

CONSTRUTORA BRANGER

SR. DIRETOR DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO MUNICÍPIO DE RIO DAS ANTAS-SC

Referência: Edital de TP n.º 0007/2023 – PMRA

Objeto. Contratação de empresa especializada por EMPREITADA GLOBAL (Material e Mão de Obra), para execução de OBRA DE PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA EM C.B.U.Q, sobre pedras poliédricas com 7.975,73 m² da Rua XV de Novembro, Gramados, no Município de Rio das Antas/SC.

CONSTRUTORA BRANGER EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob n.º 34.448.864/0001-92, representada pelo sócio-administrador DIEFERSON BRANGER, brasileiro, engenheiro, inscrito no CPF sob n.º 008.974.49-32, com sede na rua Jorge Neves Vieira, n.º 125, bairro São Luiz, na cidade de Lages-SC, vem perante Vossa Senhoria, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao Edital de Tomada de Preços n.º 007/2023 - PMRA, nos seguintes termos:

I – DA TEMPESTIVIDADE

A Lei n.º 8.666/93, intitulada como Lei de Licitações, estabeleceu no art. 41 a possibilidade de licitantes apresentarem impugnação ao certame, bem como ficou o prazo para tanto, senão vejamos:

Art. 41. <Omissis.>

(...)

§ 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.

Como visto, o prazo para impugnar a Tomada de Preços objeto do presente é de dois dias úteis, considerando a data da realização da sessão de julgamento.

No caso em apreço, a licitação está agendada para o dia 10/11/2023, ou seja, o prazo limite para apresentação de impugnação é 08/11/2023, sendo a presente, portanto, tempestiva.

II – DA IMPUGNAÇÃO PROPRIAMENTE DITA

A empresa requerente, interessada em participar do certame em epígrafe, com a *maxima venia*, identificou que o edital apresenta exigência ilegal e restritiva prevista no “**item 5.1, letra N e N.1**”, afrontando, pois, a Lei n.º 8.666/93, bem como o entendimento pacífico do Tribunal de Contas de Santa Catarina, conforme passa-se a expor.

CONSTRUTORA BRANGER

Colhe-se do edital:

N) - LAO - LICENÇA AMBIENTAL DE OPERAÇÃO, emitida pelo instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA), ou órgão equivalente em outro Estado do Local do estabelecimento, com prazo de Validade vigente, ONDE FOR PREPARADO E PRODUZIDO O MATERIAL PARA A REALIZAÇÃO DA OBRA DE PAVIMENTAÇÃO. Em caso de utilização de usina móvel, além da licença ambiental da usina móvel, deverá apresentar licença do local onde a mesma será instalada para a produção do C.B.U.Q.

N.1) – No caso de aquisição de materiais pétreos de TERCEIROS, a licitante deverá apresentar as LICENÇAS SOLICITADAS ACIMA, DESTE TERCEIRO, juntamente com a declaração de comprometimento de fornecimento dos materiais, constando os quantitativos, conforme a planilha de orçamento e assinada pelo titular da empresa ou seu representante.

Conforme se verifica, a Administração exigiu dos licitantes, como requisito de habilitação, a apresentação de Licença Ambiental de Operação - LAO. Todavia talç exigência alem de não constar no rol **taxativo** do art. 30, da Lei n.º 8.666/93, também limita de forma excessiva a competitividade.

Pois bem.

Cumpre destacar que as exigências de qualificação técnica são restritas ao rol previsto no art. 30 da Lei n.º 8.666/93, ou seja, a administração não pode exigir além dos documentos lá previstos. A respeito de tal questão, a jurisprudência do TCU assim direciona:

"a jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o art. 30 da Lei 8.666/1993, **ao utilizar a expressão "limitar-se-á", elenca de forma exaustiva todos os documentos que podem ser exigidos para habilitar tecnicamente um licitante** (v.g. Decisão 739/2001 - Plenário; Acórdão 597/2007 - Plenário)

Destarte, ao exigir documento não previsto em lei para fins de habilitação, a Administração está inovando no cenário jurídico, o que á absolutamente ILEGAL.

Ressalta-se, ademais, **que a exigência editalícia também é ilegal por outro fator, qual seja, porque restringe de forma indevida a competitividade**. Aliás, em caso idêntico, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, ao analisar um certame do Município de Iraceminha, assim se manifestou:

[...] exigência na Tomada de Preços n. 12/2021, **de apresentação da Licença Ambiental de Operação da usina de asfalto como documento para a qualificação técnica, em desacordo com o art. 30, parágrafo 6º, da Lei (federal) n.º 8.666/1993, de forma a tornar a licitação restritiva à competitividade, ou até mesmo, direcionada a empresa detentora de tal documento já na fase de licitação, prática proibida pelo art. 3º, parágrafo 1º, inciso I, da Lei (federal) n. 8.666/1993, ensejadora de aplicação de multa e/ou imputação de débito**, de acordo com arts. 15, 21 e 68 a 70 da Lei Complementar Estadual n.º 202/2000. (Relatório DLC. Processo n.º REP21/00595754. Relatora Sabrina Nunes locken).

E, do corpo da decisão:

CONSTRUTORA BRANGER

Conforme já destaquei na Decisão Singular (fls. 198/199), no caso de licitação para pavimentação asfáltica, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) tem considerado irregular a presença de cláusula editalícia que torne obrigatória, já na fase de habilitação, que a empresa licitante possua usina de asfalto instalada, ou, em caso negativo, que apresente declarações de terceiros detentores de usina¹. Isso porque, nesse tipo de licitação, há uma mobilidade das usinas de asfaltos entre locais de execução da obra, de modo que a licença de operação é solicitada após a definição do local. Processo n.º REP21/00595754. Relatora Sabrina Nunes locken).

Destaca-se, por oportuno, que em licitações cujo objeto é a pavimentação, como é o caso presente, o entendimento do TCU e do TCE/SC é sedimentado no sentido de que a exigência da LAO para fins de habilitação é manifestamente ILEGAL. Uma explicação dessa especificidade foi apresentada por Campelo e Cavalcante (2018)² :

De outro modo, a legislação ambiental regra que as atividades potencialmente poluidoras, nos termos da Lei nº 9.605/98 e da Resolução-Conama nº 237, só podem ser iniciadas após a emissão da respectiva licença de operação.

Dito isso, dedicamos este tópico ao caso mais frequente de exigência ilegal desta natureza na construção civil: a disponibilidade de usina de asfalto para a execução da obra, acompanhada da respectiva licença ambiental. Tal exigência seria a prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, tal qual admite o inciso IV, do art. 30 da Lei nº 8.666/93.

No caso de os licitantes não dispuserem de usina própria, é comum a obrigar que os concorrentes que apresentem "Termo de compromisso de fornecimento de CBUQ - Concreto Betuminoso Usinado à Quente", firmado pela concorrente com a usina fornecedora, acompanhada, também, da respectiva Licença de Operação fornecida pelo órgão ambiental competente.

Apesar de o TCU admitir a necessidade de apresentação de licenças ambientais como requisito de habilitação, o caso das usinas de **CBUQ**, em vista das características próprias dos contratos que utilizam esse insumo, contam com juízo jurisprudencial distinto no Tribunal de Contas da União.

Sugerimos o seguinte caso hipotético: uma licitante, de outro Estado, tem usina própria e comprova estar habilitada a executar toda a quantidade de CBUQ definida no edital para comprovação da capacidade técnico-operacional em determinada obra rodoviária, com base em outro contrato semelhante. **Essa empresa, caso vencesse a licitação, teria de mobilizar a sua usina até o local de execução da obra. Com base nos requisitos da licença ambiental prévia e de instalação, montaria sua central e, daí sim, solicitaria a licença de operação ao órgão ambiental competente. Tal procedimento é recorrente.**

Jamais essa concorrente, mesmo antes de montar a sua usina, disporia da licença de operação. Como obter a licença se a usina ainda não existe?

¹ Acórdão n. 1339/2010-TCU-Plenário; Acórdão n. 800/2008 - TCU-Plenário.

² CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Obras Públicas: Comentários à Jurisprudência do Tribunal de Contas da União. 4ª Edição, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2018, p. 379-381.

CONSTRUTORA BRANGER

Só disporiam de usina, devidamente instalada e licenciada, as empresas que estivessem com alguma obra em execução no Estado.

Nesse caso, mesmo tendo comprovado serem capazes de executar o CBUQ nas quantidades exigidas, as empresas que não tenham base próxima serão obrigadas a apresentar termos de compromisso com outras usinas da região. Pergunta-se, quantas usinas de asfalto existem em locais próximos às obras executadas (mesmo em grandes capitais) em condições de fornecer CBUQ em distâncias economicamente viáveis para permitir a oferta de um bom preço à contratada. **Mesmo tendo comprovado a capacidade de executar o objeto em usina própria, a empresa seria refém da vontade e do preço de outrem (que já pode ter acordado contrato de exclusividade com outra licitante ou mesmo ser membro de consórcio distinto). Trata-se de cláusula com fortíssimo viés discriminatório.**

A comprovação da garantia do fornecimento é plenamente aferida pelos atestados de capacidade técnico-operacional. Se uma empresa comprovou ter executado o CBUQ, nas condições e quantidades semelhantes em outras obras, é claro que demonstrou ser apta em fazê-lo novamente, inclusive no que se refere às normas ambientais. Exigir a licença operacional para empresa sem sede ou obra no Estado, visto que ainda não possui usina instalada (apesar de demonstrar que tem condições de instalá-la) é estabelecer condição praticamente impossível. Neste caso, a ausência do licenciamento operacional da Usina de CBUQ não é prova de incapacidade técnica e não pode ser motivo de desqualificação de nenhum licitante, tal qual prevê o texto constitucional (art. 37, inciso XXI da Constituição Federal).

E não se argumente que a exigência é a única alternativa viável para possibilitar a adequada fiscalização ambiental da obra. Muitas outras medidas mitigadoras ambientais terão de ser fiscalizadas no decorrer do empreendimento, como a devida reconformação e revegetação das caixas de empréstimo e jazidas, os bota-foras e a regularização das pedreiras e areais, só para citar algumas. O adequado licenciamento da usina de CBUQ é apenas mais uma delas. (grifo nosso).

Ainda na mesma decisão, assim concluiu a Exma. Relatora:

Nesse contexto, em que pese a preocupação do Responsável com a preservação ambiental, acompanho o posicionamento da DLC e do Ministério Público de Contas (MPC) pela irregularidade da exigência de apresentação da Licença Ambiental Operacional (LAO) da usina de asfalto para a qualificação técnica dos proponentes, uma vez que vai de encontro ao art. 30, parágrafo 6º, da Lei (federal) n. 8666/93, de forma a tornar a licitação restritiva à competitividade, ou até mesmo direcionada à empresa detentora de tal documento já na fase de licitação, prática proibida pelo art. 3º, parágrafo 1º, inciso I, da Lei (federal) n. 8.666/1993.

Portanto, resta evidenciado no presente caso que a exigência de Licença Ambiental de Operação, prevista no item 5.1, letra "N" e "N.1", é ILEGAL, pois apresenta condição restritiva de competitividade, ferindo art. 3º, parágrafo 1º, inciso I, da Lei (federal) n. 8.666/1993, bem como o Princípio da Competitividade e a busca da proposta mais vantajosa para a Administração.

CONSTRUTORA BRANGER

III – DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, a empresa CONSTRUTORA BRANGER requer o recebimento da presente IMPUGNAÇÃO, para que sejam promovidas as correções necessárias no edital, notadamente a exclusão das exigências previstas no item 5.1, letras "N" e "N.1", pois ilegais, sob pena de nulidade do certame.

No caso de INDEFERIMENTO, desde já se REQUER a disponibilização de cópia integral do procedimento licitatório, para envio aos Órgãos de Fiscalização externa, diante das ILEGALIDADES verificadas.

Termos em que pede deferimento.

Lages, 08 de novembro de 2023.

DIEFERSON

BRANGER:008974

49932

Assinado de forma digital por
DIEFERSON BRANGER:00897449932
Dados: 2023.11.08 11:19:09 -03'00'

DIEFERSON BRANGER

Sócio-Administrador

VINICIUS BRANDALISE

ADVOGADO OAB/SC 28.601

PROCOLO EM 08/11/23 SOB
O N° 1782/23
HORA: 14:57
N° PÁG.: 05
NA PREF. MUN. DE RIO DAS ANTAS - SC
Ass. do Encarregado