

RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA INABILITAÇÃO

À Comissão de Licitações do Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia Farroupilha- Campus Santo Augusto.

I- DA REFERÊNCIA

Edital de **Tomada de Preços nº 01/2020**, Processo Administrativo nº 23241.001584/2019-11 Reforma e Ampliação do Prédio D, do IFFar Campus Santo Augusto.

A empresa **G.BONAFE-EPP**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 18.900.525/0001-49, com sede na Rua Vitor Zancan nº 848 Centro de Palmitinho RS, por intermédio de seu representante legal o Sr. Varlei Bonafe, brasileiro, casado, inscrito no CPF sob o nº 422.306.160-72 RG nº 5029176954, residente e domiciliado na Rua Hermenegildo Trichês nº 70 Centro de Palmitinho RS, juntamente com sua procuradora a que esta subscreve (Agliane Pereira, advogada, OAB RS 120229, vem interpor:

RECURSO ADMINISTRATIVO

Contra a decisão proferida pela douta Comissão de Licitações do Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia Farroupilha- Campus Santo Augusto que a julgou inabilitada no presente certame, tudo conforme segue, rogando desde já que o presente seja **dirigido, a seus imediatamente superiores**, caso esta não se convença das razões abaixo formuladas.

II- DA TEMPESTIVIDADE

É o presente Recurso totalmente tempestivo, uma vez que o certame licitatório ocorreu no dia 18 de setembro de 2020, com publicação no Diário Oficial em 22 de setembro de 2020, passando a correr o prazo deste dia, conforme consta na própria Ata da sessão da Tomada de Preços nº 01/2020 prevendo o prazo para recurso de acordo com o art. 109 I da lei 8.666/93:



Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

III- DO MOTIVO

O presente Recurso é interposto em decorrência dessa respeitável Comissão de Licitações, ter julgado inabilitada a empresa já mencionada no certame licitatório supracitado, tendo em vista o item 7.10 do referido edital.

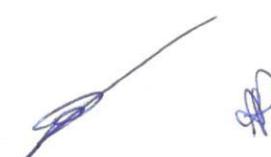
IV- DO EFEITO SUSPENSIVO

Considerando a relevância jurídica do tema e a necessidade de extensiva análise de tal Recurso e fundados no art. 109 § 2º da lei 8.666/93, solicitamos que seja concedido o efeito suspensivo até que seja proferida a decisão final.

V- DOS FATOS E DO DIREITO

Conforme Ata da sessão da Tomada de Preços nº 01/2020 a empresa recorrente foi inabilitada “por não ter atendido ao item 7.10, não apresentou atestado de capacidade técnica referente a fundações profundas”.

Em que pese a empresa realmente não ter apresentado atestados de capacidade técnica com a especificação de “fundações profundas”, não merece prosperar a decisão dessa ilustre Comissão de inabilitar a referida empresa, conforme demonstraremos na sequência.



Sabe-se que o que se busca demonstrar com o acervo tanto do profissional, quanto da empresa, é que aquela pessoa (física ou jurídica) possui capacidade para realizar uma obra com características semelhantes com aquelas desejadas, ou seja, fundações, estrutura de edificações, instalações hidrossanitárias, instalações elétricas entre outros. Não há dúvida que os 4 (quatro) atestados de capacidade técnica apresentados por esta licitante, quando analisados conjuntamente se encaixam nesse perfil.

Nesse sentido, importante analisar a legislação em vigor:

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[...];

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 [...] **limitadas as exigências** a: (grifou-se)

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. (grifou-se)

Corroborado pela Constituição Federal de 88:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios



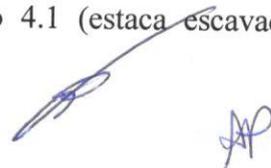
obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

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.** (grifou-se)

Pela análise da letra fria da lei, já é possível identificar que a exigência técnica, deve se restringir as características semelhantes a do objeto licitado, de forma a garantir que a obrigação assumida no futuro contrato será cumprida. Percebemos critério bastante subjetivo quanto a aferição da responsabilidade técnica, e não há de se negar que por exemplo se uma empresa da construção civil possui capacidade técnica profissional e operacional para construir uma Pró infância tipo C, uma Quadra Poliesportiva Coberta, uma Unidade Básica de Saúde, e 30 Unidades Habitacionais (a exemplo dos atestados de capacidade técnica apresentados) certamente terá aptidão técnica para executar a reforma e ampliação em questão já que a competência do responsável técnico e dos demais funcionários da empresa não se alteram de uma obra para a outra.

Nessa linha quanto ao fato de a empresa não ter apresentado atestados de capacidade técnica com fundações profundas, e apenas superficiais, é preciso tecer algumas considerações. Inicialmente destaca-se que a exigência de atestados de capacidade técnica com fundações profundas conforme item 7.10 do Edital está em desacordo com o texto legal, já que conforme colado acima o art. 30 § 1º inciso I da Lei 8.666/93 veda totalmente a exigência de quantitativos mínimos e ainda informa que as exigências estão limitadas as parcelas de maior relevância e valor significativo.

Ao analisar os projetos técnicos, bem como a planilha orçamentária base, é possível verificar que o único item que trata de fundações profundas, é o 4.1 (estaca escavada



mecanicamente, sem fluído estabilizante com 20cm de diâmetro, concreto usinado [...] com o valor máximo do item em R\$ 13.262,27 (treze mil duzentos e sessenta e dois reais com vinte e sete centavos). Considerando que o valor máximo da contratação é de R\$ 937.915,52 (novecentos e trinta e sete mil novecentos e quinze reais com cinquenta e dois centavos) conclui-se que essa **parcela representa apenas 1,42%** (um virgula quarenta e dois por cento) do valor máximo da contratação.

Nessa senda pode-se afirmar que **esse item não representa relevância, nem valor significativo, ao contrário, é considerado irrelevante quando analisado no contexto da obra.** Ainda é preciso destacar, que a empresa G.BONAFE-EPP possui dois responsáveis técnicos, o Engenheiro Civil Rodrigo Minetto CREA RS 240342 e a Arquiteta e Urbanista Queli Bonafe CAU A56280-7. Na ocasião do certame licitatório, apresentou documento de registro e vínculo com ambos profissionais, e apresentou atestados de capacidade técnica somente de Queli Bonafe, visto que o objeto dos atestados guardava a semelhança necessária com a obra em questão.

Conforme já levantado nesses atestados não constavam fundações profundas pelo fato de que o profissional arquiteto e urbanista não está autorizado a executar esse tipo de serviço, de acordo com a Lei 12.318/2010 e com a **Deliberação nº 08/20154- CEP-CAU/BR.** Todavia o edital em referência permitia que a responsabilidade técnica, (pelo menos para fins de participação na licitação) fosse exercida pelo profissional arquiteto e urbanista, conforme os itens 7.9.2 e 7.10.1. Nesse sentido há uma dualidade de orientações. Sendo certo que a exigência de atestados de capacidade técnica com quantitativos mínimos, e ainda a exigência de atestados de capacidade técnica de parcelas que não revelam relevância e valor significativo é ilegal, o mais adequado seria que a Administração do IFFar exigisse **apenas que a empresa vencedora da licitação apresentasse ART com a descrição de fundações profundas, e não exigir para a participação dos licitantes atestados com essa informação.**

Ademais, é previsão do próprio Edital no **item 12.1 e item 16.1 e seguintes** do Anexo I do Projeto Básico- Serviços de Engenharia que no prazo de 15 (quinze) dias após a assinatura do contrato, a **empresa vencedora deverá apresentar garantia** em uma das modalidades previstas na legislação correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do contrato. Ora,



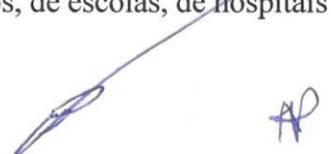
pois para que serve tal exigência se não para efetivamente garantir que o contrato será executado? Novamente percebemos que, se a preocupação da Administração é contratar com empresa que possua condições de iniciar, dar sequência e concluir a obra, a garantia do contrato é mais um instrumento que permite que o IFFar resguarde suas pretensões, não sendo o acervo técnico a única garantia de aptidão da licitante.

Ainda é importante trazermos como os tribunais se manifestam veementemente contrários a exigência de atestados de capacidade dotados de excessivo rigor técnico, o que pode ferir o caráter competitivo do certame licitatório, e a isonomia entre os licitantes, princípios consagrados em nosso ordenamento jurídico, e de verificação obrigatória.

As exigências relativas à capacidade técnica guardam amparo constitucional e não constitui, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo de licitações conduzidas pelo Poder Público. Tais exigências, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, **não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, devendo tão-somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais. Tais exigências devem ser sempre devidamente fundamentadas,** de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado. (TCU, Acórdão 1.942/2009, Plenário, relator Min. André Luís de Carvalho, 2009) (grifou-se).

Temos em complemento a isso, a Súmula n.º 30 do erário Tribunal de Contas do estado de São Paulo, que aponta:

Em procedimento licitatório, para aferição da capacidade técnica, poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, **ficando vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica,** como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais



e outros itens. (Súmula nº 30 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo) (grifou-se)

Ou seja, claro e evidente que os atestados de capacidade técnica apresentados por essa empresa, são suficientes para a garantia das obrigações do objeto licitado, isto é, não há motivo e nenhum respaldo legal ou fático que permite que a Comissão não aceite os atestados apresentados, sob pena de estar violando preceitos legais. Tendo por cerne o regramento legal o ilustre professor Fernão Justen de Oliveira, em artigo versa:

A experiência anterior que revela a qualificação técnica do licitante não é ter prestado objeto idêntico ao licitado, mas sim comprovar experiência com características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação. (OLIVEIRA, 2009)

Acrescentamos ainda o entendimento do egrégio TJ/RS, nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. CAPACITAÇÃO TÉCNICA. DOCUMENTO NOVO. NULIDADE DO CERTAME. INOCORRÊNCIA. [...] A licitação consiste em processo administrativo que visa à escolha do futuro contratante que apresente a melhor proposta. **NÃO SE CONSTITUI EM CORRIDA DE OBSTÁCULOS CUJO VENCEDOR É O PARTICIPANTE MAIS VELOZ. ACIMA DO INTERESSE PRIVADO DOS PARTICIPANTES EM VENCER O CERTAME SOBREPAIRA O INTERESSE PÚBLICO A SER PERSEGUIDO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DAÍ QUE HÁ DE SER ASSEGURADO TANTO QUANTO POSSÍVEL A MAIOR COMPETITIVIDADE DO CERTAME.** Neste quadro, a exclusão de licitante sob alegada irregularidade formal é medida que põe o interesse privado dos demais licitantes acima do interesse público. [...] (Agravo de Instrumento Nº 70026428680, Segunda



Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, 2008)
(grifou-se)

Após tais apontamentos, é possível identificar que doutrina majoritária, bem como órgãos de fiscalização como Tribunais de Contas, e ainda os Tribunais de Justiça, se manifestam em sentido de que exigências em atestados de capacidade técnica exageradas e em desconformidade com o ordenamento jurídico devem ser afastadas, já que maculam os princípios e a legislação vigente, inerente aos procedimentos licitatórios.

Como brilhantemente expressado pelo Desembargador Werlang (2008), acima do interesse privado dos participantes temos a supremacia do interesse público. **Não há até o presente momento como averiguar quem será o vencedor do presente certame, sendo por isso imprescindível que não se furte dessa licitante o direito de continuar habilitada no processo, para que no momento de análise do valor das propostas, possa ter o IFFar maior número de competidores, e conseqüentemente possibilidade de contratar com menor valor, já que se trata de contratação por menor preço global.**

Nessa linha, como forma preventiva, já que poderá ser alegado em contraponto as pretensões da recorrente o princípio da Vinculação ao Edital, é preciso desde já nos **manifestarmos contra a sua incidência nesse caso específico.**

Em que pese haver uma discricionariedade da Administração para certos atos, ao elaborar um Edital o gestor público deve se manter estritamente ligado aos ditames da lei, pois além da clareza da Lei 8.666/93, a Constituição Federal no art. 37 não admite exigências que superem esse mínimo necessário para a segurança da contratação. Vejamos como vem julgando nossos ilustres tribunais em situações equivalentes a essa:

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA.
LICITAÇÃO. MODALIDADE PREGÃO
ELETRÔNICO. DESCLASSIFICAÇÃO. **RELATIVIZAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. INTERESSE
PÚBLICO. PROPOSTAMAI S VANTAJOSA.** REGIMENTAL
PROVIDO. I - Demonstrado no agravo regimental elementos que
evidenciam a ausência dos requisitos para o deferimento da liminar em

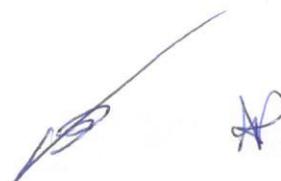


ação de mandado de segurança deve este ser provido. II - a desclassificação de concorrente de licitação que apresenta menor preço com base na análise pontual de item de edital evidencia ofensa ao interesse público de buscar a proposta mais vantajosa. iii - as regras editalícias devem ser analisadas de modo sistemático a fim de buscar a finalidade da lei e evitar o excesso de formalismo. (TJ-MA - Não Informada 62002012 Relator: José Bernardo Silva Rodrigues, 2012). (grifou-se)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. MANDADO DE SEGURANÇA. I. A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça necessário à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo. (STJ, MS 5779 DF 1998/0026226-1 Relator Ministro Jose Delgado 1998) (grifou-se)

Da análise das decisões, podemos extrair que, apesar de que exista o Princípio da Vinculação ao Edital, este deve ceder em casos específicos para dar azo ao princípio da Razoabilidade e da Supremacia do Interesse Público, ao passo que a “desvinculação” não trará nenhum prejuízo, ao contrário, aumentará o número de licitantes.

Em que pese a vinculação ao edital do art. 41 da lei 8.666/93, recair tanto sobre o licitante quanto sobre a administração pública constamos que em decorrência do **princípio da legalidade**, a vinculação ao instrumento é uma regra que tem maior imposição à própria Administração, pelo fato de o edital ser elaborado unilateralmente por essa. Em outras palavras significa dizer que as regras estipuladas no edital que infrinjam direitos dos interessados deverão ser totalmente afastadas.



Nesse seguimento, é a posição de David Lopes Frota, e Bruno Mariano Frota, que em artigo referente a aplicabilidade do princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, ensinam:

[...] **Precisamos ressaltar que, quando as exigências do ato convocatório forem ilegais, desproporcionais, inconstitucionais, enfim, passíveis de nulidade, a Administração e o licitante não estão obrigados a cumpri-las.** [...] Assim, não somos a favor de posicionamento que diz que nem mesmo o vício do edital justificaria pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Ora, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo que seja contrário à lei, à Constituição e à razoabilidade [...] **Não podemos elevar o Edital ao posto de norma suprema da licitação. A norma suprema da licitação é a Constituição Federal,** que possui preceitos e princípios de observância obrigatória a todas as pessoas, órgãos e entidades públicas. Assim, acreditamos que a autoridade competente pode extirpar exigência ilegal e desproporcional constantes nos atos convocatórios, de ofício ou mesmo em resposta aos pedidos de esclarecimento ou impugnações, com base no poder de autotutela. [...] **Não há lógica jurídica aceitar cláusulas editalícias que firmam a Constituição e seus princípios, sob o argumento do cumprimento da vinculação ao instrumento convocatório.** Atos dessa natureza são nulos. Não podem sofrer a restrição da decadência, ainda que ninguém os alegue, em princípio. **É questão de direito e não de fato.** Tal vício macula o certame desde do início. Correta a posição de Marçal Justem Filho ao prescrever que a ausência de questionamento ou de impugnação não elimina a nulidade. Não vemos a possibilidade de convalidação de vícios que firmam os princípios estruturantes da licitação. Não podemos taxá-los de sanáveis. Não haveria, em princípio, vício anulável em se tratando de burla aos princípios básicos estruturantes da Administração e do Direito Licitatório. [...] (FROTA, FROTA, 2018)



Ou seja, não há como ser alegado que a empresa recorrente deixou de cumprir o edital, visto que o item em questão, que “não foi cumprido”, se trata de exigência em desacordo com a Constituição Federal e com Lei 8.666/9. Seguindo a Carta Magna de 88, a administração pública só pode agir em virtude de lei, está clara a ilegalidade na exigência dos itens 7.10 e 7.10.1. **Antes da vinculação ao instrumento convocatório vem a vinculação as leis e a Constituição Federal, sob pena de extirpar-se com a segurança jurídica.**

De acordo com o § 1º, inciso I, do art. 3, da Lei nº 8666/93, é vedado aos agentes públicos:

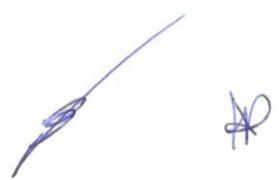
I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

No mesmo sentido não poderíamos deixar de mencionar ainda das palavras no renomado Jurista Hely Lopes Meirelles:

"[...] o administrador público deve ter sempre presente que o formalismo inútil e as exigências de uma documentação custosa afastam muitos licitantes e **levam a Administração a contratar com uns poucos, em piores condições para o Governo**". (grifo nosso)
(MEIRELLES, 1995)

Isto posto, resta entendido, que a decisão proferida pela douta e respeitável Comissão de Licitações não compatibiliza com o objetivo do certame licitatório que é atender o interesse público, buscar a proposta mais vantajosa, existindo igualdade de condições, bem como os demais princípios resguardados pela Constituição Federal.

VI- DO PEDIDO



Esperando ser o suficiente para que possa atender as exigências, na esteira do exposto, requer-se:

- a) O Recebimento do presente Recurso Administrativo, para o fim de:
- b) Conceder o efeito suspensivo, conforme já fundamentado;
- c) Julgar o presente Recurso Administrativo **TOTALMENTE PROCEDENTE**, para que ao final seja reconhecida a equivocada decisão da Comissão de Licitações e como de rigor **admita-se a participação da empresa G.BONAFE-EPP na fase seguinte da licitação, sendo julgada por sua documentação como habilitada;**
- d) Caso não se convencendo das razões aqui formuladas que dirija esse recurso aos seus imediatamente superiores;
- e) Caso não se convencendo da razões aqui formuladas, que especia parecer no prazo legal fundamentando a decisão **nos termos do art. 50 da lei 9.784/99 que exigem que os atos administrativos que restrinjam direitos sejam motivados indicando os fatos e fundamentos jurídicos;**
- f) Caso não se convencendo da razões aqui formuladas, que especia parecer no prazo legal, para que a recorrente prossiga com os atos que de direito lhe são garantidos, conforme art. 113, § 1º da Lei 8.666/93.

Termos em que,
Pede e espera deferimento.

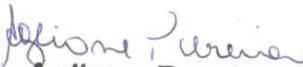
Sendo o que há para o momento, renovamos os votos de consideração e estima.

Palmitinho RS, 24 de setembro de 2020.



G.BONAFE-EPP

(Varlei Bonafe, CPF: 422.306.160-72)



Agliane Pereira
ADVOGADA
OAB-RS 120229