

NCL

PAVIMENTAÇÃO LTDA ME

ILMA. COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ANTÔNIO CARLOS/SC

ILMO. SENHOR PREFEITO MUNICIPAL DE ANTÔNIO CARLOS/SC

Ref.:

Processo Licitatório nº: 030/2023

Tomada de Preço nº: 003/2023

Objeto: Contratação de empresa especializada em serviços de engenharia civil para empreitada por menor preço global, com fornecimento de material e mão de obra para a terraplanagem, drenagem, pavimentação em lajota e sinalização viária da Avenida Geraldino Alípio de Farias e Rua João Schmitz, localizada no bairro Centro no Município de Antônio Carlos/SC, conforme memorial descritivo, projetos, ART, cronograma físico financeiro, planilha orçamentária e anexos, parte integrante deste edital.

NCL PAVIMENTAÇÃO LTDA, inscrita no CNPJ 09.346.667/0001-15, com sede na Estrada Geral, s/nº, Bairro Siriú, Garopaba/SC, por intermédio de seu representante legal o Sr. NILSO LEHMKUHL, portador (a) da Carteira de Identidade nº 3322814 e do CPF nº 946.643.749-68, vêm, respeitosamente, interpor:

RECURSO ADMINISTRATIVO COM EFEITO SUSPENSIVO em face da inabilitação da empresa NCL PAVIMENTAÇÃO LTDA pelas razões de fato e direito abaixo aduzidas:

DA TEMPESTIVIDADE

O presente recurso se encontra TEMPESTIVO, uma vez que protocolado dentro do prazo estabelecido no item 30. do Edital e respeitando os prazos estabelecidos no inciso I do art. 109 da Lei Federal nº 8.666/1993. O prazo de 5 (cinco) dias úteis finda-se em 22/03/2023, considerando-se que a disponibilização da ata da sessão pública ocorreu em 15/03/2023 e que, conforme estabelece o art. 110 da Lei Federal nº 8.666/1993,

NCL

PAVIMENTAÇÃO LTDA ME

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.

DO EFEITO SUSPENSIVO

Registre-se que deve ser atribuído efeito suspensivo ao presente Recurso, procedendo-se a suspensão do presente certame até a decisão definitiva acerca dos fatos apontados, tendo em vista que o prosseguimento dos atos poderá inviabilizar o direito pleiteado pela Recorrente e, ainda, gerar prejuízos à Administração.

Em tempo, a Lei Federal nº 8.666/1993 estabelece:

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;**

b) **juízo das propostas;**

[...]

§2º O recurso previsto nas **alíneas "a" e "b"** do inciso I deste artigo **terá efeito suspensivo**, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

(Grifo nosso)

Assim, no caso em tela, é dever da Administração atribuir efeito suspensivo, não cabendo qualquer discricionariedade ao ato, sob pena de incidir em arbitrariedade, responsabilizando-se pelos danos decorrentes de sua decisão.

DOS FATOS

Trata-se de licitação na modalidade Tomada de Preço, cujo objeto é a **Contratação de empresa especializada em serviços de engenharia civil para empreitada por menor preço global, com fornecimento de material e mão de obra para a terraplanagem, drenagem, pavimentação em lajota e sinalização viária da Avenida Geraldino Alípio de Farias e Rua João Schmitz, localizada no bairro Centro no Município de Antônio Carlos/SC,**

NCL

PAVIMENTAÇÃO LTDA ME

conforme memorial descritivo, projetos, ART, cronograma físico financeiro, planilha orçamentária e anexos, parte integrante deste edital.

Conforme relatado em Ata de Sessão Pública pela Comissão Permanente de Licitações, a empresa recorrente, NCL PAVIMENTAÇÃO LTDA, foi inabilitada após questionamento apresentado pela empresa SÓLIDA SERVIÇOS DE MÃO DE OBRA LTDA quanto ao suposto descumprimento das parcelas mínimas de relevância exigidas no item 13.2. do Edital, especificamente quanto aos itens de execução de meio fio e drenagem.

Conforme relatado em Ata, a Comissão Permanente de Licitações, equivocadamente, acatou a alegação e declarou inabilitada empresa que cumpriu todos os requisitos estabelecidos em Instrumento Convocatório.

Diante dos fatos, devem ser analisadas as respectivas razões de recurso apresentadas, conforme será demonstrado adiante.

DO DIREITO

1. DA INDEVIDA INABILITAÇÃO DA EMPRESA NCL PAVIMENTAÇÃO LTDA

O referido edital de licitação traz no item 13. as seguintes exigências:

13 - DOCUMENTAÇÃO RELATIVA À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:
[...]

13.2 – **Certidão de Acervo Técnico** fornecido pelo CREA ou CAU que comprove a **aptidão do Responsável Técnico** da empresa para **execução de serviços de mesma natureza de igual porte ou semelhante, em qualidade e quantidade** ao da especificação do objeto do presente Edital, dentro do prazo de validade.

13.3 - Apresentação de atestado de capacidade técnica fornecido por órgão público ou privado, comprovando a capacidade técnica que a empresa licitante tenha **executado obra compatível ou superior ao objeto licitado**, devidamente registrado no CREA ou CAU.

(Grifo nosso)

Como se pode verificar do texto extraído do Edital publicado pelo município de Antônio Carlos/SC, o mesmo não estabelece quais são as parcelas mínimas de relevância. O texto apenas afirma que deverá ser comprovada execução de mesma natureza e igual

PAVIMENTAÇÃO LTDA ME

porte ou semelhante. Ora, apegar-se a esse texto para afirmar que a empresa deve comprovar a execução de obra exatamente igual à licitada é, no mínimo, equivocado. Se assim o fosse, todas as empresas deveriam ser inabilitadas, visto que nenhum atestado de capacidade técnica possui exatamente os mesmos itens da obra em questão. Se, porventura, uma das empresas possuir, resta a comprovação de que o edital foi claramente direcionado, o que é vedado por lei.

Veja, o Edital não afirma que deverão ser comprovadas parcelas mínimas de relevância em determinados itens, mas apenas que deverá ser comprovada a **execução de obra igual ou semelhante**. A licitação trata de obra com 2.654,87 m² de pavimentação e a empresa Recorrente apresentou Atestado de Capacidade Técnica de obra de 6.000,00 m². A Comissão Permanente de Licitações quer fazer crer que a comprovação de obra com mais do que o dobro da metragem da licitada não é suficiente para comprovar a sua Capacidade Técnica.

Entende-se cabível, portanto, que sejam aceitos Atestados de Capacidade Técnica que comprovem a execução de obra semelhante. Isto é o que estabelece explicitamente a Lei Federal nº 8.666/1993:

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;

[...]

§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.

(Grifo nosso)

É de entendimento pacífico que atividade pertinente e compatível não significa atividade exatamente igual, mas semelhante ou similar ao objeto licitado. O §3º da Lei de Licitações transcrito acima é claro ao afirmar que a comprovação de aptidão poderá ser feita por meio de atestados equivalentes ou superiores. Este é, de fato, o caso em tela. Este entendimento é o que define também a Constituição Federal, quando afirma que somente serão permitidas exigências de qualificação técnica indispensáveis ao cumprimento das obrigações contratuais:

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

PAVIMENTAÇÃO LTDA ME

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.**

(Grifo nosso)

Não existe nenhuma obrigação ou serviço incluído no objeto do presente certame que não possa ser cumprido por empresa cuja Atestação seja de obra similar ou compatível. Não há qualquer critério técnico que justifique o surgimento posterior à divulgação do Instrumento Convocatório de parcelas de relevância. E, ainda que houvesse, neste caso o Edital deveria ter sido republicado e tornado de conhecimento público tais parcelas. Causa estranhamento que uma empresa conheça as parcelas de relevância que não foram divulgadas.

Quando da divulgação do Instrumento Convocatório, é direito do licitante que os critérios de julgamento sejam estabelecidos de forma objetiva. A Lei Federal nº 8.666/1993, em seu art. 3º, estabelece como princípios do processo licitatório a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo. Ora, para que se tenha, de fato, um julgamento objetivo é necessário que as regras estabelecidas sejam cumpridas, sem emendas em benefício ou prejuízo de quaisquer dos licitantes. Inclusive, é também o que afirma o art. 4º da Lei Federal nº 8.666/1993:

Art. 4º **Todos quantos participem de licitação** promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm **direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei**, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

(Grifo nosso)

Ou seja, a própria legislação afirma que o fiel cumprimento aos procedimentos estabelecidos é direito público dos participantes e, portanto, não deve, em nenhuma hipótese, ser alterado.

O princípio do julgamento objetivo é o que rege a definição, por exemplo, da exigência ou não de parcelas mínimas de relevância, como é o caso do Edital em tela. Quando da apresentação de tais parcelas, a Administração não poderá deixar de exigí-las. Quando

PAVIMENTAÇÃO LTDA ME

da não exigência prévia, o órgão público não poderá estabelecê-las em momento posterior, visto que tal conduta tornaria o julgamento subjetivo e baseado em critérios desconhecidos de aceitabilidade.

Este é também o entendimento de Joel de Menezes Niebuhr, no livro *Licitação Pública e Contrato Administrativo* (2015):

Sem embargo, o **julgamento objetivo agrega-se ao instrumento convocatório**, pois os critérios do julgamento nele estão previstos. Nesse desígnio, o julgamento objetivo é aquele que se dá na **estrita conformidade dos parâmetros prefixados no edital**. Para tanto, **o instrumento convocatório não pode prestigiar critérios subjetivos**. Destarte, são **vedadas** disposições que permitam ao órgão administrativo levar em conta **distinções pessoais** que provenham de seus agentes. **O princípio do julgamento objetivo está adstrito também ao princípio da impessoalidade**, uma vez que a licitação se conforma ao interesse público. Dessa forma, também o é **à isonomia**, que, em dilatado aspecto, proíbe distinções relativas à esfera pessoal de quem quer que seja.
(Grifo nosso)

Importante saber que, ainda que a empresa Recorrente cumpra integralmente o exigido em edital, a exigência estabelecida segue interpretada de modo equivocado. É de amplo conhecimento e vasta jurisprudência que os editais regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993 limitam a exigência de parcelas de relevância ao quantitativo máximo de 50% dos itens de maior relevância previstos na Planilha Orçamentária para qualificação técnico-operacional e vedam a exigência de quantitativo mínimo para qualificação técnico-profissional. Tal entendimento não é pontual, mas possui remansosa jurisprudência junto ao Tribunal de Contas da União, como se demonstrará abaixo.

Recentemente, ainda no ano de 2022, o TCU afirmou:

Acórdão 548/2022-Plenário

DATA DA SESSÃO: 16/03/2022

RELATOR: VITAL DO RÊGO

ÁREA: Licitação

TEMA: Qualificação técnica

SUBTEMA: Exigência

[...]

ENUNCIADO:

A exigência de quantitativos mínimos para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional sem a devida justificativa acerca da complexidade técnica do objeto licitado afronta o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993.

[...]

PAVIMENTAÇÃO LTDA ME

Acórdão:

9.2. determinar à Prefeitura Municipal de Barão de Grajaú/MA, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União no art. 4º, inciso I da Resolução - TCU 315/2020, que, no prazo de 30 (trinta) dias, adote providências a fim de **proceder à anulação do ato de inabilitação da empresa** [representante] na Concorrência 2/2021 e de todos os atos posteriores à anulação decorrentes do certame licitatório, permitindo-se o aproveitamento dos atos anteriores àquela inabilitação, para o prosseguimento do certame, e informe ao TCU os encaminhamentos realizados;

9.3. dar ciência à Prefeitura Municipal de Barão de Grajaú/MA, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução - TCU 315/2020, sobre as seguintes impropriedades/falhas, identificadas na Concorrência 2/2021, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes:

[...]

9.3.2. **a exigência de quantitativos mínimos estabelecidos, ante a ausência de justificativa, como prova de capacitação técnico-profissional prevista no item 7.1.3., alínea "c", do edital, afronta ao disposto no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 e ao entendimento firmado pelo Acórdão 2521/2019-TCU-Plenário;**

(Grifo nosso)

Tal Acórdão não é exceção na conduta da Corte de Contas. Em busca rápida, é possível localizar vasta relação de decisões que reforçam a tese aqui apontada. Em decisão muito similar ao do caso acima, em 2019 o TCU já havia expressado seu entendimento:

Acórdão 2521/2019-Plenário

DATA DA SESSÃO: 16/10/2019

RELATOR: MARCOS BEMQUERER

ÁREA: Licitação

TEMA: Qualificação técnica

SUBTEMA: Exigência

[...]

ENUNCIADO

A exigência de quantitativo mínimo para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional contraria o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993.

[...]

Acórdão:

9.1. nos termos do art. 7º da Resolução TCU 265/2014, **dar ciência:**

[...]

9.1.2. ao 8º Batalhão de Engenharia de Construção de **que exigir quantitativo mínimo de serviço relativo à qualificação técnico-profissional em processos licitatórios regidos pela Lei 8.666/1993 vai de encontro ao disposto no inciso I do § 1º do art. 30 dessa lei;**

(Grifo nosso)

Resta claro que a exigência de quantitativo mínimo para atestação da capacidade técnico-profissional não é tolerada pelos órgãos de controle, devendo o município

PAVIMENTAÇÃO LTDA ME

abster-se de tal exigência. Neste caso, ainda mais grave, visto que o edital não estabelece critério objetivo de parcelas de relevância e, quando do julgamento, criou-se critério absolutamente subjetivo para realizar tal procedimento, acarretando a inabilitação de mais da metade dos concorrentes.

Quanto a qualificação técnico-operacional, o Tribunal de Contas da União também traz ampla jurisprudência que embasa os argumentos aqui apontados:

Acórdão 2474/2019-Plenário

DATA DA SESSÃO: 16/10/2019

RELATOR: BENJAMIN ZYMLER

ÁREA: Licitação

TEMA: Qualificação técnica

SUBTEMA: Exigência

[...]

ENUNCIADO

A exigência de comprovação de experiência anterior, para fins de **qualificação técnico-operacional**, na prestação de serviços **que não são, simultaneamente, de maior relevância técnica e valor significativo do objeto** viola o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, o art. 14 da Lei 12.462/2011 (RDC) e a Súmula TCU 263.

(Grifo nosso)

A limitação de exigência de qualificação técnico-operacional à itens relevantes tecnicamente e de valor expressivo é dada para evitar o direcionamento sem qualquer fundamentação ou justificativa que embase a restrição na concorrência. Em decisão semelhante, o TCU especifica a limitação com ainda maior clareza:

Acórdão 1851/2015-Plenário

DATA DA SESSÃO: 29/07/2015

RELATOR: BENJAMIN ZYMLER

ÁREA: Licitação

TEMA: Qualificação técnica

SUBTEMA: Exigência

[...]

ENUNCIADO

Para fins de **comprovação da qualificação técnico-operacional** dos licitantes, **não cabe exigir atestados com quantitativos mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens da obra ou do serviço licitado**, limitada a comprovação aos itens de **maior relevância técnica e valor significativo** do objeto a ser contratado, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados no processo administrativo relativo à licitação.

(Grifo nosso)

NCL

PAVIMENTAÇÃO LTDA ME

Não há no processo qualquer justificativa plausível para a exigência supostamente estabelecida. E supostamente porque o edital, de fato, não exige. Claramente o instrumento convocatório fala em “execução de serviços de mesma natureza de igual porte ou semelhante”. No que trata especificamente, por exemplo, do item de execução de meio fio, o Tribunal de Contas tem diversas decisões que caracterizam tal conduta como expressamente ilegal:

Acórdão 2303/2015-Plenário

DATA DA SESSÃO: 16/09/2015

RELATOR: JOSÉ MUCIO MONTEIRO

ÁREA: Licitação

TEMA: Qualificação técnica

SUBTEMA: Exigência

[...]

ENUNCIADO

É ilegal a exigência de comprovação de capacitação técnico-profissional e técnico-operacional relativamente à execução de serviços de pequena representatividade no cômputo do valor global do objeto licitado (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 e Súmula TCU 263).

(Grifo nosso)

As decisões aqui transcritas apenas reforçam e retratam o já exposto. A suposta exigência editalícia apontada pela Comissão Permanente de Licitações do município de Antônio Carlos extrapola os limites legais sem qualquer justificativa que motive tal conduta. Importante ressaltar que o edital não previa expressamente a exigência utilizada no julgamento da habilitação e, ainda que houvesse tal previsão, a empresa recorrente atendeu ao previsto, já que apresentou Atestado de Capacidade Técnica com quantitativo bastante superior ao da obra licitada. O fato do atestado não ser idêntico ao do objeto da licitação, não pode dar causa a inabilitação, visto que o próprio edital fala em serviços semelhantes ou compatíveis.

Conclui-se, portanto, que resta mais do que comprovada a validade do documento apresentado, não sendo cabível a inabilitação da empresa NCL PAVIMENTAÇÃO LTDA.

DOS REQUERIMENTOS

Isto posto, diante da ampla fundamentação apresentada e em respeito ao definido em Edital, a empresa recorrente vem REQUERER, a fim de evitar a violação do princípio da legalidade e demais princípios licitatórios:

NCL

PAVIMENTAÇÃO LTDA ME

1. O recebimento do presente Recurso Administrativo a fim de que seja devidamente processado e, na hipótese de não restar reconsiderada a decisão pela Ilustre Comissão Permanente de Licitações, seja encaminhando à autoridade superior para apreciação – art. 109, § 4º da Lei 8.666/93;

2. Seja determinada a suspensão dos procedimentos inerentes ao processo licitatório, enquanto pendente decisão definitiva do presente recurso, em atendimento aos dispositivos legais, em especial artigo 109, § 2º da Lei 8.666/93, cientificando a Recorrente acerca da decisão que receber o presente recurso;

3. A devida HABILITAÇÃO da empresa NCL PAVIMENTAÇÃO LTDA no certame, pelos fatos e fundamentos acima expostos.

4. Ao final, na análise de mérito, seja dado TOTAL PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO.

Nesses Termos,

Aguarda Deferimento.

Garopaba/SC, 20 de março de 2023.

Nilso Lehmkuhl

NCL PAVIMENTAÇÃO LTDA