

ILUSTRÍSSIMO(a) SENHOR(a) PRESIDENTE(a)/PREGOEIRO(a) DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITUA MUNICIPAL DE ACARÁU

ILMO(a) SR(a) AUTORIDADE SUPERIOR COMPETENTE

CONCORRÊNCIA N° 0410.01/2021-CP

PREFEITURA MUNICIPAL DE ACARÁU/TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ

ÁGUIA CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA, inscrita no CNPJ/MF sob o n° 12.049.385/0001-60, com sede na Av. Santos Dumont, n° 1343, Sala 805, Aldeota, CEP: 60.150-160; vem com reciprocidade de respeito, pessoalmente e com auxílio de seus advogados que esta subscrevem, interpor:

RECURSO ADMINISTRATIVO

Com fulcro no art. 5°, XXXIV da Constituição Federal; art. 109, inc. I, alínea a c/c §2° da Lei n. 8.666/1993 e art. 54 e 56 da Lei 9.784/1999...

Em face da **DECISÃO DE INABILITAÇÃO DA EMPRESA ÁGUIA CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA** na concorrência pública de edital N° 0410.01/2021-CP, na data de 24 de Novembro de 2021, o que faz pelas razões a seguir:

DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

O presente recurso é plenamente tempestivo, uma vez que o prazo para protocolar o pedido é de 5 dias úteis, contados um dia após da publicação do ato de inabilitação do licitante, conforme o artigo 109, inc. I c/c com § 2° da Lei n. 8.666/93.

O resultado da inabilitação se deu no dia 24 de novembro de 2021 (quarta-feira), disponibilizado no Diário Oficial da União no dia 25 de novembro de 2021 e faz-se o prazo fatal no dia

SETOR DE LICITAÇÕES

DATA: 30/11/2021

HORA: 08:15

Amel
ASSINATURA

01 de Dezembro de 2021 (quarta-feira). Logo, não há o que falar em intempestividade do presente recurso.

DO RECURSO ADMINISTRATIVO À INABILITAÇÃO EM LICITAÇÃO

É sabido que, no dia 25 de novembro de 2021, a empresa recorrente foi surpreendida com a espantosa decisão de sua inabilitação. E isso sem qualquer motivo razoável ou uma justificativa clara proferida pela comissão de licitação do município.

Inicialmente, verifica-se que a comissão, simplesmente, acusa a empresa de descumprir o item 3.3.2 do edital, o que faz pelo parecer técnico em razão de não ter comprovado **CAPACIDADE TÉCNICO OPERACIONAL PARA NENHUM ITEM, SOMENTE EM NOME DE TERCEIROS**. Contudo, não se vê no parecer de eliminação, um fundamento que justifique, cabalmente, sua efetivação.

É de se perguntar se a Comissão de Licitação e o parecer técnico emitido pelo setor de engenharia da prefeitura não estão equivocados, e indo de encontro ao que preconizam os princípios da Administração Pública. Com efeito, não se pode, em nenhuma hipótese, julgar de modo divergente ao que rege o instrumento convocatório, bem como se utilizar de critérios não previstos no edital.

Tal conduta é manifestadamente ilegal, arbitrária e ausente de respaldo jurídico. De fato, a Administração Pública não pode julgar além do que permite o texto da Lei de Licitações. E mais, seus atos estão estritamente vinculados pelo edital do certame, sob pena de lesão à livre concorrência e aos Princípios da Administração Pública. Sobre isso, o entendimento do TCU é claro:

Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório Obriga a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no instrumento de convocação.

(Licitações e contratos - orientações e jurisprudência do TCU, pág. 29)



ONDE, EM TODO O EDITAL, SE ENCONTRA A EXIGÊNCIA DE CAPACIDADE TÉCNICA OPERACIONAL?

O que há, no item 3.3.2 é a "capacitação técnico-profissional", a qual foi cumprida pelo ora recorrente!!!

3.3.2- CAPACITAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL: Comprovação da licitante de possuir, como Responsável Técnico: 01 (um) Engenheiro Civil, em seu quadro permanente, devidamente habilitado e reconhecido pelo CREA, detentor de **CERTIDÃO DE ACERVO TÉCNICO**, comprovando a execução de serviços de características semelhantes e de **complexidade** tecnológica e operacional equivalente ou superiores ao objeto da licitação, serão consideradas parcelas de maior relevância técnica e valor significativo definida na presente licitação, os seguintes itens:

DESCRIÇÃO	UNID	QUANTIDADE
TRANSPORTE COM CAMINHÃO BASCULANTE DE 10 ³ - RODOVIA EM LEITO NATURA	TxKM	662.816,03
EXECUÇÃO DE REVESTIMENTO PRIMÁRIO COM MATERIAL DE JAZIDA	M ³	32.143,04
REGULARIZAÇÃO DO SUBLEITO	M ²	160.715,21

É NÍTIDO QUE NÃO HÁ TAL EXIGÊNCIA (CAPACIDADE TÉCNICA OPERACIONAL). Acaso tivesse, deveria constar logo antes do item 3.3.2. Ainda assim, **caso surgisse a necessidade de aplicabilidade da exigência que se impôs, só poderia ser por meio de ADITIVO AO EDITAL POR RETIFICAÇÃO** e com a devida publicação nos meios de comunicação para que desse ciência dos fatos à todos os possíveis concorrentes do certame.

Veja que o argumento acima disposto está tabulado no art. 21, § 4º da Lei de Licitações nº 8.666/93, que é a lei que esta sendo utilizada na presente licitação. Neste sentido, tem-se o seguinte acórdão do TCU:

Quanto à não-republicação do instrumento convocatório em face das modificações editalícias promovidas pelo (...) no sentido de excluir a exigência de profissionais qualificados e de parcerias como requisitos para habilitação, o órgão aduz que tais mudanças não implicaram alteração da proposta e ainda que possibilitaram o aumento da competitividade, uma vez que foram reduzidas as exigências e a quantidade de documentos necessários para a habilitação.



(...)

De ressaltar que o dispositivo mencionado no item precedente segue regra já insculpida no art. 21, § 4º, da Lei no 8.666/1993, (norma aplicável subsidiariamente as licitações na modalidade pregão, conforme o art. 9º da Lei no 10.520/2002). Referido dispositivo legal recebe os seguintes esclarecimentos colhidos do escólio de Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11a ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 192):

"(...) o dispositivo tem de ser interpretado segundo o princípio da razoabilidade. Em princípio, toda e qualquer alteração do edital afeta a formulação das propostas. Excluídas questões totalmente irrelevantes, que nem precisariam ser objeto de disciplina no edital, a quase totalidade das regras ali previstas devem ser respeitadas pelos licitantes na elaboração das propostas. Para adotar interpretação razoável, deve ter-se em vista, então, o prejuízo sofrido pelo licitante em virtude de alteração. O problema fundamental reside na viabilidade da elaboração das propostas segundo o prazo original. Ou seja, é obrigatório reabrir o prazo quando a inovação trazida não puder ser atendida no prazo remanescente. Assim, por exemplo, modificar a data ou local da entrega de propostas não envolve maior problema para os licitantes. O mesmo se diga quanto a modificação acerca das condições de participação ou de elaboração de propostas que não importem ampliação de encargos ou substituição de dados. A questão é problemática, eis que poderá afetar-se indiretamente o interesse dos licitantes. Assim, por exemplo, imagine-se que a Administração delibere dispensar a exigência de apresentação de um certo documento. É óbvio que isso afeta a formulação das propostas: afinal, os licitantes teriam sua situação simplificada. Suponha-se, porém, que um potencial interessado não dispusesse daquele documento e, por decorrência, tivesse deliberado não participar da licitação. Ao suprimir a exigência, a Administração modificou radicalmente as condições da licitação e o sujeito passou a ter interesse concreto e real de participar. Para tanto, deverá dispor do prazo necessário e adequado para elaborar sua proposta e obter os demais documentos exigidos."
(grifos acrescidos)

Como se vê, a interpretação dada pelo doutrinador é no sentido de que **tanto as modificações editalícias que aumentam quanto as que reduzem os requisitos para participar dos certames reclamam a reabertura de prazo legal de publicidade** inicialmente concedido.

Não poderia ser outra a interpretação dada a matéria, uma vez que a norma em foco busca dar **fiel cumprimento ao princípio da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório que norteiam as disputas dessa natureza**, eis que o edital serve para dar amplo conhecimento aos interessados em participar do torneio licitatório, bem assim estabelece as regras a serem observadas no seu processamento, que vinculam a Administração e os licitantes.

Acórdão 2632/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator)

Em vista disso, não poderia ser outra a interpretação do TCU, que determinou:

Qualquer modificação promovida no edital deve ser divulgada de igual forma à adotada quando da publicação do texto original. Nesse caso, deve ser reaberto pela Administração o prazo inicial estabelecido, exceto quando comprovadamente a alteração não influenciar a elaboração das propostas e a preparação dos documentos de habilitação.

(Tribunal de Contas da União, Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudências do TCU, 4ª ed., 2010, p. 283)

Nesse sentido, Flavia Daniel Vianna explica que:

Insta ressaltar que, publicado o aviso de edital, **qualquer alteração que implique modificação substancial na formulação da proposta ou documentação, o prazo de publicidade deve ser reaberto integralmente**, com nova publicação pelos mesmos meios que se deu a publicação original, conforme art. 21, §4º, da Lei 8.666/93.

Se houve algum erro da Administração Pública ou da Comissão de Licitação por não ter incluído os requisitos necessários para busca da proposta mais vantajosa ou da melhor técnica, o ônus não deve recair aos particulares, mas sim, todo o processo ser revisto ou anulado pela autoridade competente quando constatado irregularidades insanáveis ou ilegalidades dos atos.

Não se pode dar a este edital, características de uma concorrência de outro certame, visto que, a exemplo, o **EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 1910.01/2021-CP**, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para execução da ampliação do hospital municipal de Acaraú/CE, **traz em seu bojo a exigência de capacitação técnica-operacional, contudo o presente certame não o faz.** Tal fato é incontestável, é o que se vê diante do referido edital:

EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 1910.01/2021-CP

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA EXECUÇÃO DA AMPLIAÇÃO DO HOSPITAL MUNICIPAL DE ACARAU/CE - ETAPA II

3.3.2 - CAPACITAÇÃO TÉCNICA - OPERACIONAL Comprovação da capacidade técnico-operacional da PROPONENTE, para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto desta licitação, a ser feita por intermédio de Atestados ou Certidões fornecidas por pessoas jurídicas de direito público ou privado, em que figurem o nome da empresa concorrente na condição de "Contratada", cuja(s) parcela(s) de maior relevância técnica e valor significativo tenha(m) sido:

Rua Major Coelho, N° 185 - CENTRO | CEP: 62.580-000
SITE: WWW.ACARAU.CE.GOV.BR | EMAIL: LICITCAO@ACARAU.CE.GOV.BR
CNPJ: 07.547.821/0001-91 CCF: 06.920.267-2



Comissão Permanente
de Licitação



DESCRIÇÃO	UNID	QUANTIDADE
CERÂMICA ESMALTADA RETIFICADA C/ ARG. PRÉ-FABRICADA ATÉ 30x30cm (900cm ²) - PEI-5/PEI-4 - P/ PAREDE	M ²	1.056,74
PAVIMENTAÇÃO EM PEDRA TOSCA S/ REJUNTAMENTO (AGREGADO ADQUIRIDO)	M ²	1.408,00
ALVENARIA DE BLOCO CERÂMICO FURADO (9x19x39)cm C/ARGAMASSA MISTA DE CAL HIDRATADA, ESP=9 cm	M ²	1.007,24
EMBOÇO C/ ARGAMASSA DE CIMENTO E AREIA S/ PENEIRAR, TRAÇO 1:5	M ²	1.179,50
PISO INTERTRAVADO TIPO TIOJOLINHO (20 X 10 X 4CM), CINZA - COMPACTAÇÃO MECANIZADA	M ²	467,20
ARMADURA CA-50A MÉDIA D= 6,3 A 10,0mm	KG	1.216,23
TEXTURA ACRÍLICA 1 DEMÃO EM PAREDES EXTERNAS	M ²	997,95

3.3.3 - CAPACITAÇÃO TÉCNICA - PROFISSIONAL Comprovação da licitante de possuir, como Responsável Técnico: 01 (um) Engenheiro Civil, em seu quadro permanente, devidamente habilitado e reconhecido pelo CREA, detentor de **CERTIDÃO DE ACERVO TÉCNICO**, comprovando a execução de serviços de características semelhantes e de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superiores ao objeto da licitação, serão consideradas parcelas de maior relevância técnica e valor significativo definidas na presente licitação, os seguintes itens:

DESCRIÇÃO
CERÂMICA ESMALTADA RETIFICADA C/ ARG. PRÉ-FABRICADA ATÉ 30x30cm (900cm ²) - PEI-5/PEI-4 - P/ PAREDE
PAVIMENTAÇÃO EM PEDRA TOSCA S/ REJUNTAMENTO (AGREGADO ADQUIRIDO)
ALVENARIA DE BLOCO CERÂMICO FURADO (9x19x39)cm C/ARGAMASSA MISTA DE CAL HIDRATADA, ESP=9 cm
EMBOÇO C/ ARGAMASSA DE CIMENTO E AREIA S/ PENEIRAR, TRAÇO 1:5
PISO INTERTRAVADO TIPO TIOJOLINHO (20 X 10 X 4CM), CINZA - COMPACTAÇÃO MECANIZADA
ARMADURA CA-50A MÉDIA D= 6,3 A 10,0mm
TEXTURA ACRÍLICA 1 DEMÃO EM PAREDES EXTERNAS

RESTA EVIDENTE A ILEGALIDADE COMETIDA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA!

Ademais, é importante mencionar que quando se pede somente a capacidade técnica profissional como requisito mínimo para execução da obra, faz-se necessário somente a comprovação de que o responsável técnico tenha experiência e não a empresa.

Seria demasiadamente leviano presumir que o licitante iria participar de um processo licitatório sem sequer se ater aos detalhes fundamentais que o levariam a ser habilitados no pleito. Portanto, **não há NENHUM motivo em que a capacidade técnica para execução da obra seja questionada** - não há, portanto, qualquer irregularidade para que houvesse a inabilitação da recorrente.

DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES E DA FINALIDADE DA LICITAÇÃO

A finalidade de um processo licitatório conforme sua criação e inserção no direito brasileiro, é a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública! Assim, deve ser presidida sempre pelos princípios constitucionais da isonomia, legalidade, razoabilidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, da **publicidade**, da probidade administrativa, **VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, do julgamento objetivo, da busca pela verdade material, e formalismo moderado.

Tendo em vista que o edital é a lei interna da licitação, verifica-se que a restrição imposta pela Comissão de Licitação da Prefeitura de Acaraú/CE, fere, por óbvio, os princípios que regem a Administração Pública, previstos na Carta Magna de 1988 em seu art. 37.

Demonstra-se, portanto, que a ausência de vinculação ao instrumento convocatório e do princípio da isonomia no certame aqui questionado, contrariou, visivelmente, a finalidade do processo licitatório.

DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - LESÃO A CONCORRÊNCIA PÚBLICA POR INOBSERVÂNCIA A LEI E OS PRINCÍPIOS GERAIS

O Princípio da Isonomia consiste em tratar os licitantes de forma igual, de maneira a não prejudicar ou impossibilitar a participação de algum licitante, se assim procedesse haveria aí a configuração do desvio de poder.

Tal entendimento, em que pese se aplicar diretamente a um ato regido pela Lei n 8.666/93, cabe perfeitamente ao presente caso, pois acima de qualquer lei ordinária está a Constituição Federal que prega como regra geral a:

necessidade de ampla competição **em igualdade de condições a todos os concorrentes**, observando-se princípios como o de impessoalidade (...), da motivação (que exige 'indicação dos pressupostos de fato e de direito' que determinarem a decisão ou o ato, sendo obrigatórios quando os atos 'neguem, limitem ou afetem direitos e interesses') e da razoabilidade (princípio da proibição de excesso, que visa evitar restrições desnecessárias ou absurdas por parte da Administração).

Acórdão 1010/2005 – Plenário. Rel. Valmir Campelo

Isto fica mais visível com a leitura do art. 3º da mencionada lei, ao dispor sobre o edital e objeto licitado, previu expressamente que:

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 Le são correlatos.

Em outras palavras, quando da ausência de transparência e legalidade, dentre suas várias consequências danosas, está o tratamento diferenciado, mesmo que indiretamente, uma vez que não igualam em oferecimento de condições todos os licitantes, mas, inversamente, beneficiam alguns poucos que visam

outra coisa senão ganhar a licitação em detrimento da omissão e ilegalidade da Administração Pública.

Não pode prosperar a Licitação eivada de procedimentos anômalos não devidamente justificados no processo e que fazem malograr a prevalência de princípios básicos da Licitação pública, tais o da isonomia e o da publicidade. A comunicação de decisão da comissão de licitação aos participantes em datas bastante afastadas, por meios diferentes, reconhecendo-se a que foi comunicada por último o ingresso de recurso não comunicado a outra licitante, a qual, ademais, foi desclassificada por motivo fútil, mediante revisão de decisão anterior que lhe facultava apresentação de proposta escoimada da falha irrelevante apontada, lança por terra a credibilidade do certame, por ofensa insolúvel aos princípios citados, cumprindo ao Tribunal determinar a anulação do procedimento.

Acórdão 925/2009 Plenário (Sumário)

Diante dos fatos e argumentos apresentados, vê-se que a concorrência não está sendo respeitada da forma devida, pois não se utiliza de critérios de igualdade para a participação das licitantes ao certame. De fato, a carência de transparência prejudica a concorrência pública e não possibilita à administração a escolha da melhor proposta.

DA AUTOTUTELA E O PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO ANULAR ATOS ILEGAIS

O Princípio da Autotutela estabelece que a Administração Pública possui o poder de controlar os próprios atos, anulando-os quando ilegais ou revogando-os quando inconvenientes ou inoportunos. Assim, a Administração não precisa recorrer ao Poder Judiciário para corrigir os seus atos, podendo fazê-lo diretamente.

Nesse contexto, a autotutela envolve dois aspectos da atuação administrativa:

a) legalidade: em relação ao qual a Administração procede, de ofício ou por provocação, a anulação de atos ilegais; e

b) mérito: em que reexamina atos anteriores quanto à conveniência e oportunidade de sua manutenção ou desfazimento (revogação).

A Administração Pública não precisa, portanto, ser provocada por terceiros para rever seus próprios atos viciados de ilegalidade, pois, deve fazê-lo de ofício. Tal fato decorre de a Administração Pública, no desempenho de suas múltiplas atividades estar sujeita a erros: logo, quando isso ocorrer, a Administração devesse anular tais atos com o fito de zelar pelo interesse público.

Esse princípio possui previsão em duas súmulas do STF, a 346, que estabelece que "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos", e 473, que dispõe o seguinte:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Todavia, no Brasil vigora o princípio da inafastabilidade de tutela jurisdicional (sistema de jurisdição única), segundo o qual **a lei não afastará do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito** (art. 5º, XXXV, CF). Assim, o controle de legalidade realizado pela própria Administração Pública não afasta a competência do Poder Judiciário de controlar a legalidade dos atos públicos.

Por certo, não sendo este o caso, a Administração Pública não necessita ser provocada pelo Judiciário para declarar nulos seus atos ilegais no presente certame.

DO PEDIDO DE REVISÃO DA DECISÃO DE INABILITAÇÃO

Deste modo, diante de todo o exposto, REQUER-SE:

Que o presente Recurso seja **RECEBIDO** para que, após a análise de mérito, seja **PROVIDO**, de modo que a decisão que

inabilitou a documentação da empresa, possa ser reapreciada e refeita, **julgando-a habilitada**, com a devida fundamentação.

Outrossim, caso não haja reconsideração da autoridade que proferiu a decisão no prazo de 5 dias, REQUER-SE, sem necessidade de nova petição, que seja remetido os autos a autoridade superior, nos moldes do art. 109, § 4º da mesma Lei, por ser medida de salutar justiça!

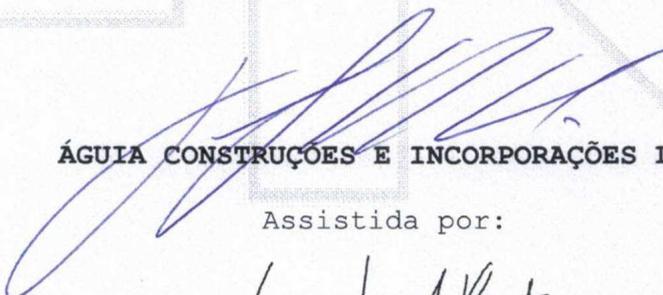
REQUER-SE também que seja aplicado o efeito suspensivo, em acordo com o art. 109, § 2º da Lei n. 8.666/93.

Por fim, caso entenda que o presente certame esteja completamente maculado pelas razões expostas, REQUER-SE desde já que **A LICITAÇÃO E OS DEMAIS ATOS PRATICADOS PELA ADMINISTRAÇÃO SEJAM TOTALMENTE ANULADOS DESDE O SEU INÍCIO**, pois eivados de vícios formais, em completa afronta aos princípios regimentais da Administração Pública, nos termos do art. 49 da lei n. 8.666/93.

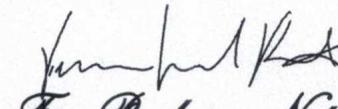
Nestes termos,

Pede e Espera Deferimento.

Fortaleza/CE, 29 de novembro de 2021.


ÁGUIA CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA

Assistida por:


Fco Pinheiro Neto

Oab Ce 18.701

José Soares Jr
Estagiário de Direito