



Lages, 12 de Junho de 2020

AO PRESIDENTE DA COMISSAO DE LICITACOES DO MUNICIPIO DE CERRO NEGRO SC

Referente: Processo licitatório 029/2020

Edital TP 006/2020

**CONTRARRAZÕES REFERENTE RECURSO ADMINISTRATIVO APRESENTADO PELA EMPRESA CONCORIDA
POCOS ARTESIANOS**

A Empresa Marcia da Cunha Ventura CNPJ nº 04.498.706/0001-86, sediada na rua jucelino kubischek nº 10, bairro Maria Luiza, telefone (49) 3223-8051 endereço eletrônico: premoldadosventura@hotmail.com, por meio de seu procurador, Sr. **RODRIGO CUNHA VENTURA**, inscrito no **CPF sob nº 025.154.859-79**, vem respeitosamente a presença de vossa senhoria apresentar contrarrazões referente ao recurso interposto pela empresa CONCORDIA POCOS ARTESIANOS, visando nossa inabilitação.

A empresa contesta a habilitação de nossa empresa, indo até mesmo contra a decisão da própria comissão de licitações que ao verificar toda a documentação apresentada verificou que estaríamos aptos a participar do referido certame.

Tratando da comprovação de capacidade técnica, o edital exigiu comprovação de serviço semelhante e este foi apresentado. A execução de uma rede de esgoto, com linhas de recalque, poços e inclusive a total execução de uma estação de tratamento de esgoto no município de Abdon Batista.

É claro que tal serviço é compatível e semelhante ao objeto da licitação que é redes de água, a única coisa que difere é que em uma rede passa água tratada para consumo e outra a ser tratada.

Portanto considera-se o pedido de inabilitação formulado pela recorrente inadequado, pois a recorrida apresentou os documentos exigidos pelo edital para comprovação de sua capacidade técnica, ainda que apontando para experiência na execução de objeto semelhante.

Nesta esteira, o egrégio **Superior Tribunal de Justiça** pacificou o entendimento de que:



“...A impetrante alega que a comissão de licitação, ao habilitar a proposta da concorrente que teria deixado de apresentar documentos exigidos pelo edital ou fazê-los de forma irregular, acabou por violar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

- Os documentos exigidos pelo edital foram apresentados com teor válido e interpretados equivocadamente pelo concorrente, ou foram supridos por outros com mesma finalidade e mesmo valor probatório, razão pela qual inexistiu a alegada violação.

- O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação” (RESP 5.601/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

Além disso, a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, estabelece que:

Art. 3º. **A licitação destina-se** a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, **a seleção da proposta mais vantajosa para a administração...**

Sobre este tema, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

“O objetivo primeiro da licitação é selecionar a melhor proposta. Tirar da Administração essa possibilidade é revestir o procedimento de um rigor desnecessário (...)” (Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos, 5ª edição, Malheiro Editores, pág. 223 /24).

Nesse sentido, nossa jurisprudência:

“Visa à concorrência a fazer com que o maior número de licitantes se habilitem, para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes aos seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorosismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados. **Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorosismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório”.** (TJRGS – RDP 14, pág. 240).

Ressalte-se que o egrégio **Superior Tribunal de Justiça** consolidou o entendimento de que:

“O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes” (STJ. MS nº 5.418/DF. 1ª Seção. DJU 01 jun. 1998. p. 24).



Na pior das hipóteses, antes de inabilitar a consulente, a comissão de licitação deveria ter realizado a diligência prevista pela Lei 8.666/1933. Senão vejamos.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

§ 3º. **É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.**

Acerca do tema, *Marçal Justen Filho* fez as seguintes considerações:

“A autorização legislativa para a realização de ‘diligências’ acaba despertando dúvidas. Em primeiro lugar, deve destacar-se que **não existe uma competência discricionária para escolher entre realizar ou não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas envolverem pontos obscuros — apurados de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados —, a realização de diligências será obrigatória. Ou seja, não é possível decidir a questão (seja para desclassificar o licitante, seja para reputar superada a questão) mediante uma escolha de mera vontade. Portanto, a realização da diligência será obrigatória se houver dúvidas relevantes**” (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14ª edição, São Paulo: Dialética, 2010, p. 598).

Afinal, o egrégio *Tribunal de Contas da União* já decidiu que:

Súmula nº 263 - Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Nesse ponto, faço minhas as palavras de *Marçal Justen Filho*. Vejamos.

No entanto, qualquer exigência no tocante à experiência anterior, especialmente quando envolver quantitativos mínimos ou restrições similares, dependerá da determinação prévia e explícita por parte da Administração das parcelas de maior relevância e valor significativo. Assim está determinado no § 2º do art. 30.

Tal determinação destina-se a assegurar o vínculo de pertinência entre a exigência de experiência anterior e o objeto licitado. A essência da questão reside em que a comprovação



de experiência anterior como requisito de habilitação não se justifica por si só. Trata-se de condicionamento de natureza instrumental, destinado a restringir a participação no certame aos sujeitos que detenham condições de executar o objeto licitado. Assim, a comprovação da experiência anterior fundamenta a presunção de que o sujeito dispõe de conhecimento e habilidade técnico-empresariais para executar satisfatoriamente a futura contratação.

Ora, essa concepção apenas pode ser aplicada se a experiência anterior exigida do sujeito envolve os aspectos problemáticos, diferenciados, complexos de que se revista o objeto licitado. Isso produz duas ordens de efeitos distintos.

Em primeiro lugar, não há cabimento em impor exigência de que o sujeito tenha executado no passado obra ou serviço exatamente idêntico ao objeto licitado. Parece evidente que o sujeito que executou obra ou serviço idêntico preenche os requisitos para disputar o certame e deve ser habilitado. Mas também se deve reconhecer que a idoneidade para executar o objeto licitado pode ser evidenciada **por meio da execução de obras ou serviços similares, ainda que não idênticos. Em outras palavras, a Administração não pode exigir que o sujeito comprove experiência anterior na execução de um objeto exatamente idêntico àquele licitado** — a não ser que exista alguma justificativa lógica, técnica ou científica que dê respaldo a tanto.

Daí se segue que a Administração deverá identificar os aspectos mais complexos e diferenciados do objeto licitado, para efeito de exigência da experiência anterior. É evidente que não teria cabimento subordinar a participação à comprovação da execução de atividade secundária ou irrelevante que o objeto licitado apresente.

Um exemplo permite compreender o raciocínio. Suponha-se que o projeto executivo preveja que o edifício objeto da licitação será pintado na cor verde. Seria um despropósito, em princípio, que fosse exigida comprovação de experiência anterior na execução de um edifício de mesma cor. Assim se põe por várias razões. Em primeiro lugar, a cor do edifício é uma característica secundária e irrelevante. Em segundo lugar, a experiência anterior no tocante à cor do edifício não autoriza presunção de que o sujeito disporá de condições de conhecimento e habilidade para executar o objeto licitado. Em terceiro lugar, a exigência poderá excluir do certame sujeitos que tenham executado precisamente o mesmo objeto anteriormente, mas com cor diferente. Ou seja, a exigência cumprirá função precisamente oposta àquela que lhe foi reservada normativamente. Não apenas não restringirá a participação aos sujeitos titulares de qualificação para executar o objeto como propiciará o afastamento daqueles que deveriam ser admitidos ao certame.

Redação *Marcio*



Por isso tudo, é indispensável que a Administração identifique, no objeto licitado, os aspectos mais complexos e as características que o tornam diferenciado. Não há modo de estabelecer uma solução normativa abstrata definidora daquilo que deverá ser considerado pela Administração, precisamente porque o mundo real comporta variações muito intensas. Em alguns casos, trata-se de dimensão física da obra. Em outros, envolve o prazo máximo para a execução. Há casos em que a questão se relaciona com a complexidade tecnológica do objeto. Existem situações diferenciadas em função do local a ser executada a obra ou serviço. Seria cansativo elencar todos os fatores pertinentes, além de propiciar o risco de incompletude na exposição.

O que se exige, no entanto, é que a identificação das parcelas de maior relevância técnica e valor significativo sejam explicitamente indicadas pela Administração, de modo motivado. Essa motivação, tal como exposto, comporta pleno controle externo, especialmente para verificar os efeitos nocivos à competição.

Em princípio, a eleição equivocada de uma parcela de maior relevância técnica e valor significativo pode ser irrelevante. Suponha-se o caso em que a Administração escolhe um aspecto que é inerente ao exercício de qualquer obra ou serviço versando sobre um certo objeto. O equívoco não produz prejuízo, ainda que se configure uma exigência inútil. A ausência de prejuízo derivará de que a exigência não importará exclusão do certame de potenciais interessados.

No entanto, será muito distinta a situação quando a Administração escolher como parcelas de maior relevância técnica e valor significativo tópicos especializados que acarretarão a redução do universo de disputa. Assim, imagine-se a hipótese da contratação de uma obra num aeroporto em que se exija experiência anterior na implantação de uma escada rolante. É evidente que existem escadas rolantes em um aeroporto, mas também é inquestionável que, como regra, a complexidade da obra não reside nessa questão.

A Lei alude a parcela de maior relevância técnica e de valor significativo. Não se trata de requisitos cumulativos, mas é mais evidente a configuração da hipótese quando tal cumulação ocorre. Quando não ocorrer, caberá à Administração justificar a razão da escolha, apontando motivos de ordem técnica que conduzem à necessidade da escolha realizada.

A partir da seleção das parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, torna-se cabível que a Administração explicita as exigências de experiência anterior que serão impostas. Significa que será inválido exigir experiência anterior sem identificar as parcelas de maior

Rodrigo

Maico



relevância técnica e de valor significativo? A resposta é positiva, tal como se evidencia da redação do § 2º, do art. 30. Assim se passa porque, se a Administração ignorar os aspectos de maior relevância técnica e de valor significativo, não disporá de condições lógicas para delinear os requisitos de experiência anterior (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, ps. 590 a 592).

Sendo assim, concluo que não seria ilícito habilitar a consulente. Ao contrário, o erro está em inabilitá-la, pois depreende-se que houve excesso de rigor e formalismo na conduta da comissão de licitação.

E nem se diga que a inabilitação se impõe na medida em que a consulente deixou de observar o edital. Afinal, o Poder Judiciário já reconheceu que:

“O princípio da vinculação ao edital não pode ser interpretado de forma tão rigorosa a ponto de sobrepor-se ao objetivo da licitação e ao interesse público. As eventuais irregularidades formais constatadas não se mostraram prejudiciais aos outros participantes do certame, e, ainda, não constituíram ofensa ao princípio da igualdade e isonomia”. (TRF. 4ª Região. 3ª Turma. MAS nº 11.700-0/PR. DJU 03 abr. 2002. Revista Fórum Administrativo – Direito Público. Vol. 16. ano 2. jun. 2002).

Ademais, aponto que o Decreto 10.024, de 20 de setembro de 2019, que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, estabelece que:

Art. 47. O pregoeiro poderá, no julgamento da habilitação e das propostas, sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, e lhes atribuirá validade e eficácia para fins de habilitação e classificação, observado o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

E ainda que a modalidade de licitação utilizada seja outra que não o pregão eletrônico, poder-se-á aplicar a supracitada regra, pois o Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, mais conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, estabelece que:

Art. 4º. **Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia**, os costumes e os princípios gerais de direito.



QUANTO À ACUSAÇÃO DE FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO.

vale dizer que o Exmo. Min. Relator *Marcos Vinícius Vilaça*, no Acórdão nº 010.468/2008-8, Plenário do egrégio **Tribunal de Contas da União**, afirmou que:

“Hoje, diante do texto legal, tal como se encontra redigido há mais de vinte anos, uma mesma empresa não pode apresentar duas propostas, ***mas nada impede que empresas distintas, embora vinculadas a um mesmo grupo econômico, apresentem diferentes propostas.***

À LUZ DO QUANTO FOI ACIMA EXPOSTO, PODE-SE AFIRMAR, COM SEGURANÇA, QUE A SIMPLES PARTICIPAÇÃO, NOS MESMOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS, DE DUAS EMPRESAS CUJAS AÇÕES OU COTAS PERTENCEM AO MESMO GRUPO DE PESSOAS, NÃO CONFIGURA VIOLAÇÃO AO SIGILO DA LICITAÇÃO NEM FRAUDE COMPROMETEDORA DA COMPETITIVIDADE DO CERTAME”.

Outrossim, o Acórdão nº 2.341/2011, também da lavra do Plenário do **EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**, estabelece que:

Voto.

3. Rememorando, a providência cautelar foi adotada ante a iminência da abertura do certame, o que caracterizaria o perigo na demora, e tendo em vista a presença de indícios do bom direito, eis que a cláusula do edital questionada pela autora, relativa à vedação da participação simultânea de empresas com sócios comuns poderia alijar potenciais interessados do certame, não possuía amparo na Lei nº 8.666/1993, nos regulamentos próprios das entidades ou na jurisprudência do TCU.

4. Na oportunidade, foi suscitado o entendimento estabelecido no Acórdão nº 297/2009-Plenário, que somente considera irregular a situação em apreço quando a participação concomitante das empresas se der em:

i. convite;

ii. contratação por dispensa de licitação;

iii. existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; e

Roberto Vinícius



iv. contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra.

5. Tais hipóteses não se configuraram na concorrência em apreço em que não foram apontados também indícios de conluio ou fraude.

(...)

17. A toda prova, portanto, que no caso da recomendação da CGU, trazida aos autos pelos agravantes, bem como nas situações similares, em que houve a atuação desta Corte de Contas, o que se pretendeu foi alertar os responsáveis pelos certames licitatórios sobre uma situação de risco, configurada pela participação, no processo, de empresas com sócios em comum.

18. Tal risco, conforme bem expresso na recomendação do **Acórdão nº 1.793/2011-TCU-Plenário**, deve ser mitigado, mediante identificação das empresas que se enquadrem nessa situação e de outros fatores que, em conjunto, e em cada caso concreto, possam ser considerados como indícios de conluio e fraude à licitação.

19. AS SITUAÇÕES EXPOSTAS, PORTANTO, SÃO BEM DIVERSAS DA QUE SE VERIFICA NOS PRESENTES AUTOS, EM QUE SE FEZ UMA VEDAÇÃO A PRIORI, AO ARREPIO DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, IMPEDINDO, SEM UMA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS ESCLARECEDORA OU OUTROS INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES, QUE EMPRESAS PARTICIPASSEM DO CERTAME, FERINDO, SEM SOMBRA DE DÚVIDAS, OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA COMPETITIVIDADE, A QUE ESTÃO SUJEITAS AS ENTIDADES DO SISTEMA "S".

Desta feita, a proponentes não poderiam ser desclassificadas do certame mesmo que possuíssem sócios em comum ou façam parte do mesmo grupo econômico, tampouco poderiam ser desclassificadas por possuírem sócios com grau de parentesco, pois deve-se aplicar a antiga máxima de que "*in eo quod plus est semper inest et minus*" (quem pode o mais, pode o menos).

Além disso, o art. 3º da Lei 8.666/93, que regula as licitações e contratos administrativos, traz uma gama de princípios a serem seguidos pela Administração na consecução da probidade administrativa, sendo considerado o dispositivo de maior destaque na Lei. Ipsi Literis:

"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 lhe são correlatos

Rodolfo *W. M. M.*



“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.”

Esta comissão de licitação encontra-se estritamente vinculada ao seu edital, assim como todos os seus participantes, sendo assim o recurso visando induzir esta comissão de licitações ocorreu de forma totalmente equivocada.

Fica claro a capacidade técnica comprovada e o atendimento ao todos os itens do edital. Sem mais para o momento, solicitamos o deferimento.

Atenciosamente,

MARCIA DA CUNHA VENTURA EPP

CNPJ 04.498.706/0001-86



Rodrigo Cunha Ventura
Engenheiro Civil
CREA-SC: 154207-2

Recebido em: ___ / ___ / _____ às ___:___ h