não pode ser tomado

isoladamente, antes, deve ser interpretado e sopesado conjuntamente com outros importantes princípios, tais como a razoabilidade, proporcionalidade e eficiência nas contratações. Sendo assim, não há que se falar em ilegalidade ou alegação da existência de cláusula restritiva, mas apenas o primado pela melhor proposta e, conseqüente contratação que garanta o atendimento do Interesse Público.

Desse modo, em consonância com a manifestação da Gerência de Compras e Contratos, razão não assiste ao Requerente, eis que o Tribunal de Contas da União admite que a comprovação do vínculo profissional do responsável técnico com a licitante seja demonstrada com a apresentação de cópia da carteira de trabalho (CTPS), do contrato social do licitante, do contrato de prestação de serviço ou, ainda, de declaração de contratação futura do profissional detentor do atestado apresentado, desde que acompanhada da anuência deste (a exemplo do Acórdão 1.446/2015-Plenário).

IV – DA DECISÃO DO PREGOEIRO

Diante do exposto, por via de consequência, CONHECE-SE do presente recurso de impugnação, para no mérito julgá-lo **IMPROCEDENTE** em seus termos a impugnação apresentada pela empresa **VMI – SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA.**

São Luís-MA, 08 de abril de 2020.

CAROLINE SANTOS MARANHÃO
CSL/ EMAP