

A PREFEITURA DE NOVA FRIBURGO
HOSPITAL RAUL SERTÃ– RJ
EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 90035/2024
PROCESSO SEI Nº 310/2024

BREF Gestão Empresarial Ltda., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 20.839.900/0001-34, com sede na Estrada da Conceição, 834, Mutuaguaçu, São Gonçalo, RJ, neste ato, representado pelo proprietário Felipe Estevão Rocha Brito, empresário, portador da Cédula de identidade Nº011.39.595-4, expedida pelo DETRAN/RJ, inscrito no CPF sob o nº 103.390.595-48, vem por meio desta peça apresentar

IMPUGNAÇÃO

pelos fatos e fundamentos que passa a expor.

I – DA TEMPESTIVIDADE

O item 25.2 do edital dispõe que até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o instrumento convocatório.

A data agendada para a sessão pública é dia 02/04/2024, logo, o terceiro dia útil anterior é 27/03/2023. Assim, a data de protocolo da presente impugnação cumpre o requisito temporal necessário para seu conhecimento.

II- DOS FUNDAMENTOS

A presente impugnação busca combater omissões nas exigências de qualificação técnica e especificações do termo de referência que podem comprometer a higidez e legalidade do certame. Serão delineados argumentos sobre seis pontos: (i) a ausência da licença de operação ambiental como requisito de qualificação técnica da cozinha própria; (ii) a ausência da licença de funcionamento sanitário como requisito de habilitação da cozinha própria; (iii) a necessidade dos atestados de capacidade técnica verçarem sobre comida transportada. (iv) a necessidade dos atestados de capacidade técnica exigirem experiência mínima de três anos.

Feita esta breve introdução, passamos a discorrer em mais profundidade sobre os pontos impugnados.

DA LICENÇA DE OPERAÇÃO AMBIENTAL

A Lei Federal nº 14.133, de 01 de abril de 2021, disciplinou do art. 62 ao art. 70 a documentação possível de ser exigida, em rol exaustivo, para fins de habilitação. O art. 67, que cuida em especial da qualificação técnica, assim dispõe:

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional 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;

IV - prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;

O legislador pátrio, equilibrando-se entre respeitar o mandamento constitucional, de forma a coibir abusos nas exigências de qualificação técnica, e permitir exigências legítimas que, caso omissas, colocariam em risco o sucesso da contratação, autorizou no art. 67, IV a prova de cumprimento de normas e requisitos previstos em legislação especial. Esta autorização tem relevante importância para as exigências ambientais. Sobre o tema, aproveitamos a lição do Prof. Marçal Justen Filho¹:

O exercício de determinadas atividades ou o fornecimento de certos bens se encontra disciplinado em legislação específica. Assim, há regras acerca da fabricação e comercialização de alimentos, bebidas, remédios, explosivos etc. Essas regras tanto podem constar de lei como estar explicitadas em regulamentos executivos. Quando o objeto do contrato envolver bens ou atividades disciplinados por legislação específica, o instrumento convocatório deverá reportar-se expressamente às regras correspondentes. (...)

Descoberta a ausência de referência do edital a uma regra legal imperativa, cabe a invalidação do ato convocatório (acompanhada da responsabilização do agente estatal que deixou de incluir no edital um requisito necessário).

A Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, previra como instrumento em seu art. 9º ao art. 10 o licenciamento ambiental, nos seguintes termos:

Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981

Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou

potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

No âmbito infralegal, a Resolução CONAMA nº 237/1997, que regulamenta as atividades sujeitas ao licenciamento ambiental, dispõe em seu Anexo I, no item 14, a descrição da indústria de produtos alimentares e bebidas, cujas atividades incluem a preparação de diversos alimentos utilizados no Pregão Eletrônico nº 90035/2024, como o

beneficiamento de produtos alimentares, a preparação de pescados, a preparação de leites e derivados e a preparação de óleo e gorduras vegetais são sujeitas ao prévio licenciamento.

A legislação do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do Decreto Estadual nº 46.890, de 23 de dezembro de 2019, é mais incisiva quanto às atividades sujeitas ao licenciamento, dispondo explicitamente que a preparação de refeições deverá ser objeto de licenciamento, como nota-se pelo teor do Grupo XX, Anexo I daquele diploma:

Decreto Estadual nº 46.890, de 23 de dezembro de 2019 ANEXO I
Atividades Sujeitas ao Licenciamento Ambiental GRUPO XX –
Produtos Alimentares

Beneficiamento, moagem, torrefação e fabricação de produtos alimentares diversos. **Preparação de refeições e alimentos.** Produção de conservas de frutas, legumes e outros vegetais. Preparação de especiarias e condimentos. Fabricação de doces, bombons, chocolates, balas, caramelos e gomas de mascar. Abate de animais e preparação de conservas de carne, inclusive subprodutos. Preparação de conservas de carne e produtos de salsicharia. Preparação de pescado. Fabricação de conservas do pescado. Frigoríficos em geral. Resfriamento e preparação do leite. Fabricação de produtos de laticínios. Refinação e moagem de açúcar. Fabricação de glicose de açúcar. Fabricação de produtos de padaria e confeitaria. Fabricação de massas alimentícias, biscoitos e bolachas. Refinação e preparação de óleos e gorduras vegetais; produção de manteiga de cacau e de gorduras de origem animal. Fabricação de sorvetes, bolos e tortas. Preparação de sal de cozinha. Fabricação de vinagre. Fabricação de fermentos e leveduras. Fabricação de gelo. Fabricação e preparação de produtos dietéticos. Fabricação de rações balanceadas e de alimentos preparados para animais.

Importa destacar que o licenciamento ambiental, além dos critérios dos empreendimentos e atividades, também depende da qualificação do porte e potencial poluidor para sua exigibilidade. Estes últimos dois atributos são regulamentados, a nível estadual, pela norma NOP-INEA-46², oriunda do Instituto Estadual do Ambiente. A produção de refeições para consumo fora dos locais de fabricação, item 20.01.03 da citada norma (p. 39), é uma atividade de Critério de Enquadramento CE001. Este critério determina que será considerada atividade de médio porte – e sujeita ao licenciamento ambiental – aquelas que exijam número de empregados acima de 100 (cem) e área de produção e armazenamento acima de 500 m² (quinhentos metros quadrados).

Assim, a demanda pelos serviços de nutrição e alimentação hospitalar pos- suem condão de configurar a imprescindibilidade da exigência do licenciamento ambiental. Neste sentido, aponta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

AI 837832 AgR / MG - MINAS GERAIS Relator(a): Min.
GILMAR

MENDES Julgamento:

05/04/2011 Ementa

Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Direito administrativo. Licitação. Exigências de qualificação técnica podem ser estipuladas, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. 3. Jurisprudência pacífica da Corte. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento

Trecho da decisão:

No agravo regimental, sustenta-se que (...) “a exigência editalícia de comprovação do licenciamento ambiental do licitante como requisito para sua habilitação jurídica, extrapola, por completo os limites do artigo 22, XXVII e artigo 37, inciso XXI, ambos da CR/1988”. É o relatório.

(...) O agravante não trouxe argumentos suficientes para infirmar a decisão, visando apenas à rediscussão da matéria já decidida em conformidade com a jurisprudência desta Corte, que firmou o entendimento de que exigências de qualificação técnica e econômica podem ser estipuladas, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação.

Acompanha este posicionamento o Tribunal de Contas da União, que reconhece a validade, em sua jurisprudência recente, da exigência do licenciamento ambiental como requisito de qualificação técnica, quando imprescindível para a execução do objeto:

ACÓRDÃO: Acórdão 6047/2015-Segunda
Câmara DATA DA SESSÃO: 25/08/2015
RELATOR: RAIMUNDO CARREIRO

ENUNCIADO

A exigência de regularidade ambiental como critério de qualificação técnica é legal, desde que não represente discriminação injustificada entre os licitantes, uma vez que objetiva garantir o cumprimento da obrigação contratual e é essencial para que o objeto da licitação seja executado sem o comprometimento do meio ambiente.

Na hipótese em testilha, **considerando a necessidade da contratada possuir uma cozinha própria**, é dever da Administração inserir a exigência de licenciamento ambiental daquela cozinha em seu instrumento convocatório.

Caso contrário, dará azo à concorrência desleal entre os interessados, uma vez que o processo de licenciamento ambiental é custoso para as contratadas. As concorrentes sem o licenciamento ambiental e em situação irregular terão vantagem competitiva por não incorrer nos custos das medidas para mitigar os impactos ambientais.

Por estas razões, espera-se o deferimento do pedido, para incluir a licença de operação ambiental como critério de qualificação técnica.

DA LICENÇA DE FUNCIONAMENTO SANITÁRIO

Assim como o licenciamento ambiental, a atividade de preparação de refeições demanda o correto licenciamento sanitário, através da unidade de Vigilância Sanitária do respectivo ente competente, na forma da Lei Federal nº 6.360, de 23 de setembro de 1976:

LEI Nº 6.360, DE 23 DE SETEMBRO DE 1976.

Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os

Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências.

Art. 1º - Ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, definidos na Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, bem como os produtos de higiene, os cosméticos, perfumes, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e **outros adiante definidos.**

Art. 2º - **Somente poderão** extrair, **produzir**, fabricar, transformar, sintetizar, purificar, fracionar, embalar, reembalar, importar, exportar, **armazenar ou expedir** os produtos de que trata o Art. 1º as empresas para tal fim autorizadas pelo Ministério da Saúde e cujos estabelecimentos hajam sido licenciados pelo órgão sanitário das Unidades Federativas em que se localizem.

Art. 3º - Para os efeitos desta Lei, além das definições estabelecidas nos incisos I, II, III, IV, V e VII do Art. 4º da Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, são adotadas as seguintes:

I - Produtos Dietéticos: produtos tecnicamente elaborados para atender às necessidades dietéticas de pessoas em condições fisiológicas especiais;

(...)

Art. 51 - O licenciamento, pela autoridade local, dos estabelecimentos industriais ou comerciais que exerçam as atividades de que trata esta Lei, dependerá de haver sido autorizado o funcionamento da empresa pelo Ministério da Saúde e de serem atendidas, em cada estabelecimento, as exigências de caráter técnico e sanitário estabelecidas em regulamento e instruções do Ministério da Saúde, inclusive no tocante à efetiva assistência de responsáveis técnicos habilitados aos diversos setores de atividade.

Parágrafo único. Cada estabelecimento terá licença específica e independente, ainda que exista mais de um na mesma localidade, pertencente à mesma empresa.

O posicionamento do Tribunal de Contas da União também autoriza a exigência de licença de funcionamento sanitário, desde que seja indispensável para o exercício das atividades, como é o caso em tela. Veja-se excerto do Acórdão nº 2933/2016 – Plenário, de Relatoria do Ministro Vital do Rêgo:

Ocorre que já era exigido no subitem 6.1.4.2 do instrumento convocatório, como condição de habilitação de qualificação técnica, a "apresentação de alvará sanitário e de localização ou funcionamento emitido pelo órgão competente da esfera municipal e/ou estadual compatível com o objeto licitado".

Com relação a esse aspecto, a Lei 8.666/1993 admite a possibilidade de se exigir, a título de habilitação jurídica, "ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir" (art. 28, inc. V) . No mesmo sentido, a legislação revogada - Resolução FNDE 32/2006 - estipulava a obrigação de o licitante prever, no edital da licitação, a obrigatoriedade de o fornecedor comprovar, junto às autoridades sanitárias locais, a existência de instalações compatíveis com os produtos que se dispõem a oferecer (art. 15, § 4º, alínea "c") .

Portanto, desde que a atividade assim o demandar, é lícita a exigência de autorização de funcionamento expedida pelo órgão competente.

Não por acaso, outros certames com objeto similar também incluem tal exigência em seu rol de documentos. Cita-se, por exemplo, o Edital do Pregão Eletrônico nº 166/2022, do Hospital Federal de Bonsucesso, Processo nº 33374.125064/2021-66, que em seus itens 24.3.7 e 24.3.8 do termo de referência assim dispõem:

DOS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DO FORNECEDOR

Os critérios de qualificação técnica a serem atendidos pelo fornecedor serão:

Apresentar alvará de funcionamento da cozinha externa, devidamente atualizado;

Apresentar alvará sanitário da cozinha externa, devidamente atualizado, emitido pelo Órgão competente, constando a atividade compatível com o objeto;

Por estas razões, espera-se o deferimento do pedido, para a inclusão da licença de funcionamento sanitário da cozinha própria como requisito de habilitação.

DA NECESSIDADE DOS ATESTADOS PREVEREM COMIDA TRANSPORTADA COMO OBJETO ESPECÍFICO E DA EXPERIÊNCIA MÍNIMA

A complexidade dos serviços demandados pela administração pública merecem destaque, comecemos estabelecendo a diferença entre o transporte de refeições, daquelas que são apenas preparadas e administradas in loco.

Em se tratando de uma cozinha própria, a refeição administrada é uma opção para os locais que possuem mais espaços, tornando possível montar uma cozinha industrial em conjunto com refeitório. Dessa forma, toda seleção dos insumos e o preparo dos alimentos é realizado internamente. Ao contratar a modalidade de refeição administrada, a responsabilidade do cuidado com o ambiente, recai totalmente sobre a empresa contratada. Isto é, toda higienização e manutenção dos equipamentos, ferramentas e instalações são realizadas pela contratada.

Já a alimentação transportada é uma opção para contratantes que não possuem espaço interno para estruturação de um refeitório ou uma cozinha própria. Em outras palavras, essa modalidade funciona a partir da entrega de refeições prontas, seja em porções individuais ou em uma quantidade maior, como refratário para buffet.

Ocorre que, para realizar esses transportes não basta que apenas as enviemos em qualquer caminhão, existe todo um regramento que demanda da contratada uma expertise necessária para realização do serviço, como caminhões preparados e com licenças sanitárias em dia, armazenamento adequado para que não se perca temperatura ao longo do transporte.

Nesse sentido, se faz necessário que o presente instrumento convocatório faça constar a exigência de que os atestados técnicos versem sobre comida transportada, a fim de que a administração pública não incorra em erro na seleção da melhor proposta.

Nesse sentido, segue pregão 09/2023 da Escola Politécnica Joaquim Venâncio

Qualificação Técnica

- 8.26. Declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
- 8.27. A declaração acima poderá ser substituída por declaração formal assinada pelo responsável técnico do licitante acerca do conhecimento pleno das condições e peculiaridades da contratação.
- 8.27.1. Sociedades empresárias estrangeiras atenderão à exigência por meio da apresentação, no momento da assinatura do contrato, da solicitação de registro perante a entidade profissional competente no Brasil;
- 8.28. Comprovação de aptidão para execução de serviço de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior com o objeto desta contratação, ou com o item pertinente, por meio da apresentação de certidões ou atestados, por período não inferior a 3 (três) anos, por pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou regularmente emitido(s) pelo conselho profissional competente, quando for o caso.
- 8.28.1. Para fins da comprovação de que trata este subitem, os atestados deverão dizer respeito a contratos executados com as seguintes características mínimas:
- 8.28.1.1. As empresas deverão apresentar atestado(s), declaração(ões) ou certidão(ões) de capacidade técnica, em nome da empresa licitante, que **comprove a prestação de serviço de alimentação transportada e/ou servida (refeições em geral) sendo o público mínimo de 160 refeições/dia;**
- 8.28.2. A exigência de atestados e demonstração técnica se faz necessária, devido às peculiaridades do serviço;
- 8.28.3. Será admitida, para fins de comprovação de quantitativo mínimo, a apresentação e o somatório de diferentes atestados executados de forma concomitante;

Na contratação do modelo de refeição transportada, todas as refeições são preparadas em uma cozinha industrial externa e colocadas em caixas térmicas para serem transportadas ao cliente. Sem essa exigência, a administração corre o risco de habilitar empresas que nunca laboraram com esse seguimento, deturpando totalmente o objeto desta licitação.

Outro ponto a ser debatido, é que a Instrução Normativa nº 5/2017, do Ministério do Planejamento, dispõe em seu Anexo VII-A, Diretrizes Gerais para Elaboração do Ato Convocatório, que poderá a administração:

10.6. Na contratação de serviço continuado, para efeito de qualificação técnico-operacional, a Administração poderá exigir do licitante:

b) comprovação que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, **mediante a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação**, podendo ser aceito o somatório de atestados;

A faculdade em tela visa resguardar a Administração contra empresas que não estão aptas a dar continuidade a contratos em que a vigência pode ser estendida por até 10 anos. A exigência está em consonância com a posição jurisprudencial do Tribunal de Contas da União. Veja-se:

Em licitações de serviços continuados, para fins de qualificação técnico-operacional, a exigência de *experiência* anterior mínima de *três anos* (subitens 10.6, b, e 10.6.1 do Anexo VII-A da IN-Seges/MPDG 5/2017), lapso temporal em regra superior ao prazo inicial do contrato, deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios e na *experiência* pretérita do órgão contratante, que indiquem ser tal lapso indispensável para assegurar a prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão, por força da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outra particularidade.

Acórdão 2870/2018-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES ÁREA: Licitação | TEMA: Qualificação técnica | SUBTEMA: Atestado de capacidade técnica

Outros indexadores: Justificativa, *Experiência*, Tempo, Serviços contínuos Publicado:

[Boletim de Jurisprudência nº 248 de 28/01/2019](#)

No presente caso, não houve a exigência de tal requisito, que poderá comprometer a seleção da proposta mais vantajosa. Deve-se rememorar que a proposta mais vantajosa não é somente aquela com menor preço, mas sim a que, em seu conjunto de elementos, é capaz de atender ao interesse público com maior custo-benefício. Nos casos em que haja descontinuidade de serviços essenciais, como é o caso em tela, o custo administrativo e

social é muito maior que os benefícios por um suposto menor preço oferecido por concorrentes sem experiência em contratos que alongam-se no tempo.

Consonante a esse entendimento, dispõe a nova lei de licitações 14.133/21:

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

§ 5º Em se tratando de serviços contínuos, o edital poderá exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação, em períodos sucessivos ou não, por um prazo mínimo, que não poderá ser superior a 3 (três) anos.

Por estas razões, espera-se o deferimento desta impugnação, para incluir a exigência de três anos de experiência na qualificação, conforme exegese da lei 14.133/21

DOS PEDIDOS

Pelo exposto, requer-se o conhecimento da presente impugnação e no mérito seu provimento, para ocorrer as modificações no instrumento convocatório propostas nos subitens desta peça, com a posterior publicação do edital retificado e reinício do prazo para realização do certame, uma vez que as proposições em tela afetam a formulação das propostas, na forma do Acórdão nº 3390/2011 – Segunda Câmara do TCU.

Nestes termos,
pede-se deferimento

São Gonçalo, 27 de março de 2024

BREF GESTAO EMPRESARIAL LTDA
CNPJ: 20.839.900/0001-34
FELIPE ESTEVÃO ROCHA BRITO
CPF: 103.008.087-98