PREFEITURA MUNICIPAL DE JOAÇABA - PREFEITURA MUNICIPAL DE JOAÇABA/SC

PROCESSO DE LICITAÇÃO Nº 28/2020/PMJ

EDITAL PE Nº 06/2020/PMJ

Ilmo. Sr. Pregoeiro

CONSTRUTEX COMERCIAL TECNICA E CONSTRUÇOES LTDA, cadastrada no CNPJ nº 18.719.543/0001-29, devidamente qualificada no processo acima em epígrafe, data máxima venia, inconformada com o resultado do pregão eletrônico em referência, vem, com fulcro no artigo 109, inciso I, alínea "e" da Lei 8.666/93 e Art. 44 § 1º do decreto 10.024/19, combinado com o parágrafo 10 do Edital nº 08/2019 interpor RECURSO ADMINISTRATIVO em face da decisão que a declarou Recusada/Inabilitada no presente certame, e declarou habilitada a empresa SPR Móveis e Divisórias Articuladas Ltda, CNPJ nº 14.772.449/0001-82, conforme razões abaixo expostas.

I - DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE RECURSO

A manifestação da empresa ocorre tempestivamente, vez dentro do prazo para apresentar as razões do recurso, que finda no dia 29/06/2020 às 23:59, conforme consulta ao Portal de Compras Públicas.

II – PREÂMBULO

O Pregão Eletrônico Nº. 06/2020, tem como objeto a contratação de empresa especializada para o fornecimento e instalação de divisórias internas, destinadas ao Centro de Inovação do Município de Joaçaba, SC.

Uma vez interessada em participar do certame, a empresa recorrente participou da disputa, o qual a concede legitimidade e interesse recursal.

Fazendo cópia ao texto do preâmbulo do Edital 06/2020, o referido tem por finalidade a contratação, na modalidade PREGÃO, na forma ELETRÔNICA, do tipo MENOR PREÇO – POR ITEM, nos termos da Lei Federal nº 10.520/2002, Lei Complementar nº 123/2006, Decreto Federal nº 10.024/2019, Decreto Municipal nº 5.918/2020, Instrução Normativa nº 08/2014 e alteração, aplicando-se subsidiariamente no que couberem as disposições contidas na Lei Federal nº 8.666/93 com alterações posteriores, e demais normas regulamentares aplicáveis à espécie, bem como de acordo com as condições estabelecidas neste Edital.

Para tal, cabe-se o entendimento de que, neste certame, os decretos, leis, leis complementares, instruções e orientações normativas, servirão como alicerce por esta administração, no julgamento e cabimento deste.

III – DA INABILITAÇÃO INDEVIDA DA RECORRENTE CONSTRUTEX

A) DOS FATOS

A presente licitação teve sua abertura e disputa de lances à data de 02/06/2020, quando restaram classificadas as empresas recorrida e recorrente em primeiro e segundo lugares, respectivamente, devido aos valores de seus lances finais, por valor unitário (R$ 1.349,00 e R$ 1.350, respectivamente).

Posteriormente, foi iniciada a análise das documentações de cada. A empresa SPR Móveis e Divisórias Articuladas Ltda teve suas documentações analisadas inicialmente, e restou desclassificada por apresentar documentos com prazos de validade não atendendo os exigidos pelo edital. Foi a mensagem:

"Sistema - 03/06/2020 - 18:14:00

O fornecedor SPR Móveis e Divisórias Articuladas Ltda foi inabilitado no processo.

Motivo: Os documentos apresentados para suprir os item 2.3.5, 6.1.11 e 6.1.8, não atendem aos prazos de validade previsto no edital."

Em seguida, foi analisada a documentação da recorrente CONSTRUTEX. Na análise, os respeitáveis pregoeiros consideraram o atestado de capacidade técnica apresentado como insuficiente para os fins desta licitação:

"Sistema - 05/06/2020 - 14:12:42

O fornecedor CONSTRUTEX COMERCIAL TECNICA E CONSTRUÇOES LTDA foi inabilitado no processo.

Motivo: Proponente não atendeu ao item 6.1.9 do edital, por ter apresentado o atestado de divisória fixa e não de divisória articulada, conforme edital."

Porém, neste ponto, chamamos atenção ao que exige o Edital, em seu item 6.1.9., evocado pelo respeitável pregoeiro:

"6.1.9. Comprovação de capacidade para a execução do objeto deste Edital, mediante apresentação de documento no qual se ateste que a empresa executou a qualquer tempo, ***serviço semelhante*** *a este que está sendo licitado, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado."(g.n.)*

Nota-se que o pregoeiro, ao decidir pela desclassificação da recorrente Construtex, afirmou que esta não cumpriu o exigido no item 6.1.9 do Edital. Porém, sua justificativa foi de que o atestado apresentado comprovava o objeto pertinente a "divisória fixa", e não "divisória articulada".

Por questão lógica, tem-se viável concluir que o atestado apresentado pela recorrente não comprovaria a realização de objeto idêntico ao licitado. Porém, não há dúvidas que o objeto comprovado é, inquestionavelmente **semelhante**.

Tal constatação pode ser facilmente aduzida ao se questionar "qual é o tipo de empresa a se contratar para realização de fornecimento e instalação de divisórias articuladas?". Por lógica, a empresa que fornece divisórias fixas, também fornecerá divisórias articuladas.

Para mais do que isso, tem-se a comprovação de tal fato ao conferir o segundo atestado (emitido pela empresa OIKOS CONSTRUÇÕES LTDA, cliente da recorrente Construtex), demonstrando sua experiência também com divisórias articuladas, objeto idêntico ao da presente licitação. Tal é expresso no "item 05" do referido atestado:

"DIVISORIA ARTICULADA ACUSTICA EM PLACAS DE MDF E=15MM, PREENCHIDA COM LA DE ROCHA 48KG/M3, ACABAMENTO EM LAMINADO MELAMINICO, ESPESSURA TOTAL DE 120MM, PAINEL 50 KGlM2, INDICE DE REDUCAO SONORA 46DB A 57DB, MARCA LOVATH- INOVAR"

Nota-se que, dentre outros tipos de divisórias apontadas no atestado (inclusive a fixa), está a divisória articulada, demonstrando sua similaridade com as outras.

Como pode-se notar, a recorrida guiou-se pela literalidade do edital, pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, e pelo entendimento jurisprudencial, ao optar por enviar um atestado que comprovasse a **similaridade** da realização de serviços com o objeto da licitação, sem que necessariamente comprovasse uma prestação **idêntica** à licitada. Demonstrou também sua boa-fé, e a despreocupação com uma eventual falha de interpretação por parte do julgador. Falha esta compreensível, porém possivelmente danosa ao licitante de boa-fé.

Após tal indevida desclassificação, foi dado seguimento ao processo. Analisada documentação da terceira colocada, também constatou-se que esta não veio a cumprir com os requisitos para habilitação.

Neste momento, foi tomada uma decisão por parte da comissão permanente de licitação, que ao invés de abrir, de forma regular e procedimental, a janela para interposição de recursos (momento o qual a recorrente Construtex estava aguardando para trazer as razões aqui exaradas, inclusive já havendo interposto intenção de recurso), optou por evocar o Artigo 48, § 3º, da Lei de Licitações.

Ou seja, não foi dado à recorrente o Direito ao Contraditório e à Ampla Defesa, princípios básicos do Direito Brasileiro, e basilares na nossa Magna Carta, presentes no Art. 5º, LV da mesma:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral ***são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes****;" (g.n.)*

Assim, foi precoce o momento para a evocação do Artigo 48, § 3º, da Lei de Licitações, o qual teria sido devido e legal após o esgotamento dos recursos administrativos da fase primeira do procedimento licitatório.

Conclui-se que, levando em consideração que o atestado apresentado anteriormente pela recorrente deveria ter sido aceito, tem-se que, caso houvesse sido oportunizado o recurso no momento correto, teríamos assim a reforma da decisão de desclassifica-la. Com o consequente encerramento da presente licitação, e com um licitante declarado vencedor, sem sequer haver a necessidade de evocar o Artigo 48, § 3º, da Lei de Licitações. Qual constata-se ter sido feito de forma precipitada por esta respeitável Comissão.

Assim, prosseguiremos ao Direito em torno da possibilidade de apresentação de atestado que comprove a realização de objeto **semelhante** ao objeto licitado.

B) DO DIREITO

Afirma o Edital, quanto à exigência de atestado de capacidade técnica:

"6.1.9. Comprovação de capacidade para a execução do objeto deste Edital, mediante apresentação de documento no qual se ateste que a empresa executou a qualquer tempo, ***serviço semelhante a este que está sendo licitado****, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado." (g.n.)*

Tal texto do Edital, inclusive, está em consonância com a Lei nº 8.666/93, que em seu Artigo 30, inciso II, prevê:

"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;" (g.n.)*

Assim, se faz necessário destacar que a Lei não fala em **igualdade** de características, quantidades e prazos, e sim que a documentação relativa à qualificação técnica deverá se limitar a demonstrar a compatibilidade do objeto comprovado, com o objeto da licitação disputada. Ou seja, deverá comprovar que a empresa demonstre já ter realizado atividade semelhante, e não idêntica à disputada.

Isso já foi reiteradas vezes confirmado pelo TCU e outros Tribunais de Contas, conforme é possível constatar no Acórdão abaixo apontado:

"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).

Também é o conteúdo reforçado pelo Acórdão 2382/2008, também do TCU:

"O art. 30, inciso II, da lei nº 8.666/93 estabelece que comprovação de aptidão para desempenho de atividade deve ser pertinente e compatível, em características, quantidades e prazos, com o objeto da licitação. A melhor exegese da norma é a de que a referida comprovação de aptidão deva ser demonstrada exclusivamente mediante a comprovação de serviços similares. Nesse sentido, o § 5 º do referido art. 30, veda a exigência de comprovação de aptidão com quaisquer limitações não previstas na Lei que inibam a participação na licitação." (Acórdão 2382/2008 Plenário - Voto do Ministro Relator)

Ainda, Marçal Justen Filho, em "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", Dialética, 11ª edição, pag. 336, ao comentar o art. 30 da Lei nº 8.666/1993, 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****." (g.n.)*

Veremos agora o que diz a nossa lei maior, a qual, em seu Artigo 37, inciso XXI, impõe um limite nas exigências de Habilitação em licitações públicas:

"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****." (g.n.)*

Ainda seria discutível o tema, caso o Edital trouxesse exigência mais rigorosa em relação a critérios para habilitação no atestado de capacidade técnica. Porém o próprio Edital, em seu item 6.1.9., se limitou a exigir comprovação de realização de serviço **semelhante** ao licitado.

Assim, temos que tal decisão de desclassificar a recorrente veio a violar o próprio Princípio de Vinculação ao Instrumento Convocatório.

IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Pode-se aferir que a recorrente demonstrou todas as condições legais para ser habilitada no certame desde a primeira análise de sua documentação. Porém teve sua participação restringida por violação ao texto expresso do Edital.

Ressaltamos e replicamos entendimento do célebre jurista Marçal Justen Filho:

O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica a pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las (...)" (Justen Filho, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 8ª ed., São Paulo, Dialética, comentários ao art. 41, pgs. 417/420) (g.n.)

A recorrente apresenta condições documentais e de adequabilidade de proposta para ser reputada vencedora.

*"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." Art. 3º Lei 8.666/93 (g.n.)*

A Administração Pública deve buscar a proposta mais vantajosa, visando a economicidade, dentre outros, porém não deve deixar de levar em consideração os princípios básicos previstos na supracitada Lei.

Portanto, oferecer o menor preço, não implica em aceitação obrigatória de proposta, menosprezando as exigências do certame.

Destarte, a Administração Pública pode rever seus atos a qualquer tempo, desde que reconheça que praticou ato contrário ao direito vigente, cumpre-lhe anulá-lo, para RESTABELECER A LEGALIDADE administrativa. A anulação é feita com base no seu Poder de Autotutela sobre seus próprios atos o qual a Administração Pública detém, conforme entendimento já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula 346, segundo a qual "a Administração Pública pode anular seus próprios atos".

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 3418/2014 – Plenário)

Relatado todas as razões trazidas pela recorrente, se fazem alegações mais que suficientes para demonstrar que existem comprovações pontuais e inequívocas de cumprimento dos ditames legais, dos instrumentos normativos e do edital por parte da Recorrente, razão pela qual, a decisão desta Comissão de Licitação e deve ser revista no sentido de proceder à classificação da mesma.

V - DOS PEDIDOS:

Diante de todo o exposto, requer seja conhecido e provido o presente recurso, no sentido de habilitar a Empresa CONSTRUTEX COMERCIAL TECNICA E CONSTRUÇOES LTDA, cadastrada no CNPJ nº 18.719.543/0001-29.

Entretanto, se diverso for o entendimento Vossa Senhoria, requer seja o presente recurso submetido à consideração da autoridade superior, para a devida apreciação, em conformidade com o parágrafo 4º, do artigo 109, da Lei nº 8.666/1993, observando-se ainda o disposto no parágrafo 3º do mesmo artigo.

Outrossim, requer seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso, em conformidade com o artigo 109, parágrafos 2º e 4º da Lei nº 8.666/1993, até julgamento final na via administrativa com intuito de não causar prejuízos à Administração, cumprindo, assim, o estatuído pela moralizante e democrática Lei das Licitações Públicas.

Por derradeiro requer e espera que seja dada publicidade ao julgamento do presente recurso, por se tratar de formalidade essencial para a validade do ato administrativo.

Termos em que pede deferimento e exercício da justiça,

Brasília, 29 de Junho de 2020.

CONSTRUTEX COMERCIAL TECNICA E CONSTRUÇOES LTDA

CNPJ nº 18.719.543/0001-29