

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA PREFEITURA DA ESTÂNCIA
TURÍSTICA DE ITU – DEPARTAMENTO CENTRAL DE COMPRAS**

Pregão Eletrônico nº 63/2024 – Edital Nº 81/2024

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, po 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 63/2024

Em especial ao item “9.2.8 letra “c”” 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 os Itens 2.5 a 2.9 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 26/06/2024, a apresentação desta IMPUGNAÇÃO é tempestiva ao ser apresentada até o dia 21/06/2024.

II Breve contexto

2. Cuida-se do certame para a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de saúde especializados na emissão de laudos radiológicos à distância, compreendendo a gestão das imagens/laudos, interpretação, diagnóstico e emissão de laudos de imagens de raio-x e tomografia.
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 no Item 9.2.8 letra “c” (Qualificação Técnica), devido a abusividade na exigência da habilitação técnica, condição que restringe a competitividade do certame. Confia-se, portanto, no acolhimento da presente Impugnação para que sejam retificadas as disposições analisadas.

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,

III Das razões que ensejam a reforma do Edital do Pregão Eletrônico Nº 63/2024

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 dos itens “9.2.8 letra “c” do edital, qualificação técnica – Da restrição à competitividade do certame

11. Conforme depreende-se das exigências do item “9.2.8 letra “c” 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 **cópia autenticada** da comprovação de qualificação de especialista:

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

c) – Cópia autenticada do Diploma de Graduação em Medicina aprovado pelo MEC, do Certificado de Conclusão de Residência Médico ou do Título de Especialização que habilite o profissional a emitir laudo dos referidos exames contidos no certame (radiologia para os laudos de RX e TC) e o número do Registro no Conselho de Classe (CRM) dos profissionais que emitirão os laudos dos exames. Lembrando que de acordo com o Conselho Federal de Medicina, só há dois caminhos oficiais que levam o médico a ser reconhecido como especialista no Brasil: a conclusão do programa de residência médica e a obtenção de título via Sociedade de Especialidade Médica;

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 Itu 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, participara 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 esmerada 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 no item 9.2.8 letra “d” 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 9.2.8 letra “c” 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 Item 9.2.8 letra “c” 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, 20 de junho de 2024.

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