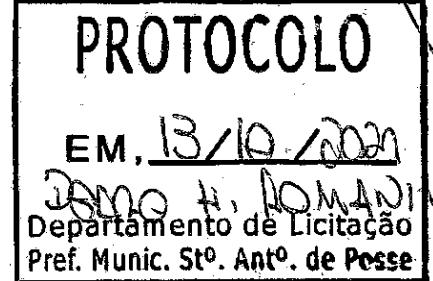


Ilustríssimo Senhor Presidente da Comissão de Licitação da Prefeitura Municipal  
de Santo Antonio de Posse.

Processo Licitação nº 000153/2021

Tomada de Preços nº 7/2021



**ITAJUBÁ CONSTRUÇÃO CIVIL E MECANICA LTDA.**, já qualificada nos autos do processo licitatório em epígrafe, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO** em face da decisão que declarou a empresa **P.C. ASSENCO CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA.** habilitada a participar do certame, consoante motivos de fato e de direito a seguir articulados.

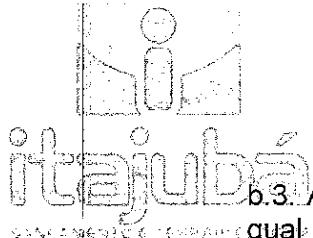
### I – DOS FATOS

**ITAJUBÁ**, ora requerente, teve acesso ao edital de licitação, na modalidade de tomada de preços, tipo menor preço, sob nº 7/2021, que tem por objeto a implantação de rede de esgotamento sanitário, na Avenida José Amauri Bortolotto e outras ruas, conforme especificações constantes do instrumento convocatório em apreço.

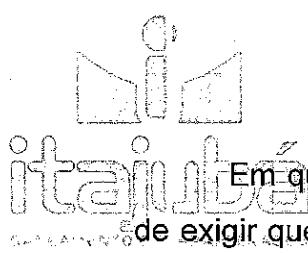
Em razão disso, apresentou documentação e proposta comercial rigorosamente de acordo com o edital. Abertos os envelopes da requerente e de sua concorrente, a empresa **P.C. ASSENCO**, únicas partícipes da licitação em debate, a Comissão houve por bem habilitar ambas as empresas.

Entretanto, do exame da documentação apresentada pela **P.C. ASSENCO**, conclui-se que a concorrente deixou de observar o item b.3. do edital que assim dispõe, *in verbis*:

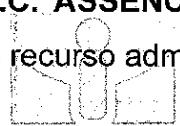




b.3. Atestado de capacidade técnica em nome do licitante, o qual comprovará o desempenho anterior em atividade condizente e compatível com o edital de licitação, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, em papel timbrado da entidade expedidora, com identificação do nome e endereço da entidade, estando as informações sujeitas à conferência pela Comissão de Licitação (grifamos).



Em que pese a cristalina clareza das disposições editalícias, no sentido de exigir que o atestado de capacidade técnica seja apresentado em nome da empresa licitante, a Comissão entendeu, sem qualquer fundamento no edital, que a **P.C. ASSENCO** encontrava-se habilitada, ensejando a propositura do presente recurso administrativo.



## II – DO DIREITO

A licitação, enquanto procedimento administrativo, encontra-se intimamente vinculada à Lei, sob pena de macular o certame com vício insanável de ilegalidade e sujeito a nulidade. Veja-se, que na hipótese de ocorrência de ato administrativo ilegal, rompe-se a ordem jurídica que, de rigor, deve ser recomposta, mediante os instrumentos ofertados pelo sistema jurídico.



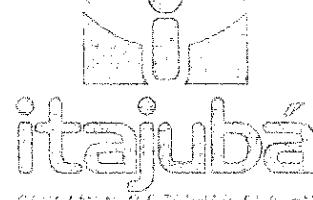
No caso, em se tratando de decisão proferida no contexto de um procedimento licitatório, se afigura possível a recomposição da ordem jurídica mediante reconsideração da decisão proferida, ou, ainda pela posterior declaração de nulidade, pelo Poder Judiciário, quando, e se, provocado.



Para demonstrar a ilegalidade da decisão proferida, passemos ao seu exame, à luz das disposições do edital que, às sabendas, deve ser interpretado em consonância com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que vem gizado no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93.



Com efeito, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é corolário do princípio da legalidade, impondo à Administração e aos licitantes a observância das normas estabelecidas no edital, sendo vetor principiológico de mão dupla, na medida em que vincula ambos às suas disposições.



Cumpre-nos deixar claro, que a Administração, uma vez exercida a sua competência discricionária no estabelecimento das disposições do edital, com a sua publicidade, traça o vínculo jurídico entre as partes mediante as regras do instrumento convocatório.

Marçal Justen Filho muito bem observa acerca do princípio da vinculação ao instrumento convocatório:

O instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art 4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto às regras de fundo sejam quanto aquelas de procedimento. Sob um certo ângulo, o edital é fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração frustra a sua própria razão de ser da licitação. Viola os princípios da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia. O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através do **instrumentos de controle interno da Administração Pública.**<sup>1</sup>

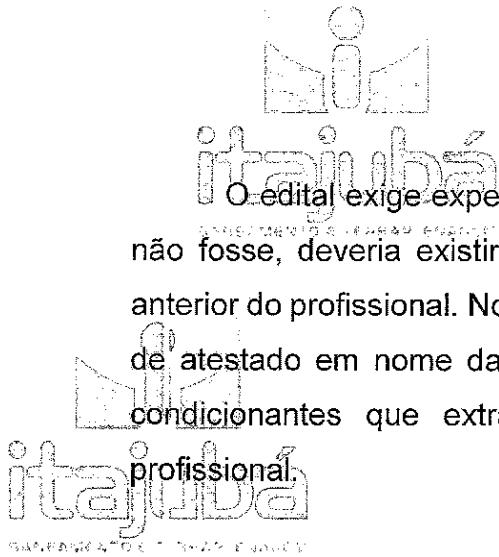
Ora, se o edital determina que os licitantes proponentes devem apresentar atestado de desempenho anterior em nome da licitante. Logo, certo é afirmar que qualquer decisão que não reflita esta regra, não reúne condições jurídicas de prosperar e, portanto, deve ser revista por esse colegiado.

Um simples compulsar dos atestados apresentados é suficiente para se concluir que o documento vem em nome do profissional **ELIO JESUS SANTANA**, e não em nome da licitante **P.C. ASSENCO**, isso sem falar que aludido documento não qualquer referência sobre o seu emissor.

Nem se alegue que é indiferente apresentar o atestado técnico em nome da empresa, ou de eventual responsável técnico pelo serviço de engenharia executado.

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitação e contratos administrativos: Lei 8.666/93. 18<sup>a</sup> ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 963.

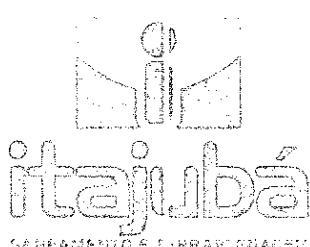




O edital exige experiência de natureza empresarial, até porque se assim não fosse, deveria existir expressa disposição editalícia exigindo experiência anterior do profissional. Note-se, por oportuno, que a exigência de apresentação de atestado em nome da licitante tem por objetivo demonstrar uma série de condicionantes que extrapolam a experiência anterior demonstrada pelo profissional.

Em outras palavras, a experiência da empresa licitante demonstra fatores econômicos, bem como que um gama de profissionais, necessariamente organizados, estão aptos a enfrentar a execução do objeto licitado.

Mais uma vez Marçal Justen Filho muito bem expressa a questão em debate:



Utiliza-se a expressão “capacitação-técnica operacional” para indicar essa modalidade de experiência, relacionada à ideia de empresa. Não se trata de haver executado individualmente uma certa atividade, produzida pela atuação profissional de um único sujeito. Indica-se a execução de um objeto que pressupõe a conjugação de diferentes fatores econômicos e de uma pluralidade (maior ou menor) de pessoas físicas (e, mesmo, jurídicas). O objeto executado revestia-se de complexidade de ordem a impedir que sua execução se fizesse através da atuação de um sujeito isolado. Portanto, não se tratou de experiência profissional. Exigiu-se do sujeito a habilidade de agrupar pessoas, bens e recursos, imprimindo a esse conjunto a organização necessária ao desempenho satisfatório.<sup>2</sup>

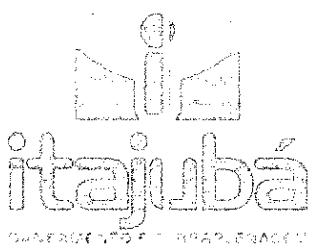
Nem se alegue que não foi intenção da Administração exigir o atestado de modo a comprovar requisitos que superam a atuação de um único sujeito, ou ainda, que isso seria indiferente para a Administração. A questão que se coloca é que, independentemente da razão que levou a municipalidade a fazer a exigência em debate, é fato inarredável que se estabeleceu uma regra a que Administração e licitante estão sujeitos, em razão do princípio da vinculação ao edital.



Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça assim já decidiu:

<sup>2</sup> Ob. cit. p. 726.

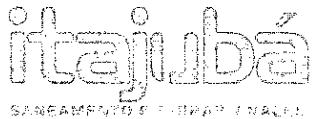




Administrativo. Mandado de Segurança. Licitação. Vinculação ao Edital. Afastamento de Critério Subjetivo na Apreciação de Recurso Administrativo. Ilegalidade do Ato Inabilitador de Concorrente. Constituição Federal. Arts. 5º, II, 37 e incs. XXI e LV, 84, III. Lei 6404/76. Lei 8666/93. Lei 8883/94. Lei 8987/95. Súmula 473/STF. 1. Habilitação técnica reconhecida pela via de critérios objetivos não pode ser derruída por afirmações de índole subjetiva, contrapondo-se às avaliações vinculadas às disposições editalícias. A legislação de regência louva os critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório (§ 1º, art. 44, Lei 8666/93; art. 14, Lei 8987/95). 2. O processo licitatório inadmitindo a discriminação, desacolhe ato afrontoso ao princípio da isonomia, numa clara proibição do abuso de poder por fuga à vinculação ao Edital. Ato, decorrente de expressas razões recursais, desconhecendo-as para fincar-se em outras de caráter subjetivo, fere o princípio da legalidade. No caso não se compõe a discricionariedade sobre os albores do interesse público, conveniência e oportunidade.

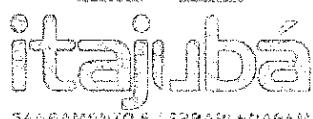
3. Segurança concedida parcialmente.<sup>3</sup>

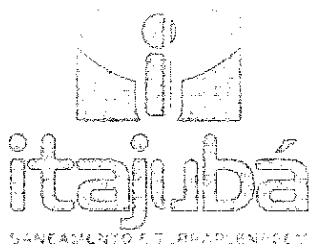
O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no mesmo sentido do STJ, assim já decidiu:



RECURSO DA EMPRESA IMPETRANTE - Mandado de segurança - Insurgência contra a sua inabilitação no Pregão Presencial referente ao Edital nº 30/17, pela não apresentação do Termo de Abertura e Encerramento do exercício - Pretensão da suspensão do procedimento, até decisão final, postulando, no mérito, a anulação do procedimento licitatório, a partir da habilitação - Inadmissibilidade - A empresa impetrante foi inabilitada por não apresentar o balanço a que se refere a cláusula 06.3, alínea "b.6", do Edital, que estabeleceu: "b.6) Os Balanços, quando apresentados por fotocópia extraída do Livro Diário - devidamente autenticada na Junta Comercial ou outro órgão equivalente, deverão estar acompanhados dos Termos de Abertura e de Encerramento do Exercício" - A inabilitação deu-se pela não apresentação do termo de abertura e encerramento - Princípio da vinculação ao edital - Requisitos gerais da habilitação não cumpridos - Ato e mérito administrativo - Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos - Limita-se o controle jurisdicional, nos casos concretos, ao exame da legalidade do ato ou da atividade administrativa - Assim, os aspectos de conveniência ou oportunidade não podem ser objeto desse controle - A autoridade jurisdicional pode dizer o que é legal ou ilegal, mas não o que é oportuno ou conveniente e o que é inoportuno ou

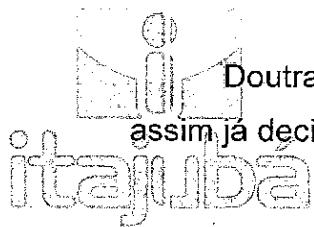
<sup>3</sup> STJ - MS- 5289-DF 1997/0053243-7, Relator: Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Data de Julgamento: 24/11/1997, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 21.09.1998 p. 42 RSTJ vol. 112 p. 25





inconveniente, dessa forma, cabe ao Judiciário controlar toda a atividade administrativa, desde que não invada o mérito conveniência e oportunidade das decisões discricionárias - Inexistência de direito líquido e certo – Exegese do artigo 1º da Lei nº 12.016/2009 - Ademais, o mandado de segurança foi ajuizado em 20 de outubro de 2017 - Todavia, antes mesmo da propositura, a licitação já havia sido encerrada, com homologação e adjudicação do objeto da licitação à empresa vencedora, o que ocorreu em 05 de outubro de 2017 (fls. 173) - Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo - Sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual (CPC/15, art. 485, VI), com a imediata revogação da liminar, mantida – Recurso da empresa impetrante, improvido.<sup>4</sup>

Ainda que o julgado sobre dito tenha sido proposto em razão de documento de ordem econômico-financeira, verifica-se que a impetrante, apesar de não ter atendido ao edital, procurou se socorrer do Poder Judiciário, não logrando existir em seu desiderato, por um único motivo: inobservância do edital.



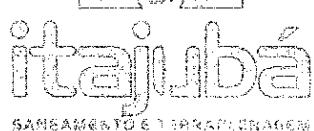
Doutra parte, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, assim já decidiu:

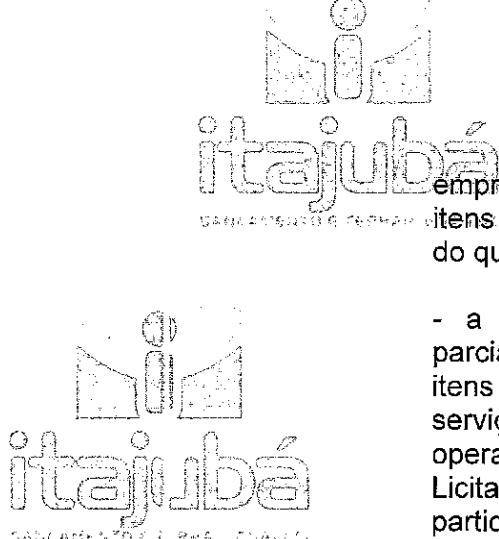
A fiscalização, a cargo da 4ª DF, opinou pela irregularidade da matéria, apontando que houve descumprimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Isso porque, embora a contratação tenha se efetivado com a empresa que apresentou o menor preço, nenhuma das participantes comprovou capacidade técnico operacional, através da demonstração da execução de serviços equivalentes às parcelas de maior relevância, constantes do Edital.

O Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André aduziu, em síntese, que: - A definição das parcelas de maior relevância observou as súmulas nºs 24 e 30 deste Tribunal, tanto em relação às quantidades, como pela não exigência de atestados específicos; a finalidade é verificar se a empresa tem capacidade, evitando a participação de concorrentes despreparados;

- 18 empresas realizaram a visita e 3 participaram da licitação; houve pedidos de esclarecimentos, todos prontamente respondidos e tecnicamente embasados, e não houve impugnações; houve ampla publicidade e transparência; - A

<sup>4</sup> TJ-SP - APL: 10135531220178260161 SP 1013553-12.2017.8.26.0161, Relator: Marcelo L Theodósio, Data de Julgamento: 11/12/2018, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/12/2018

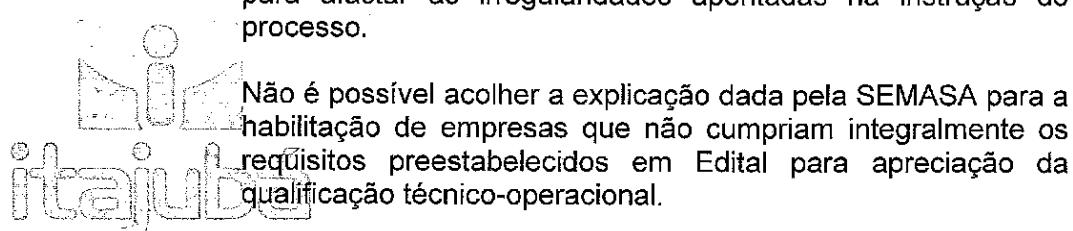




empresa vencedora (Versátil) atendeu totalmente 14 dos 15 itens de maior relevância e parcialmente o outro item (77,86% do quantitativo exigido);

- a empresa DP Barros atendeu totalmente 12 itens e parcialmente 3 deles; a empresa FBS atendeu totalmente 11 itens e parcialmente 4 deles; - "Na análise global, destacando os serviços que exigem grande capacidade técnica e complexidade operacional envolvida para a sua execução, a Comissão de Licitação em sua avaliação entendeu que as 3 (três) empresas participantes atenderam totalmente o solicitado".

As justificativas apresentadas pela Origem não foram suficientes para afastar as irregularidades apontadas na instrução do processo.



Não é possível acolher a explicação dada pela SEMASA para a habilitação de empresas que não cumpriam integralmente os requisitos preestabelecidos em Edital para apreciação da qualificação técnico-operacional.

Caso fosse possível considerar habilitada uma empresa que não cumprisse todos os critérios eleitos pela administração para tal finalidade, somente realizando uma "análise global" de sua experiência, não seria necessário inserir no Edital exigências específicas para o cumprimento individual de cada item.

O que se pode depreender é que a SEMASA elegeu, para tal finalidade, exigências desnecessárias para a aferição da qualificação técnico-operacional, excedendo a previsão contida no artigo 30 da Lei de Licitações.

Inserir no Edital imposições que devem ser cumpridas para fins de habilitação e, após, habilitar empresas que não as cumpriram configura o descumprimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no caput do artigo 3º e no artigo 41, ambos da Lei Federal nº 8.666/933.

Mesmo que se alegue que as 3 empresas participantes foram habilitadas, não se pode ignorar que a inserção de condições de habilitação no instrumento convocatório pode ter inibido a participação de diversas outras empresas do segmento de mercado – 18 retiraram o edital e só 2 participaram -, o que compromete os princípios da isonomia, da igualdade e da obtenção da proposta mais vantajosa à administração, insculpidos no caput do artigo 3º da lei de licitações.

Contudo, apesar da irregularidade, que comprometeu todo o procedimento, entendo que seja possível afastar a aplicação de sanção pecuniária ao responsável, tendo em vista que a ATJ acolheu as justificativas apresentadas pela administração e que houve uma competitividade razoável, proporcionada por 3 empresas, obtendo-se proposta com valor inferior ao orçado.

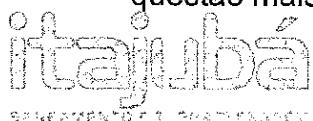
**Diante do exposto, voto pela irregularidade da licitação e do decorrente contrato, e pela ilegalidade das correspondentes**





despesas, em face do descumprimento dos artigos 3º, caput; 30 e 41 da Lei Federal nº 8.666/93 (...).<sup>5</sup>

Por último, também não se alegue que a exigência editalícia em discussão é de caráter meramente formal, até porque a experiência anterior da licitante é questão mais do que relevante e, portanto, não pode ser relegada ao desprezo.



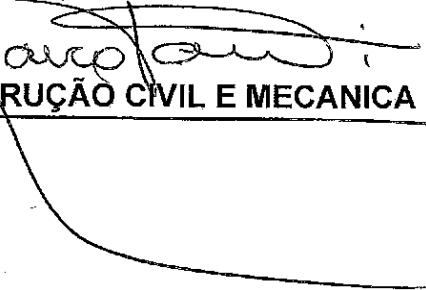
### III – DO PEDIDO

À vista do exposto, requer-se, desde logo, o recebimento do presente recurso, por tempestivo e, no mérito, postula-se pela reforma da decisão proferida, de modo a declarar a empresa **P.C. ASSENCO CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA**, inabilitada, por inobservância do item b.3. do edital.

Caso essa Comissão não reveja o ato administrativo ora combativo, requer-se subam os autos à autoridade superior, que deverá declarar a concorrente inabilitada, , sob pena de representação no E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Termos em que,

P. Deferimento, 13 de outubro de 2021.

  
**ITAJUBA CONSTRUÇÃO CIVIL E MECANICA LTDA**



<sup>5</sup> TC-033127/026/13 - 2<sup>a</sup> Câmara – Grifos nossos.

