



AS CAL

**À COMISSÃO JULGADORA DE LICITAÇÃO DA COMPANHIA URBANIZADORA
DA NOVA CAPITAL DO BRASIL – NOVACAP –**

Presidente da Comissão de Licitação

Referente à **TOMADA DE PREÇOS nº 003 / 2019 - ASCAL/PRES**
Processo Administrativo 00110-00000280/2019-91

"Ser administrador é aplicar a Lei de ofício. Aplica bem a lei aquele que age com razoabilidade". SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. 22ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2012. P 419."

"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 respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida" (CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO." Curso de Direito Administrativo", Ed. Malheiros, 4ª ed., p. 54).

RECEBIDO
Data: 26/05/20
Hora: 15:35
Ass: [assinatura] Mat: [assinatura]

PROTOCOLO GERAL	
NOVACAP	
RECEBIDO	
EM 26/05/2020	
AS 10:29	HORAS
ASS. [assinatura]	
MAT. 74.149.7	

PENTAG ENGENHARIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o número 02581588/0001-40, com sede na Quadra 14, Conjunto 6, Lote 6, SCIA, Brasília, Distrito Federal, representada neste ato pelo seu Diretor **RONALDO RODRIGUES STARLING TAVARES**, portador de RG nº 1.378.218, expedido pela SSP/DF e inscrito no CPF sob o número 620. 854. 841-15, residente e domiciliado nesta capital, vem por meio de suas advogadas que a presente subscrevem (procuração anexa), interpor:

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da decisão desta Douta Comissão de Licitação, a qual inabilitou a empresa Recorrente, mesmo ela tendo apresentado toda a documentação necessária, e de acordo com o edital.

[assinatura]





Seguem adiante os fatos e fundamentos os quais embasam o presente recurso requerendo, ao final, a habilitação da Recorrente, por ser medida de justiça e de direito.

Caso não ocorra a habilitação no juízo de retratação deverá o presente Recurso ser julgado pela autoridade superior competente conforme leciona a Lei.

Sendo mister colocar que, conforme leciona o artigo 93 da CF, os atos administrativos devem ser fundamentados para a garantia do contraditório e o devido controle de legalidade dos mesmos.

I – DA TEMPESTIVIDADE

O presente recurso administrativo é interposto tempestivamente haja vista que, conforme Ata, o prazo recursal finda-se dia 26 de maio de 2020, logo, tempestivo o presente recurso.

II - PREAMBULO

A priori, há de se colocar que, a propósito do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, clássica é a afirmativa do Professor Hely Lopes Meirelles:

“O edital é lei interna da licitação e, como tal, vinculada aos seus termos estão tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação”. (Licitações, p.27)

Entretanto, mesmo diante dos firmes parâmetros fixados no artigo 40 da Lei 8.666/93, ora em comentário, o edital pode apresentar falhas, ILEGALIDADES e dar margem a eventualidades e imprevistos CONTRÁRIOS AO BOM DIREITO.

Esses imprevistos, logicamente, portanto, devem ser solucionados com base no teor, nos princípios e nos valores da Lei de Licitações, principalmente quando os comandos do edital vêm de encontro com a legislação vigente, bem como, mitiga consideravelmente a concorrência se limitando a empresas, que possui a documentação “extralegal e preciosa” exigida com o possível intuito de direcionar, mesmo que indiretamente a concorrência.

Neste espeque, requer que esta r. autoridade analise pontualmente o recurso aventado, máxime em consagração aos princípios da estrita legalidade, da





razoabilidade, do **formalismo moderado**, da **isonomia e finalidade**, para fins de dar **TOTAL PROVIMENTO AO MESMO**.

A concorrência licitatória, tem sentido amplo, de tal sorte que a capacitação (ou não) do licitante à assunção do objeto, também se revela em detalhes procedimentais e documentais em interpretação ligados à Legislação.

Resta-se, portanto, tamanha gravidade e audácia ao ser desconsiderado abertamente e desrespeitado o art. 3º da Lei 8.666/93, que assim o diz:

“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 probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são corretos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

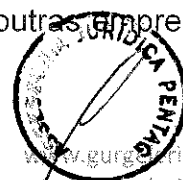
– admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente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

Já dizia o saudoso Ministro Franciulli Netto, do Superior Tribunal de Justiça, REsp 324498/Sc; Recurso Especial, 2001/0056713-5:

“Não se pode, todavia, admitir a faculdade de excluir disposições legais que tem por finalidade justamente a garantia das informações apresentadas pelas licitantes por órgão oficial”.

A Recorrente é empresa proba, séria e está estabelecida há anos no mercado de Engenharia e afins, atuando praticamente junto ao Governo Federal e Distrito Federal, sempre por intermédio de licitações públicas, inclusive com um enorme e brilhante histórico de execução de obras, inclusive para esse próprio órgão. Aliando o preço justo a um serviço do mais alto gabarito garantiu significativa presença no setor de engenharia no Brasil.

Ao longo desses anos a empresa vem consolidando sua marca, com seriedade e competência, e de forma padronizada, por meio da prestação de serviços com alto padrão de qualidade e alto índice de satisfação aos seus clientes, gerando, inclusive, a conquista de uma posição de referência perante as outras empresas do setor.





III - DOS FATOS E FUNDAMENTOS

Impende ressaltar, com veemência que o objeto do certame em tela engloba: **"Revitalização da Praça do Povo, contemplando a Acessibilidade e Paisagismo, as Obras Complementares, Drenagem, Calçadas e Mobiliário Urbano localizado na Quadra 03 do Setor Comercial Sul – SCS, Área Central de Brasília - DF., devidamente especificado no Edital e seus anexos."**

Trata-se, então, o presente, de recurso administrativo que tem por escopo guerrear ato coator, abusivo e ilegal, da Comissão de licitação no âmbito da presente Tomada de Contas, que decidiu pela inabilitação da ora Recorrente, sob a alegação que a mesma não havia cumprido o disposto nos subitens 6.1.3 letra "b.1" (não comprovou a execução do serviço "FUNDAÇÃO EM TUBULÃO m3" pelo responsável técnico) e 6.1.3, letra "b.2" (não comprovou que a empresa licitante tenha executado o serviço "FUNDAÇÃO EM TUBULÃO m3").

No entanto, Ilustre Comissão, razão não lhe assiste, uma vez que será demonstrado de forma cristalina, que a Recorrente foi totalmente cumpridora das exigências do edital, conforme vasta atestação apresentada.

Até porque, conforme jurisprudência hodierna, bem como conforme consta no próprio normativo legal, artigo 30 da Lei nº 8.666, de 1993 que é aceito, como prova de experiência pregressa, os serviços de natureza similar.

Existem alguns serviços que são implícitos, tácito dentro a outros serviços.

Importante registrar que, já é pacífico o entendimento nos Tribunais de Contas e Judiciais sobre a possibilidade de apresentação de capacidade técnica quando **equivalente ou superior ao exigido no certame**, evitando-se o direcionamento da licitação e prejuízo de participação de licitantes, como bem destacado no julgamento do STJ, abaixo transcrito em sua ementa:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. TUTELA JURISDICIONAL NEGATIVA. INEXISTÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. CASO CONCRETO. VERIFICAÇÃO INVIÁVEL NA VIA ESPECIAL. LICITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. ATESTADO DE EXECUÇÃO DE OBRA SIMILAR DE COMPLEXIDADE EQUIVALENTE OU SUPERIOR. PROVA PERICIAL. COMPROVAÇÃO. HABILITAÇÃO. DIREITO. LAUDO TÉCNICO. DISCORDÂNCIA. SÚMULA 7 DO STJ. CLÁUSULAS DO EDITAL. NULIDADE NÃO AVERIGUADA NO ARESTO RECORRIDO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA.





1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC" (Enunciado Administrativo n. 3).

2. Inexiste violação ao art. 535 do CPC/1973 (art. 1.022 do CPC/2015) quando o Tribunal de origem, provocado mediante embargos de declaração, aprecia fundamentadamente a controvérsia, apontando as razões de seu convencimento, ainda que de forma contrária aos interesses da parte, como verificado na hipótese.

3. Discordar da constatação assinalada no julgado recorrido, de que os patronos da parte "puderam igualmente discutir com profundidade o teor da prova técnica e documental existente nos autos", importa inevitável revolver de aspectos fático-probatórios, providência inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

4. A Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993), ao tratar das exigências de qualificação técnica, prescreve, no art. 30, § 3º, que "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."

5. A administração pública pode exigir certa rigidez na capacitação técnica das empresas, a fim de atender ao interesse público - a exemplo de experiência anterior na execução de um objeto idêntico àquele licitado -, desde que exista alguma justificativa lógica, técnica ou científica que dê respaldo a tanto, o que ocorre normalmente nos contratos de grande vulto, de extremo interesse para os administrados.

6. Julgados do Plenário do Tribunal de Contas da União orientam que, "em regra, as exigências para demonstração da capacidade técnico-operacional devem se limitar à comprovação de execução de obras e serviços similares ou equivalentes, não se admitindo, sem a devida fundamentação, a exigência de experiência em determinado tipo de metodologia executiva (...)", e que "é possível a comprovação de aptidão técnica por atestados de obras ou serviços similares, com complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior."

7. Caso em que, em certame licitatório instaurado pela SABESP para execução de obras dos sistemas de disposição oceânica de esgotos no Município de Praia Grande/SP, a comissão licitante concluiu pela inabilitação técnica do Consórcio/agravado, por falta de comprovação de experiência em obras em ambiente marítimo.





8. O Tribunal paulista reformou a sentença para anular a decisão de inabilitação e declarar os agravados vencedores do certame, por vislumbrar ofensa à isonomia, manifesta na restrição da disputa e no direcionamento da licitação.

9. O laudo técnico elaborado pelo perito convenceu o Tribunal a quo de que o conteúdo dos dois atestados apresentados pelas empresas consorciadas, ora agravadas, no tocante à execução de emissário de esgoto sanitário no estuário do Rio Guaíba, para o DMAE de Porto Alegre, em ambiente fluvial, comprova "a execução de serviços com características semelhantes e de competência tecnológica e operacional equivalentes, e até superiores, às exigências contidas no edital".

10. A prova pericial não só atestou a aptidão do Consórcio/agravado para a execução da obra licitada como verificou a ausência de motivação ou justificativa técnico-científica para a rejeição dos atestados de capacidade técnica dos agravados.

11. Mesmo a dúvida decorrente da incidência das ondas e arrebentação no ambiente de realização do objeto licitado - chamadas, no laudo, de "janelas de mar", cuja presença ensejou a improcedência do pedido no primeiro grau de jurisdição - foi dirimida pela Corte paulista, mais uma vez, com base nas proposições lançadas pelo perito nomeado pelo juízo.

12. Discordar da prova técnica para reputá-la inconclusa ou para concluir pela inabilitação técnica das agravadas reclama a imperiosa necessidade de reexame do acervo fático-probatório - e não reavaliação da prova -, providência vedada na via especial, ante o óbice inserto na Súmula 7 do STJ.

13. Esta Corte já decidiu ser legal a exigência de prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado para fins de demonstração de qualificação técnica (REsp 1257886/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe11/11/2011).

14. Segundo o julgado recorrido, o Colegiado de origem não pronunciou a nulidade de cláusulas do edital, mas afastou "interpretação restritiva" de suas disposições pela comissão licitante, "no ponto em que exigia que a comprovação da experiência deveria ser somente por meio de obra em mar aberto", o que acarretou a restrição da disputa, ali reparada.

15. Inexiste mácula na previsão editalícia, posto que prestigiou e reproduziu o teor do art. 30, § 3º, da Lei n. 8.666/1993, para





propiciar a participação no certame de licitantes que comprovassem a execução de serviços de características semelhantes de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superiores àquelas ali exigidas.

16. Se a ação proposta não pretendeu nulificar as disposições editalícias, como anotado no acórdão, não há falar em decadência do direito de assim proceder (art. 41, 2º, da Lei n. 8.666/1993).

17. O teor do art. 21, § 4º, da Lei de Licitações (republicação do edital para propiciar sua ampla divulgação pela mesma forma com que se deu o texto original) e dos arts. 131, 335 e 436 do CPC/2015 não foi examinado no aresto recorrido, tampouco ventilado nos aclaratórios manejados na origem, falta que denota padecer o especial, no ponto, do indispensável prequestionamento (Súmula 282 do STF).

18. Agravos conhecidos para conhecer parcialmente dos recursos especiais e, nessa extensão, negar-lhes provimento. (AREsp 1144965/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017) (destacamos)."

No caso em tela, o que causa estranheza, é que somente uma **única empresa teve documentação compatível com o certame**, sob a análise da Ilustre Comissão.

É cediço que, se a Administração possui discricionariedade para estabelecer exigências em razão da sua necessidade concreta, por outro lado, deve-se ter em mente que o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, dispõe que as exigências devem se limitar àquelas **"indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"**.

Há de se deixar claro que, o que importa é a segurança da contratação, bem como ressaltar que, pode o empresário possuir informações adicionais para demonstrar à Administração, que é possível cumprir com as obrigações do contrato para evitar que seja maculada a concorrência, mitigando o artigo 3º da Lei nº 8.666/93.

No caso em tela, a Recorrente, demonstra através de sua atestação, de forma cristalina, que tanto a empresa como o seu Responsável técnico possuem total expertise para realização dos serviços que estão sendo licitados, contrariando, assim a decisão proferida por esta Ilustre comissão.

Neste espeque, a mitigação da Concorrência vai se materializando vez que a empresa Representante é completamente capaz de executar o serviço técnico e operacionalmente, foi extirpada da licitação visto que sua documentação não foi





analisada em seu todo por excesso de formalismo, sem, contudo, considerar a similaridade dos serviços como será tecnicamente demonstrado a diante.

Por outro lado, **ressalta-se que um "possível direcionamento" se consoma na medida em que somente uma empresa possuiu a exigência contida no edital**, seja ela ilegalmente colocada no edital ou interpretada de forma restritiva, o que, realmente se concretizou no presente certame. Ou seja, apenas uma única empresa está habilitada para a fase de abertura de proposta. Houve disputa da presente licitação? A resposta é NÃO.

Extirpar a ora Recorrente da concorrência tendo em vista que no seu atestado não está escrito "ipsis litteris" os dizeres do edital é mitigar a concorrência, e pior, poder eleger a proposta mais onerosa para administração causando prejuízo ao erário.

Como já dito, a apresentação de atestados que visa demonstrar que os licitantes já executaram, anteriormente, objetos compatíveis em características com aquele definido e almejado na licitação, possui uma finalidade na norma de forma clara, que é resguardar o interesse da Administração - a perfeita execução do objeto da licitação, procurando-se, com a exigência de demonstração de capacidade, preservar a competição entre aqueles que reúnam condições de executar objeto igual e ou SIMILAR ao licitado.

Foi justificado pela Comissão que a Recorrente não teria cumprido o disposto nos subitens 6.1.3 letra "b.1" (não comprovou a execução do serviço "FUNDAÇÃO EM TUBULÃO m3" pelo responsável técnico) e 6.1.3, letra "b.2" (não comprovou que a empresa licitante tenha executado o serviço "FUNDAÇÃO EM TUBULÃO m3").

Ilustres, para fins de demonstrar a sua condição em executar os serviços, a Recorrente apresentou os atestados (0720170000222 ; 0720150000601; 1071/2010 ; 1020140001264), e se feita uma análise detalhada dos mesmos, é de fácil verificação que eles são fartos na comprovação dos serviços e quantitativos que compõe o item 99951 (TUBULÃO A CÉU ABERTO, DIÂMETRO DO FUSTE DE 70 CM, PROFUNDIDADE MENOR OU IGUAL A 5 M, ESCAVAÇÃO MANUAL, SEM ALARGAMENTO DE BASE, CONCRETO FEITO EM OBRA E LANÇADO COM JERICA.)

O que se vê, foi que, a Comissão apenas se preocupou em ver se no atestado constava o mesmo nome do item do edital, ou seja, se no atestado estava escrito "ipsis litteris" da exigência editalícia, sem contudo, levar em consideração as atividades que compõem o referente serviço.





Além do mais, frisa-se que, a única exigência que foi alegada para extirpar o Recorrente do certame, é a de que um serviço que equivale a 1,56% do cronograma físico financeiro.

A mitigação da concorrência é latente, até mesmo pelo fato de que a Recorrente executa em todo o país serviços da mesma natureza ao que ora se licita, possuindo conhecimento detalhado das especificidades dos serviços, **inclusive com atestação técnica operacional e profissional compatíveis com os serviços licitados, e em complexidade muito maior.**

O serviço motivo da suposta inabilitação, tal qual o de **FUNDAÇÃO EM TUBULÃO em 1,5 - M3**, tido pela Comissão como relevante, perfaz somente 1,56 % (UM VIRGULA CINQUENTA E SEIS PORCENTO) DOS SERVIÇOS À SEREM CONTRATADOS E EXECUTADOS. *Data máxima vênia*, o que jamais poderia ser considerado como relevante, visto se tratar de serviço ínfimo no todo da contratação.

Basta fazer uma análise da tabela de serviços anexo, para ver que o serviço de tubulação corresponde a 1,56 por cento dos serviços a serem contratados.

Senão Vejamos:

Item: 97751

CA1452

Serviço: TUBULÃO A CÉU ABERTO, DIÂMETRO DO FUSTE DE 70 CM,

Unid: M3

Materiais	Unid	Qtde	Custo Uni	Custo Total
94970 - CONCRETO FCK = 20MPA, TRAÇO 1:2,7:3 (CIMENTO/ AREIA MÉDIA/	M3	1,26	297,94	375,4
74010/001 - CARGA E DESCARGA MECANICA DE SOLO UTILIZANDO CAMINHAO	M3	1,25	1,64	2,05
97913 - TRANSPORTE COM CAMINHÃO BASCULANTE DE 6 M3, EM VIA	M3XKM	0,375	1,65	0,61
88036 - TRANSPORTE HORIZONTAL, MASSA/GRANEL, JERICA 90L, 30M.	M3	1,25	24,89	31,11
88309 - PEDREIRO COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H	0,828	19,17	15,87
88313 - POCEIRO COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H	9,569	14,59	139,61
88316 - SERVENTE COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H	2,071	14,35	29,71
Total				594,36
Preço de Custo				594,36
Bonificação			0,00%	0
Preço de Venda				594,36

Observem, que os itens que compõem os serviços são os referenciados abaixo, conforme descritos na composição de preços apresentada pela empresa:





94970 - CONCRETO FCK = 20MPa, TRAÇO 1:2,7:3 (CIMENTO/ AREIA MÉDIA/	M3	1,26	297,94	375,4
74010/001 - CARGA E DESCARGA MECANICA DE SOLO UTILIZANDO CAMINHAO	M3	1,25	1,64	2,05
97913 - TRANSPORTE COM CAMINHÃO BASCULANTE DE 6 M3, EM VIA	M3XKM	0,375	1,65	0,61
88036 - TRANSPORTE HORIZONTAL, MASSA/GRANEL, JERICA 90L, 30M.	M3	1,25	24,89	31,11
88309 - PEDREIRO COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H	0,828	19,17	15,87
88313 - POCEIRO COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H	9,569	14,59	139,61
88316 - SERVENTE COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H	2,071	14,35	29,71

Ilustre Comissão, os itens 06.10.01 e 06.10.02 da planilha orçamentária que referem-se aos serviços de tubulão a céu aberto tem como valor acrescido de BDI, o total de R\$ 24.296,77 (vinte e quatro mil, duzentos e noventa e seis reais e setenta e sete centavos).

Considerando que o valor da obra no edital que é de R\$ 1.597.048,12 (um milhão, quinhentos e noventa e sete mil, quarenta e oito reais e doze centavos), chegamos à conclusão que esse serviço refere-se a 1,56% (um vírgula cinquenta e seis por cento) do valor da obra.

Neste sentido, questiona-se qual seria a insegurança na futura contratação se não houvesse descrito "ipsis litteris" no atestado, a comprovação de expertise anterior em realização de tubulão? Importante esclarecer que, execução de tubulão é uma matéria simples de fundações de qualquer faculdade de Engenharia civil e implícita em diversos serviços cotidianos como a execução de pilares, execução de vigas, dentre inúmeras outras, e por se tratar de serviços explícitos, o mesmo com certeza já foi executado pela empresa nos atestados apresentados, somente não estão descritos na atestação de forma literal, pois trata-se de serviço implícito.

O objeto da licitação é Revitalização da Praça do Povo, contemplando a Acessibilidade e Paisagismo, as Obras complementares, Drenagem, Calçadas e Mobiliário Urbano.

Para fins de verificação da qualificação técnica, a Administração poderia exigir dos licitantes a apresentação de atestados de desempenho anterior que demonstrem sua capacidade técnica. Visando preservar a competitividade do certame, todavia, exigências somente serão válidas se realmente forem afetas às **parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto**, nos termos do art. 30, inc. I, § 1º da Lei nº 8.666/93.





Cabe à Administração indicar no edital da licitação, qual é a parcela de maior relevância técnica e valor significativo, pois é com base nela, que o licitante irá demonstrar sua capacidade técnica.

Ocorre ainda, que é sabido, que os dois conceitos previstos na Lei nº 8.666/93 para a qualificação técnico-profissional não permitem definição objetiva e absoluta. Pelo contrário, devem ser definidos com base na eleição de parâmetros que restem devidamente motivados no processo administrativo de contratação como sendo adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado.

Diante disso, questionar-se-ia como identificar as parcelas de maior relevância e valor significativo na prática?

A formação desses conceitos deve ser feita em vista da determinação constitucional constante do inc. XXI do art. 37 da Constituição da República, segundo a qual a Administração somente poderá exigir das licitantes a comprovação de aspectos técnicos e econômicos indispensáveis ao cumprimento das obrigações inerentes ao futuro contrato.

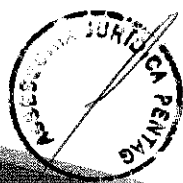
Sob esse enfoque, parece válido considerar como “parcela de maior relevância técnica” o conjunto de características e elementos que individualizam e diferenciam o objeto, evidenciando seus pontos mais críticos, de maior dificuldade técnica, bem como que representam risco mais elevado para a sua perfeita execução. Trata-se aqui da essência do objeto licitado, aquilo que é realmente caracterizador da obra ou do serviço, que é de suma importância para o resultado almejado pela contratação, o que poderia se dizer não ser o caso da execução de TUBULÃO A CÉU ABERTO, da planilha de serviço.

Por sua vez, também, a aferição da fórmula “valor significativo do objeto” toma em conta a relação estabelecida entre o valor da parcela eleita para comprovação da experiência em vista do valor total do objeto.

No caso em tela se configura em 1,56% (um vírgula cinquenta e seis) por cento.

Nesse desiderato, a exigência da forma como consta no edital poderia até ser considerada ilegal, e em sendo assim jamais poderia ser motivo de inabilitação do Recorrente, em que pese o mesmo demonstra em sua atestação que já executou esse tipo de serviço de forma implícita em seu atestado.

A própria literalidade da Lei nº 8.666/93 deixa clara essa possibilidade ao fazer menção a “parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação”.





A matéria inclusive já é sumulada no TCU:

“SÚMULA Nº 263/2011 – TCU: 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.”

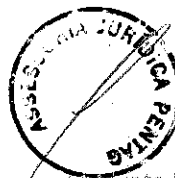
Em suma, restarão caracterizados como sendo parcelas de maior relevância os serviços identificados como sendo de maior complexidade técnica e vulto econômico, cuja inexecução importe em risco mais elevado para a Administração, o que não é o caso da execução da TUBULÃO A CÉU ABERTO, que repisa-se, configura somente 1,56 (um vírgula cinquenta e seis) por cento do todo do serviço.

O artigo 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93 estabelece a **proibição ao agente público em “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”**, em prol do princípio da igualdade (art. 37, XXI, da CRFB/88) a que o certame encontra-se vinculado.

Face esta exigência “legal” é que não há como prosperar a inabilitação do Recorrente, a um porque, a exigência extrapola OS LIMITES DE DISCRISIONARIEDADE da Administração, sendo um forte indício de possível direcionamento, principalmente pelo fato de que somente uma empresa foi habilitada. A dois porque, se for feita uma análise de todo o serviço descrito nos atestados apresentados, verifica-se que em que pese não conste no atestado a expressão “execução de tubulão em céu aberto”, os atestados demonstram tecnicamente que a Recorrente executou serviços de complexidade técnica similar, quiçá, de maior complexidade.

Senão Vejamos o que seria um tubulão a céu aberto:

O tubulão a céu aberto trata-se de uma fundação profunda, **escavada** manual ou mecanicamente, em que, pelo menos na sua etapa final, há descida de pessoal para alargamento da base ou limpeza do fundo quando não há base, ou seja, o tubulão a céu aberto trata-se de elementos de fundação em concreto moldado in loco, com função específica de transmitir as cargas estruturais para os solos de maior capacidade de suporte.





Os elementos de fundação em concreto moldado in loco, tubulões a céu aberto, são obtidos através do preenchimento com concreto de escavações no terreno, previamente executadas, de seção circular e formato cilíndrico, isto é, fuste, base, tronco cônica.

Nos atestados apresentados constam todos os serviços para a execução do Tubulão a céu aberto, máxime no atestado da obra do Iguatemi, contudo, somente não consta o nome tubulão a céu aberto, porém os serviços foram sim realizados.

Senão vejamos os serviços que constam do atestado, afeto aos serviços para execução do tubulão, que nada mais é que elementos de fundação em concreto moldado in loco:

- Escavação manual de valetas até profundidade de 2m em material de segunda categoria;
- Fornecimento de dobragem e colocação de aço;
- Fornecimento, lançamento manual e aplicação de concreto FKC 30MPA (concreto usinado)

Vejam Ilustre Comissão, os materiais utilizados para realização dos tubulões a céu aberto são o concreto com fck ≥ 20 MPa; - camisas de concreto armado com diâmetros internos e aço estrutural CA-50, **todos esses constantes do atestado**.

Isto posto, embora não esteja escrito no atestado (tubulão a céu aberto) , o mesmo foi executado e informado no atestado através de diversos serviços que compõe o solicitado com quantitativos bem acima do que previsto em edital.

Vejam ainda, o anexo fotográfico da obra atestada e registrada, anexa à CAT 0720150000601:

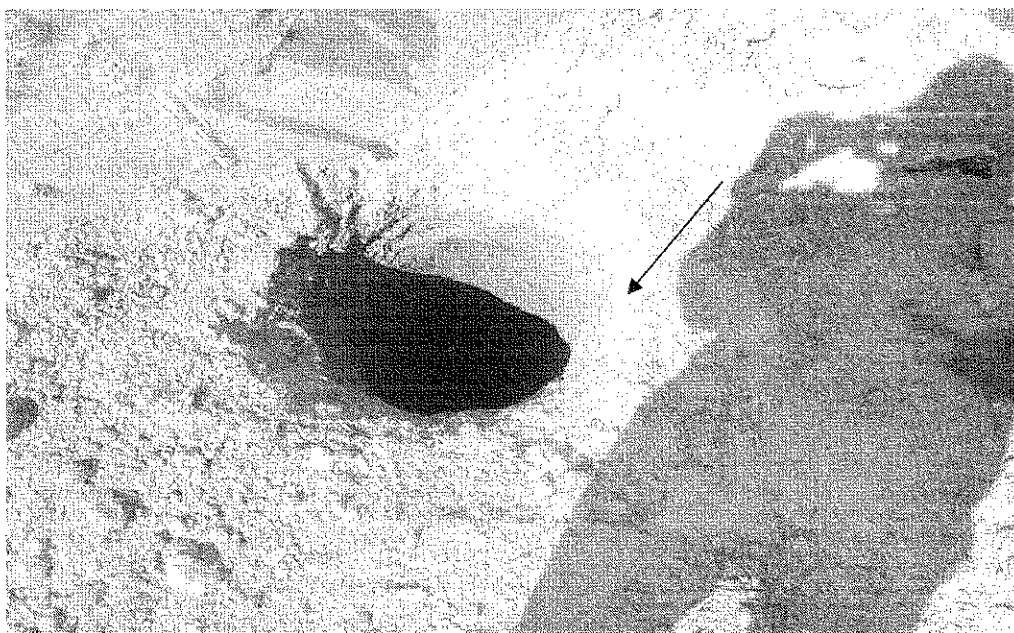
Paulo





Foto 01

Shopping Iguatemi Brasília



Shopping Iguatemi Brasília

Foto 02



James



Foto 03



Nobres julgadores, as documentações entregues pela Recorrente no que concernem aos serviços executados, máxime no Iguatemi, comprovam que, houve a realização de execução de tubulão. Todavia, o edital foi minucioso ao exigir que esteja escrito como item tubulão a céu aberto.

O fato que aqui se descreve é razoável, posto que houve uma gama enorme de serviços realizados, não sendo todos minuciosamente descritos nos documentos advindos do contrato e execução firmados. É certo que, os contratos por muitas vezes expõem de forma mais categórica o objeto principal, não obstante, para se atingir um fim, muitos meios são utilizados e executados, não sendo todos descritos.

Em que pese a execução de tubulão não estar delimitadamente descrita, o fato é que, os serviços listados no Edital ocorreram de forma integral, demonstrando, portanto, a expertise pregressa tanto da empresa Licitante quanto do seu Responsável Técnico.





Ou seja, nos atestados juntados há a descrição dos serviços, inclusive para execução do Tubulão.

Assim sendo, de fato, houve de forma completa a prestação dos serviços exigidos no Edital, o que capacita plenamente a Recorrente à habilitação na licitação em comento.

Além do mais, ultrapassando a alçada técnica, e adentrando na ceara jurídica, é cristalino que a inabilitação do Recorrente não se sustente perante o que determina o Art. 30 §§1º e 3º do mesmo dispositivo legal, pois estabelece **"a similaridade entre obras e serviços de engenharia em relação a complexidade técnica e operacional"**.

Com efeito, uma empresa que possui competência comprovada em execução de obras de envergadura equivalente à do objeto do edital, ou seja, que já obteve êxito em obras de complexidade compatível, no caso em tela, está apta a ser habilitada, mesmo que a nomenclatura e descrição em seu atestado não seja *"ipses literes"* ao que está exigido, ainda mais quando esta exigência é de certa forma preciosa e perfaz somente 1,57 por cento do serviço a ser executado.

Ora Doutos, a decisão de inabilitação é desprovida de razoabilidade e configura indícios de direcionamento tanto que somente uma empresa foi habilitada.

Por outro lado, inclusive, é oportuno frisar que as limitações que a administração possui em suas exigências se dão, repisa-se, **por força da lei**, bem como dos entendimentos das Cortes de Contas, ou seja, a dita discricionariedade administrativa de colocar exigências que limitam a concorrência ou direcionam o edital choca-se com a legislação, a respeito da qual permite-se transcrever, iniciando-se pelo artigo 37, da Constituição Federal, o qual deveria ser seguido por este Ente Administrativo.

O inciso XXI, do artigo 37, dispõe:

"Artigo 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 pagamentos, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".





O artigo supramencionado incorpora o princípio de natureza restritiva para a habilitação, qual seja, só poderá o processo de licitação exigir documentos, que comprovem a qualificação técnica e econômica da empresa, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, isto é, documentos que signifiquem a certeza de que o contrato será bem e fielmente cumprido, e, essa certeza, a Denunciante garante que oferece, bastando para isso observar o histórico de sua atuação e a atestação que foi apresentada no referido certame.

No mesmo sentido, o conceituado Hely Lopes Meirelles afirma categoricamente que, além da relacionada comprovação da idoneidade jurídica, técnica e financeira dos concorrentes, **nenhuma outra documentação deverá ser exigida na fase de HABILITACAO/CLASSIFICAÇÃO: “pois, que o legislador empregou deliberadamente o advérbio “EXCLUSIVAMENTE”, para impedir que a Administração, por “excesso de cautela”, vício burocrático, OU QUALQUER OUTRA RAZÃO, condicione a habilitação dos licitantes à apresentação de documentos inúteis e dispendiosos”**.

Ora, não poderia a Novacap fazer a referida exigência que é ilegal, e esbarra no artigo 30 da Lei 8.666/93 todavia, uma vez que a referida exigência consta do edital, que no mínimo os serviços dos atestados sejam analisados sob a ótica da similaridade, não sendo louvável que somente sejam aceitos atestados com os mesmos dizeres do edital.

A administração está prestes a contratar por um preço muito além do que realmente deveria em decorrência de sua exigência ilegal que mitigou a concorrência, bem como sua interpretação restritiva dos atestados apresentados pela Recorrente.

No presente caso, a licitação perdeu a sua finalidade que seria a proposta mais vantajosa para a Administração.

A Súmula nº. 263/2001 do TCU bem retrata esta situação:

“Para comprovação de capacidade técnica-operacional das licitantes desde que limitadas, 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 PROPÓSITO COM A DIMENSÃO E A COMPLEXIDADE DO OBJETO”.

A forma restritiva dada aos dizeres do atestado para fins de qualificação técnica é notadamente, e absolutamente desprovida de critério de motivação.





Posto isto, se entende que tal decisão não pode prosperar, sob pena de se perpetuar flagrantemente cerceamento de direito de competição, impedindo empresas como o ora Requerente, apta à concorrência, fique fora desta por mero preciosismo na interpretação da redação do edital frente a atestação apresentada.

Neste prisma, é fato que a decisão de inabilitação da Recorrente é de restrição de competitividade do certame, tanto é que, somente uma empresa foi habilitada, logo, não resta alternativa senão, que esta Administração reconsidere sua decisão, habilitando a empresa Pentag vez que sua atestação coaduna com o edital **em sua similaridade**.

O processo licitatório é calcado em princípios basilares, os quais devem ser seguidos pelo instrumento convocatório, e pelos membros da Comissão de Licitação, dentre os quais se destacam:

PRINCÍPIO DA FINALIDADE

Devemos salientar que, quando a Administração Pública lança um Edital de Licitação para a execução de obras ou serviços de engenharia, esta o faz por uma questão de necessidade pública, para a melhoria da segurança e de qualidade de vida aos usuários da rodovia. Portanto, **a obra pública é a materialização de um interesse público.**

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que "*o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente tem quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem*".

Tal princípio determina a natureza da licitação, o objetivo que se busca quando de um processo licitatório:

Maria Sylvia Zanella Di Pietro em sua obra Direito Administrativo (pag. 68), ministra que o Princípio da Finalidade Pública tem amplitude diversa, pois não se restringe a normativa ou ao formalismo, mas sim se reporta ao caso concreto, senão vejamos:

"O Princípio da Finalidade Pública está presente tanto no momento de elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação. (destacamos)"





Portanto, para que se busque a finalidade determinada pela legislação e pelos princípios regentes do direito público, a administração deve buscar a maior vantajosidade possível dentre as propostas apresentadas, o que se dará mediante a maior participação possível de interessados, dentro da estrita obediência a lei e não a participação de somente uma empresa.

Assim sendo, interpretação restritiva dada a atestação do ora Recorrente fere este princípio na medida que, sem plausividade, expurga o mesmo da concorrência, mesmo este tendo capacidade técnica para execução do objeto do certame, mitigando com isto, a busca do maior número de participanteS, vez que no presente caso somente a empresa HABIL foi habilitada.

PRINCIPIO DA MORALIDADE

Princípio que deve nortear a conduta de qualquer cidadão, também é relevante quanto a administração pública, sendo considerado por alguns doutrinadores, como atrelado ao Princípio da Probidade.

Recorrendo novamente a Marsal Justen Filho, este assim se posiciona:

"Ademais, é obrigatório o respeito a probidade administrativa e a moralidade.

O direito reprovava condutas incompatíveis com valores jurídicos. Em alguns casos, torna-se proibidas. Em outros, a lei determina como obrigatória uma conduta valorada como a única capaz de satisfazer o interesse público. Em hipótese alguma, porém, a conduta adotada pela Administração ou pelo particular poderá ofender os valores Fundamentais consagrados pelo sistema jurídico. Sob este enfoque a quo se interpretam os princípios da moralidade e da probidade. A ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva a Mica e a moral A moralidade soma-se a legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida.

Ainda quando as expressões não tenham significação precisa, a "moralidade" abarca-se na a 'probidade. A utilização cumulativa das expressões não representa conceitos diversos.

Na licitação, a conduta moralmente reprovável acarretará a nulidade do ato ou do procedimento Existindo imoralidade, afasta-se a aparência de cumprimento a lei ou ao ato convocatório. (Marçal Justen Filho. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos Dialética - São Paulo. 2004 -10ª ed, pag 56/59) (destacamos)"

Paulo





Apesar de subjetivo, o princípio da moralidade caminha ao lado dos conceitos de probidade, correção e de justiça, sendo plenamente detectado.

A interpretação de exigências editalícias para a habilitação, que venham a restringir indevidamente a participação dos interessados, alijando estes de ofertar suas propostas para a administração pública, fulminam de morte o certame em relação a estes princípios, pois pelo próprio objeto da licitação se comprova que o Recorrente possui ampla capacitação técnica para executar a obra ofertada pela administração pública.

PRINCIPIO DA ECONOMICIDADE

Princípio que trata da gestão dos recursos públicos, atrelado diretamente ao princípio da legalidade, da moralidade, e resultado da aplicação do princípio da eficiência.

Diretamente ligado a busca da proposta mais vantajosa para a administração pública, verifica-se como no caso em tela, que a interpretação equivocada e restritiva das exigências editalícias, apenas reduziu a concorrência entre os interessados, objetivo maior do certame, sendo que está se configura na máxima expressão do Princípio da Economicidade.

Portanto, para que seja efetivamente buscado o Princípio da Economicidade, deve ser reconsiderada a interpretação dada pela Comissão a exigências do instrumento convocatório, objetivando verificar que a gama de serviços apresentados pelo Recorrente apresentam similaridade, ou ate mesmo complexidade técnica superior a dos serviços constantes das exigências editalícias, em relação ao objeto do certame, constituindo-se em restrição indevida para a participação do Recorrente, prejudicando a livre concorrência, objetivo maior e final do processo licitatório.

PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Princípio administrativo que é a expressão do princípio basilar do Direito da Equidade.

Mostra-se razoável o instrumento convocatório que expressa as reais necessidades do objeto, e propicia aos interessados que livremente participem do certame, apresentando as suas propostas de preços.

Porém, na medida em que são interpretadas as exigências editalícias de forma restritiva, inibindo aqueles que executaram serviços similares ou de características técnicas relevantes, entretanto, um pouco diferente da redação contida





no edital, mas, que possuem capacitação profissional, tradição no mercado, estrutura de equipamentos compatíveis, ou até mesmo superior a magnitude dos serviços objeto do certame, caracterizam violação ao Princípio da Razoabilidade, ensejando a necessidade de revisão da decisão ora recorrida.

PRINCÍPIO DA ISONOMIA

No tocante a este princípio que não prescinde de conceituação podemos destacar o seguinte à luz do julgamento ora recorrido.

A priori vejamos o que leciona alguns doutrinadores:

HELY LOPES MEIRELLES:

“A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, que através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, que mediante julgamento faccioso, que desiguala os iguais ou iguale os desiguais.” (in Direito Administrativo Brasileiro, 18ª Edição, Malheiros Editores, pg. 249)”

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ensina:

“O princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração firma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio do Impessoalidade Uma vez que os interesses que lhe incumbe perseguir são pertinentes à Sociedade como um todo, quaisquer atos que os órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida do possível, a igualdade de oportunidades para todos os administrados.” (in Elementos de Direito Administrativo, 3ª Edição Malheiros Editores, pg. 32)”

Arremata brilhantemente JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR:

“Quanto aos princípios nomeados na Lei nº 8.666/93, consignese, por ora, que: a) o da igualdade impõe à Administração elaborar regras claras, que assegurem aos participantes da licitação condições DE ABSOLUTA EQUIVALÊNCIA durante a disputa, tanto entre si quanto perante a Administração, intolerável qualquer espécie de favorecimento;” (in Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas, Ed. Renovar, pg. 25)”





No presente caso, a Recorrente, mesmo apresentando atestação de execução de execução de tubulão com todas as etapas de escavação, colocação de concreto, dentre outros, foi alijado, visto sua atestação não possuir exatamente os dizeres da exigência do edital, mesmo sendo a atestação de uma obra de envergadura e complexidade muito maior que a licitada e principalmente, para piorar, o serviço tido como de relevância técnica que seria o tal Tubulão a céu aberto caracteriza, conforme planilha de serviços, somente 1,56 (um vírgula cinquenta e seis) por cento de todo dos serviços a serem executados.

Não seria crível a Administração fazer a referida exigência, principalmente no tocante a execução de um serviço previsto na planilha orçamentaria que configura mais ou menos um por cento da licitação. Contudo, uma vez exigido que os atestados apresentados devem ser analisados dentro da razoabilidade, sem que seja aceito somente aqueles que contém os mesmos dizeres do edital.

Isto posto, é de fácil conclusão que a especificação mitigou a concorrência e a interpretação dada pela comissão não foi objetiva, não buscou a finalidade dos certames que é a proposta mais vantajosa.

É sabido que são comuns os excessos nos editais, mas estes excessos há anos vêm sendo cobrados pelos Tribunais de Contas. Neste espeque, é que o Recorrente vem, respeitosamente requerer a retificação da decisão, já que se trata de dinheiro público e a Administração está prestes a contratar muito mal.

Indo mais além, conforme já explanado alhures, há de se colocar que uma empresa que possui competência comprovada em execução de obras de envergadura equivalente à do objeto do edital, ou seja, que já obteve êxito em obras de complexidade compatível com o presente está totalmente apta a ser habilitada, mesmo que não conste de sua atestação *ipsis litteris* do contido no edital, máxime o serviço sendo de tão baixa relevância econômica no todo contratual.

A Lei até faculta a exigência no instrumento convocatório ao domínio de determinadas tecnologias especiais, **MAS SÓ FACULTA QUANDO ESSAS TECNOLOGIAS SÃO NECESSÁRIAS E COM ALTA COMPLEXIDADE TÉCNICA, o que, quicá é o caso em comento.**

Já é sedimentado o entendimento de que a licitação deve visar permitir a participação do maior número possível de pretendentes a contratar com a administração pública, em um processo seletivo que lhes permita igualdade de condições, fazendo com que o Poder Público possa pactuar com aquele que lhe ofereça melhores condições técnicas e econômicas, com a segurança exigida.





Qualquer desvio desse rumo, que vise ou venha a limitar o universo de participantes e, conseqüentemente, a livre concorrência, caracteriza infração à ordem econômica, sendo passível de punição, independente de culpa, conforme previsto no artigo 20, da Lei nº 8.884, de 11/06/1994.

Para a caracterização do crime basta o perigo de prejuízo à livre concorrência, independente da vontade do agente. Exigências ilegais ou desnecessárias, que prejudiquem a participação de concorrentes que têm condições de executar o objeto do concurso, infringem a ordem econômica, em virtude do prejuízo à livre concorrência, ainda que apenas potencial.

IV - DO PEDIDO

Por todo o exposto e, considerando os demais elevados suprimentos de Vossas Senhorias sobre a matéria, se requer a procedência do recurso administrativo em tela para:

Em homenagem aos princípios que regem a administração pública mencionados no recurso, à luz das explanações técnicas que demonstram que os atestados atendem as exigências do edital, é que a Recorrente pugna a esta Ilustre Comissão pela Habilitação dessa, por ser medida de direito e legalidade.

Entretanto, caso não venha ser acatado o presente recurso outras medidas judiciais, bem como junto a Corte de Contas serão tomadas, considerando que o direito salta aos olhos conforme colocado.

É o que se requer.
Nestes termos
Pede deferimento.

Brasília, 25 de maio de 2020.

FERNANDA GURGEL NOGUEIRA
OAB/DF 29.662

GEOVANNA BEATRIZ CASTRO SILVA RIBEIRO GIACOMET
OAB-DF 31932

