

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREFEITO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO HERVAL OU AUTORIDADE HIERARQUICAMENTE SUPERIOR

PREGÃO PRESENCIAL N° 12/2018

EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Rua Marechal Deodoro, nº 1016, na cidade de Santa Cruz do Sul – RS, inscrita no CNPJ sob nº 07.044.304/0001-08, através de seu Representante Legal Jaime André Kunzel, brasileira, estado civil: casado, profissão: economista, RG: 4018337933, residente e domiciliado na Gaspar Silveira Martins, 127 apto 601 na cidade de Santa Cruz do Sul - RS vem à presença de Vossa Senhoria apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO** contra a decisão do Pregoeiro que inabilitou a recorrente, no Pregão Presencial nº12/2018, de acordo com o contido na ata com base da Lei nº. 10.520/2002 Decreto Municipal nº. 75/05 e subsidiariamente a Lei Federal nº. 8.666/93, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

RAZÕES RECURSAIS

I – RESUMO FÁTICO

No dia 06 de setembro de 2018, fora redigida a Ata do Pregão Presencial nº 12/2018, no qual houve como participantes a empresa Banrisul Serviços Ltda. e a empresa Expertise Soluções Financeiras Ltda. – EPP e a empresa Sodexo Pass do Brasil Serviço e Comércio S/A.

Sucessivamente constatou-se que as empresas apresentaram propostas financeiras no valor de 0,00% (zero por cento). Considerando que o edital do certame não previa possibilidade de ofertar taxa negativa, ou seja, o pregoeiro fez uso dos termos da Lei complementar 123/2006 em concordância com os itens 6.17 e 7.22 do edital.

Dando seqüência o pregoeiro abriu o envelope de nº 02 da empresa Expertise Soluções Financeiras Ltda. inabilitando a empresa por não apresentar a documentação de qualificação técnica 7.1.4 em concordância com o item 7.2.1 do edital.

Jaime
1

Perante tal ato, a empresa recorrente manifestou intenção de recurso, no que concerne. Dessa maneira, abriu-se o prazo recursal de 03 (três) dias para o recurso.

II – DAS RAZÕES PARA A REFORMA DA DECISÃO

A - DA DECISÃO ATACADA

Com a devida vênia, o entendimento retratado na ata de análise da habilitação, ora recorrida, se encontra destoante da Lei das Licitações e dos princípios a ela inerentes.

Dispõe a decisão atacada:

(...) O Pregoeiro analisando a documentação, constatou que a empresa Expertise Soluções Financeiras Ltda – EPP não atendeu o item 7.1.4 (...) em concordância com o item 7.2.1 do Edital.

Merece reforma!

III - DO MÉRITO

Para uma empresa ser habilitada num certame licitatório é necessário cumprir uma série de regras, as quais estão estipuladas no edital, na lei e nos princípios. No caso particular, ora analisado, a empresa Expertise foi inabilitada por não ter cumprido a exigência do item 7.1.4 do edital, por supostamente não ter juntado um atestado com prazo de validade, sendo que a exigência do item era indicando o número mínimo de 170 usuários que comprovem ter prestado serviços semelhantes ao objeto desta licitação. Tal alegação é infundada, como adiante restará demonstrado.

O item 7.1.4 aduz a necessidade de “Apresentação de 1 (um) atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público, comprovando aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, indicando o fornecimento de vales alimentação para o número mínimo de 170 usuários”. De nossa parte o que achamos corretíssimo e apresentamos dois atestados com quantidades e valores superiores. O excesso de formalidade está no exigir que tenha prazo de validade o que não cabe a um Atestado de Capacidade Técnica, frustrando o princípio da competitividade no presente certame licitatório.

O procedimento licitatório está sujeito à observância de alguns princípios, ao quais estão elencados no art. 3º da Lei 8.666/93, senão vejamos:

faul 2

(...)

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.

A Administração Pública é conduzida por Leis, princípios, CF/1988, diante disso o edital deveria estar respaldado por estes, caso contrário o mesmo não irá produzir seus efeitos.

Em relação a questão de se ordenar um atestado fornecidos por pessoas jurídicas de direito público que comprovem o desempenho do serviços prestados ao objeto desta licitação no que concerne à exigência dos atestados de capacidade técnica operacional, esta tem como escopo assegurar que as licitantes detenham a capacidade compatível com o objeto da licitação, traduzida na comprovação de os terem prestado. Desta forma, a empresa que apresenta um atestado de capacitação técnico-operacional cumpre a exigência. Por demais, é pertinente expor que a Administração não pode ficar presa a circunstâncias irrelevantes para o objeto do contrato, devendo se ater ao conteúdo principal da norma, que é a comprovação da capacidade técnico-operacional ou profissional. Essa comprovação de aptidão dar-se-á com atestados que sejam compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto. Veja-se jurisprudência a respeito:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL.

1. **As regras do Edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa. 2. Não há de se prestigiar posição decisória assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração da habilitação jurídica, da qualificação técnica, da qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal. 3. Se o edital exige que a prova da habilitação jurídica da empresa deve ser feita, apenas, com a apresentação do "ato constitutivo e suas alterações, devidamente registradas ou arquivadas na repartição competente, constando dentre seus objetivos a exclusão de serviços de Radiodifusão...", é excessiva e sem fundamento legal a inabilitação de concorrente sob a simples afirmação de que cláusulas do contrato social não se harmonizam com o valor total do capital social e com o correspondente balanço de abertura, por tal entendimento ser vago e impreciso. 4. Segurança concedida". (STJ, MS nº**

Valu
3

5.606-DF/98. Impetrante: Panaquatira Radiodifusão Ltda. Impetrado: Ministro de Estado das Comunicações. Relator: Min. José Delgado.)

Ademais, a inabilitação da empresa recorrente por não ter apresentado atestados de capacidade técnica em concordância com o item 7.2.1, pois a *"data de expedição não anterior a 90(noventa) dias da data do encerramento da licitação, se outro prazo de validade não constar no documento."* Nesse contexto, como já mencionado o Atestado de capacidade Técnica tem a função comprovar o desempenho dos serviços prestados ao objeto, leva-nos a supor que há um certo direcionamento na licitação, tendo em vista ser uma exigência descabida. Da mesma maneira, conclui-se que ocorreu afronta ao princípio da competitividade.

Trazemos à baila o conceito do princípio da competitividade, o qual nas palavras do Ilustre Professor Marçal Justen Filho significa:

"O princípio da competitividade ou oposição indica necessidade de disputa entre interessados, ou seja, consiste na reprovação ajustes ou acordos que frustrem a disputa entre licitantes".¹

Ainda sobre o princípio da competitividade ou da oposição, destaca Toshio Mukai que:

"O princípio da competitividade ou oposição, indicando a necessidade de disputa entre os interessados. Essa concepção, se levada rigorosamente às últimas conseqüências, conduziria a invalidade da licitação a que comparecesse um único ofertante ou, mesmo, em que apenas um dos licitantes ultrapassasse a fase de licitação. Assim não ocorre. Mas a construção tem a vantagem de destacar um ângulo específico do princípio da moralidade, consistente da reprovação a ajustes ou acordos que frustrem a disputa entre os licitantes".²

Desprende-se da leitura dos conceitos trazidos ao presente recurso que a determinação posta no edital frustra claramente a disputa entre os licitantes, pois restringe de forma oceânica o universo daqueles. Deve-se observar se tais condições são relevantes à **comprovação da experiência do profissional no uso da técnica a ser empregada**, ou ainda, à **capacidade da empresa para**

¹ Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 75.

² Mukai, Toshio. Estatutos Jurídicos de Licitações e contratos Administrativos. 2ª ed; São Paulo : Saraiva, 1990, p. 22.

Justen
4

executar o objeto licitado. Assim como, deve a Administração garantir a participação do maior número possível de concorrentes, e conseqüentemente a proposta mais vantajosa à Administração. E ainda a nosso ver é uma imposição desnecessária e até ilegal pedir validade num Atestado de Capacidade Técnica.

Atenta-se que a Administração deve ater-se ao máximo as normas estabelecidas na Lei de Licitações, dispondo no edital somente dos requisitos essenciais à comprovação da capacidade técnica do proponente, em conformidade com o art. 30 da Lei nº 8.666/93. Como bem expõe Diógenes Gasparini³, "cabe, então, à Administração Pública licitante exigir, apenas, a comprovação dos elementos indispensáveis à execução do objeto licitado. Só o que, nesse sentido, for pertinente pode ser exigido, sem, por óbvio, ultrapassar o rol máximo das exigências consignadas nos mencionados incisos do art. 30 da Lei Federal das Licitações e contratos da Administração Pública".

Essa decisão proferida pela Administração, qual seja, de inabilitar a recorrente está abreviando a licitação em nome do interesse público, interesse esse que sempre deve estar presente no trato da coisa pública, nas licitações inclusive. O que se quer dizer com isso, é que o interesse público deve preponderar sobre imposições descabidas e até mesmo ilegais, haja vista, possuir grande importância no trato entre particular e Administração. Imediatamente, só o que for extremamente relevante para a licitação é que deve ser revestido de formalidade, do contrário, estará impedindo a competitividade entre os licitantes.

Para elucidar o tema, trazemos à presente, a explanação do Professor Marçal Justen Filho acerca da questão:

*É imperioso avaliar a relevância do conteúdo da exigência. Não é incomum constar do edital que o descumprimento a qualquer exigência formal acarretará a nulidade da proposta. **A aplicação dessa regra tem que ser temperada pelo princípio da razoabilidade.** É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o interesse público de cumprir o edital, produza-se a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos. Certamente, não haveria conflito se o ato convocatório reservasse a sanção de nulidade apenas as desconformidades **efetivamente relevantes.** Nem sempre é assim. Quando o defeito é irrelevante, tem de interpretar-se a regra do edital com atenuação. **O defeito irrelevante não pode acarretar a desclassificação,** superando-se o rigor extremado do edital para assegurar a realização efetiva do interesse público.*

O princípio da proporcionalidade baliza a atividade de julgamento das propostas. Não basta comprovar a existência de defeito. É imperioso verificar se a gravidade do vício é suficientemente séria, especialmente em face da dimensão do interesse público. Admite-se, afinal, a aplicação do princípio de que o rigor extremado na interpretação da lei e do edital pode

³ Parecer. BLC, out./2002, p. 645.c

*Justen
5*

conduzir à extrema injustiça ou ao comprometimento da satisfação do interesse público.⁴(grifo nosso)

Então, quando da análise da documentação referente à habilitação, o administrador teve sempre em mente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais significam respectivamente:

O **princípio da razoabilidade** é uma diretriz de senso comum, ou mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao Direito. Esse bom-senso jurídico se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, **terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas** e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. (fonte: www.kplus.com.br – Autora: Giovana Harue Jojima Tavararo). (grifo nosso).

O **princípio da proporcionalidade** tem o objetivo de coibir excessos desarrazoados, por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da atuação administrativa, para **evitar restrições desnecessárias ou abusivas**. Por força deste princípio, não é lícito à Administração Pública valer-se de medidas restritivas ou formular exigências aos particulares **além daquilo que for estritamente necessário para a realização da finalidade pública almejada**. Visa-se, com isso, a adequação entre os meios e os fins, vedando-se a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. (fonte: www.kplus.com.br – Autora: Giovana Harue Jojima Tavararo). (grifo nosso).

Com fulcro nos conceitos acima ofertados, de pronto constata-se que a empresa recorrente não infringiu as normas contidas no ato convocatório, ao passo que o Pregoeiro ao inabilitar a empresa não respeitou os ditames legais e nem os princípios correlatos.

Importante lembrar que o procedimento licitatório é regido por vários princípios, especificados no *caput* do artigo 3º da Lei 8.666/93, sendo que um dos principais objetivos a serem seguidos pelo Poder Público na condução da licitação é a manutenção do seu caráter competitivo, conforme expresso no inciso I do referido artigo, que veda aos agentes públicos “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.”

⁴ Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos/Marçal Justen Filho. 8. ed. São Paulo : Dialética, 2000, pp. 469 e 471.

Justen
6

Reiterando o pensamento de Marçal Justen Filho sobre o formalismo exacerbado acima exposto, Hely Lopes Meirelles (Licitação e Contrato Administrativo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983, 5ª edição atualizada, p. 9) afirma que entre os princípios da licitação está o do procedimento formal, que significa que:

“a licitação está vinculada às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases. Não só a lei, mas o regulamento, as instruções complementares e o edital pautam o procedimento da licitação, vinculando a Administração e os licitantes a todas as suas exigências, desde a convocação dos interessados até a homologação do julgamento”.

Mas advertia o eminente tratadista (ob. cit., pág. 10):

“O princípio do procedimento formal não significa que a Administração deva ser “formalista” a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou o julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar propostas diante de simples omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes. A regra é a dominante nos processos judiciais: não se decreta a nulidade onde não houve dano para qualquer das partes – “pas de nullité sans grief”.”

No caso, a empresa recorrente foi inabilitada do certame licitatório por não ter atestados de capacidade técnica expedidos com data anterior a 90 (noventa) dias da data de encerramento da licitação, porém denota-se na decisão do Pregoeiro haver além de afronta à Lei e a princípios basilares da licitação um mero rigorismo formal a evidenciar excesso de cautela por parte da Administração. Pois, constata-se nos dos atestados fornecido pela empresa Expertise Soluções Financeiras Ltda. relativo ao atendimento juntos as Prefeituras a mesma atende ao objeto do edital de Pregão Presencial nº 12/2018 e possui, número infinitamente superior em quantidade e em faturamento ao solicitado no edital. Por fim, deve a Administração Pública prezar pelo interesse público acima do privado, razão por que se deve garantir ao máximo a competitividade do certame licitatório. Desse modo, inadmissível a inabilitação da empresa por mero rigorismo formal.

Nesse sentido tem decidido o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. MODALIDADE CONCORRÊNCIA. MELHOR PREÇO. PREVALÊNCIA DE UM FORMALISMO EXARCEBADO EM DETRIMENTO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Em licitações instituídas na modalidade concorrência, cujo fim é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, não se mostra razoável a exigência de requisitos outros senão aqueles indispensáveis ao

laure

cumprimento do objeto do contrato, o que, na hipótese, restou bem demonstrado pelo ora Agravante quando da apresentação dos documentos para a sua adjudicação, que atestam a sua regularidade fiscal. 2. Não se afigura razoável privilegiar exigência meramente formal, em detrimento da escolha da oferta visivelmente mais proveitosa para a Administração, mormente em face da constatação de que o vencedor do procedimento **detém condições reais de efetuar plenamente o objeto do contrato**. Se assim se fizesse, estar-se-ia reconhecendo a supremacia de um formalismo exacerbado, com claro prejuízo à finalidade maior de todo ato administrativo, que é a satisfação do interesse público. 3. Pedido de reconsideração deferido para atribuir efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas. Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, deferir o pedido de reconsideração formulado, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado. Custas, como de lei. Recife (PE), 22 de março de 2007 (data do julgamento). Desembargador Federal Geraldo Apoliano. Relator. (grifo nosso).

Salienta-se que não pode a Administração ignorar dispositivos legais que regem as licitações, por isso esta deve ater-se ao que aduz o artigo 30, II, da Lei 8.666/93, o qual possui o seguinte teor:

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.

Como se pode observar a Lei 8.666/93 disciplinou de modo cuidadoso a matéria no tocante à qualificação técnica. O diploma legal busca evitar que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação, assim como ocorreu um impróprio ato da Administração, qual seja, inabilitar a recorrente por não ter supostamente cumprido um item do edital. Digase de passagem, um item eivado de ilegalidade e desproporcional. No mesmo sentido, a Administração não tem fundamentação em inabilitar a licitante, por suposto descumprimento de item quando a atividade a ser executada não apresentar complexidade e nem envolver graus mais elevados de aperfeiçoamento, assim sendo a exigência de prazo de validade, torna-se inócua.

Assim
8

Diante dos fatos ainda temos que destacar a Resolução CFN nº 510/2012 em seu artigo 2º que determina como deve ser o Atestado de Capacidade Técnica, onde é definido o que é necessário e importante do Atestado de comprovação de desempenho. Em nenhum momento existe um prazo de validade para os serviços atestados pelo órgão emitente.

RESOLUÇÃO CFN Nº 510/2012

Dispõe sobre o registro, nos Conselhos Regionais de Nutricionistas, de atestados para comprovação de aptidão para desempenho de atividades nas áreas de alimentação e nutrição e dá outras providências.

Art. 2º. Além do disposto no artigo anterior, o Atestado de Comprovação de Aptidão de Desempenho deverá conter, no mínimo, os elementos seguintes:

I - Ser emitido em papel timbrado do emitente do atestado, com data e assinatura do RT do contratante ou seu representante legal, conforme o caso, devidamente identificado com nome completo e cargo que ocupa impressos no documento;

II - Indicar o número do documento que deu origem ao serviço, tal como contrato, nota de empenho ou outro;

III - Indicar o período (início e fim) da execução do serviço (dia/mês/ano);

IV - Indicar o endereço completo do local onde o serviço foi ou está sendo executado;

V - Citar o(s) nome(s) do(s) nutricionista(s), número de inscrição no CRN e os correspondentes períodos que executaram os serviços;

VI - Descrever, detalhadamente, o serviço executado.

Para fins de elucidação, a capacidade técnico-operacional consiste naquela relativa à pessoa jurídica licitante de executar objeto similar e compatível com o licitado. Presume-se tal capacidade dos atestados técnicos apresentados, como comprovação de sua 'experiência anterior' neste sentido. Para ressaltar se a empresa, ora recorrente apresentou dois (dois) atestado de capacidade técnica que comprovam plena aptidão para atender a presente licitação, isso seria o suficiente. No entanto, nem diligência ao atestado de Capão da Canoa por nos apresentado a comissão se interessou de fazer diligência, mostrando ai o desinteresse, o qual não é razoável e consentânea com os princípios da eficiência e do interesse público.

Nesse contexto ressaltamos que a os atestados de capacidade técnica apresentados o objeto foi realizado, existe, independentemente do tempo que tenha sido exercitada, ou não existe **Garantida a Capacitação por meio de um atestado**. Dessa forma a Administração não pode exigir algo a mais sem exorbitar as limitações constitucionais da lei de licitações e seus princípios básicos. Ao ter inabilitado a licitante por não ter supostamente cumprido um item descabido e ilegal, ter data de expedição ou prazo de validade estamos diante de uma afronta ao interesse público.

Valu
9

IV - DIANTE DO EXPOSTO REQUER:

1 - O acolhimento do presente recurso para os fins de que o Pregoeiro reveja sua decisão e ao final, julgue procedente o recurso, para **HABILITAR** a empresa Expertise Soluções Financeiras Ltda - EPP no presente certame licitatório e seja declarada novamente vencedora.

2 - Aplicação ao recurso do **EFEITO HIERÁRQUICO**, conforme determina o artigo 109, § 4º, da Lei Federal 8.666/93.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Santa Cruz do Sul, 11 de setembro de 2018.



Expertise Soluções Financeiras Ltda. - EPP
Jaime Andre Kunzel
Representante Legal

