

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO MUNICÍPIO DE SANTO
ÂNGELO/RS – DEPARTAMENTO DE COMPRAS E PATRIMÔNIO

Pregão Eletrônico nº 77/2024

A FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISA E ESTUDO DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM (“FIDI”), pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, devidamente cadastrada no CNPJ/MF nº 55.401.178/0001-36 e com sede à Av. Paulista, 302 – 5º andar – Bela Vista, São Paulo/SP – CEP: 01310-000, por seu representante legal o **Sr. Fernando Franchi Vocci**, inscrito regularmente no CPF nº 312.675.928-93, vem, respeitosamente, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 77/2024

Em especial ao item 8.1.3 “Qualificação Técnica” do Edital conforme fatos e fundamentos a seguir.

I Da tempestividade

1. Considerando o Art. 164¹ da nova Lei de Licitações nº 14.133/2021 e o Item 16 do Edital, que dispõem sobre o prazo para o recebimento de pedidos de esclarecimento e **IMPUGNAÇÃO** ao Edital em “até 3 (três) dias úteis antes da data da sessão pública de abertura do certame”, sendo esta designada para o dia 24/09/2024, a apresentação desta **IMPUGNAÇÃO** é tempestiva ao ser apresentada até o dia 19/09/2024.

II Breve contexto

2. Cuida-se do certame para a contratação de empresa especializada para prestação de serviços contínuos de emissão de laudos de RX à distância, em conformidade com a descrição completa do serviços constante no Termo de Referência e seus anexos, que são partes integrantes do Edital do Pregão 77/2024 e da Responsabilidade Técnica do equipamento do cliente RAIO X UPA.
3. A impugnante possui expertise na área alvo da contratação e pretende formular proposta para a competição. No entanto, deparou-se com potenciais irregularidades no Edital, tendentes a cercear a sua competitividade e frustrar a isonomia do Pregão Eletrônico.
4. A persistência de tais ilegalidades traz prejuízo à própria Administração contratante, afinal, as indevidas restrições a concorrência certamente reduzirão a competição pelo contrato, resultando numa contratação a preços mais elevados.
5. Como será exposto adiante, o Edital carece de reformulação em parte do Item 8.1.3 (Qualificação Técnica), devido a abusividade na exigência da habilitação técnica, condição

¹ Art. 164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame,

que restringe a competitividade do certame. Confia-se, portanto, no acolhimento da presente Impugnação para que sejam retificadas as disposições analisadas.

III Das razões que ensejam a reforma do Edital do Pregão Eletrônico Nº 77/2024

6. De pronto, antes de passarmos à impugnação de cada um dos itens do instrumento convocatório nos quais se verificou algum vício ou inconsistência, é necessário relembrar o poder de autotutela dotado à administração pública para controle e correção de seus próprios atos – detendo o poder dever de anulá-los quando ilegais ou revogá-los quando inconvenientes ou inoportunos.
7. Neste diapasão, erguem-se as súmulas 346 e 473 do C. Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Súmula nº 346/STF: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula nº 473/STF: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

8. Ainda, a autotutela administrativa também está normatizada na Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99), em seu art. 53, o qual dispõe que “a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.
9. Nesta medida, a autotutela se impõe à Administração como um poder-dever de rever os seus atos, realizando o controle de legalidade destes, o que pode ser feito independentemente de provação externa.
10. No presente caso, restou verificado que o instrumento convocatório ora impugnado contém disposições marcadas pela ausência de clareza e objetividade, bem como exigências restritivas à participação de potenciais interessados no presente certame – o que por óbvio enseja a suspensão do Pregão para fins de retificação das referidas regras editalícias, sob pena de violação dos princípios constitucionais da isonomia, competitividade, vantajosidade e

economicidade (os quais devem ser observados em procedimentos desta natureza). É o que passa a expor:

IV Da abusividade do item “8.1.3” do edital, qualificação técnica – Da restrição à competitividade do certame

11. Conforme depreende-se das exigências do item “8.1.3” do edital (qualificação técnica), deverá ser apresentado pelos proponentes, para fins de habilitação técnica, relação nominal dos profissionais que compõem a equipe técnica que realizarão os laudos ofertados, bem como a comprovação de qualificação de especialista:

“8.1.3 – [...] quanto a qualificação técnica [...]:

- Relação dos profissionais médicos com as respectivas carteiras de registro no conselho profissional constando o registro de qualificação de especialista/RQE em radiologia e diagnóstico por imagem que irão desempenhar as atividades do objeto deste credenciamento;
- Título de especialista em radiologia e diagnóstico por imagem, emitido pelo Colégio Brasileiro de Radiologia ou Título de especialista com residência reconhecida pelo MEC com registro no conselho regional de medicina dos profissionais médicos do prestador que irá desempenhar as atividades objetos desta contratação.”

12. Ocorre que as exigências acima, retiram, completamente, o caráter competitivo do certame, podendo levantar, inclusive, suspeitas de direcionamento da licitação.

13. Pretende o município de Santo Ângelo realizar a contratação de serviços de saúde que serão prestados por profissionais, ou seja, contratação eminentemente de mão de obra especializada, impróprio que se exija do participante **a contratualização prévia** com os profissionais que irão executar o objeto, ou seja, que se perfectibilize antecipadamente vínculo jurídico, celetista ou autônomo, com os indivíduos que serão colocados à disposição

da CONTRATANTE. Haja vista que ser declarado vencedor do certame não significa a efetivação da contratação. Esta, será efetiva somente após a assinatura do contrato.

14. Ora, seria como exigir que a empresa de construção civil, por exemplo, além de informar o seu engenheiro responsável técnico junto ao CREA, já informasse também, a lista de todos os profissionais que irão participar da execução das obras (arquitetos, desenhistas, pedreiros pintores e demais especialistas).
15. As exigências a título de habilitação consignadas nos instrumentos convocatórios devem se limitar apenas às estritamente necessárias a garantir a adequada execução do objeto, ante regra imposta pela Constituição Federal:

“Art. 37

[...]

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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

16. Conforme se observam, nos termos da Lei Federal 14.133/21, a avaliação da capacidade técnica dos licitantes (a aptidão para executar objeto similar ao licitado) deve se dar sob duas perspectivas distintas: (i) qualificação técnico-profissional; e (ii) qualificação técnico-operacional; ambas previstas no art. 67 da Lei 14.133/21.

17. Oportuno, os ensinamentos de Jessé Torres Pereira Júnior:

“A qualificação técnica da pessoa jurídica resulta do conjunto de recursos organizacionais e humanos. Tanto que o inciso II do art. 30 (ainda da Lei 8.666/93 e que pode ser aplicado também ao art. 67 da Lei 14.133/21) cuida, em sua primeira parte, de elementos organizacionais, deixando para a segunda parte a referência ao pessoal técnico. Este, sem estrutura empresarial apta a produzir insumos e apoios, na medida e no tempo certos, não logra execução adequada. Por conseguinte, o edital pode e deve estabelecer as exigências, por meio de atestados, que sejam suficientes para que a comissão julgadora verifique se cada licitante dispõe daquele conjunto de recursos, sob pena de inabilitação. As restrições lançadas na parte final do inciso I do § 1º referem-se à experiência passada dos profissionais, pessoas físicas e, não da empresa, pessoa jurídica”. (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários a lei de licitações e contratações da administração pública. 7. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 390)

18. 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 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.

19. De acordo com Marçal Justen Filho:

“A qualificação técnica operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participou anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública.

[...]

Por outro lado, utiliza-se a expressão “qualificação técnico profissional” para indicar a existência, nos quadros (permanente) dá uma empresa, de profissionais em cujo acervo técnico constasse a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela Administração. A questão da qualificação técnico profissional somente pode ser compreendida em face de obras e serviços de engenharia. É que a legislação regula a profissão subordinada a realização de qualquer obra ou serviço de engenharia a um controle específico em face dos órgãos de classe (CREA). Esse controle envolve a participação e a responsabilidade técnica de um profissional (pessoa física) regularmente inscrito em face do CREA. Veja-se que o profissional que é indicado como “responsável técnico” não é, na quase totalidade dos casos, parte da relação jurídica contratual. A obra ou serviço de engenharia é contratada com uma certa pessoa jurídica. A responsabilidade técnica é de uma pessoa física – que pode ser sócia, empregada ou contratada pela empresa que participa da contratação para execução de obra ou serviço de engenharia.

Em síntese, a qualificação técnica operacional é um requisito referente à empresa que pretende executar a obra ou serviços licitados. Já a qualificação técnica profissional é requisito referente às pessoas físicas que prestam serviços à empresa licitante (ou contratada pela Administração Pública)” (grifou-se) (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.693-694)

20. Portanto, para fins de qualificação técnica-profissional basta que as licitantes comprovem que dispõem, na data da apresentação das propostas, de responsável técnico devidamente habilitado, podendo o vínculo entre eles (empresa e profissional) ser de cunho trabalhista, societário ou mediante apresentação de contrato de prestação de serviços.
21. Nessa linha, tem-se que é viável que a Administração defina no instrumento convocatório a composição mínima da equipe técnica que julgar necessária para a satisfatória execução do objeto bem como o perfil dos profissionais que a integram (desde que pautada em justificativa adequada e suficiente), sendo que na fase de habilitação o licitante **apenas**

precisará apresentar uma declaração de disponibilidade dessa equipe, sem ser necessária a relação nominal dos integrantes ou qualquer outra espécie de comprovação (que de forma automática, gera vínculo entre a licitante e o profissional) a qual será exigida após a adjudicação, como condição contratual, e que se descumprida sujeitará o particular às sanções cabíveis em face de sua inadimplência.

22. Assim leciona Rolf Dieter Oskar Friedrich Braunet, em sua obra:

“Pode ser fixado como requisito, no instrumento convocatório, que o proponente deverá comprovar a existência de disponibilidade de máquinas e equipamentos, assim como de pessoal técnico apto à execução da obra ou serviço de engenharia. Neste caso, o proponente deverá apresentar uma relação de máquinas, equipamentos e de pessoal técnico especializado, declarando formalmente e expressamente a sua disponibilidade. Deve ficar bem claro que esta declaração obriga a proponente, se for contratado, a disponibilizar os bens e pessoal no canteiro de obras ou no local onde será executada a obra ou serviço. Não é permitida a exigência de que os bens arrolados sejam de propriedade do proponente. É indispensável considerar que é absolutamente vedado impor ao proponente a locação prévia das máquinas e equipamentos ou outros bens necessários para a execução da obra ou serviço de engenharia, ...” (BRAUNERT, Rolf Dieter Oskar Friedrich. Como licitar obras e serviços de engenharia. 3 Ed. Ver. Atual. E ampl. Curitiba: Editora JML, 2014, pág. 117)

23. Dessa forma, ainda que a Administração possa, em face de justificativa técnica, definir composição mínima da equipe técnica responsável pela execução do serviço, não é válido exigir que as licitantes apresentem relação nominal de membros que compõem essa equipe, nem que comprovem vínculo profissional entre eles, bastando, na fase de habilitação, a apresentação de declaração formal do próprio licitante de que disporá, caso **contratada**, do pessoal técnico adequado para atender as condições do edital e executar regularmente o objeto.

24. Destarte, será a partir da assinatura do contrato e durante a execução dos serviços que a Administração deverá verificar, por intermédio de competente e escoreita fiscalização, se a empresa contratada cumpre com as obrigações contratuais assumidas (que se vinculam aos termos do edital e da proposta vencedora), o que inclui, então, a disponibilização de pessoal técnico exigido para a execução do objeto sob pena de inadimplemento e aplicação das sanções cabíveis.
25. Em julgado, o Tribunal de Contas da União – TCU entendeu que exigir termo de compromisso dos profissionais que integram a equipe técnica restringe a competitividade, porquanto é uma forma de já obrigar a empresa licitante a formalizar o vínculo com os profissionais, sem saber se será vencedora do certame:

“10. Restrição da competitividade do certame ante a exigência de comprovação de profissionais aptos a prestar os serviços licitados por meio de apresentação de termo de compromisso desses profissionais com a empresa licitante.

Alegam os recorrentes que a exigência de apresentação de termo de compromisso firmado por profissionais aptos a prestarem os serviços licitados não impõe qualquer ônus às licitantes antes da contratação, pois não se exigiu o vínculo empregatício, prática vedada pela jurisprudência desta Corte, e está de acordo com práticas usuais no mercado.

Análise.

Tais argumentos também já foram analisados e considerados insuficientes para afastar a irregularidade em exame quando da instrução que deu origem à medida cautelar de suspensão do curso da licitação (peça 28), tendo o Relator a quo assim se manifestado na proposta de deliberação que negou provimento ao agravo (peça 44):

43. Em que pese não exigir formalmente o vínculo empregatício contratual como alegado pelos recorrentes, tal exigência **impõe, efetivamente, ônus ao licitante**, uma vez que precisará não apenas indicar o profissional, como também obter dele compromisso de composição de equipe técnica que fará os trabalhos objeto do contrato, situação que, na prática, impõe ao licitante o estabelecimento de vínculo com o profissional indicado.

A exigência **impõe ônus antecipado** sem a correspondente garantia de que o participante venha a ser o vencedor do certame, o que pode afastar inúmeros interessados.

Ademais, para que os recorrentes não fiquem à mercê de maus licitantes e tenham maior garantia acerca do pessoal da contratada, cabe a eles disporem, no edital e, sobretudo, no contrato que vier a ser celebrado, sobre as condições dos profissionais necessários à realização dos serviços e até a possibilidade, nos casos mais extremos, de a contratada ser declarada inidônea para contratar com a Administração Pública Federal.

10.5. Assim, a questão foi corretamente enfrentada pelo Tribunal na fase processual anterior:

[...]

5.No tocante à frustração do caráter competitivo do certame devido à adoção do peso 7 para nota técnica e 3 para o preço, os recorrentes inovam em relação aos argumentos apresentados na fase processual anterior devidamente analisados e refutados pelo Tribunal. O mesmo ocorre com relação à existência de apresentação de termo de compromisso de profissionais aptos a prestar os serviços licitados, **considera imprópria pelo Tribunal**” (grifou-se) (TCU – Acórdão nº 2660/2014 do Plenário.)

26. A exigência admitida nesse caso, é àquela já prevista também no item 8.1.3 do Edital, qual seja, a designação de Responsável Técnico.
27. Depreende-se da exigência ora impugnada, que se está privilegiando determinado participante que eventualmente já possua equipe técnica contratada, porém ociosa, ou o atual contratado, pois estes serão os únicos em condições de cumprir com essa exigência, sem que venha acarretar-lhe prejuízos financeiros posteriores na hipótese de sua adjudicação do objeto, ou seja, já possui esses profissionais contratados independente do resultado da licitação.

28. Portanto, é inaceitável a permanência dessas exigências, pois retiram completamente o caráter competitivo da licitação.

29. A avaliação da capacidade técnica para o cumprimento das obrigações contratuais, não se dá pela análise curricular dos eventuais profissionais que serão colocados à disposição da CONTRATANTE, mas sim pela exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica, nos termos do art. 67, incisos I, II e III da Lei Federal 14.133/21, que assim dispõem:

“Art. 67 – A documentação relativa à qualificação técnico-profissional será restrita a:

- I- Apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;
- II- Certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;
- III- indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;”

30. Veja, que a exigência legal é relativa à equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos, no caso o médico responsável técnico – RT e não todos os profissionais que irão executar a prestação dos serviços.

31. Assim sendo, resta evidente a inexistência de justificativa plausível para a exigência constante no item 8.1.3 do Edital, sendo certo que a mesma está maculando a legalidade do certame – razão pela qual deve ser extirpada do instrumento convocatório, ou, alternativamente, **ter a sua redação modificada para que os interessados apresentem declaração formal**, assumindo que disporão de equipe técnica qualificada caso vencedores e para execução do contrato apresentará lista nominal de cada membro da equipe, juntamente

com a comprovação de vínculo empregatício, registro no conselho de classe e comprovação de título de especialista.

V Dos Pedidos

32. Ante o exposto, pede-se, respeitosamente:

- (i) A reelaboração do 8.1.4 Edital, para que as **empresas apresentem declaração de que, se contratadas, fornecerão a lista nominal dos profissionais e toda a documentação comprobatória de suas especialidades e vínculo com a empresa, visando assim, a participação do maior número de interessados no certame.**

Termos em que, pede e espera deferimento.

São Paulo, 16 de setembro de 2024.

FERNANDO FRANCHI
VOCCI:31267592893

Assinado de forma digital
por FERNANDO FRANCHI
VOCCI:31267592893
Dados: 2024.09.16
14:26:35 -03'00'

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISA E ESTUDO DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM
FERNANDO FRANCHI VOCCI – CPF Nº 312.675.928-93
ANALISTA SR. DE LICITAÇÕES
PROCURADOR

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE
PESQUISA E ESTUDO DE
DIAGNO:55401178000136

Assinado de forma digital por
FUNDACAO INSTITUTO DE
PESQUISA E ESTUDO DE
DIAGNO:55401178000136
Dados: 2024.09.16 14:26:51 -03'00'