

Marcio Mendes da Rosa
Advogado - OAB/SC 28.344



**A PREFEITURA MUNICIPAL DE HERVAL D'OESTE – ESTADO DE SANTA CATARINA
NESTA SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES E/OU
AUTORIDADE SUPERIOR COMPETENTE.**

Visto →
Adm. Puro
Pl. contra Razões
da Licitação.
HO 24/01/14
[Assinatura]

**Referente: Edital de Concorrência n. 02/2013.
Recurso Administrativo
Fundamento: Art. 109, I, "a" da Lei n. 8.666/93**

POLICENO COMÉRCIO DE PEDRAS LTDA ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 09.248.416.0001-80, situada à Rua "F", n. 160, bairro Dona Helena, na cidade de Ibicaré-SC, neste ato representada pelo seu Sócio-Administrador, Sr. JOSÉ LUÍS POLICENO DA SILVA, através de seu Advogado Legalmente Constituído, instrumento de procuração em anexo, com escritório Profissional a Rua Nilo Peçanha, n. 71, vem à presença do Presidente da Comissão Permanente de Licitação, deste órgão da Administração Pública Municipal, **com fulcro nos 109, da Lei Federal 8.666 de 1993, e art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988**, tempestivamente apresentar:

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da **decisão da Comissão Permanente de Licitações**, que julgou a empresa inabilitada na fase de documentação no Processo de Licitação em referência, pelos motivos de fato e de direito a seguir explanados.

RECEBIDO

23/01/2014

97

01 – DOS FATOS:

1.1. A recorrente é empresa do ramo de Comércio de Pedras, prestação de serviços de pavimentação com colocação de pedras em ruas, e outros serviços relacionados, e, é participante juntamente com as empresas **PEDREIRA CALDART LTDA** e **BENEFATO CONSTRUTORA LTDA**, do Processo de Licitação na modalidade Concorrência Pública n. 002/2013, que tem como objeto: “*CONTRATAÇÃO EM REGIME DE EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIO, DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA A PAVIMENTAÇÃO EM PARALELEPIPEDOS DE ESTRADA VICINAIS E VIA PÚBLICA NO MUNICÍPIO DE HERVAL D'OESTE, COM FORNECIMENTO DE MATERIAL E MÃO DE OBRA*”.

1.2. O edital inicialmente foi publicado em 1º de novembro de 2013, para abertura do certame do dia 06/12/2013, porém devido a um a exigência contida no item 8.1.4.3.3., a ora Recorrente necessitou impugnar o instrumento, pois estava sendo feita uma exigência ilegal, impugnação esta que foi acatada e o instrumento republicado com alteração neste item 8.1.4.3.3., em 09 de dezembro de 2013, conforme consta da documentação do processo licitatório em anexo, marcando a data de abertura novamente para o dia 10/01/2014.

1.3. Superada a irregularidade, a empresa que já havia confeccionado a documentação para participação no certame do dia 06/12/2013, atualizou seus documentos para a participação da licitação remarcada para o dia 10/01/2014.

1.4. Na data de participação do certame (10/01/2014), teve alguns aborrecimentos, inicialmente por conta de que mesmo tendo apresentado a documentação conforme exigência do item 6.2 do edital, não foi classificada como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, para obter os benefícios trazidos pela Lei Complementar n. 123/2006, necessitando interpor recurso quanto a este item.

1.5. No entanto, a classificação como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, segundo o parecer jurídico anexado ao processo administrativo, ficou ao critério da Comissão Permanente de Licitações, recomendando que a mesma só fosse classificada na condição especial se fosse habilitada no certame.

1.6. Ocorre que na data de abertura do certame, a ora impetrante tomou conhecimento de que houve uma alteração/retificação no edital (doc. anexo), no que se refere a qualificação técnica, alteração esta, que do ponto de vista técnico, não encontra

qualquer justificativa, senão restringir a competitividade do certame, com nítida intenção de excluir a recorrente do certame.

1.7. Assim a empresa POLICENO foi inabilitada a prosseguir no certame, sendo lavrada ata da qual não concordamos. Cujo trecho transcrevemos:

"(...) Inabilitar as empresas Policeno Comércio de Pedras Ltda – ME e Benefato Construtora pelos motivos apontados na ata n. 02/2014, ou seja, Empresa Policeno Comércio de Pedras Ltda. – Acervo Técnico apresentado de duas obras, uma com quantitativo de 3.981,68 e outra com 5.700 metros quadrados. (...)"

2.8. Por não concordar com a decisão da respeitável Comissão Permanente de Licitações passamos a apresentar as Razões de Recurso Administrativo.

II – DAS RAZÕES DO RECURSO ADMINISTRATIVO.

2.1 DA TEMPESTIVIDADE RECURSAL.

É tempestivo o presente recurso, eis que interposto no prazo legal previsto no artigo 109, I, alínea "a", da Lei Federal n. 8.666/93, tendo em vista que o prazo começou a fluir no primeiro dia útil após a publicação da ata, que foi em 17/01/2014, portando o prazo para recurso encerra em 24/01/2014.

2.2 DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO – ALTERAÇÃO DAS REGRAS DO CERTAME DURANTE O ANDAMENTO DO PROCESSO – MODIFICAÇÃO QUE IMPLICA EM RESTRINGIR A COMPETITIVIDADE DO CERTAME.

Nobre Presidente desta Respeitável Comissão Permanente de Licitações, para a habilitação no certame a Administração Pública, exigia em seu edital originalmente publicado em 10/12/2013, a apresentação de documentação, consoante rol explicitado no capítulo VIII do mesmo, que foi plenamente atendido pela recorrente, inclusive quanto aos acervos técnicos que estavam assim exigidos. Vejamos:

8.1.2.1. CAPACITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL:



b) Comprovação através da apresentação de Atestado de Capacidade Técnica,- CAT(s) COM REGISTRO DE ATESTADO – ATIVIDADE CONCLUÍDA para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, mediante a apresentação de atestados, declaração ou documento similar, fornecidos por pessoa jurídica de direito público e/ou privado, devidamente registradas no CREA de jurisdição da emissão do Atestado.

b.1) Entende-se por compatível em características e quantidades, para este fim, a apresentação de atestados que contemplem, no mínimo, a execução de obras, de pavimentação com paralelepípedos de no mínimo 5.000m² (cinco metros quadrados).

8.1.2.3 CAPACITAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL:

8.1.2.3.3. Certidão (ões) de Acervo Técnico – CAT(s) COM REGISTRO DE ATESTADO – ATIVIDADE CONCLUÍDA do profissional indicado da empresa, dando conta de que o mesmo já desempenhou atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com os serviços relacionados neste Edital.

c) Poderão ser apresentadas tantas CATs quanto necessárias para a comprovação total do item acima, sendo vedada, entretanto, a somatória de CATs para esta obra. Com exceção no caso de empresas reunidas em consórcio sendo admitido o somatório conforme artigo 33 inciso III da Lei 8.666/93

c.1) Entende-se por compatível em características e quantidades, para este fim, a apresentação de atestados que contemplem, no mínimo, a execução de obras, de pavimentação com paralelepípedos de no mínimo 5.000 m² (cinco metros quadrados).

Referidos requisitos foram satisfeitos pela Recorrente, que apresentou um atestado de 5.700 m² e outro para demonstrar a execução de mais de uma obra e não restar dúvida sobre a sua capacidade de 3.981,68 m².

Ocorre que a recorrente desconhecia que a regra do edital acima transcrita teria sido retificada/alterada, majorando de forma injustificada a quantidade de metragens dos atestados técnicos, isso durante o andamento do certame, sem que o edital fosse republicado, conforme determina o artigo 21, §4 da Lei Federal n. 8.666/93¹.

Referida retificação assim se refere:

<p>TERMO DE RETIFICAÇÃO - CONCORRÊNCIA PUBLICA Nº 002/2013</p> <p>PROCESSO LICITATÓRIO Nº 067/2013</p>
--

¹ Artigo. 21 (...) § 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 002/2013

OBJETO: Contratação em regime de empreitada por preço unitário, de empresa especializada para a pavimentação em paralelepípedos de estrada vicinais e via pública no município de Herval d'Oeste, com fornecimento de material e mão de obra.

Pelo presente termo retifica-se o edital de licitação, no que refere-se a qualificação técnica itens 8.1.2.1 alínea b.10 e 8.1.2.3.3 alínea c1 :

Onde se lê: "no mínimo 5.000 m² (cinco mil metros quadrados)"

Passa a vigorar com a seguinte redação:"no mínimo 8.000 m² (oito mil metros quadrados)

Equivalente a 36 % do total de 22.442 metros quadrados.

Os demais dados permanecem inalterados, mantida inclusive a data entrega dos envelopes e da sessão pública no dia 10/01/2014 nos horários estabelecidos no edital. Informações: Setor de Compras e Licitações (49) 3554 0922 ou e-mail : rubens@heraldoeste.sc.gov.br.

Herval d'Oeste (SC), 13 de dezembro de 2013.

NELSON GUINDANI

Prefeito Municipal

Fonte: <http://www.heraldoeste.sc.gov.br/conteudo/index.php?item=4168&fa=4&cc=1>, acesso em 23/01/2014.

Do mesmo modo, o licitante nem sequer foi, **formalmente comunicado sobre a alteração do edital**, e mesmo fosse, tal alteração não encontra respaldo legal. Em tese é **presumível** que a alteração dos **itens 8.1.2.1 alínea b.10 e 8.1.2.3.3 alínea c1** referente a quantidade de metragens da capacidade técnica, **foi com a finalidade de excluir a recorrente do certame**, pois se o edital foi confeccionado e aprovado pelo jurídico, conforme parecer n. 0123/2013, constante no processo datado de 21/09/2013. Qual então seria o real motivo de alterar a capacidade técnica (regra inicialmente traçada no certame), sem que houvesse questionamento dos licitantes? O motivo seria restringir a competitividade? Afastar os licitantes? Ou somente excluir o recorrente?

Desta forma, não havendo justificativa para a alteração do edital, a mesma pode ser julgada **imprópria** e **desnecessária** pelo Judiciário, eis que sequer o licitante teve

conhecimento desta alteração, para que pudesse impugnar a regra alterada no andamento do processo licitatório.

Versa a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI.

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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. (Regulamento)

Nobre Presidente desta CPL, o Legislador Constituinte, foi claro, sem entrelinhas ou rodeios ao dizer: **“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.”**

Veja, que em momento algum, nossa Constituição Federal vigente, diz que a exigência deve ser **igual ou superior ao objeto a ser contratado/executado**, PELO CONTRÁRIO, a exigência deve ser **somente a indispensável ao cumprimento da obrigação**.

No mesmo rumo, a Lei Federal n. 8.666/93, regulamenta, em seu Artigo 30, *in verbis*:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

*I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de **atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.** (Grifo nosso)*

(....)

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

É necessário FRIZAR, o contido no artigo 3º da citada Lei n. 8.666/93:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - 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; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Ademais, como já dito, a interpretação do edital, jamais deve ser restritiva, com rigor excessivo, sob pena de frustrar o caráter competitivo do certame, conforme versa a Jurisprudência de Nossos Tribunais:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. ILEGALIDADE. EXCESSO DE FORMALISMO. A orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis e a não-exigência de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados em licitar. Tem a impetrante direito líquido e certo a prosseguir no certame, nulo o ato que a desabilitou. RECURSO DESPROVIDO, MANTIDA A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. VOTO VENCIDO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70025791286, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 15/10/2008). Sem grifos no original.

No posto de vista técnico, a capacidade da Licitante Foi comprovada, eis que demonstrou ter executadas obras de características técnicas e operacionais similares a obra em referência, qual seja pavimentação com paralelepípedos, em dois atestados, com áreas relevantes perante o objeto.

Então se pergunta, existe licitude na alteração do presente instrumento, majorando de forma injustificada a quantidade de áreas a ser apresentada em atestado. Muito particular essa questão.

Porém no presente caso, acredita-se que a alteração do instrumento, tem o único intuito de restringir a competitividade do certame, eis que quem fez 5.700 m² de pavimentação em um contrato e 3.981,68 m² em outro contrato, poderia simplesmente ter executado mais de 9.000 m² em um único contrato. Porque não? Se o método executivo para executar 5.000,00 e 10.000,00 ou 20.000,00 é o mesmo, então encontra-se comprovada a capacidade técnica, porque exigir quantidade desnecessária, sem qualquer justificativa.

É oportuno mencionar, que o edital ta sendo usado dois pesos para uma única media, pois se é admissível, conforme item 8.1.2.3.3. "c", o somatório de CAT e Atestados Técnicos pelos consorciados, porque não admitir pelos não consorciados, se duas empresas podem somar qualificações para alcançar a quantidade mínima, porque uma única empresa não pode somar?

Mais uma vez a regra. encontra-se lançada para restringir a competitividade, sendo que o princípio da concorrência publica e possibilitar o maior número de licitantes habilitados, para que nesse universo a Administração encontre proposta mais vantajosa para a contratação.

Neste rumo, versa a farta jurisprudência de nossos tribunais, *in verbis*:

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. EQUÍVOCO NA FASE DE HABILITAÇÃO. O princípio basilar da concorrência pública é o de possibilitar o maior número de participantes, por isso que as exigências sejam na elaboração do edital, seja no julgamento das propostas em suas diferentes fases, devem ser limitadas ao que realmente for imprescindível e substancial. Mas o processo licitatório não se assemelha a uma corrida de obstáculos, tampouco é de ser essencialmente formalista ou burocrático, em descompasso com os objetivos da licitação. Por isso um simples lapso, uma falha inócua, não deve propiciar a desclassificação. Com aplicação, no ponto, a conhecida regra - "utile per inutile non vitiatur", apropriada pelo Direito francês pela máxima " pas de nullité sans grief". Sentença confirmada em reexame

necessário. Unânime. (Reexame Necessário Nº 70030404537, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 03/08/2011)

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL.

1. As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa.

2. Não há de se prestigiar posição decisória assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração da habilitação jurídica, da qualificação técnica, da qualificação econômica-financeira e regularidade fiscal.

3.(...)

4. Segurança concedida.

(MS 5.606/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13.05.1998, DJ 10.08.1998 p. 4)" (Grifo nosso).

Ainda da jurisprudência Catarinense, extraímos o seguinte ensinamento:

"Não se pode perder de vista que a finalidade precípua da licitação é a escolha da contratação mais vantajosa para a Administração Pública, e para atingi-la, não pode o administrador ater-se à rigorismos formais exacerbados, a ponto de afastar possíveis interessados do certame, o que limitaria a competição e, por conseguinte, reduziria as oportunidades de escolha para a contratação". (ACMS n. 2006.040074-1, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Primeira Câmara de Direito Público, Dj. 21-6-2007)

E ainda,



AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. INABILITAÇÃO DE CONCORRENTE. LICITAÇÃO. **CUMPRIMENTO DE TODAS AS EXIGÊNCIAS CONSTANTES NO ATO CONVOCATÓRIO. DECLARAÇÃO NESTE SENTIDO.** *Conforme referido tanto na decisão judicial que indeferiu a liminar como na administrativa que proveu o recurso, a concorrente apresentou declaração, com a proposta, no sentido de que atendidas todas as especificações técnicas previstas no edital, cumprindo, assim, os requisitos exigidos. Por isso, não há relevante fundamentação para a modificação da decisão recorrida.* Agravo desprovido. Unânime. (Agravo Regimental Nº 70032217986, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 16/10/2009) Sem grifos no original.

Destacamos ainda, que a **HABILITAÇÃO** da Recorrente, é **MEDIDA JUSTA E NECESSÁRIA**, pois, atende plenamente os requisitos do edital.

Desta forma, resta claro que a inabilitação da licitante foi **abusiva e arbitrária**, contrariando a Lei, a doutrina e a jurisprudência, conforme exaustivamente demonstrado, pelo que desde já se requer sua Habilitação.

III - DOS REQUERIMENTOS FINAIS:

Diante do exaustivamente exposto, passamos a requerer:

- a) Seja revisto o julgamento, para declarar **nula, invalidada e desnecessária** a retificação/alteração da regra do edital (**itens 8.1.2.1 alínea b.10 e 8.1.2.3.3 alínea c1, da qualificação técnica, foram alterados/retificados, aumentando a área do Acervo de 5.000 m² para 8.000 m²**), eis que a mesma não encontra justificativa plausível, evitando a restrição da competitividade do certame, bem como evitar que o mesmo seja posteriormente anulado integralmente pelo Judiciário, **JULGADO assim, HABILITADA empresa POLICENO COMÉRCIO DE PEDRAS LTDA ME a prosseguir nas demais fases do certame;**
- b) Alternativamente, requer seja **possibilitado o somatório dos Atestados e CATs, que comprovam a qualificação técnica da empresa requerente;**

- c) Requer, SEJA DECLARADA a empresa **POLICENO COMÉRCIO DE PEDRAS LTDA ME**, apta a usufruir os benefícios concedidos pela Lei Complementar n. 123/2006, eis que apresentou comprovação nos termos do item 6.2 do edital, devendo ser declarada para tanto, como **MICROEMPRESA**, independente de sua habilitação no certame;
- d) Requer, sejam as razões encaminhadas à análise de autoridade superior competente – nos termos da Lei;
- e) Requer ainda, que a decisão seja comunicada a empresa **RECORRENTE**, nos termos de Lei, para fins de contagem do prazo administrativo, para eventual pedido de reconsideração, ou, ainda interposição de Medida Judicial;

Por fim, protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, sem prejuízo de outras que se fizerem necessárias para a justa habilitação no certame.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Ibicaré-SC, 23 de janeiro de 2014.



POLICENO COMÉRCIO DE PEDRAS LTDA ME
CNPJ nº 09.248.416.0001-80
MARCIO MENDES DA ROSA
Procurador – OAB/SC 28.344