

São Paulo, 01 de março de 2021

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS/SP
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS
Rua Episcopal, 1.575 – 3o Andar – Centro – São Carlos/SP

ATT
COMISSÃO DE LICITAÇÕES
Roberto C Rossato

REF.: **TOMADA DE PREÇOS 02/2021**
PROCESSO LICITATÓRIO 16343/2020
RECURSO CONTRA INABILITAÇÃO

Prezados Senhores

PREST´MO ENGENHARIA LTDA, inscrita no cadastro de pessoas jurídicas sob o número 55.561.120/0001-50, estabelecida a Rua José Félix da Silva, 33 – Vila Gumerindo – São Paulo/ SP (SEDE) e à Rua Valentim Francisco de Matos, 156 – Pontal da Cruz - São Sebastião / SP (FILIAL 1), aqui representada pelo sócio administrador, Manuel J da Fonseca Corte, engenheiro civil, CREA 60.100/D, vem com fulcro da Lei nº 8666/93, tempestivamente, à presença de Vossa Senhoria a fim de propor

RECURSO ADMINISTRATIVO,

Contra a decisão dessa digna Comissão Permanente de Licitações (CPL) que inabilitou a recorrente, demonstrando os motivos de seu inconformismo pelas razões a seguir articuladas:

I – DOS FATOS SUBJACENTES

Atendendo ao chamamento desta Administração para o certame licitatório referenciado, a recorrente veio dele participar com a mais estrita observância das exigências editalícias, cujo objeto era a **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA ELABORAÇÃO DE PROJETO DE REGULARIZAÇÃO DA SP 30 – TRECHO EMPRESA CONCESSIONÁRIA EIXO, NO MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS**. A CPL abriu os envelopes de “DOCUMENTAÇÃO” dos participantes e após sua análise ficou constatado que duas e entres estas a recorrente.

A qualificação técnica exigida à todos os licitantes se restringia em:

- Atestado(s) fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da empresa, para fins de comprovação de capacidade técnico-operacional, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, **conforme súmula 24 do TCE-SP**, que comprovem o desempenho de atividades pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação, sendo considerada relevante a experiência em projetos rodoviários.
- Atestado(s) fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome de profissional pertencente ao quadro da empresa, para fins de comprovação de capacidade técnico-profissional, devidamente acervado no conselho competente, **conforme súmula 23 do TCE-SP**, que comprovem o desempenho de atividades pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação, sendo considerada relevante a experiência em projetos rodoviários.
- A comprovação do vínculo do profissional com a empresa vencedora da licitação poderá se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível ainda a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços.

Para o atendimento da qualificação técnica, descrita no Edital, a recorrente apresentou Acervo Técnico nº 2620190010072 que tratava de regularização de acessos junto à concessionária CCR Nova Dutra, Grupo CCR, antiga Companhia de Concessões Rodoviárias, possuidora da concessão da Rodovia Presidente Dutra, conhecida coloquialmente como Via Dutra, rodovia federal que atravessa a parte leste do estado de São Paulo e a região sudoeste do estado do Rio de Janeiro sendo parte da rota BR-116 que liga a cidade de São Paulo à cidade do Rio de Janeiro.



O projeto, por exigência da CCR Nova Dutra, determinava o fechamento de um dos acessos existentes (em vermelho), adequação geométrica de outro acesso existente (em verde) e novo acesso à Via Dutra (em amarelo) com adequação do acostamento existente (em azul).

Não se tratava de abertura de via de características urbanas como alegado pela área responsável pela análise dos atestados de capacidade técnica, mas sim de projeto funcional com remodelação de dispositivos e adequações de geometria em acessos da Via Dutra para a AGC Vidros do Brasil e municípios através da ampliação da Rua Belo Horizonte/Guaratinguetá/SP e também de escoamento do parque industrial também através da Rua Belo Horizonte, ou seja, interligação/acesso em rodovia federal com as interferências da parcela de maior relevância do objeto da licitação, que trata da interligação em rodovias, ainda que passível de questionamento segundo a Sumula 30 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros itens).

Ocorre que, essa decisão tomada pela CPL não se mostra consentânea com as normas legais aplicáveis à espécie como adiante ficará demonstrado.

II – AS RAZÕES DA REFORMA

A Comissão Permanente de Licitações ao considerar a recorrente inabilitada sob o argumento acima enunciado incorreu na prática de ato manifestamente ilegal. Há interpretação equivocada da lei e a mesma não está sendo lida por inteiro e utilizando parcialmente o descrito ali. Senão vejamos.

A Constituição Federal em seu quinto artigo reza que:

Art. 5º.

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

A Constituição Federal reza ainda que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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 as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (g.m.)

A lei 8666/93 - Lei de Licitações estabelece em seu artigo 3º:

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**,

(...)

Marçal Justen filho, em sua obra "Comentários a Lei das Licitações e Contratos Administrativos", assim se refere em relação aos princípios:

"Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art.3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre as diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art.3º. Se existir mais de uma solução compatível com ditos princípios, deverá prevalecer aquela que esteja mais de acordo com eles ou que os concretize de modo mais intenso e amplo.(...) O administrador, no curso das licitações, tem de submeter-se a eles. O julgador, ao apreciar conflitos derivados de licitações, encontrará a solução através desses princípios. Não é cabível excluir propostas vantajosas ou potencialmente satisfatórias apenas por apresentarem defeitos irrelevantes ou porque o "princípio da isonomia" imporia tratamento de extremo rigor. A isonomia não obriga adoção de formalismo irracional. Atende-se ao princípio da isonomia quando se assegura que todos os licitantes poderão ser beneficiados por idêntico tratamento menos severo. Aplicando o princípio da proporcionalidade, poderia cogitar-se até mesmo de correção de defeitos secundários nas propostas dos licitantes."

A douta comissão, se ainda pairar algum tipo de dúvida após a explanação retro, pode usufruir do artigo 43 da Lei 8.666/93: Art. 43.

"A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta."

Ocorre, no entanto, que de acordo com o entendimento pacífico do Tribunal de Contas da União, o dispositivo legal não veicula uma simples discricionariedade ao gestor público, mas sim um verdadeiro dever de ação nas situações em que a diligência se mostrar necessária e adequada.

É pacífico o entendimento do Tribunal de que falhas sanáveis, meramente formais, identificadas nas propostas, não devem levar necessariamente à inabilitação, cabendo à Comissão Julgadora promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (Lei 8.666/1993, art. 43, §3º).

É o sentido que se extrai do Acórdão 2.521/2003-TCU-Plenário, *in verbis*: "atente para o disposto no art. 43, §3º, abstendo-se, em consequência, de inabilitar ou desclassificar empresas em virtude de detalhes irrelevantes ou que possam ser supridos pela diligência autorizada por lei".

Acórdão 830/2018 – Plenário

Apesar das críticas que eventualmente possam ser feitas a esse posicionamento, o fato é que, na prática, o órgão/entidade licitante poderia ter um custo muito maior com determinada contratação por não ter efetuado a reconvocação da empresa para saneamento de uma falha no preenchimento da sua planilha.

A construção da linha de interpretação adotada pelo TCU passa pela premissa de que não há inclusão de nova proposta, pois esta deve ser considerada em relação ao preço total e não à composição desse valor, o que permitiria o saneamento de erros/falhas cometidas no preenchimento da planilha desde que não haja majoração do preço global, ou seja, sem qualquer mudança na proposta ofertada pela empresa.

Em síntese, para o TCU, o envio de nova planilha não representa nenhuma espécie de privilégio para a empresa, posto que o preço global não pode ser alterado, ou seja, não haverá mudança na classificação, mas apenas uma retificação no documento que discrimina a composição do preço oferecido pela licitante.

Apesar de não haver um limite para a quantidade de diligências que podem ser realizadas, a comissão ou o pregoeiro não podem exercer uma espécie de instância revisora da atividade empresarial. É obrigação da licitante e não da administração decidir como será corrigido o erro identificado sem acarretar, com essa retificação, novas falhas/vícios na planilha.

A diligência também é muito usada para sanear dúvidas em relação às informações dos atestados de capacidade técnica, especialmente porque são documentos produzidos por terceiros, os quais muitas vezes já possuem um padrão de texto para emissão desses documentos.

Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993)

Acórdão 2.730/2015 – Plenário

A promoção de diligência em face do atestado de capacidade técnica pode ter como finalidade tanto a complementação de informação ausente no documento como a confirmação da veracidade dos fatos nele descritos.

É importante ressaltar que a diligência pode ser feita junto à empresa ou ao emissor do atestado, ficando a cargo da comissão ou do pregoeiro decidir qual opção será mais rápida e segura.

Imagine, por exemplo, que há dúvida quanto à efetiva execução do objeto indicado no atestado.

Nesse caso, em diligência, a administração poderia solicitar ao próprio licitante que apresentasse a cópia da nota fiscal relativa aquele fornecimento/serviço referido no atestado.

Não se admite, porém, que o próprio edital exija a apresentação de atestados acompanhados das respectivas notas fiscais, visto que estes últimos não são documentos de habilitação. Aliás, o TCU tem um posicionamento muito firme no sentido de que apenas os documentos previstos nos artigos 27 a 31 da Lei n.º 8.666/1993 podem ser solicitados como requisito de habilitação.

É ilegal e restringe a competitividade do certame licitatório a exigência de documentos de habilitação além daqueles previstos nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993.

O artigo 44 da lei 8666/93 assim é disposto:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

§ 2º Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos.

(Revogado)

§ 3o Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4º O disposto no parágrafo anterior se aplica também a propostas que incluam mão-de-obra estrangeira ou importação de insumos de qualquer natureza, adotando-se, como referência, os mercados nos países de origem.

Os dispositivos anteriormente citados determinam que a Administração obedecerá aos princípios de legalidade, julgará a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, que julgará as propostas, através da Comissão, levando em consideração os critérios objetivos definidos no Edital e, suposição de que o Acervo Técnico 2620190010072/Atestado de Capacidade Técnica anexado é incompatível com o objeto, por se tratar de abertura de via de características urbanas, sem as interferências da parcela de maior relevância do objeto da licitação, que trata da interligação em rodovias, se mostra inverídica e improvida das providências necessárias e legais.

Em lugar algum está descrito no CAT 2620190010072 ou no Atestado de Capacidade Técnica o descrito pela "comissão técnica" que julgou o atestado incompatível por tratar-se de abertura de via de características urbanas. Onde está escrito? Qual o embasamento desta "comissão" para descrever tratar-se de "abertura de via de características urbanas"?

Os serviços descritos foram de engenharia executados para o Município de Guaratinguetá e os serviços executados foram de projeto funcional com adequação de geometria incluindo pavimentação, drenagem e projeto complementares (descriminados e quantificados neste mesmo documento) e de forma cristalina descreve ser acesso à Via Dutra em Guaratinguetá, ou seja, interligação, criação de acesso em rodovia federal e comprova a aptidão da recorrente para desempenho de atividade pertinente e compatível em características conforme descreve o artigo 30 da Lei 8666/93.

Como podemos ver, a Lei 8666/93 prevê a similaridade dos Atestados de Capacidade Técnica no Parágrafo 3º do Caput do Art. 30 e o entendimento do Tribunal de Contas a similaridade e compatibilidade de serviços assim se manifesta;

“Deve-se ter em mente que este Tribunal tem precedentes no sentido de que a compatibilidade entre os serviços anteriores e o serviço licitado deve ser entendida como condição de similaridade e não de igualdade.”

Acórdão 1.140/2005-Plenário.

IV – DO PEDIDO

Na esteira do exposto, e dentro dos princípios da razoabilidade, requer-se que seja julgado provido o presente recurso, com efeito para que, reconhecendo-se a ilegalidade da decisão hostilizada, como de rigor, admita-se a classificação da recorrente para a fase seguinte da licitação.

Nestes Termos

P. Deferimento



PREST' MO ENGENHARIA LTDA - EPP
CREA 40.920-5
Manuel J da Fonseca Corte
Diretor Técnico/ Sócio Administrador
Engenheiro Civil e Seg do Trabalho
CREA 60.100/D