

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE LAJEADO/RS

Pregão Eletrônico nº 024/2023.

PDS OBRAS LTDA EPPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 25.533.137/0001-32, estabelecida em Lajeado/RS, vem, respeitosamente, perante este digníssimo Pregoeiro, nos termos da legislação aplicada, tempestivamente, interpor seu

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra a decisão administrativa que resolveu por inabilitar a Recorrente, objetivando que sejam reexaminados estes atos, pelas razões que passará a expor, requerendo o seu conhecimento e provimento, ou em caso negativo, a remessa à **AUTORIDADE SUPERIOR**, para apreciação, julgamento e provimento.

BREVE PREÂMBULO

A recorrente, na condição de empresa especializada na execução dos serviços licitados, obteve cópia do instrumento convocatório e cópia do termo de referência, angariando toda a documentação especificada no edital, a fim de participar do certame promovido pelo Município de Lajeado, o qual tem como objeto, conforme o edital do **Pregão Eletrônico nº 024/2023**.

Dentro desse contexto, fora realizada a sessão pública do pregão, oportunidade na qual a recorrente foi **ERRONEAMENTE** inabilitada nos Lotes 0002, Lote 0005 e Lote 0006, dando como justificativa a incompatibilidade do atestado apresentados, a falta de quantitativo e a falta de comprovação do vínculo existente entre o profissional detentor de capacidade técnica e a empresa, nos termos estabelecidos pelo Edital.

Tais fatos, adotados pelo pregoeiro demonstram total desconhecimento da Lei nº 14.133/21, aplicável ao certame quanto aos requisitos de habilitação dos licitantes.

Por conseguinte, em virtude do incorreto procedimento adotado, acabou o pregoeiro em ferir regular e processo licitatório, o qual deve ser revisto nos seguintes termos:

INABILITAÇÃO – ATESTADO DE CAPACIDADE – SERVIÇOS SIMILARES E QUANTITATIVOS.

Tal item demonstra o total desconhecimento do pregoeiro frente a legislação aplicável, especialmente quanto ao correto posicionamento técnico já que o atestado de capacidade técnica sempre atestará os serviços similares de capacidade técnica compatível, jamais idênticas, inclusive com vedação a tal solicitação.

O Edital de licitação estabelece:

11.13. Qualificação Técnica:

11.13.2. Atestado(s) de capacidade técnica, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, registrado no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia - CREA ou Conselho de Arquitetura e Urbanismo - CAU, acompanhado da CAT (Certidão de Acervo Técnico), do(s) profissional(is) de nível superior, que seja detentor de Atestado de Responsabilidade Técnica que comprove(m) ter o(s) profissional(is) executado serviços de características técnicas semelhantes ao objeto da presente licitação.

11.13.3 A comprovação de vínculo do(s) profissional(i)s técnico(s) indicado(s) para cumprimento do item 11.13.2. ocorrerá mediante a apresentação:

11.13.3.1. da Carteira de Trabalho demonstrando o vínculo empregatício entre o proponente (licitante) e o responsável técnico; ou

11.13.3.2. do contrato social, de ato constitutivo ou estatuto, devidamente registrado no órgão competente, no caso de vínculo societário; ou

11.13.3.3. no caso de relação contratual, cópia autenticada do contrato entre a licitante e o profissional, devidamente assinado pelo representante legal da empresa e pelo profissional;

11.13.3.4. ou ainda, promessa escrita e assinada pelo(s) profissional(is) de que se compromete a ser o futuro responsável técnico pela execução do objeto, caso a licitante se consagre vencedora. Neste caso, deverá ser comprovado vínculo profissional com a empresa licitante para a assinatura da ata de registro de preços, através dos meios descritos anteriormente.

11.13.4. Apresentar **atestado(s) de capacidade técnico operacional**, para cada lote que a LICITANTE pretende se habilitar, comprovando que executou:

LOTE 02 – 1.500 M2 DE MURO OU PAREDE DE ALVENARIA DE TIJOLOS MACIÇOS E 2.000 M² DE MURO OU PAREDE DE ALVENARIA DE PEDRA GRÊS.

LOTE 05 – 1.500 M² DE INSTALAÇÃO DE COBERTURA COM TELHA ALUZINC E 1.500 M² DE REFORMA DE COBERTURA / TELHADO ALUZINC.

LOTE 07 – 750 M² DE SERVIÇO DE CHAPISCO E 750 M² DE SERVIÇO DE EMBOÇO.

11.13.4.1. O(s) atestado(s) deverá(ão) ser fornecido(s) por pessoa jurídica, de direito público ou privado, no qual constem as seguintes informações: objeto, instituição na qual o serviço foi prestado, período e local de execução. Deve constar o número de telefone e nome completo do responsável pelo atestado, para confirmação das informações atestadas, em caso de diligência.

Em análise aos documentos de habilitação da empresa recorrente apresentados, o pregoeiro consignou em ata que o mesmo foi apresentado em desconformidade com o solicitado:

O fornecedor PDS OBRAS LTDA foi inabilitado para o lote 0002 pelo pregoeiro.

Motivo: Após a análise da documentação apresentada pelo licitante vencedor do Lote 02, PDS OBRAS LTDA, verificou-se que a empresa não comprovou a realização dos requisitos mínimos de capacidade técnico operacional exigidos no item 11.13.4. do Edital. Isso porque, a concorrente comprovou, tão somente, a realização de 570m² muro ou parede de alvenaria de tijolos e 995m² de muro ou parede de alvenaria de pedra grês, sendo que os requisitos para habilitação eram, no mínimo, “1.500 M² DE MURO OU PAREDE DE ALVENARIA DE TIJOLOS MACIÇOS E 2.000 M² DE MURO OU PAREDE DE ALVENARIA DE PEDRA GRÊS”, portanto resta inabilitada a licitante.

O fornecedor PDS OBRAS LTDA foi inabilitado para o lote 0005 pelo pregoeiro.

Motivo: Após a análise da documentação apresentada pelo licitante vencedor do Lote 05, PDS OBRAS LTDA, verificou-se que a empresa não comprovou a realização dos requisitos mínimos de capacidade técnico operacional exigidos no item 11.13.4. do Edital. Isso porque, a concorrente comprovou, tão somente, a realização de 1150m² de instalação de cobertura com telha aluzinc e 335m² de reforma de cobertura/telhado aluzinc, deste modo não atingiu os requisitos mínimos: “1.500 M² DE INSTALAÇÃO DE COBERTURA COM TELHA ALUZINC E 1.500 M² DE REFORMA DE COBERTURA / TELHADO ALUZINC”, portanto resta inabilitada.

O fornecedor PDS OBRAS LTDA foi inabilitado para o lote 0007 pelo pregoeiro.

Motivo: Após a análise da documentação apresentada pelo licitante vencedor do Lote 07, PDS OBRAS LTDA, verificou-se que a empresa não comprovou a realização dos requisitos mínimos de capacidade técnico operacional exigidos no item 11.13.4. do Edital. Isso porque, a concorrente não comprovou a realização do serviço de chapisco, bem como apresentou atestado de somente 150m² de emboço, sendo que os requisitos mínimos eram: “750 M² DE SERVIÇO DE CHAPISCO E 750 M² DE SERVIÇO DE EMBOÇO”, sendo assim resta inabilitada a licitante para este lote.

O procedimento adotado está equivocado.

Em nenhum momento o edital fala na soma dos itens para fins de comprovação da parcela de maior relevância.

Ademais, é certo que, em se tratando de contratos administrativos que envolvem serviços de engenharia, a Administração Pública deve exigir a comprovação do serviço compatível, contudo, JAMAIS, cabendo a igualdade de serviços, já que vedado, sob pena de limitação da concorrência.

Caso entendesse o Município na necessidade de tal comprovação específica, a parcela em sua totalidade (somando as duas quantidades) deveria ter sido explicitada, o que não foi.

Logo, cristalino é o dever do Município em aceitar atestado de capacidade que reporte serviços executados de acordo com as características e complexidade equivalentes ao licitado e quantitativos suficientemente demonstrados, especialmente, considerando que se trata de registro de preços, em que a execução de sua totalidade não é garantida.

Da análise dos documentos aportados ao processo verifica-se a comprovação de capacidade técnica e operacional da empresa.

O TCU bem esclarece a situação posta:

A qualificação técnica abrange tanto a experiência empresarial quanto a experiência dos profissionais que executarão o serviço. A primeira seria a capacidade técnico-operacional, abrangendo atributos próprios da empresa, desenvolvidos a partir do desempenho da atividade empresarial com a conjugação de diferentes fatores econômicos e de uma pluralidade de pessoas. A segunda é denominada capacidade técnico-profissional, referindo-se à existência de profissionais com acervo técnico **compatível com a obra ou serviço de engenharia a ser licitado.**

Como é de amplo conhecimento, a vinculação do gestor ao princípio da legalidade contido no caput do art. 37 da CRFB/88 é um dos pilares que regem toda a atividade pública administrativa. Sobre o assunto, comenta Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa “pode fazer assim”; para o administrador significa “deve fazer assim”.

Na mesma linha de orientação, Celso Antônio Bandeira de Mello comenta:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação de cidadania. [...]

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes,

obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.

Vale ressaltar ainda que uma das finalidades precípua do processo licitatório é a de garantir o princípio constitucional da isonomia e de selecionar a proposta mais vantajosa de acordo com o interesse público, baseando-se nos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa entre outros, e que a vedação ao caráter competitivo da licitação está expressamente na Lei de Licitações.

Para fundamentar a explicação sobre o dispositivo legal acima citado, vale-se das palavras de Marçal Justen Filho:

O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta mais vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter competitivo da licitação.

Assegura-se tratamento igualitário aos interessados que apresentem condições necessárias para contratar com a Administração. A vitória de um deles dependerá de seus próprios méritos. A regra não exige que o benefício indevido seja derivado de uma intenção reprovável. Ou seja, não é necessário sequer a intenção de beneficiar um ou mais competidores. (grifei)

Desse modo, ao inabilitar a recorrente por apresentar atestado de capacidade técnica com obras e serviços de características e complexidade técnica compatível ao objeto, **JAMAIS SE PERMITINDO IDÊNTICAS**, tratou a recorrente de laborar de acordo com os preceitos legais exigidos no processo licitatório.

Ademais, a regra estabelecida ao quantitativos não restou clara (soma), cabendo aceitar a comprovação mínima estabelecida à regra do edital.

É importante salientar que a melhor doutrina sobre o tema é igualmente categórica.

Mestre Marçal Justen Filho em “Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos” – 1ª Edição AIDE Editora – Rio de Janeiro, 1993.

“É proibido rejeitar atestados, ainda que não se refiram exatamente ao mesmo objeto licitado, quando versarem sobre obras ou serviços similares e de complexidade equivalente ou superior. A Similitude será avaliada segundo critérios técnicos, sem margem de liberdade para a administração.”

Ainda, Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 11ª edição, pag. 336, que trata da qualificação profissional do licitante:

“Vale insistir acerca da inconstitucionalidade de exigências excessivas, no tocante à qualificação técnica. Observe-se que a natureza do requisito é incompatível com a disciplina precisa, minuciosa e exaustiva por parte da Lei. É impossível deixar de remeter à avaliação da Administração a fixação dos requisitos de habilitação técnica. Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes, tal como já exposto acima. **A Administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de objeto similar.** (...)”

Para esclarecer melhor a questão de “similaridade de atestados de capacidade técnica” vejamos o posicionamento recente do Tribunal de Contas da União – TCU.

Acórdão 449/2017 – Plenário | Ministro JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

Nas licitações para contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, os atestados de capacidade técnica devem comprovar a aptidão da licitante na gestão de mão de obra, e não na execução de serviços idênticos aos do objeto licitado, sendo imprescindível motivar tecnicamente as situações excepcionais.

Acórdão 361/2017 – Plenário | Ministro Vital do Rego

É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha prestado serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993).

Acórdão 1891/2016 – Plenário | Ministro Marcos Bemquerer

Nas licitações para contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, os atestados de capacidade técnica devem, em regra, comprovar a habilidade da licitante em gestão de mão de obra.

Acórdão 1168/2016 – Plenário | Ministro Bruno Dantas

Nas contratações de serviços de terceirização (serviços contínuos prestados mediante dedicação exclusiva da mão de obra), os atestados de capacidade técnica devem, em regra, comprovar a habilidade da licitante na gestão de mão de obra.

Acórdão 553/2106 – Plenário | Ministro Vital do Rego

Nas licitações para contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, os atestados de capacidade técnica devem comprovar a aptidão da licitante na gestão de mão de obra, e não na execução de serviços idênticos aos do objeto licitado, sendo imprescindível motivar tecnicamente as situações excepcionais.

Com os Acórdãos acima especificados, fica bem claro a posição do TCU sobre este tema, ou seja, os Atestados devem comprovar que a licitante tem aptidão na Gestão da Mão de obra e não especificadamente a cada item do objeto licitado.

Nessa mesma linha, dispõe o inciso XXI do art. 37 da CF/88 sobre a finalidade do procedimento, que é a máxima ampliação da concorrência e diminuição de preços.

Portanto, equivocado o entendimento de não aceitar os atestados de capacidade técnico-operacional por não auferir ambos os quantitativos estabelecidos, já que os serviços atestados pela recorrente demonstram a execução de serviços similares de complexidade igual e maiores ao próprio objeto licitado em quantidades suficientes a comprovar a experiência ao serviço exigido, devendo-se aplicar o formalismo moderado.

PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO E PRINCÍPIO DE ECONOMICIDADE

A respeito do tema, anotam em sede doutrinária EGON BOCKMANN MOREIRA e FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES (“in Licitação Pública: A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratação/RDC, Ed. Malheiros, São Paulo, 2015, 2ª ed. atualizada, revista e aumentada, p. 389):

“Não se duvida de que o processo de licitação é marcado pelo princípio do formalismo, sendo esse a receita para evitar desvios de fim na manipulação de competências administrativas. Todavia, trata-se de formalismo moderado: as formas não poderão ser entendidas como um fim em si mesmas, desconstruídas das finalidades próprias do certame. Elas revelam-se meramente instrumentais à realização do escopo da licitação. (...).

Em erudito Voto o Relator no RMS nº 70084253202 TJ/RS, decidiu que:

Não seria despropositado afirmar que uma tendência aparentemente irreversível na evolução da disciplina jurídica da licitação está na flexibilização da vinculação estrita ao edital de licitação, em homenagem ao incremento da disputa propriamente dita, fim último da licitação. Flexibiliza-se o formalismo para alcançar a maior vantagem buscada com a licitação. Esta filosofia tem permeado as legislações mais recentes acerca do tema, como a Lei do Pregão, a Lei das PPPs e o RDC – todos preveem a relativização do formalismo como diretriz a ser seguida no desenvolvimento da licitação.”

E a jurisprudência do mesmo Tribunal é coerente acerca do tema:

(...) PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BUSCA PELA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA[1]. Apontamentos com fundamento em formalidades excessivas sucumbem diante da preponderância do princípio da busca pela obtenção da maior vantagem para as contratações da administração pública. Observados os princípios da razoabilidade e da instrumentalidade das formas, bem como o interesse público, é de ser reconhecida a legalidade da habilitação da impetrante. (...) afigura-se descabida a inabilitação da apelante, sob pena de cancelar-se formalismo excessivo, em detrimento à proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

(...) Apesar da formalidade que permeia o processo licitatório, não se mostra razoável que mera irregularidade seja suficiente para excluir do certame a impetrante, haja vista que a licitação deve dar-se sempre na busca da oferta mais vantajosa à Administração. 3. O formalismo exacerbado pode gerar danos não só ao Estado como às concorrentes, razão porque, o princípio do procedimento formal merece ser relativizado. (Remessa Necessária Cível, Nº 70081754871, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Luiz Grassi Beck, Julgado em: 31-07-2019).

(...) Impossibilidade de inabilitação, com base em formalismo excessivo na interpretação do edital, sob pena de afastamento de proposta mais vantajosa à Administração Pública (Apelação Cível, Nº 70081870594, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em: 28-08-2019).

ODETE MEDAUAR ensina que o princípio do formalismo moderado consiste:

Na previsão de ritos formais simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa, em segundo se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto à forma para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas. visa impedir que minúcias e pormenores não essenciais afastem a compreensão da finalidade da atuação administrativa. Exemplo de formalismo exacerbado destoante desse princípio, encontra-se no processo de licitação, ao se inabilita ou desclassificar participantes por lapsos em documentos não essenciais, passíveis de serem supridos ou esclarecidos sem diligências.

Pelo princípio do formalismo moderado os ritos são simplificados em prol da finalidade e enquanto que pelo princípio da instrumentalidade que não se confunde com o primeiro o foco é o aproveitamento do ato nulo, mas que atingiu sua finalidade como exemplo o decidido no HC 560.741/RS, sendo Relator para o Acórdão o Min. Rogério Schietti Cruz, j. 12.05.2020.

Em matéria de nulidade, rege o princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual não há nulidade sem que o ato tenha gerado prejuízo para a acusação ou para a defesa. Não se prestigia, portanto, a forma pela forma, mas o fim atingido pelo ato. Por essa razão, a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual só pode acarretar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado, trazendo prejuízo a qualquer das partes da relação processual.

Para a declaração de nulidade de determinado ato processual, deve haver a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte, de modo que não é suficiente a mera alegação da ausência de alguma formalidade, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, consoante o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal.

Portanto, o princípio do formalismo moderado é uma técnica de abrandamento do rigor excessivo das formas em benefício da finalidade, já a instrumentalidade é o aproveitamento do ato nulo ou anulável que, não obstante praticado de outra forma, alcançou sua finalidade. Por isso, nas licitações de melhor preço, mesmo que haja irregularidade não se anula o certame, mas, *faculta-se 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.*

Em conclusão, o procedimento licitatório deve obediência a princípios legais, constantes na lei de regência que diz que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável sendo 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.

Logo, resta patente que a empresa recorrente deve ser a adjudicatária, haja vista todo o exposto, aplicando-se a análise moderada quanto aos documentos que comprovaram a experiência na execução dos serviços licitados, em quantidades suficientes, lembrando, tratar-se de registro de preço, sem garantia de execução da totalidade licitada, e o vínculo existente entre os profissionais que atestaram o serviço e a licitante (CAT).

Por fim, cabe lembrar que a recorrente apresentou uma proposta de valores menores, estando comprovado no processo que não houve redução em relação à menor proposta pelos demais concorrentes, devendo-se, assim, ser resguardado o princípio da economicidade aplicado ao processo para o fim de habilitar a recorrente no Lote 0002, Lote 0005 e Lote 0007.

DO PEDIDO

Aduzidas as razões que balizaram e fundamentaram o presente recurso administrativo, com supedâneo na legislação vigente, requer o seu recebimento, análise e acolhimento a fim de que seja reformada a decisão do Sr. Pregoeiro com vistas a **DECLARAR HABILITADA** a empresa **PDS OBRAS LTDA EPP** no Lote 0002, Lote 0005 e Lote 0007, efetuando a correta classificação das propostas apresentadas, no Pregão Eletrônico nº 024/2023.

Não sendo acolhido o pleito acima lançado, o que se admite *ad argumentandum*, além da necessária fundamentação, **REQUER A REMESSA DOS AUTOS À AUTORIDADE SUPERIOR**, para conhecimento e acolhimento do presente, tendo em vista o que acima se expôs.

Nestes Termos, pede e espera deferimento.

Lajeado, 25 de março de 2024.

PDS OBRAS LTDA EPP
CNPJ nº 25.533.137/0001-32