

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DO MUNÍCIPIO DE SANTO ANTONIO DE POSSE, ESTADO DE SÃO PAULO

Concorrência nº 02/2023

CAIO VINICIUS CECCONI DE AVILA EPP (HYPE ARQENG), pessoa jurídica de direito privado, com Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, CNPJ, nº 31.048.813/0001-85, com sede na Rua Coronel Estevam Franco, nº 880, Lindoia, Estado de São Paulo, CEP: 13.950-000, vem, muito respeitosamente, por intermédio de seu procurador, apresentar:

RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO

com fulcro no art. 109, inciso I, alínea “a” e Art. 109 § 2º da Lei Federal 8.666/93, bem como disposições legais contidas na Constituição Federal, em face das veementes irregularidades contidas no procedimento licitatório em epígrafe, que culminaram na sua indevida inabilitação, o que o faz consoante motivos fáticos e jurídicos a seguir expostos:

1. DOS FATOS

No dia e hora fixados em edital, a **Prefeitura Municipal de Santo Antônio de Posse** abriu a primeira sessão pública referente a concorrência em epígrafe que tem como objeto a contratação de empresa para *“Execução das obras complementares e adequações para conclusão do Pronto Socorro Avançado “Pref. Dr. Durval Bergo”, conforme projeto, planilha orçamentária, cronograma físico-financeiro e memorial descritivo em anexos, com fornecimento de materiais, equipamentos e mão de obra necessária, em conformidade com o Termo de Referência e anexos ao Edital, especialmente Anexos VII e VIII.”*

Houve a apresentação dos envelopes pela recorrente e pelas seguintes empresas: AEEL SOLUÇÕES EM ENGENHARIA, JEA CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, HOME CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA e a recorrente. Ou seja, 4 (quatro) foram as empresas proponentes.

Após ser submetida a documentação de todas as empresas para análise da pasta competente, na última sessão pública ocorrida em 08 de fevereiro, declarou-se habilitadas todas as empresas, com exceção da empresa recorrente que, novamente, foi alvo de uma arbitrariedade por parte dos representantes deste município que, ao que parece, deseja insistir na quebra da isonomia e no distanciamento aos termos do edital.

Claramente foram cometidos alguns excessos por parte da equipe que conduzia o processo durante o julgamento, devendo estes serem, necessariamente, objeto de revisão por esbarrarem em uma ilegalidade que não deve ser admitida, ainda mais quando praticada durante o exercício das funções públicas.

Como afirmado, a empresa recorrente, sem qualquer fundamento válido, foi declarada inabilitada. A inabilitação ocorreu por supostamente a recorrente não ter apresentado acervos técnicos suficientes para sua habilitação, fazendo-se constar na decisão exarada na sessão do dia 08 de fevereiro:

“CAIO VINICIUS CECCONI DE AVILA: Conforme parecer técnico da Secretaria de Desenvolvimento Urbano, a empresa CAIO apresentou atestados que não são pertinentes e

compatíveis, onde se comprovou a execução de qualquer tipo de equipamento de climatização e de combate a incêndio.’

Conforme restará evidenciado, o único ponto levantado como argumento supostamente válido e capaz de justificar o ato de inabilitação da empresa recorrente, não se sustenta sob o viés fático e jurídico e, caso seja objeto de manutenção, novamente será levado para apreciação do poder judiciário que já proferiu liminar favorável a recorrente em relação a Tomada de Preços 12/2023, liminar esta que o município insiste em descumprir e, muito possivelmente, será responsabilizado.

O edital do processo licitatório previu tão somente apresentação de atestado de capacidade técnica que comprovasse desempenho anterior em atividade condizente e compatível com o objeto da licitação, sem qualquer especificação de parcela relevante. Ou seja, inabilitar a licitante por não apresentar atestado que comprovasse execução de “qualquer tipo de equipamento de climatização e de combate a incêndio” é um ato de total abuso e atropelo dos princípios basilares da administração pública.

Sendo assim, na presente peça se comprovará que não houve qualquer falha na apresentação dos documentos exigidos, mas sim, e tão somente, a prática de um ato que esbarra na quebra da impessoalidade e de tantos outros princípios que são de observância obrigatória por qualquer agente público envolvido em um processo de licitação pública.

É este o resumo dos fatos.

2. DAS RAZÕES

2.1 DO SUPOSTO NÃO CUMPRIMENTO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Primeiramente, cumpre salientar, nesse momento, que diferentemente do caso da concorrente AEEL SOLUÇÕES DE ENGENHARIA em que foi dada a devida publicidade no site da prefeitura ao teor do ofício elaborado pela Secretaria de Desenvolvimento Urbano, o suposto “parecer técnico” que deu origem ao ato da inabilitação da empresa não foi incluído nos anexos da concorrência. Ou seja, mesmo que o conteúdo do parecer seja o argumento central para inabilitar a empresa, por razões até então incompreensíveis, optou-se por não dar publicidade ao documento, já escancarando a quebra da isonomia através deste ato isolado.

Fato é, que conforme ressaltado nos fatos, um único ponto foi acatado pela Nobre Comissão e utilizado para fundamentar o ato de inabilitação da recorrente. Este, apesar de único, merece especial atenção para que se compreenda o nível do equívoco que foi cometido e a questão seja objeto de revisão, de modo que não haja, novamente, o transtorno da intervenção do poder judiciário para efetuar o controle de legalidade dos atos que, a exemplo da Tomada de Preços 12/2023, estão sendo praticados em inobservância aos termos do edital.

A análise dos atestados de capacidade técnica deveria ter ocorrido em estrita observância ao que o edital da Concorrência 02/2023 trouxe de previsão, o que não ocorreu, e exatamente por essa razão houve resistência ao direito inquestionável da recorrente de participar de um processo licitatório cujo as exigências sejam respeitadas, sem qualquer quebra de isonomia.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo possui em seu repertório de súmulas a de nº 24 que traz uma importante orientação sobre a matéria, tendo esta a seguinte redação:

“SÚMULA Nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.”

Com isso, é muito comum que municípios invoquem a referida súmula a apresentem em seus editais a quantitativo mínimo que deve ser objeto de atendimento pelas empresas, ocorrendo ainda, em licitações de engenharia que contém muitos itens, a especificação do que é entendido como parcela relevante para que observe o quantitativo mínimo de 50%.

Todavia, isso não é uma regra. Como a Corte de Contas Paulista apresenta isso como sendo uma possibilidade, muitos entes optam por apenas atrelarem a exigência de qualificação técnica ao objeto da contratação, ampliando a concorrência e

acrescentando ao atendimento do referido requisito uma amplitude que otimiza a busca pela proposta mais vantajosa, sem isso representar um risco para a administração contratante.

No edital em tela, claramente, se utilizou da segunda possibilidade. Como já afirmando, o item do edital que trata da qualificação se limitou em exigir “desempenho anterior em atividade condizente e compatível com o objeto da licitação”, sem um detalhamento de quais das dezenas dos itens da planilha de composição seria considerado como relevante.

Ou seja, não poderia, o Secretário de Desenvolvimento Urbano se distanciar dos termos do instrumento convocatório e simplesmente criar uma “nova regra” até então desconhecida por todas as empresas interessadas, não havendo como desconsiderar a possibilidade de estar havendo um escancarado favorecimento indevido.

Vendo que a empresa recorrente apresentou diversos acervos técnicos que contém os mais variados itens necessários para a reforma que se realizará, a única forma de encontrar um fundamento poderia ser utilizado para inabilita-la era criando um novo critério de aceitabilidade dos atestados, o que não será admitido.

O controle externo legislativo e judicial jamais permitiu que a possibilidade de fixação de parcelas relevantes ocorresse após a recepção dos documentos de habilitação, muito menos que essas parcelas se distanciam do que realmente é relevante na planilha orçamentaria da obra que ora se pretende executar.

Apenas para que fique ainda mais clara a diferença, se apresenta abaixo um exemplo de redação em um edital de obra, publicado por outro município, onde se observou a Súmula 24 do TCE e se fixou, tempestivamente, as parcelas relevantes que deveriam ser objeto de atendimento:

6.1.4.3. Ainda, nos termos da cláusula anterior, conforme determina a Súmula 24 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, exige-se Atestado(s) e/ou certidão(ões) expedido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado, registrados nas entidades profissionais competentes, em nome da licitante, que **comproven a prévia execução de obras/serviços similares aos constantes do objeto da licitação** abaixo relacionados:

QUADRO DE PARCELAS RELEVANTES (EMPRESA):

ITEM	DESCRIÇÃO	Quantidade Mínima	Percentual Mínimo
3.8	Tinta acrílica em massa, inclusive preparo	731 m ²	50%
3.3/5.4	Passeio ou piso de concreto não armado	20,85 m ³	50%

Frisa-se, uma vez mais, que este não foi o caso do edital da contratação em tela.

Para que o entendimento acerca do abuso cometido fique ainda mais evidente, cumpre ressaltar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu, em uma mais de uma ocasião, **que a administração se sujeita ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e, por essa razão, não havendo existência no edital de qualificação específica, a inabilitação é nula.**

Vejamos:

LICITAÇÃO. Tomada de Preços nº 05/2018. Desclassificação da empresa que ofereceu a proposta mais vantajosa, ante a falta de comprovação da qualificação técnica. Impossibilidade. Participante que demonstrou o requisito exigido no edital comprovando execução de serviços similares, conforme cláusula 5.1.2 .2. 1. **Inexistência de cláusula no edital que exija qualificação específica.** Observância da Súmula nº 24 do TCE e art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93. **Administração que se sujeita ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, não podendo o rigor das exigências comprometer a simplicidade do objeto de sua execução e nem a competitividade do certame. Presença de direito líquido e certo.** Concessão da ordem reconhecida para reconhecer a nulidade da inabilitação da impetrante, prosseguindo-se na licitação. Recurso parcialmente provido.

(TJ-SP - AC: 10530226420188260053 SP 1053022-64.2018.8.26.0053, Relator: Claudio Augusto Pedrassi, Data de Julgamento: 29/10/2019, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30/10/2019)

Ainda há decisões mais recentes sobre a mesma matéria:

APELAÇÃO – Mandado de Segurança – Pregão eletrônico – insurgência quanto aos atestados de capacidade técnica apresentados pela empresa vencedora do certame – Decisão de primeiro grau que denegou a ordem – O edital é claro quanto a possibilidade de a licitante apresentar atestado de capacidade técnica comprovando a execução anterior de trabalhos similares, pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação – A leitura dos dispositivos deve ser feita de forma topográfica – Atestados de capacidade técnica em pleno atendimento às exigências editais,

semelhantes ao escopo do objeto do edital – Sentença mantida – Recurso não provido.

(TJ-SP - AC: 10020328720228260228 São Paulo, Relator: Mônica Serrano, Data de Julgamento: 16/10/2023, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/10/2023)

A Corte Bandeirante também já se pronunciou contrária a inabilitação decorrente da aplicação de critério subjetivo não previsto no edital, sendo exatamente o caso em tela. Observa-se abaixo.

PROCESSO Mandado de segurança – Licitação – Inabilitação – Critério subjetivo e não previsto no edital – Impossibilidade: **– É nula a inabilitação quando decorrente da aplicação de critério subjetivo e não previsto no edital da licitação.** – Sentença que deu a solução acertada merece prevalecer por seus próprios fundamentos.

(TJ-SP - Remessa Necessária Cível: 10092426020228260562 Santos, Relator: Teresa Ramos Marques, Data de Julgamento: 25/04/2023, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 25/04/2023).

Somente o entendimento reiterado da Corte Paulista sobre o tema é mais do que suficiente para esgotar o debate sobre o tema e compreender que a decisão de inabilitação deve ser revisada, ao contrário, haverá a provocação do controle externo judicial que, nesse caso, claramente não se adentrará no mérito da decisão, mas no vício de ilegalidade que claramente se faz presente.

Além da jurisprudência, não se pode desconsiderar os dispositivos legais que estão sendo desrespeitados pela administração municipal, que conduziu o processo de contratação objeto da presente ação mandamental que ainda sobre égide da Lei 8.666/1993, por ter sido o edital publicado antes da revogação ocorrida em 30 de dezembro de 2023. São alguns dos dispositivos que foram completamente ignorados:

Art. 3º 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 lhes são correlatos.

(...)

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

§ 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;

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, **serão definidas no instrumento convocatório.**

(...)

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

As disposições previstas nos artigos invocados, nada mais é do que um desdobramento da legalidade administrativa, prevista no caput do ar. 37 da Constituição Federal. Sendo a Administração Pública impessoal, esta, por meio dos seus agentes, só pode fazer aquilo que a lei determina expressamente, ao contrário dos cidadãos que vinculados a outro tipo de legalidade podem fazer tudo aquilo que a lei não veda.

Conclui-se, deste modo, que uma decisão que determine o prosseguimento da contratação diante das ilegalidades cometidas, estará convalidando uma decisão que claramente atingiu o direito líquido e certo que todas pessoas jurídicas de direito privado possuem, de participar de licitações públicas, sem ser alvo de atos arbitrários, ilegais, impessoais e em total dissonância com o que a lei da licitação, ou seja, o próprio edital, reza.

3. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que até aqui foi exposto, tem-se que o ato de declarar a empresa **recorrente** como inabilitada encontra-se eivado de vício de ilegalidade, devendo o mesmo ser objeto de necessária revisão e anulação por parte desta Administração que não deve, em hipótese alguma, se omitir diante de tamanha inobservância aos princípios que regem a atuação administrativa e que se encontram consagrados na Constituição da República e nas leis infraconstitucionais.

Um ato viciado nessa magnitude não deve ser objeto de convalidação por parte da autoridade hierarquicamente superior, sendo sua função promover o controle de legalidade de atos praticados por seus subordinados, sendo a prática de tais atos e a produção de seus efeitos de sua corresponsabilidade.

Dessa forma, caso esta Administração não reconheça a procedência do presente Recurso, e pretenda dar continuidade ao certame sem qualquer reconsideração de decisão, a despeito da irregularidade cometida, **o cunho ilegal do processo não se esvairá**, pelo contrário, **viciará todos os demais atos e, inclusive, o consequente Contrato Administrativo**, conforme está categoricamente exposto no Art. 49, §2º da Lei Federal nº 8.666/93:

Art. 49 (...)

§ 2º **A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato**, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

E exatamente dessa forma julga o **Superior Tribunal de Justiça**:

REsp 447814 / SP RECURSO ESPECIAL 2002/0086977-7 ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. LICITAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Não há que se falar em omissão no julgado impugnado se este, apesar de deixar de fazer menção expressa ao argumento levantado pela parte, adota posicionamento contrário à tese por ela exposta. 2. A licitação pública caracteriza-se como um procedimento administrativo que possui dupla finalidade, sendo a primeira a de escolher a proposta mais vantajosa para a Administração e a segunda, a de estabelecer

a igualdade entre os participantes. 3. **A possibilidade de anulação do procedimento licitatório após celebrado o contrato administrativo não suscita maiores dúvidas, porquanto a própria Lei 8.666/93 dispõe que a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato dele decorrente.** 4. **Não observadas as regras legais que regulam tal procedimento, de modo a causar prejuízo à Administração Pública ou a qualquer das partes, impõe-se o reconhecimento da nulidade.** 5. A exegese do § 3º, do art. 49, da Lei 8.666/93, mostra que a redação do mesmo é dirigido à autoridade administrativa e não à judiciária. 6. Recursos conhecidos, porém, desprovidos.

Por fim, verifica-se que o procedimento licitatório não pode prosperar desta maneira, o descumprimento do procedimento previsto em Lei configura vício de ilegalidade e nulidade absoluta dos atos administrativos realizados dali em diante.

A oportunidade de revisão do ato e exercício da autotutela está sendo provocada pela Recorrente através do presente recurso administrativo, onde é dado a oportunidade para se aplicar o previsto na legislação, não havendo razão para convergir com o uso de critérios próprios – e arbitrários – em um processo de tamanha relevância que envolve, necessariamente, a proteção ao erário e ao interesse público.

4. DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, requer que Vossa Senhoria receba o presente **RECURSO ADMINISTRATIVO**, e que no mérito **JULGUE-O PROCEDENTE** de modo que se instrumentalize o princípio da autotutela por meio da **anulação do ato de inabilitação da recorrente diante do atendimento absoluto da capacidade técnica operacional e profissional exigida**, sendo essa a única medida que atenderá ao previsto na legislação.

Termos em que se pede e aguarda deferimento.

Campinas, 19 de fevereiro de 2024.

CAIO VINICIUS CECCONI DE AVILA

Represente Legal