

ILMO. SR. PREGOEIRO DO SETOR DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO FRANCISCO DE ASSIS - RS

Ref.: Pregão Eletrônico nº 43/2021

ABORGAMA DO BRASIL LTDA., inscrita no CNPJ/MF sob o nº 05.462.743/0009-54, com endereço na Estrada Rincão dos Pinheiros, S/N, Distrito de Passo Raso, Triunfo - RS, CEP: 95.840-000, por intermédio de seu representante legal in fine assinado, vem, respeitosamente, apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do edital referenciado.

1. DA TEMPESTIVIDADE

De início, insta esclarecer a tempestividade desta impugnação ao edital.

Sendo a data da abertura dos envelopes em 15/12/2021 (segunda-feira), o término do prazo para a licitante impugnar, nos termos do edital, será em 10/12/2021 (sexta-feira).

Portanto, oferecida na presente data, resta cabalmente comprovada a tempestividade da presente impugnação.

2. DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

2.1 Da divergência quanto à possibilidade de subcontratação. Da necessária possibilidade de subcontratação de parte do objeto licitado

O Edital, no item 1.3 do edital estaria permitindo a subcontratação para a etapa de destinação final:



1.3. Caso a destinação final de resíduos de serviços de saúde seja prestada por empresa terceirizada, deverá ser comprovado o vínculo formal com a proponente nos termos do item nº 16, letra “d” deste edital.

Já o item 3.1 do projeto básico (fls. 14) estaria permitindo a subcontratação para a etapa de tratamento:

3.1 – Coleta, Transporte e Destinação Final dos Resíduos Sólidos de Saúde
- Se o sistema de tratamento não pertencer a licitante, esta deverá apresentar documento comprobatório de tratamento e licença de operação vigente do empreendimento respectivo;

Entretanto, o item 11.1, letra c), inciso III, da cláusula décima primeira da minuta do contrato estabelece a subcontratação como causa de rescisão contratual:

11.1. O contrato ora celebrado poderá ser rescindido caso ocorram quaisquer dos casos seguintes:

(...)

c) pelo CONTRATANTE, independente de interpelação judicial ou extrajudicial, sem que assista à CONTRATADA direito a indenização, quando esta:

(...)

III transferir o contrato a terceiros, no todo ou em parte.

Diante disso, é fundamental que o douto Pregoeiro determine a possibilidade da subcontratação de forma expressa, a fim de que seja eliminada a presente contradição existente no presente edital.

Inicialmente, é necessário trazer o que é a subcontratação, que, conforme material disponibilizado pelo TCU, “consiste na entrega de parte de fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço a terceiro, estranho ao contrato, para que execute em nome do contratado, item, etapa ou parcela do objeto avençado”.

A possibilidade de subcontratação no âmbito dos contratos administrativos é viabilizada, *a priori*, pelo artigo 72 e 79, inciso VI, da Lei n. 8.666/93, que claramente permitem a subcontratação parcial em licitação, veja-se:

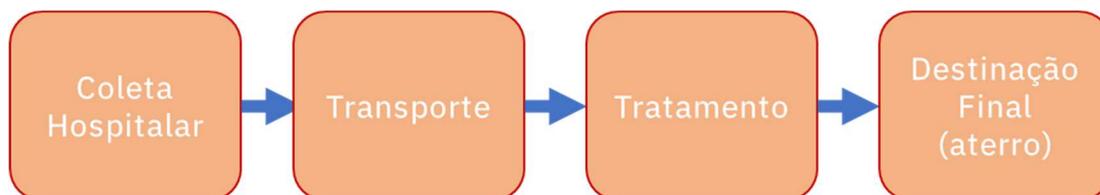
Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

Uma vez sendo permitida por lei, vale explicar o seu pleno cabimento (da subcontratação parcial) no presente caso, visto que o item 11.1, letra c), inciso III da cláusula décima primeira da minuta do contrato veda a subcontratação, **cuja permissão deve ser expressa, especialmente pela prática frequente na iniciativa privada, a qual deve, à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial (TCU), ser necessariamente considerada para as contratações com a administração.** Explica-se:

A licitação em comento tem por objeto a “a escolha da proposta mais vantajosa para Contratação de uma empresa especializada prestadora dos serviços de coleta, transporte e destinação final de resíduos infectantes de serviços de saúde (grupos A, B e E), de classe I para 8(oito) unidades de saúde do município de São Francisco de Assis, em 8(oito) pontos diferentes de coleta, resultando em torno de 2.494.50 litros de resíduos infectantes por mês, com coleta quinzenal, respeitando o que determina a Lei Estadual nº 9.921 de 27/07/1993, o Decreto estadual nº 38.356 de 01/04/1998, a Resolução CONAMA nº 05 de 05/08/1993, Lei Estadual 10.099 de 07/02/1994 e Resolução nº 358, de 29/04/2005”.



Ocorre que, no atual cenário nacional, são ínfimas as empresas que prestam todas as etapas dos serviços acima, exurgindo daí a necessidade de subcontratação, como faticamente acontece na iniciativa privada.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho assim trata sobre a questão (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2002, pp. 517-518):



Não se admite a natureza personalíssima do contrato administrativo. Ao menos, não na acepção tradicional de Direito Privado. A atividade administrativa do Estado se rege pelo princípio da impessoalidade, o que significa que as características pessoais do particular contratado não se configuram como fator relevante para a contratação. A licitação é procedimento desvestido de qualquer preferência subjetiva. Os particulares são examinados sob critérios objetivos, mesmo na fase de habilitação. Ultrapassada esta, seleciona-se a melhor proposta e o julgamento não se relaciona com qualquer elemento subjetivo. Daí deriva que o contrato administrativo não apresenta vínculo psicológico entre as partes. A Administração pretende receber a prestação a que se obrigou o particular. A execução da prestação pelo próprio contratado não se impõe como exigência meramente subjetiva da Administração. Decorre logicamente do procedimento seletivo. Portanto e em tese, o que interessa à Administração é o recebimento da prestação ofertada na proposta vencedora. A identidade do executante da prestação até pode ser irrelevante, desde que o contratado se responsabilize pela perfeição do adimplemento.

Há, porém, duas questões a considerar. A primeira se relaciona com os riscos de receber uma prestação mal executada. Estes riscos conduzem a Administração a exigir que o próprio licitante desempenhe as tarefas necessárias ao cumprimento contratual. A segunda tem a ver com a própria licitação. Se o particular não dispunha de condições para executar a prestação, não poderia ter sido habilitado. Aliás, apurada a inidoneidade após a habilitação, a Administração deve promover a rescisão do contrato.

Daí surge a regra da impossibilidade de o contratado transferir ou ceder a terceiros a execução das prestações que lhe incumbiriam. A lei autoriza, porém, que a Administração, em cada caso, avalie a conveniência de permitir a subcontratação, respeitados limites predeterminados.

A hipótese toma-se cabível, por exemplo, quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas fases, etapas ou aspectos apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízo. A evolução dos princípios organizacionais produziu o fenômeno denominado de “terceirização”, que deriva dos princípios da especialização e da concentração de atividades. Em vez de desempenhar integralmente todos os ângulos de uma atividade, as empresas tornam-se especialistas em certos setores.

A escolha da Administração deve ser orientada pelos princípios que regem a atividade privada. Se, na iniciativa privada, prevalece a subcontratação na execução de certas prestações, o ato convocatório deverá albergar permissão para que idênticos procedimentos sejam adotados na execução do contrato administrativo. Assim se impõe porque, estabelecendo regras diversas das

práticas entre os particulares, a Administração reduziria a competitividade do certame. *É óbvio que se pressupõe, em todas as hipóteses, que a Administração comprove se as práticas usuais adotadas pela iniciativa privada são adequadas para satisfazer o interesse público. (grifou-se)*

Assim, para que não haja prejuízo à Administração Pública, decorrente do pequeno número de participantes em processos licitatórios cujo objeto, como o presente, é complexo e, pelo baixo número, os licitantes que consigam, por sua vez, participar aumentem o preço do serviço de maneira deliberada, exatamente em virtude da falta de concorrentes, é necessário que a licitação se adapte à iniciativa privada, permitindo a subcontratação.

Isso posto, a subcontratação parcial é especialmente importante no presente caso.

Além do fato de a complexidade do objeto licitatório, à luz da iniciativa privada, demandar a subcontratação, esta não acarretará prejuízo à contratação.

É que inúmeras são as atividades abarcadas, algumas das quais, caso desempenhadas por outras empresas, subcontratadas, não interfeririam, tampouco prejudicariam a segurança da contratação, tal como: a hipótese de terceirizar o tratamento por incineração e a destinação final dos resíduos, cuja execução não demanda maiores cuidados e que se faz necessária para o cumprimento da contratação.

Em verdade, a permissão para subcontratar parcialmente o objeto licitado, tal como aqui exposto, em relação ao tratamento por incineração e à destinação final dos resíduos, visa acima de tudo atender o próprio interesse público, na seleção da proposta mais vantajosa que concatene a prestação dos melhores serviços pelo menor preço.

E mais, repita-se, atualmente, no cenário nacional, são pouquíssimas as empresas que possuem todo o escopo do objeto licitado. Ou seja, são ínfimas as empresas que prestam isoladamente, elas mesmas, sem a participação de qualquer subcontratada, os serviços de coleta, transporte, tratamento e disponibilizam os aterros industrial e/ou sanitário.

Fato este que, dada a situação peculiar no mercado, permite-lhes encarecer o preço dos seus serviços (das que prestam isoladamente).

Nessa esteira, a permissão de parcial subcontratação do objeto licitado não apenas consiste em expediente legal, autorizado por lei, como trata-se do único meio de obter a proposta efetivamente mais vantajosa, em certame que se revele competitivo.

Não é demais mencionar que em estrita consonância à Lei n. 8.666/1993, o Colendo STJ se manifestou pela plena legalidade da subcontratação parcial em contratos administrativos de objeto complexo, *in verbis*:

[...] 2 - *A parcial cessão do objeto contratado, pela vencedora da licitação, é ato jurídico previsto no art. 72, da Lei nº. 8.666/93, não constituindo tal procedimento, por si só, desrespeito à natureza intuitu personae dos contratos.*

3 - **Na espécie, embora o Município busque a anulação de contrato de cessão praticado entre a original vencedora da licitação e a empresa recorrida, bem como de todos os atos dali decorrentes, não há qualquer ofensa à legislação federal, razão suficiente para a denegação do pedido**¹. (grifou-se)

Inclusive, sendo a ampliação da competitividade uma das diretrizes e princípios dos certames licitatórios, sua aplicação mediante a permissão de subcontratação parcial se revela cabível sempre que não comprometa o interesse da Administração, a finalidade e segurança da contratação, como bem destacado pelo TCU:

As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação. (TCU – TC 002.251/2008-5)

Isso posto, uma vez comprovada a perfeita admissibilidade da subcontratação parcial, especificamente de serviços secundários do objeto licitado – **como é o caso do tratamento por incineração e da destinação final** -, cuja execução por terceiro não implica em qualquer risco à contratante, é indispensável a exclusão do item 11.1, letra c), inciso III da cláusula décima primeira da minuta do contrato; e a inclusão de expressa disposição, no edital, da autorização para a subcontratação parcial ora exposta.

3. DOS REQUERIMENTOS

¹ STJ – REsp nº. 468.189/SP. 1ª.T., rel. Min. José Delgado, j. 18.03.03.

Diante de todo o explanado, requer-se que a Sra. Pregoeira se digne a receber esta impugnação e, ao julgá-la, acate-a integralmente **para que o edital seja modificado em todos os pontos apresentados no tópico acima**, haja vista os fundamentos nele expostos.

Termos em que pede e espera deferimento.

Recife-PE, 09 de dezembro de 2021.



Khiary Coriolano
Gerente de Vendas e Licitações
Stericycle Gestão Ambiental

ABORGAMA DO BRASIL LTDA.