

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA E/OU AUTORIDADE SUPERIOR COMPETENTE

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 044/2020 – MUNICÍPIO DE RIO GRANDE (RS).

Objeto: Contratação de Empresa Especializada na Prestação de Serviço Contínuo de Merendeiras, no âmbito das Escolas da Rede Municipal de Ensino, da Secretaria de Município da Educação/SMEd.

COSTA OESTE SERVIÇOS DE LIMPEZA EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 07.192.414/0001-09, endereço eletrônico: "", com sede a Rua Nossa Senhora do Rocio, 1901, centro, cidade e Comarca de Toledo/PR, CEP: 85.900-180, por seu representante que a esta subscreve, vem, respeitosamente, a presença de Vossa Senhoria, interpor RECURSO ADMINISTRATIVO contra a HABILITAÇÃO da empresa PEDRO REGINALDO ALBERNAZ FARIA E FAGUNDES LTDA com fulcro no art. 4, inciso XVIII da Lei 10.520/02, art. 109, inciso I, alínea "a" e §2º da Lei nº 8.666/93 e no item 11.1 do edital de licitação, pelas razões a seguir descritas.

1. DOS FATOS

O Município de Rio Grande (RS), por intermédio de seu Gabinete de Compras, Licitações e Contratos – GCLC, tornou público edital de licitação na modalidade Pregão Eletrônico, do tipo Menor Preço Global por Lote, de contratação de Empresa Especializada na Prestação de Serviço Contínuo de Merendeiras, no âmbito das Escolas da Rede Municipal de Ensino, da Secretaria de Município da Educação/SMEd.

Na data de 05/01/2021, às 14h00min, foi iniciada a sessão, onde se deu o credenciamento das empresas participantes e o recebimento dos lances por meio do sistema eletrônico. Após o procedimento licitatório, em 15/04/2021, a Sra. Pregoeira declarou vencedora a empresa PEDRO REGINALDO ALBERNAZ FARIA E FAGUNDES LTDA, e consequentemente foi aberto prazo para manifestação de intenção de recurso até a data de 16/04/2021. Esta Recorrente, então, manifestou-se em virtude de desejo recursal. Na data de 20/04/2021, o status da manifestação continuou pendente, sendo que foi enviado e-mail à d. Pregoeira, que informou que devido à erro no sistema não conseguiu dar andamento às manifestações, motivo pelo qual estaria aguardando o reestabelecimento do sistema para prosseguir.

Contudo, para nossa surpresa, na data de 26/04/2021 foi negado o nosso direito a interpor recurso administrativo.

Diante de tal ilegalidade, impetramos Mandando de Segurança a fim de suspender a eficácia do ato de declarou a licitante Pedro Reginaldo Albernaz Faria e Fagundes LTDA. vencedora do Pregão Eletrônico nº 44/2020, o qual foi acolhido com a consequente reabertura do prazo para registro de intenção de recurso até a data de 18/05/2021. A Recorrente, então, novamente manifestou a intenção de forma tempestiva, conforme se observa da Ata de Realização Complementar Nº 1.

Isso porque, como forma de cumprimento aos itens 7.1 e 7.1.3 do edital, a Recorrida apresentou documentos totalmente descabidos pela insuficiência de atestados compatíveis ao objeto licitado, não cumprindo com o disposto no instrumento convocatório.

Além disso, a Recorrida apresentou nota explicativa, demonstração das mutações do patrimônio líquido e a demonstração do fluxo de caixa em desacordo com o disposto no edital, conforme será demonstrado a seguir.

É a síntese do essencial

2. PRELIMINAR

2.1. DA TEMPESTIVIDADE

Conforme o inciso XVIII do art. 4 da Lei 10.520/2002, o prazo para apresentar recursos é de 03 (três) dias úteis:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos. (grifamos)

Já a forma de contagem do prazo é prevista pela Lei 8.666/93, de forma subsidiária à Lei 10.520/2002, vejamos:

LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993

Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

Portanto, considerando que o prazo para interpor recurso foi reaberto iniciando-se em 18/05/2021 (terça-feira),

em razão do princípio da legalidade, expresso no art. 3º da Lei 8666/93, requer-se que o recurso seja recebido e processado, posto que tempestivo.

3. DO MÉRITO:

3.1 DA ILEGALIDADE DA HABILITAÇÃO DA RECORRIDA.

A licitação pública, por força do art. 3º da Lei nº 8.666/93, destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa nas compras e aquisição de serviços pela Administração Pública a fim que se possa dar atendimento ao interesse público, finalidade de última de qualquer ato administrativo:

"Art. 3ª A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos." (Lei Federal 8.666/2003).

Quanto às limitações a aceitação das propostas mais vantajosas, por força de norma constitucional de ordem pública, a competitividade apenas pode ser restringida diante de exigências que forem indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Assim dispõe o art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988:

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.

Ao regulamentar a previsão constitucional, o legislador estabeleceu no art. 30 da Lei nº 8.666/93 limites ao administrador. Desse modo, a capacidade técnica, dividindo-as entre capacidade técnica-profissional e capacidade técnica-operacional. A primeira, exige responsável técnico inscrito na entidade profissional competente e detentor de atestado de responsabilidade técnica para execução do serviço (art. 30, §1º, I); a segunda, a experiência de aptidão da empresa em atividades pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos (art. 30, II e §3º), tal como se observa do texto da lei:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 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:

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;

(...)

§ 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.

Por sua vez, o edital dispõe da seguinte maneira:

QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

7.1. A aptidão da licitante para a prestação dos serviços será demonstrada através da apresentação de atestado(s) fornecido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado, comprovando que tenha executado contrato com um mínimo de 50% (cinquenta por cento) do número de postos de trabalho a serem contratados.

7.1.2. Poderá ser admitida, para fins de comprovação do número mínimo de postos exigido, apresentação de diferentes atestados de serviços executados de forma concomitante, pois, essa situação se equivale, para fins de comprovação de capacidade técnica-operacional, a uma única contratação.

7.1.3. O(s) atestado(s) apresentados deverão comprovar aptidão para a prestação de serviços compatíveis em características com o objeto da licitação.

Tal como se vê no art. 30, § 3º, da Lei 8.666/93, o edital dispõe que "a aptidão da licitante para a prestação dos serviços será demonstrada através da apresentação de atestado(s) fornecido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado, comprovando que tenha executado contrato com um mínimo de 50% (cinquenta por cento) do número de postos de trabalho a serem contratados".

Nesta seara, o Tribunal de Contas da União (TCU) reuniu um amplo grupo de estudos que debateu com profundidade as questões controvertidas da terceirização de serviços, dentre elas a Qualificação Técnica das Licitantes, o que gerou o Acórdão nº 1.214/2013 – TCU, a fim de garantir a escolha de empresa apta a prestar

determinados serviços, do qual extraímos o seguinte trecho:

III.b.2 – Atestados de capacidade técnica

106. Outro ponto de vital importância refere-se à comprovação de que a empresa possui aptidão em realizar o objeto licitado, haja vista as particularidades atuais inerentes à prestação de serviços de natureza continuada.

107. De acordo com o art. 30, inciso II, e § 1º, da Lei nº 8.666/93, a comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos, com o objeto da licitação, deve ser verificada por meio de atestados técnicos, registrados nas entidades profissionais competentes, fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

108. Comumente tem sido exigido da licitante que comprove que prestou serviço equivalente a 50% do que se pretende contratar, como forma de verificar a compatibilidade de objetos no que se refere a quantidades.

109. No entanto, há que se perceber que cada contratação requer habilidades específicas, de forma que essa linha de entendimento não pode ser aplicada uniformemente.

110. A qualificação técnica exigida dos licitantes consiste, segundo as palavras de Marçal Justen Filho, no “domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para a execução do objeto a ser contratado”. Logo, o conteúdo dos atestados de capacidade técnica deve ser suficiente para garantir à Administração que o contratado terá aptidão para executar o objeto pretendido. Tal aptidão pode se referir a vários aspectos.

(...)

133. Sendo assim, o Grupo de Estudos compreende que, relativamente à qualificação técnico-operacional, é prudente que a Administração realize as seguintes exigências às licitantes:

- a) que comprove que possui ou se compromete a montar matriz, filial ou escritório em local previamente definido no edital, com pessoal qualificado e em quantidade suficiente para gerir o contrato;
- b) que demonstre que possui aptidão em gerir pessoal, mediante a comprovação de que administra um mínimo de 20 (vinte) postos de trabalho, pouco importando as dimensões dos serviços, até o limite de quarenta postos. Após esse limite, a exigência será de 50% do total de postos de trabalho necessários à contratação requerida;
- c) que apresente atestados de que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, mediante a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação;
- d) que disponibilize todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados apresentados;
- e) que somente apresente atestados expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido firmado para ser executado em prazo inferior, apenas aceito mediante a apresentação do contrato;

Assim, são de rigor tais exigências, sob pena de incidir a Administração em culpa in eligendo, que pode inclusive ser buscada no patrimônio pessoal dos gestores públicos.

O que é mais grave e comprova a ilegalidade da habilitação da Recorrida é que, em evidente violação aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, a licitante PEDRO REGINALDO apresentou mais de 30 atestados, dentre os quais apenas 05 (cinco) são compatíveis com o posto de contratação, não atingindo, então, o percentual mínimo de 50% exigido em edital.

Os únicos atestados que podem ser considerados são o do Instituto Federal Catarinense de Araquari, Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia, Universidade Federal do Rio Grande, Procuradoria Regional da República da 4ª Região e da Universidade Federal de São Paulo. Todos os demais atestados não possuem qualquer compatibilidade e competência para cumprir a exigência do edital de licitação, devendo ser desconsiderados.

A lógica que baseia a qualificação técnica envolve uma presunção de capacidade que, segundo as diretrizes legais, pode ser reconhecida através da comprovação de objeto equivalente ao licitado, podendo assim ser considerado “apto” para desenvolver o objeto da licitação, o que não se pode ser aferido nos atestados apresentados pela Recorrida.

Inobstante a isso, a Recorrida também apresentou demonstração das mutações do patrimônio líquido juntamente com sua Demonstração do Fluxo de Caixa e apenas UMA nota explicativa. Entretanto, todos estes estão em desacordo com o item 6.1.5.2. do edital em virtude de a documentação de habilitação apresentada não ter sido gerada e autenticada pelo SPED Contábil, fato que contraria disposição editalíssima:

6.1.5.2. Poderá ser apresentado em substituição ao exigido no Item 6.1.8. escrituração contábil digital – SPED conforme Decreto 8.683/25/02/2016, e deverá obrigatoriamente conter o que segue:

- a) Termo de Autenticação com identificação do Atentador – Junta Comercial (impresso do arquivo SPED Contábil)
- b) Termo de Abertura e Encerramento (impresso do arquivo SPED Contábil)
- c) Balanço Patrimonial (impresso do arquivo SPED Contábil)
- d) Demonstração de Resultado do Exercício (impresso do arquivo SPED Contábil)
- e) Notas Explicativas

Veja, Pregoeira, As Notas Explicativas são peças fundamentais do Balanço Patrimonial e se constituem em documentos obrigatórios, sendo parte integrante da demonstração contábil. A falta destas implica a presunção de inidoneidade da contabilidade da licitante, pois vigora o princípio da instrumentalidade das formas quanto à qualificação econômico-financeira, o qual os documentos apresentados pela Impetrada não foram suficientes para evidenciar a saúde financeira da empresa.

Noutras palavras, a apresentação de tais documentos sem a autenticação do sistema SPED contábil, acaba por gerar desconfiança no tocante a sua veracidade. Desta forma, para garantir uma maior segurança jurídica à própria Administração Pública, quanto a observância do princípio da legalidade e isonomia entre os demais participantes, a empresa habilitada deve apresentar tais documentos através do sistema do SPED contábil, a fim de garantir sua autenticidade e clareza sobre sua veracidade e autenticidade.

Neste sentido o art. 41 da Lei Federal nº 8.666/93, in verbis:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente

vinculada.

Ademais, o Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao interpretar o sentido e alcance do art. 41 da Lei nº 8.666/93, é taxativo ao exigir a interpretação estrita dos termos do edital, inclusive, por se tratar de entendimento pacífico da Corte Superior, divulgou tal entendimento no Informativo nº 273 para amplo conhecimento da comunidade jurídica, in verbis:

LICITAÇÃO. ATRASO. ENTREGA. HABILITAÇÃO.

Na entrega da documentação relativa à habilitação do licitante, constitui motivo de exclusão do certame licitatório o atraso de dez minutos após o horário previsto no edital marcado para o início da sessão. Ponderou, ainda, o Min. Relator que, na lei não existem palavras inúteis ou destituídas de significação deontológica, verifica-se, assim, que o legislador, no art. 41 da Lei n. 8.666/1993, impôs, com apoio no princípio da legalidade, a interpretação restritiva do preceito, de modo a resguardar a atuação do administrador público, visto que esse atua como gestor da res publica. Daí a necessidade do vocábulo "estritamente" no artigo citado. Com esse entendimento, a Turma proveu o recurso da União, reformando a decisão do Tribunal a quo que aplicou o princípio da razoabilidade para afastar o rigor do horário previsto no edital licitatório. (grifo nosso) (STJ. REsp 421.946-DF, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 7/2/2006).

Outrossim, acerca do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a doutrina é unânime no sentido de que o edital deve ser cumprido. Nessa senda, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona:

Pela licitação, a Administração abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de apresentação de proposta. Quando a Administração convida os interessados pela forma de convocação prevista em lei (edital ou carta-convite), nesse ato convocatório vêm contidas as condições básicas para participar da licitação, bem como as normas a serem observadas no contrato que se tem vista celebrar; o atendimento à convocação implica a aceitação dessas condições por parte dos interessados. Daí a afirmação segundo a qual o edital é alei de licitação e, em consequência, a lei do contrato. Nem a Administração pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar proposta ou documentação em desacordo com o exigido no ato da convocação, sob pena de desclassificação ou inabilitação, respectivamente(...) (grifo nosso)

Também por esse prisma é o entendimento do eminente Hely Lopes Meirelles , que assevera:

A vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41). (grifo nosso)

E de José dos Santos Carvalho Filho :

Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

Se o instrumento de convocação, normalmente o edital, tiver falha, pode ser corrigido, desde que ainda oportunamente, mas os licitantes deverão ter conhecimento da alteração e a possibilidade de se amoldarem a ela. Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto. (grifo nosso)

Nada obstante, é de clareza solar que para a empresa ora Recorrida houve concessão de tratamento diferenciado, com a impossibilidade de qualquer empresa adentrar com recurso contra sua habilitação, conforme se comprova da ata de sessão.

É dizer: a d. Pregoeira concedeu todos privilégios para que a Recorrida PEDRO REGINALDO fosse declarada vencedora do certame. A ata do certame comprova a quebra de isonomia.

Inclusive, houve a necessidade de a Recorrente impetrar Mandado de Segurança para obter o direito de apresentar seu recurso.

Em observância ao princípio da igualdade entre os licitantes, a Administração Pública deve conduzir a licitação de maneira impessoal, sem prejudicar ou privilegiar nenhum licitante. Todos devem ser tratados com isonomia.

A licitação é conceituada como sendo um procedimento pelo qual a administração visa selecionar proposta mais vantajosa para o objeto a que se pretende contratar. Portanto, esse procedimento desenvolve-se mediante ordenados atos vinculantes entre Administração Pública e os terceiros interessados, resguardando sempre os princípios constitucionais, especialmente da isonomia, garantindo igualdade de oportunidade aos interessados.

Nesse sentido, a licitação visa a permitir que Administração Pública selecione a melhor proposta, assegurando aos licitantes o direito de competição de forma igualitária garantindo a participação dos negócios jurídicos.

No entanto, resta claro que a Recorrida não comprovou experiência nos serviços, e isso pode gerar consequências gravíssimas para a Administração Pública, bem como para a população, isso porque aceitar licitante que não comprova a capacidade técnica, nos termos estabelecidos tanto no edital, quanto os exigidos pela Lei nº 8.666/93, configura omissão culposa da Administração (culpa in elegendo), que é assim conceituada pela respeitada doutrina da Desembargadora Alice Barros Monteiro do TRT3:

A reformulação da teoria da responsabilidade civil encaixa-se como uma luva na hipótese da terceirização. O tomador dos serviços responderá na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviço. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na ideia de culpa presumida (in eligendo), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra e também no risco (art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002), já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador. (Grifamos).

Dessa forma, resta claro que não foi cumprido, pela Recorrida, as disposições do instrumento convocatório e legislação vigente, além da violação de diversos princípios que devem nortear os atos administrativos, sendo de rigor a declaração de inabilitação e a consequente desclassificação da Recorrida.

4 DO PEDIDO

Ante aos fundamentos expostos, requer a Vossa Senhoria o recebimento desta peça recursal, juntado aos autos do processo administrativo e motivadamente julgado, e no mérito seja totalmente julgado procedente, e consequentemente, que a empresa PEDRO REGINALDO ALBERNAZ FARIA E FAGUNDES LTDA, seja declarada inabilitada neste certame.

Requer-se, outrossim, caso a decisão do Pregoeiro e Comissão de licitação seja diversa da acima apresentada, que os autos sejam remetidos para a Autoridade Superior competente.

Termos em que
Pede e espera deferimento.

Toledo, 21 de maio de 2021.

Rafaela Fernanda Freire Sessenta
Representante Legal
Costa Oeste Serviços de Limpeza EIRELI
CNPJ: 07.192.414/0001-09

Fechar