

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA COMISSÃO PERMANENTE
DE LICITAÇÕES DO MUNICÍPIO DE XANXERÊ – SANTA CATARINA**

Ref.: Pregão Presencial nº 0065/2017

PREFEITURA MUNICIPAL DE XANXERÊ

PROCOLO Nº :0003771/2017 31/08/2017 13:06:28

REQUERENTE : ORBENK ADMINISTRACAO E SERVICOS LTD

ASSUNTO : RECURSO

COMPLEMENTO : RECURSO ADMINISTRATIVO
PREGÃO PRESENCIAL 0065/2017



ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, devidamente qualificada no processo licitatório em epígrafe, vem, tempestivamente, por meio de seu representante legal, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO**, contra o julgamento que habilitou todas as empresas participantes do presente processo, com fulcro no inciso XVIII, do art. 4º, da Lei nº 10.520/2002, e inciso I, alíneas “a” e “b”, do art. 109, da Lei nº 8.666/93, pelos fundamentos expostos a seguir.

Requer-se, desde já, caso ultrapassado o juízo de retratação, o recebimento das presentes razões de recurso, na forma prevista em lei, com seu encaminhamento, devidamente informado, à autoridade competente para a devida apreciação, requerendo a total e completa procedência.

I – DA TEMPESTIVIDADE

De pronto, urge registrar a tempestividade do presente recurso administrativo, tendo em vista que o acesso as planilhas de preços readequadas ao lance vencedor ocorreu no dia 28/08/2017, operando-se nesta data a declaração de vencedor. Assim, resta cumprido o prazo de 03 (três) dias, previsto no inciso XVIII, do art. 4º, da Lei nº 10.520/2002, e inciso I, alíneas “a” e “b”, do art. 109, da Lei nº 8.666/93.

II – DOS FATOS

O Município de Xanxerê instaurou processo licitatório de Pregão Presencial nº

065/2017, destinado a “contratação de empresa especializada para prestação de serviços contínuos de mão-de-obra terceirizada em serviços de limpeza e conservação com serviços gerais, serviços com merendeira e serviços com zelador, para atender as necessidades das Secretarias Municipais de acordo com os quantitativos e descrição das atividades a serem desenvolvidas, constantes dos Anexos I e II do edital.”

A sessão pública para abertura do processo ocorreu no dia 24/04/2017 às 10h30min, ocasião em que foram credenciadas as empresas CONVIDA SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO, MARA APARECIDA FAGUNDES ME, SERVIZA SERVIÇOS LTDA ME e ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.

Decorrida a etapa de lances, foi declarada vencedora do processo a empresa MARIA APARECIDA FAGUNDES ME, com o valor de R\$ 68.200,00 (sessenta e oito mil e duzentos reais), em que pese as várias irregularidades que permeiam a proposta de preços e dos documentos de habilitação apresentados pela empresa.

Inconformada com o julgamento proferido em frontal desacordo com a realidade fática que se apresenta nos autos e em flagrante conflito com o instrumento convocatório, alternativa não restou a recorrente, se não a apresentação do presente recurso, com vistas a garantir a prevalência da legalidade e a obediência aos princípios que norteiam os processos licitatórios.

III – DAS RAZÕES PARA REFORMA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA

III.1 – Da Irregularidade Fiscal da Requerida

De acordo com consulta realizada no site da Receita Federal¹ – Consulta em 30 de agosto de 2017 –, constata-se que a empresa Recorrida é optante pelo Simples Nacional:

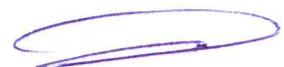
Data da consulta: 30/08/2017

☑ Identificação do Contribuinte - CNPJ Matriz

CNPJ : 27.097.051/0001-30

A opção pelo Simples Nacional e/ou SIMEI abrange todos os estabelecimentos da empresa

Nome Empresarial : MARA APARECIDA FAGUNDES - ME



☒ Situação Atual

Situação no Simples Nacional : **Optante pelo Simples Nacional desde 13/02/2017**

Situação no SIMEI: **NÃO optante pelo SIMEI**

☒ Períodos Anteriores

Opções pelo Simples Nacional em Períodos Anteriores: **Não Existem**

Opções pelo SIMEI em Períodos Anteriores: **Não Existem**

☒ Agendamentos (Simples Nacional)

Agendamentos no Simples Nacional: **Não Existem**

☒ Eventos Futuros (Simples Nacional)

Eventos Futuros no Simples Nacional: **Não Existem**

☒ Eventos Futuros (SIMEI)

Eventos Futuros no SIMEI: **Não Existem**

Ocorre que de acordo com o edital, constata-se que haverá locação de mão de obra na relação contratual (o fornecimento de mão de obra faz parte das próprias considerações técnicas), uma vez que a empresa vencedora deverá colocar à disposição do ente contratante funcionários para execução do serviço.

Destarte, por certo que os serviços contratados implicarão na cessão de mão de obra ao tomador de serviços, uma vez que o funcionário da contratada ficará à disposição da administração pública, sendo que tal hipótese é expressamente vedada aos optantes pelo Simples Nacional, consoante determinação do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006.

Não há, portanto, qualquer segurança jurídica, ainda que, porventura, tivesse cotado corretamente os valores em sua planilha de custos (e que merece crivo aprofundado na verificação), de que a Recorrida deixaria de ser optante pelo Simples Nacional e passaria a recolher verbas corretamente, sejam elas tributárias ou, ainda, trabalhistas.

Além da redução de alíquotas, como PIS/COFINS, IR/CSLL, **a optante pelo simples nacional não efetua pagamento de todo o sistema “S” – SESI, SENAI, SENAC, INCRA, Salário Educação, Sebrae**, desrespeitando o princípio da isonomia entre os participantes, caso deixe de cotar valores conforme já fez, enquanto optava pelo Simples e locava mão de obra.

O artigo 17, inciso XII, da Lei Complementar nº 123/2006 é claro ao determinar:

*“Art. 17. **Não poderão** recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte: XII – que realize **cessão ou locação de mão-de-obra**;*

*§ 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem **exclusivamente** às atividades referidas nos §§ 5º-B a 5º-E do art. 18 desta Lei Complementar, **ou as exercam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo.**” (g.n.)*

Portanto, observando as aludidas determinações, tem-se que **a Administração não pode compactuar com as ilegalidades apontadas, não podendo, sob hipótese alguma, afastar a disciplina normativa, que é clara e espraia seus efeitos a todas as esferas da Administração Pública.**

Com relação ao conceito de cessão de mão-de-obra, vale transcrever definição dada pela Receita Federal, por meio da Instrução Normativa nº 971/2009:

“Art. 115. Cessão de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 1974.” (g.n.)

No caso em tela, a empresa vencedora deixa seus funcionários à disposição da Contratante a fim de cumprir o objeto do edital, ou seja, os funcionários são lotados nos postos de trabalho NO LOCAL da prestação de serviços, havendo, portanto, a locação da mão de obra para a prestação dos serviços objeto do edital.

A Receita Federal também já julgou a matéria, utilizando a mesma definição do aludido artigo:

“*RETENÇÃO NA FONTE. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. A locação de mão-de-obra pode ser definida como o contrato pelo qual o locador se obriga a fazer alguma coisa para uso ou proveito do locatário, não importando a natureza do trabalho ou do serviço. Os trabalhos são realizados sem a obrigação de executar a obra completa, ou seja, sem a produção de um resultado determinado. Na locação de mão-de-obra, também definida como contrato de prestação de serviços, a locadora assume a obrigação de contratar empregados, trabalhadores avulsos ou autônomos sob sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico. A locadora é responsável pelo vínculo empregatício e pela prestação de serviços, sendo que os empregados ou contratados ficam à disposição da tomadora dos serviços (locatária), que detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços. A locação de mão-de-obra, a empreitada exclusivamente de mão-de-obra e a cessão de mão-de-obra têm o mesmo tratamento tributário, submetendo-se à retenção na fonte”.*² (g.n.)

Sobre o tema e vantagem tributária, a jurisprudência já se pronunciou:

“*CONSTITUCIONAL – ADMINISTRAÇÃO – SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO (SESC) – LICITAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – ORDEM DENEGADA – RECURSO PROVIDO O processo licitatório rege-se também por princípios, entre os quais destaca-se o "princípio da igualdade de todos os licitantes" (Lei n. 8.666/1993, art. 3º). Às empresas submetidas a "Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte -SIMPLES Nacional" (LC n. 123/2006) são outorgados benefícios de natureza tributária que comprometem o princípio da igualdade; proporcionam-lhe privilegiadas condições de competitividade, que devem ser anuladas.*

² Receita Federal; Solução de Consulta nº 66, de 04 de março de 2004; Site: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publicacoes/Legislacao/ProcessoConsulta/2004/DISIT06RF/Mar%C3%A7o/EDISIT06RF0403200400066.htm>;



Ademais, não pode optar pelo "SIMPLES NACIONAL" empresa que "realize cessão ou locação de mão-de-obra" (LC n. 123/2006, art. 17, XII). EM FACE DESSA VEDAÇÃO, IMPUNHA-SE A SUA EXCLUSÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO que tem por objeto a contratação de mão-de-obra para prestação de serviços de telefonista".³ (g.n.)

Ademais, diante do poder de vigilância a ser exercido pelo Órgão Licitante sobre a conduta funcional do outro, necessário se faz observar o respectivo controle administrativo que deve ser desempenhado pelos órgãos da administração, tendo em vista que este controle almeja a boa destinação do dinheiro público sendo assim indispensável para que tal objetivo seja atingido e preservando o tratamento igualitário no julgamento das propostas.

A lição de Adilson Abreu DALLARI explica que "a Administração Pública não pode meter-se em contratações aventurosas; não é dado ao agente público arriscar a contratação em condições excepcionalmente vantajosas, pois ele tem o dever de zelar pela segurança e pela regularidade das ações administrativas". (Aspectos Jurídicos da Licitação. 4 ed, Saraiva, 1997, p. 131).

Por conseguinte, é obrigação do órgão licitante fazer com que sejam cumpridas as determinações contidas no art. 17, inc. XII, da LC 123/2006, devendo observá-las no julgamento das propostas, seja por expressa previsão editalícia, ou por aplicação tácita da lei, **não podendo jamais convalidar com as ilegalidades apontadas, vez que só lhe é autorizado agir dentro do que está determinado em lei.**

Portanto, imperiosa a desclassificação da Recorrida tendo em vista a utilização de amparo tributário irregular anteriormente e, ainda, qualquer comprovação de que a mesma deixará de optar pelo referido regime ao firmar contrato com a Administração.

Dessa forma, sob todos os aspectos, assiste razão à recorrente, sendo certa a desclassificação da empresa recorrida enquadrada nessa condição.

III.2 – Da Ilegalidade na Planilha de Preços – Descumprimento ao Item 8.3 do Edital

Consoante a primeira alteração ao edital, publicada em 10 de agosto de 2017, foram incluídas as seguintes exigências para aceitação da proposta de preços:



8.3 A proponente deverá apresentar juntamente com a proposta comercial **Planilha de Custos e Formação de Preços em conformidade com o modelo constante no Anexo I-A** para a classe/categoria profissional, com a observância da Convenção Coletiva de Trabalho em vigor, **respeitando as particularidades de cada empresa;**

8.3.1 Ressalte-se que, cabe a cada empresa indicar os encargos sociais de acordo com seu regime tributário em atenção ao mínimo legal, lembrando que não há necessidade de indicação das alíquotas de IRPJ e CSLL, por estar relacionado ao desempenho financeiro da empresa não será objeto de análise por parte desta Comissão;

8.3.2 Para fins de elaboração de preços e das Planilhas de Custos e Formação de Preços, deverão ser observadas as disposições contidas neste edital, na legislação vigente sobre o assunto, bem como da Convenção Coletiva de Trabalho – CCT em vigor, de acordo com o salário e benefícios do Sindicato das Empresas;

8.3.3 O item referente a REMUNERAÇÃO (salário da função + adicionais) não poderá ser inferior ao piso salarial da categoria correspondente, apurado na Convenção Coletiva de Trabalho – CCT em vigor;

8.3.4 A licitante deverá apresentar memória de cálculo de todos os custos propostos no montante “B” e tributos, demonstrando a exequibilidade dos valores propostos;

8.3.5 O modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços do **Anexo I-A**, destina a servir de referência aos licitantes sobre os custos que devem ser evidenciados como elementos de sua proposta comercial (insumos, materiais, mão de obra, encargos, tributos e quaisquer outros itens que venham a compor o quadro de despesas e/ou custos), possibilitando a equipe responsável pela condução da sessão de licitação aferir a exequibilidade das propostas;

8.3.6 Dessa forma, orienta-se aos licitantes a respeitar os parâmetros da planilha modelo para os elementos de custo sempre que a lei ou



instrumento coletivo determine percentual fixo, colocando no campo observações a fundamentação legal, bem como a memória de cálculo e as justificativas que se fizerem necessárias;

8.3.7 Nos casos em que pela organização ou natureza jurídica da licitante, os percentuais a serem aplicados sejam diversos da legislação, a licitante deve utilizar os percentuais próprios a sua condição, justificando em cada caso os motivos da diferenciação. Tais justificativas também será objeto de análise pela equipe responsável pela condução da sessão de licitação.

Infere-se dos dispositivos acima elencados, a necessidade de apresentação na planilha de custos, envolvendo todos os custos inerentes a execução dos serviços, para que Administração possa avaliar a exequibilidade da proposta e o atendimento a todos os requisitos legais, tais como: salários, encargos sociais, tributos, insumos, despesas administrativas e lucro, devendo a licitante seguir o modelo apresentado no Anexo I-A do edital.

Entretanto, urge destacar que a requerida além de utilizar indevidamente dos benefícios fiscais do Simples Nacional para composição dos custos relativos a locação de mão de obra, não inseriu em suas planilhas, os custos relativos a despesas administrativas, as quais são indispensáveis para operacionalização da mão de obra empregada na execução dos serviços, porquanto envolve os gastos da contratada com sua estrutura administrativa, organizacional e gerenciamento de seus contratos, tais como as despesas relativas a: a) funcionamento e manutenção da sede, tais como aluguel, água, luz, telefone, o Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU, dentre outros; b) pessoal administrativo; c) material e equipamentos de escritório; d) supervisão de serviços; e) seguros.

Com base no exposto, é possível afirmar que a proposta de preços da recorrida não cumpriu com os requisitos estabelecidos no edital, induzindo a Administração ao erro, uma vez que o julgamento foi proferido em total afronta aos princípios que norteiam os processos licitatórios, em especial os princípios da legalidade, isonomia e julgamento objetivo.

Com efeito, deve a Administração Pública buscar proposta de preços mais vantajosa, contudo, não é cabível que o diploma seja interpretado de maneira obscura, é

necessário que as licitantes concorram em iguais condições e que o julgamento das propostas seja proferido de maneira objetiva, de modo a não permitir a perpetuação de atos ilegais e descabidos.

Assim dispõe o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 37, 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”.

Neste compasso, não pode a requerida ser mantida como vencedora no certame licitatório, considerando que não houve atendimento de exigências editalícias, devendo ser observado o que dispõe o artigo 41 da Lei 8666/93:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

A jurisprudência é pacífica quanto à desclassificação de propostas irregulares:

“ADMINISTRAÇÃO. LICITAÇÃO. DEMONSTRADA A INCORREÇÃO DA PROPOSTA VENCEDORA É LEGÍTIMA A DESCLASSIFICAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA. RECURSO IMPROVIDO.” (TRF - 4ª R. Proc. 0408300, Apelação em mandado de segurança. DJ de 24.04.93. Pág. 9819. Rel. Juiz Wolkmer Castilho).

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA, TIPO MENOR PREÇO. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE. DESCUMPRIMENTO DE NORMA EDITALÍCIA ALUSIVA AO PREÇO UNITÁRIO DOS ITENS COMPONENTES DA OBRA. PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IRRELEVÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE, DA EFICIÊNCIA, DA ISONOMIA, E DO JULGAMENTO OBJETIVO. LIMINAR DEFERIDA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA, SUSPENDENDO A OBRA JÁ INICIADA. REVOGAÇÃO QUE SE IMPÕE. AGRAVO PROVIDO. (...). O acolhimento de propostas que violam as exigências do edital e da lei ofenderia, a um só tempo, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da vinculação ao instrumento convocatório; da isonomia, porque as demais concorrentes, em respeito às normas do certame, não puderam fazer o mesmo que a autora; e do julgamento objetivo, dado o reconhecimento particularizado de uma situação que não poderia ter sido acolhida; conspurcando-se a igualdade de tratamento aos participantes, com o risco de contratação de quem possa vir a executar mal os serviços licitados ou empregar materiais de baixa qualidade, em prejuízo da solidez, da segurança e da eficiência da obra [...]" (AC n. 2007.048276-0, rel. Des. Jaime Ramos, j. 17.4.2008) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.000364-3, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 15-06-2010). (grifamos)

Pertinente trazer a lição do eminente jurista ADILSON DE ABREU DALARI:

"A Administração Pública não pode meter-se em contratações aventurosas; não é dado ao agente público arriscar a contratação (...), pois ele tem o dever de zelar pela segurança e pela regularidade das ações administrativas.

(...)

Na fase de classificação, contrariamente, deve ser feito um rigoroso e amplo exame da proposta, tendo em vista que tudo aquilo que nela contém vai afetar sensivelmente o futuro contrato. Em síntese, o exame da idoneidade da proposta deve ser muito mais severo do que o exame da idoneidade do proponente. (...). Isso já demonstra, de maneira implícita, que a comissão de julgamento pode e deve ir além do exame daquilo que consta expressamente dos autos do processo licitatório.” (Aspectos Jurídicos da Licitação. 4 ed. Saraiva, 1997, p. 131.)

Nessa esteira, necessário a observância ao que dispõe o art. 44 da Lei nº 8.666/93:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei. (...)

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global OU UNITÁRIOS SIMBÓLICOS, IRRISÓRIOS OU DE VALOR ZERO, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos [...].

Consubstanciando o prescrito na base legal acima descrita, José Cretella Júnior oferta a seguinte lição:

"Preços inexequíveis, por sua vez, são, ao contrário dos excessivos, os fixados em menor valor do que os constantes no mercado, indicando que o proponente não terá condições de cumprir o contratado se vier a ser vencedor, podendo abandoná-lo ou ser levado à ruína econômica. Em qualquer das hipóteses, a Comissão deve desclassificar a proposta, motivando a rejeição. Em suma, as propostas que não atendem às exigências do edital, por serem



desconformes com o que foi fixado ou as que contiverem preços excessivos ou manifestamente inexequíveis serão desclassificadas" (CRETILLA JÚNIOR, José. Das licitações públicas. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 303).

Desta forma, registra-se como medida da mais elevada urgência e justiça, a desclassificação da proposta de preços da recorrida.

III.3 – Da Ausência de Atendimento aos Requisitos de Qualificação Técnica

No concernente a qualificação técnica, o instrumento convocatório determina sejam apresentados os seguintes documentos para habilitação técnica:

13.1. Prova de Registro Cadastral do Proponente junto ao Conselho Regional de Administração (CRA) em vigência;

13.2. Atestado(s) de capacidade técnica, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove que a empresa prestou ou vem prestando serviços pertinentes e compatíveis em características com o objeto deste Edital;

*13.2.1. O(s) atestado(s) apresentado(s) deverá(ao) estar devidamente **registrado(s) no CRA**, acompanhado de certidão de registro de comprovação de aptidão – RCA;*

Neste íterim, compete destacar que não houve a devida comprovação de qualificação técnica por parte da requerida, mormente a ausência de apresentação do comprovante de registro cadastral junto ao Conselho Regional de Administração – CRA, para comprovar a regularidade da empresa.

Não obstante, denota-se a que os atestados apresentados não atendem aos requisitos do item 13.2 e 13.3 do edital, eis que, os atestados apresentados não são pertinentes e compatíveis com as características do edital, tampouco foram apresentadas as certidões de registro de comprovação de aptidão – RCA.

Registra-se que a capacidade técnica nos procedimentos licitatórios tem lugar justamente para que a Administração Pública, no caso o Município de Xanxerê, possa

identificar se o licitante atende à qualificação necessária para honrar o contrato administrativo.

O atestado de capacidade técnica dos licitantes visa garantir a aptidão e experiência dos mesmos, para o fiel cumprimento dos prazos de execução contratual.

Nesse sentido, o artigo 30 da Lei 8.666/93 determina:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

***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; (...).”*

Conforme se infere do dispositivo acima, a simples apresentação de atestado de capacidade técnica não implica na habilitação da licitante, haja vista a necessidade de comprovar a pertinência e compatibilidade em características, quantidades e prazos dos serviços executados com o objeto do edital.

Todavia, convém consignar que os atestados da requerida não são pertinentes em características, uma vez que as atividades neles relacionadas não guardam pertinência com as estabelecidas no termo de referência do edital, não demonstra a capacidade de operacionalizar a quantidade de postos requisitada, uma vez que o somatório de todos os atestados contempla apenas 04 postos de trabalho, tampouco de cumprir o prazo estabelecido no instrumento convocatório, mormente o início de suas atividades em fevereiro/2017.

As exigências de qualificação técnica servem para afastar as contratações frustradas, que possam implicar em prejuízos para a Administração, motivo pelo qual os Tribunais Pátrios têm perfectibilizado o entendimento de que a habilitação técnica deve ser condicionada ao atendimento aos requisitos do edital e ao que disciplina a Lei de Licitações:

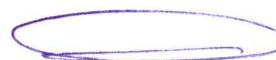
AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. LICITAÇÃO TOMADA DE PREÇOS. CONSTRUÇÃO DO CENTRO CULTURAL TURÍSTICO. MUNICÍPIO DE TEUTÔNIA. SUSPENSÃO DA LICITAÇÃO PARA ABERTURA DO ENVELOPE DE PREÇO DA DEMANDANTE. DESCABIMENTO. CAPACIDADE TÉCNICA NÃO DEMONSTRADA. CONTRATO FIRMADO COM A EMPRESA VENCEDORA ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. INÍCIO DA OBRA JÁ AUTORIZADO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DA LIMINAR. A empresa que pretende participar de processo de licitação tem de demonstrar sua qualificação técnica, porque a regra constante no art. 30, § 1º, da Lei nº 8666/93, deve ser interpretada conjuntamente com os incisos I e II do mesmo artigo, sem ocorrer qualquer ilegalidade na exigência de tal prova. A ausência de demonstração da capacitação técnica- operacional da empresa para construção do centro cultural turístico no Município de Teutônia, não servindo a apresentação de dois atestados técnicos, que mesmo somados a área construída fica aquém do objeto da licitação, tratando-se de contrato em andamento, cujo início já foi autorizado, restando impedida a concessão da tutela antecipada para determinar a suspensão do certame, para possibilitar a abertura do envelope de preços da demandante, uma vez que ausentes os requisitos legais para o deferimento do pedido. Deve ser considerado que a exigência de capacitação técnica visa assegurar ao licitador que a empresa que venceu a licitação tenha condições técnicas de cumprir o contrato de acordo com objeto e no prazo sinalado, sob pena de óbvios reflexos e graves prejuízos ao erário, que devem ser considerados, sopesando-se o valor a menor orçado pela licitante vencedora e o risco da contratação inadequada. (...) (Agravo de Instrumento Nº 70056654346, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos



Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 25/09/2013) (TJ-RS - AI: 70056654346 RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Data de Julgamento: 25/09/2013, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/10/2013) (Grifamos)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. PROVA DA CAPACITAÇÃO TÉCNICA. ATESTADOS. DESCUMPRIMENTO DO EDITAL. SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO DA EMPRESA LICITANTE. A habilitação de eventual empresa licitante fica condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos no edital, em atendimento a um dos princípios básicos do procedimento licitatório - o da vinculação ao edital. Hipótese em que a empresa agravada descumpriu o item do edital referente à prova da capacitação técnica, não sendo os atestados hábeis para tanto. Importante destacar que a previsão em questão constitui apenas uma das formas das empresas demonstrarem sua capacidade técnica, encontrando-se, inclusive, pautada no princípio da razoabilidade, já que estritamente ligada ao objeto do certame. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70065009516, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 26/08/2015). (Grifamos)

ADMINISTRATIVO. PROJETO DE SÚMULA. COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL DE LICITANTES. LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE PROVA DA EXECUÇÃO DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS EM OBRAS OU SERVIÇOS COM CARACTERÍSTICAS SEMELHANTES. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA PROPOSTA. APROVAÇÃO. Converte-se em súmula o entendimento, pacificado no âmbito do Tribunal de Contas da União, no sentido de que, 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 (TCU 00845120091, Relator: UBIRATAN AGUIAR, Data de Julgamento: 19/01/2011) (Grifamos)

Consoante se extrai dos julgados acima, não basta a simples apresentação de atestado de capacidade técnica, é necessário que a licitante comprove possuir expertise na execução e gerenciamentos dos serviços relacionados no objeto do edital.

Nessa toada, importa destacar que a Súmula 263 do Tribunal de Contas da União, disciplina que 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.

No momento da execução surgem inúmeros problemas, como falta de pessoal, insuficiência de material, má administração dos recursos humanos, péssima fiscalização, serviços de baixa qualidade, sem contar os casos de abandono do contrato, quando a Administração é forçada a realizar contratos emergenciais. É dever do Administrador zelar pela segurança nas contratações públicas, em especial no caso de execução de serviços tão complexos.

Diante disso, restando comprovado a ausência de atendimentos as regras e condições estabelecidas no instrumento convocatório, medida que se espera é a inabilitação da requerida, por descumprimento das exigências de qualificação técnica.

III. Da Ausência de Atendimento aos Requisitos de Qualificação Econômico-Financeira

De acordo com a primeira alteração ao instrumento convocatório, publica no dia 10 de agosto de 2017, foram incluídas as seguintes exigência para fins de qualificação econômico-financeira:

12.2 Apresentação do Balanço Patrimonial e/ou demonstrações Contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados da forma da Lei, devidamente assinado por contador ou por profissional equivalente, devidamente registrado no Conselho Regional de Contabilidade-CRC, que comprovem a boa situação econômico-financeira da empresa, vedada sua substituição por balancetes ou balanços provisórios

a) A comprovação da boa situação financeira mencionada no item 12.2 será baseada no cálculo (**que deverá ser apresentado pelo licitante, assinado pelo seu contador**) dos índices de Liquidez Corrente (LC), Liquidez Geral (LG), Grau de Endividamento (GE) e Solvência Geral (SG), demonstrados a seguir, sendo que, **serão julgadas inabilitadas** as licitantes que apresentarem resultado **igual ou menor do que 1,00 (um)**, exceto no **Grau de Endividamento** que deverá ser **menor ou igual a 1,00**.

Índice de Liquidez corrente (ILC) = $\frac{\text{Ativo Circulante}}{\text{Passivo Circulante}}$ = maior do que 1,00

Índice de liquidez Geral (ILG) = $\frac{\text{AC} + \text{Ativo Não Circulante}}{\text{PC} + \text{Passivo Não Circulante}}$ = maior do que 1,00

Índice de Solvência Geral (SG) = $\frac{\text{PC} + \text{Passivo Não Circulante}}{\text{Ativo Total}}$ = maior do que 1,00

Grau de Endividamento (GE) = $\frac{\text{PC} + \text{Passivo Não Circulante}}{\text{AT}}$ = menor ou igual a 1,00

Para fins de atendimento ao requisitado no item 12.2, a requerida apresentou apenas o balanço de abertura da empresa, sem comprovar sua boa situação financeira, em consequência de ter iniciado suas atividades em fevereiro/2017.

Em que pese a ausência de previsão no instrumento convocatório acerca da aceitabilidade da apresentação de termo de abertura do balanço patrimonial para comprovação da qualificação econômico-financeira das empresas recém constituídas, a Comissão de Licitações resolveu por bem habilitar a requerida, entretanto, necessário ressaltar que o termo de abertura do balanço patrimonial não é documento hábil para comprovar a boa situação financeira da empresa.

As exigências de qualificação econômico-financeira têm o condão de assegurar que o objeto licitado seja adjudicado a quem, efetivamente, tenha solidez para executá-lo. Visando criar meios de obter essa comprovação, a Lei nº 8.666/93 estabeleceu critérios que devem ser adotados pelo entre Licitante, para salvaguardar a Administração de contratações desastrosas.

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

(...)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser posteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

Observa-se que além do balanço patrimonial e índices contábeis, pode a Administração exigir a comprovação de capital ou patrimônio mínimo, para comprovação da boa situação financeira das empresas.

Neste contexto, considerando não ter a requerida comprovado sua boa situação financeira em atendimento as regras previstas no instrumento convocatório em razão de ser recém constituída, faz-se necessário análise da situação da empresa através dos demais critérios previstos na Lei Geral de Licitações, pela qual restará comprovado que a empresa



não atende aos requisitos legais, porquanto não possui capital social ou patrimônio líquido em valor igual ou superior a 10% do valor estimado para contratação.

Sendo assim, medida que se espera é a revisão da decisão administrativa, para declarar a requerida inabilitada por não atender aos critérios de qualificação técnicas estabelecidos no instrumento convocatório.

III. 5 – Da Violação aos Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório, Isonomia e Legalidade

Com base no exposto alhures, resta caracterizada a violação ao art. 41 da Lei n. 8.666/93 que materializa o princípio geral de vinculação ao instrumento convocatório inserido no art. 3º da Lei n. 8.666/93:

“Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

Sobre o assunto, convém trazer à colação a respeitada doutrina de Hely Lopes Meireles, Carlos Ari Sundfeld e Marçal Justen Filho, respectivamente:

“A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao



contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital o modo e a forma de participação dos licitantes, bem como as condições para a elaboração de ofertas, e, no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento ou no contrato, se afastasse do estabelecido e admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu (art. 41)” (in “Direito Administrativo Brasileiro, 21ª Ed., p. 249. São Paulo: Malheiros, 1996).

A vinculação ao instrumento convocatório cumpre triplo objetivo. De um lado, aferra a Administração ao Direito, na medida em que a sujeita ao respeito de seus próprios atos. De outro, impede a criação de etapas ad hoc ou a eleição, depois de iniciado o procedimento, de critérios de habilitação ou julgamento destinados a privilegiar licitantes. Por fim, evita surpresas para estes, que podem formular suas propostas com inteira ciência do que deles pretende o licitador. Após o início da licitação, a única surpresa para os licitantes deve ser quanto ao conteúdo das propostas e seus concorrentes”. (in “Licitação e contrato administrativo”, 2ª Ed., p. 21. São Paulo: Malheiros, 1994).

“O instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. (...). Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia. (...).” (in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos



Administrativos". 9ª Ed., p. 384/385. São Paulo: Dialética, 2002).

Inferese, da legislação especial aplicável e da doutrina, que o Edital é a lei interna da licitação. Uma vez dispostas no edital as regras do certame, cumpre ao Administrador e aos licitantes a sua estrita observância, de modo a assegurar o cumprimento da legislação aplicável e das regras da licitação, previamente dispostas no edital, para, conseqüentemente, preservar o tratamento igualitário dos licitantes (princípios da legalidade e isonomia).

A jurisprudência dos tribunais é pacífica neste sentido:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. **Por força do princípio da vinculação do instrumento convocatório (art. 41 da Lei n. 8.666/93), não pode a Administração deixar de cumprir as normas constantes no edital de licitação, nem o particular se abster de atender às exigências ali estabelecidas.** Assim, não se verifica a ocorrência de fumus boni iuris e periculum in mora. O indeferimento da liminar fica mantido. AGRADO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70056903388, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 04/12/2013) (TJ-RS - AI: 70056903388 RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Data de Julgamento: 04/12/2013, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/12/2013) (Grifamos)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO EDITAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATORIO. **O edital é a lei interna do procedimento licitatório, não pode ser descumprido pela Administração e deve ser observado por todos**



os licitantes, para que concorram em igualdade de condições. EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROVA DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR. É possível a exigência de comprovação de experiência anterior, a fim de demonstrar a capacidade técnica da empresa. O objeto da licitação é a contratação de empresa para prestação de serviços de desenvolvimento de lay-out de formulários, impressão, acabamento e expedição, ou seja, exige aptidão tecnológica e operacional. Conquanto impositiva a comprovação da prestação dos serviços licitados ou compatíveis, a autora não demonstrou a sua aptidão técnica, bem como a experiência indispensável à adjudicação. Ausência de ilegalidade no Edital. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70068975481, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 09/06/2016). (TJ-RS - AI: 70068975481 RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Data de Julgamento: 09/06/2016, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/06/2016) (Grifamos)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. REQUISITOS DO EDITAL. INOBSERVÂNCIA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO. O edital é a lei interna do procedimento licitatório, não pode ser descumprido pela Administração e deve ser observado por todos os licitantes para que concorram em igualdade de condições. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70058222548, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 30/04/2014) (Grifamos)

Nesse pensar, importa afirmar que a partir dos termos fixados no edital, não há

margem para discricionariedade, seja por parte da Administração, seja por parte dos licitantes, pois estes se vinculam ao Edital, que se torna fundamento de validade de todos os atos praticados no curso de licitação. Por essas razões é que se afirma, corriqueiramente, que o edital de licitação constitui lei entre as partes.

No caso em tela, é possível inferir que requerida não cumpriu estritamente com o exigido no edital, uma vez que apresentou proposta de preços em total descompasso com as regras do edital e a legislação em regência, bem como não logrou êxito em comprovar sua habilitação técnica e econômico-financeira.

Neste contexto, resta cristalino que a habilitação da recorrida fere os princípios basilares do Processo Licitatório, em especial, o da isonomia, que garante tratamento igualitário entre os participantes do processo licitatório.

IV – DO PEDIDO

Por todo exposto, para que não se consolide uma decisão equivocada, lembrando o próprio dever de evitar-se o ônus de eventual demanda judicial, a **ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.**, requer:

- a) O recebimento e provimento do presente recurso administrativo, para declarar a desclassificação e inabilitação da empresa MARIA APARECIDA FAGUNDES ME;
- b) O encaminhamento do presente recurso administrativo para instância superior, caso este seja julgado improcedente, o que se admite apenas como argumentação, para que então, se proceda a reforma da decisão.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Joinville/SC, 30 de agosto de 2017.

Raphael Galvani
OAB/SC 19.540


Tarciano Lunardi
Representante Orbenk

Simone Costa
OAB/SC 43.503

