

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA
PREFEITURA MUNICIPAL DE LUCÉLIA - SP**

Tomada de Preços nº. 004/2019

Processo nº. 0104/2019

STERICYCLE GESTÃO AMBIENTAL LTDA.,

sociedade empresária limitada, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no Ministério da Fazenda sob o CNPJ nº. 01.568.077/0015-20, com endereço na Cidade de Mogi Mirim – SP, na Av. Geraldo Potyguara Silveira Franco, nº. 1.000, Parque das Empresas, CEP 13.803-280, ciente do instrumento convocatório veiculado a respeito da Tomada de Preços em epígrafe, que tem como objeto a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços, na forma de execução indireta no regime de empreitada, para coletar, transportar, realizar o tratamento e disposição final dos resíduos sólidos de serviço de saúde RSSS, de acordo com a requisição nº. 152/2019 da Secretaria Municipal de Meio Ambiente e especificações do Termo de Referência, vem, à presença de Vossa Senhoria, tempestivamente, apresentar

IMPUGNAÇÃO

ao edital nos seguintes termos:

I – DA INDEVIDA RESTRIÇÃO NA FORMA DE TRATAMENTO

Elucidando os serviços que pretende contratar, o Município de Lucélia assim descreveu o objeto licitado:

“2. DO OBJETO:

2.1 A presente licitação tem como objeto a contratação de empresa especializada pra prestação de serviços, na forma de execução indireta no regime de empreitada para coletar, transportar, tratamento e disposição final dos resíduos sólidos de serviço de saúde RSSS de acordo com a requisição da Secretaria Municipal de Meio Ambiente e especificações do Termo de Referência (anexo I)”.

Complementando a descrição do objeto licitado e condições de prestação de serviço, o Termo de Referência elucidou a coleta dos resíduos dever ser realizada de forma semanal, abarcando resíduos dos grupos A, B e E:

Item	Qtde	Un	Descrição	Valor unitário máximo aceitável	Valor Total
01	16.464	KG	Grupo A e E - nos termos da Resolução 358 do Conama e RDC 306 Anvisa e demais normas e leis ambientais e sanitárias aplicáveis	R\$3,49	R\$57.459,36
02	820	KG	Grupo B - nos termos da Resolução 358 do Conama e RDC 306 Anvisa e demais normas e leis ambientais e sanitárias aplicáveis	R\$4,83	R\$3.960,60
03	4.800	KG	Grupo A2 - nos termos da Resolução 358 do Conama e RDC 306 Anvisa e demais normas e leis ambientais e sanitárias aplicáveis	R\$3,93	R\$18.864,00

Embora não tenha disposto claramente nas condições de execução dos serviços pormenorizadas no Termo de Referência, dos documentos de qualificação técnica requisitados das licitantes denota-se os tipos de tratamento que o Município determinou que sejam empregados, quais sejam, os tratamentos por autoclavagem e incineração:

*“4.2.10 Licenças de Operações (LO) expedidas pelo órgão competente, que contemple o tratamento de resíduos de saúde por **autoclavagem**, em nome da proponente, conforme RDC - Anvisa nº306/2008, ou empresa subcontratada sendo ela de acordo com a Lei Complementar nº147/14 microempresa e empresa de pequeno porte.*

*4.2.11 Licenças de Operação (LO) expedidas pelo órgão competente, que contemple p tratamento, através de **incineração** de resíduos de serviços de saúde conforme RDC – Anvisa nº306/2004, em nome da proponente, ou empresa subcontratada*

sendo ela de acordo com a Lei Complementar nº147/14 microempresa e empresa de pequeno porte”.

É sabido que não obstante a Administração tenha certa margem de discricionariedade para formular no ato convocatório exigências de qualificação técnica e condições de execução dos serviços que considere como necessárias para a atividade a ser executada, podendo deixar de requerer aquelas que não se afigurarem, a princípio, relevantes, **em função dos princípios da eficiência e do dever de bem administrar o patrimônio e interesse público, conjugados ao corolários da isonomia e competitividade, em todas as contratações deve o administrador cuidar de impor exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração Pública, mas que não se afigurem excessivas ou impertinentes.**

Isto porque, dentre os princípios previstos no artigo 3º da Lei nº. 8.666/93, está claramente expressa a necessária obediência ao princípio da legalidade, o qual regula todas as relações dos entes governamentais com os particulares, vejamos:

*“Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **legalidade**, da **impessoalidade**, da **moralidade**, da **igualdade**, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

1 - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;”

Note-se, outrossim, o próprio dispositivo legal supratranscrito ressaltar a veiculação de cláusula restritiva pautada em circunstância não

prevista na legislação deve ser proibida, posto que, *“o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.”*¹

Especificamente no caso em apreço, restringir que a forma de tratamento adotada seja exclusivamente autoclavagem e incineração retira a possibilidade de utilização de outra modalidade de tratamento que empregue procedimento mais adequado em termos ambientais, devidamente admitida pela lei, sem qualquer justificativa plausível.

De acordo com o RDC 222 da ANVISA, normativo que revogou e substituiu o invocado RDC 306/04, os resíduos dos serviços de saúde devem, em sua grande maioria, **devem ser descartados com tratamento prévio com incineração, micro-ondas OU autoclave** (esterilização através do calor úmido de pressão).

Somente os resíduos do grupo A5 (não expressamente mencionado pelo edital) deve necessariamente ser submetido à incineração e suas cinzas depositadas em aterro licenciado, por expressa disposição nesse tocante:

“Art. 55 Os RSS do Subgrupo A5 devem ser encaminhados para tratamento por Incineração”.

Disposição esta não estendida ou verificada em relação aos demais tipos de resíduos dos serviços de saúde.

¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Nesse tocante, vale nem mesmo os resíduos do grupo B deverem necessariamente ser submetidos à incineração, visto em nenhum momento a legislação ambiental impor expressamente tal modalidade de tratamento para este tipo de resíduo.

Mais especificamente, da análise do RDC ANVISA 222/18 depreende-se o tratamento por incineração não ter sido imposto obrigatoriamente aos resíduos do grupo B:

“Art. 58 Os RSS do Grupo B com características de periculosidade, no estado líquido, devem ser submetidos a tratamento antes da disposição final ambientalmente adequada”.

Vênia pela repetição, da leitura do dispositivo transcrito denota-se a legislação ter estabelecido os resíduos do grupo B deverem ser submetidos a tratamento, ante da disposição final ambientalmente adequada, não tendo em nenhum momento restringido sua forma à incineração.

Mas não só. Tanto o tratamento por micro-ondas quanto por autoclave são tecnologias mais modernas e ambientalmente mais sustentáveis, as quais trazem benefícios e inclusive merecem prestígio sempre quando possível o seu emprego, tendo em vista suas vantagens ambientais e econômicas.

Inclusive, verifica-se uma tendência mundial para que sejam tratados por incineração tão somente os resíduos que, por força da legislação, sejam tratáveis **unicamente** por esta tecnologia, a qual implica em risco de danos por emissões gasosas e líquidas, além de o produto final do tratamento não dispensar a disposição em aterros industriais, sendo um rejeito de periculosidade muito mais acentuada do que antes da incineração.

Desta feita, tendo a própria legislação ambiental previsto diferentes tipos de tratamento, mais sustentáveis, **NÃO HÁ QUALQUER RAZÃO**

PLAUSÍVEL PARA IMPOR-SE QUE OS RESÍDUOS SEJAM NECESSARIAMENTE SUBMETIDOS À INCINERAÇÃO OU AUTOCLAVAGEM, tal como imposto pelo edital, pela própria lei assim não o exigir.

Vênia pela repetição, conforme suscitado acima, tendo em vista a própria lei apontar outras modalidades de tratamento mais sustentáveis e eficientes, que trazem benefícios ao próprio Município, **devendo ser autorizado que os licitantes empreguem qualquer modalidade de tratamento autorizada em lei para os resíduos abarcados pela contratação, não restringindo indevidamente a forma de tratamento a ser empregada.**

II – DA NECESSÁRIA POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DE QUALQUER EMPRESA, TÃO SOMENTE PARA OS SERVIÇOS DE DESTINAÇÃO FINAL E INCINERAÇÃO

Não bastasse, relativamente à possibilidade de subcontratação de parte do objeto licitado, assim dispôs o edital:

*“4.2.15 Em razão da complexidade tecnológica e o disposto na RDC Anvisa 306/2004 que dispõe “...que os serviços de saúde são os responsáveis pelo correto gerenciamento de todos os RSS por eles gerados, atendendo às normas e exigências legais desde o momento de sua geração até a sua destinação final”, todas as licenças ambientais de operação **devem ser apresentadas em nome da proponente ou empresa subcontratada sendo ela de acordo com a Lei Complementar nº147/14 microempresa e empresa de pequeno porte**”.*

Da leitura do item 4.2.9 ao item 4.2.12, denota-se ter sido admitida a subcontratação de todos e/ou quaisquer serviços contemplados no objeto licitado.

Ou seja, permitiu-se a subcontratação de qualquer serviço, DESDE QUE a subcontratada seja uma microempresa ou empresa de pequeno porte.

De fato, a Lei nº. 8.666/93 admite expressamente a subcontratação em contratos administrativos, impondo, porém, que sua limitação quantitativa seja expressamente fixada Contratante, caso a caso, conforme estabelecido em seus artigos 72 e 78, VI:

“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”. (destacamos)

*“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”.*

Ou seja, apesar de o contrato administrativo ser reputado pela doutrina majoritária como *intuitu personae*, devendo ser executado integralmente pela participante do certame que se sagrou vencedora, analisando a realidade prática houve por bem a lei autorizar a transferência da execução de parcela do objeto a terceiro.

Constata-se, portanto, a lei autorizar expressamente que a Administração avalie a conveniência de se permitir a subcontratação, **ESTABELECENDO LIMITES PREDETERMINADOS, QUE DEVEM SER EXPRESSAMENTE PREVISTOS NO ATO CONVOCATÓRIO, E NÃO INDISCRIMINADAMENTE PERMITIDA, como feito pelo ato convocatório em questão.**

A hipótese torna-se ainda mais cabível quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas fases, etapas ou aspectos possam ser desempenhados por terceiros, sem que isso acarrete prejuízo à contratação.

Nesta situação se enquadra o objeto ora licitado.

A licitação em comento tem por objeto a prestação de serviços de coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos dos serviços de saúde.

Verifica-se que algumas das atividades abarcadas, caso desempenhadas por outras empresas, subcontratadas, não interfeririam, **TAMPOUCO PREJUDICARIAM A SEGURANÇA DA CONTRATAÇÃO**, como se verifica na **DISPOSIÇÃO FINAL EM ATERROS PERTENCENTES A TERCEIROS**, mas também **na TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE INCINERAÇÃO**, cuja execução não demanda maiores cuidados.

Em verdade, a permissão para parcial subcontratação do objeto licitado, tal como proposto, em relação aos aterros E serviços de incineração, 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.

Com efeito, atualmente, no cenário nacional são pouquíssimas as empresas que detém 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 o aterro.

Fato este que, dada a sua situação peculiar no mercado lhes permite encarecer o preço de seus serviços.

Não obstante tal fato já fosse suficiente a demonstrar a falta de permissão para parcial subcontratação restringir indevidamente a competitividade do certame, diminuindo consideravelmente o número de potenciais licitantes, além de encarecer o preço do objeto licitado, fato ainda mais grave pode ser identificado.

É sabido que no cenário local **NÃO EXISTE EMPRESA QUE DETENHA TODO O ESCOPO DO OBJETO LICITADO** e estaria apta a atender o contrato mesmo diante da vedação à subcontratação.

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 a Lei nº. 8.666/93, o Colendo Superior Tribunal de Justiça 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”². (destacamos)

Sendo assim, dada a complexidade das atividades abarcadas pelo certame em comento, correta se afigura a admissão da subcontratação parcial do objeto licitado, de acordo com os limites predeterminados por este órgão público, em consonância ao estipulado pelo artigo 72 da Lei de Licitações.

No entanto, em que pese caiba ao órgão delimitar os limites e as parcelas passíveis de subcontratação, tal autorização deve ser feita com cautela,

² STJ – Resp nº. 468.189/SP. 1ª.T., rel. Min. José Delgado, j. 18.03.03.

com vistas a resguardar a corresponsabilidade da geradora em relação aos resíduos perigosos até sua disposição final (Nova Lei de Resíduos Sólidos).

É de se atentar que não é admissível que seja transferido a terceiro a execução do objeto principal licitado, razão pela qual cabe ao edital prever tal restrição.

Sendo assim, **compete à Administração exigir que a empresa demonstre aptidão de executar diretamente os serviços de coleta, permitindo-se a subcontratação tão somente de atividades secundárias, como os aterros e serviços de incineração.**

Inclusive, especificamente em relação ao objeto licitado, o **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já chancelou a regularidade de se permitir a SUBCONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS DE INCINERAÇÃO, ASSIM COMO DOS ATERROS PARA DISPOSIÇÃO FINAL:**

“Refiro-me, inicialmente, à determinação para extensão da permissão de subcontratar aos resíduos dos subgrupos A3, A5 e B. Nesse ponto, embora tenham sido contemplados tais subgrupos, verifico que a municipalidade suprimiu, indevidamente, a possibilidade de subcontratação dos resíduos do subgrupo A2, cujo tratamento, conforme previsto no memorial descritivo, seria por “incineração ou outra tecnologia licenciada para este fim”, de modo que restou preservada, em sua essência, a restritividade anteriormente condenada.

*Destarte, a despeito de “reconhecer a viabilidade da contratação integrada dos serviços, proporcionando um melhor manejo e minimizando riscos de contaminação”, **necessário que a subcontratação seja franqueada em relação aos resíduos do subgrupo A2, de modo a possibilitar a participação de empresas que não executem diretamente incineração.***

Do mesmo modo, no que toca à apresentação de Licença de Operação (LO), a despeito do exposto registro para que a mesma fosse admitida tanto em nome da licitante como da proprietária da unidade de tratamento de resíduos eventualmente subcontratada, de modo a não tornar inócua a permissão de subcontratação daquela etapa, noto que o item 7.1 do edital manteve a exigência exclusivamente em nome da licitante4, prevendo a apresentação da Licença de Operação (LO) para a subcontratada apenas no item 7.3, que cuida dos aterros. (...)

Ante o exposto, voto pela procedência parcial da representação formulada por Eppolix Tratamento de Resíduos Especiais Ltda, devendo a Prefeitura Municipal de Piracicaba, caso queira prosseguir com o certame: contemplar a permissão de subcontratação para o tratamento de resíduos do subgrupo A2; e admitir a apresentação da Licença de Operação (LO) tanto em nome da licitante como da proprietária da unidade de tratamento de resíduos eventualmente subcontratada”(TCE – TC 16173/989/18-7).

Contudo, razão não há para admitir-se a subcontratação tão somente de ME/EPPs.

Com efeito, a Lei Complementar nº. 123/06 regulamenta inclusive a forma de participação e a concessão de privilégios a microempresas e empresas de pequeno porte em certames públicos. Benefícios estes inseridos na legislação como forma de fomento destes tipos de empresa, inovação, etc.

Apesar da forma mais comum, empregada em quase a totalidade dos certames, ser a consideração de empate caso o valor da proposta de uma ME, EPP ou de um MEI seja até 5% maior do que o da empresa vencedora, oportunizando às MEs, EPPs e MEIs o desempate, outros instrumentos de incentivo são previstos no mesmo diploma legal.

Dentre eles verifica-se o disposto no artigo 48, inciso II, da Lei Complementar nº. 123/06, o qual estabelece:

“Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

(...)

*II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, **exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;**”*

Por outro lado, a própria Lei Complementar nº. 123/06 destaca as hipóteses nas quais a benesse prevista no artigo 48, do mesmo diploma legal não devem ser aplicadas, sendo elas:

“Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

(...)

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

(...)”.

No caso em apreço, além de possivelmente não existirem três MEs e EPPs nos arredores dos locais de execução do contrato, aptas a cumprir todas as exigências técnicas para a prestação do serviço licitado, **de natureza complexa, para o qual é necessária a contratação de uma empresa especializada em engenharia**, o tratamento diferenciado seria desvantajoso para a própria Administração Pública, uma vez as empresas do ramo já mantêm parcerias de longa data com suas subcontratadas, mantendo relação de confiança e preço mais vantajoso.

Ou seja, ao manter-se a exigência de subcontratação de ME/EPPs, limitar-se-ia a possibilidade de subcontratação a um restrito número de empresas (ME e/ou EPP) - caso efetivamente exista número viável de empresas de pequeno porte ou microempresas do ramo, especializadas em tratamento e destinação final de resíduos de serviços de saúde, em condições de participação - o que além de poder resultar num serviço ineficiente, também não seria capaz de resultar na proposta efetivamente mais vantajosa a esse órgão, que concatenasse o menor preço com serviço de excelente qualidade.

Isto posto, uma vez comprovada a perfeita admissibilidade da subcontratação dos serviços secundários do objeto licitado, cuja transferência a terceiro não implique em risco à Administração Pública, bem como imperiosidade de que as regras de subcontratação sejam bem definidas no ato convocatório, sendo desvantajosa para a própria Municipalidade a restrição de subcontratação à ME/EPPs, deve o edital ser retificado para:

- (i.) autorizar de forma clara a subcontratação parcial do objeto licitado, admitindo-se esta relativamente à destinação final dos resíduos em aterro E aos SERVIÇOS DE INCINERAÇÃO, que não demandam maiores cautelas em sua execução; e
- (ii.) permitir-se, via de consequência, que seja comprovada a qualificação técnica da licitante neste tocante mediante a apresentação, na fase habilitatória do certame, de carta de anuência emitida pela empresa proprietária da unidade de tratamento por incineração e/ou do aterro, no caso de subcontratação; e
- (iii.) **excluir a obrigatoriedade de que as subcontratadas sejam necessariamente ME/EPPs.**

III - CONCLUSÃO E REQUERIMENTO

Em face de todo o exposto, requer-se seja retificado o edital em comento com observância da legislação e conceitos regulamentadores aplicáveis, de modo a garantir a esta administração que obtenha a proposta mais vantajosa e segura em termos técnicos.

Uma vez acatada a presente impugnação, adequando-se a cláusula supracitada, imperiosa se torna a republicação do edital e redesignação da sessão de abertura do certame.

Termos em que,

Pede deferimento.

Mogi Mirim, 16 de outubro de 2019



STERICYCLE GESTÃO AMBIENTAL LTDA.

Áureo J. Mello de Azambuja
IDT 1030581068 CPF 40913481068