

PREGÃO PRESENCIAL Nº 01/2020

SINDPLUS ADMINISTRADORA DE CARTÕES, SERVIÇOS DE CADASTRO E COBRANÇA – EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, representada neste ato pelo sócio Sr. **DEVANIR FRANZONI**, RG nº 16.217.387-8 e CPF nº 080.704.838-06, devidamente inscrita no CNPJ nº 07.907.815/0001-06, por seu advogado que esta subscreve, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, apresentar **CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO** interposto por **BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS EIRELI (ONESMART)**, devidamente qualificada, nos seguintes termos a seguir expostos:

I – DOS FATOS

Alegou que no dia 14 de fevereiro de 2020, nas dependências da Prefeitura de Guaiçara – SP, a Recorrente sagrou-se vencedora da fase de lances do certame em epígrafe.

Alego novamente, que passada à fase de Habilitação, a equipe de licitação chamou atenção aos requisitos 5.4.1 constantes no edital – “Qualificação Operacional no tocante ao atendimento da Súmula nº 24 do TCE/SP: (...Devidamente registrados nas entidades profissionais competentes,...)”, verificado que a Recorrente não havia registrado junto ao Conselho Regional de Nutrição, registro esse que entendeu ser o pertinente, e assim resolveu inabilita-la.

II- DO DIREITO – ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA SEM VALIDADE E NÃO REGISTRADO NA ENTIDADE PROFISSIONAL COMPETENTE.

A priori, nossa INDIGNAÇÃO enseja-se pelo fato de uma empresa (ONESMART), querer ter tratamento diferenciado em relação às demais empresas participantes do certame ora guerreado, visto que a mesma não apresentou documento obrigatório exigido conforme vejamos:

apresentação de Atestado(s) expedido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, (Súmula n.º 24 do TCE/SP), sendo que deverá ser comprovada a execução de no **mínimo 50%** (cinquenta por cento) do quantitativo exigido.

Já a Súmula 24 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, in verbis:

*Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, **devidamente registrados nas entidades profissionais competentes**, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.*

O artigo 30, §1 da Lei 8.666/93 determina **expressamente** que a comprovação de aptidão e serviços, será feita por **atestados devidamente registrados nas entidades profissionais competentes**, neste caso, o Conselho de Nutrição, in verbis:

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

II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

*§1º - A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, **devidamente registrados nas entidades profissionais competentes**, limitadas as exigências: (...), (g.n)*

Como se vê, a lei é clara e evidencia a necessidade de registro do atestado no órgão fiscalizador do exercício da atividade licitada, exigência que restou omissa no documento de habilitação da empresa vencedora.

Ora, se caso a empresa ora recorrente entendesse não ser exigível a apresentação de atestado averbado, deveria como manda o script impugnar o edital em até dois dias úteis antes do certame.

Aceitar atestado de capacidade técnica sem o devido registro na entidade profissional competente (CRN) implica em manifesta violação aos textos legais supratranscritos.

Tal ausência fere de morte os princípios norteadores da Administração Pública, especialmente o princípio da eficiência (art. 37, da CF), na medida em que, possibilita a participação de pessoa jurídica inabilitada para executar a atividade, que por sua vez é devidamente regulamentada pelo poder público. Fere, ainda, o princípio da legalidade, em que o administrador público

está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Registra-se de logo que as atividades de fornecimento de alimentação é devidamente regulamentada por Autarquia Federal (Conselho Federal de Nutrição), no exercício das competências previstas em lei, que dita as normas relacionadas ao setor.

Assim, operando dentro de sua competência delegada (Federal), o Conselho Federal de Nutrição expediu a Resolução nº 380/2005, e da Lei nº 8.234/91, estabeleceu uma série de exigências atinentes à natureza da atividade, inclusive impondo empresas que operam no setor uma série de exigências, com o nítido objetivo de garantir a segurança e a qualidade da execução do serviço altamente delicado.

O registro na entidade profissional é exigido porque confere confiabilidade ao atestado. Somente com a averbação há a certeza de que o licitante apresentou documentação idônea, apta a comprovar que os serviços atestados foram realizados de modo compatível com as exigências da entidade controladora do exercício profissional.

Sabe-se que a Administração não goza, jamais gozou de discricionariedade para afastar exigência prescrita em lei. O procedimento licitatório desenvolve-se mediante atividade vinculada, significando ausência de liberdade para o Administrador.

Transcrevemos abaixo, a título de exemplificação, a obrigatoriedade de averbação dos atestados de capacidade técnica, no bojo de editais de vários órgãos da Administração Federal:

a) EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 061/2016 PROMOVIDO PELO INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA – IJF – NÚCLEO HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS

12.2.1 “ATESTADO(S) DE CAPACIDADE TÉCNICA EMITIDO POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO OU PRIVADO, ESTABELECIDO NO BRASIL, QUE COMPROVE A ATUAÇÃO NO RAMO DE ALIMENTAÇÃO HOSPITALAR, COM CARACTERÍSTICAS E QUANTIDADES EQUIVALENTES AO OBJETO DESTA LICITAÇÃO, DEVIDAMENTE AVERBADO NO CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS, NA FORMA ESTABELECIDO NA RESOLUÇÃO Nº 510/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE NUTRIÇÃO”.

b) EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 0020/13 PROMOVIDO PELA CASA DA MOEDA DO BRASIL

“4.1 ATESTADO(S) DE CAPACIDADE TÉCNICA, PREENCHIDO(S) CONFORME MODELO DO ANEXO IX, **DEVIDAMENTE AVERBADO(S) NO CRN (CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS) DA JURISDIÇÃO ONDE FORAM EXECUTADAS AS ATIVIDADES**, bem como CRN4 (4ª Região – Rio de Janeiro), expedido(s) por Pessoa(s) Jurídica(s) de Direito Público ou Privado, que na condição de cliente(s) final(is), comprove(m) de forma individualizada, que a licitante tem experiência bem sucedida, em fornecimentos similares ao objeto desta licitação, demonstrando ter capacidade de preparar e servir refeições no próprio local, no mínimo de 80% do total de refeições (almoço e jantar)/mês servidas na CMB, conforme previsto no subitem “1.20” do ANEXO I, parte integrante deste Edital, podendo a CMB diligenciar quanto a veracidade dos Atestados.”

c) EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º. D-070/14 PROMOVIDO PELA NUCLEBRÁS EQUIPAMENTOS PESADOS S/A – NUCLEP

“n) comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da presente licitação. A **COMPROVAÇÃO ORA CITADA PODERÁ SER FEITA ATRAVÉS DA APRESENTAÇÃO, PELO LICITANTE DE 01 (UM) OU MAIS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA FORNECIDOS POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO OU PRIVADO, QUE COMPROVE (M) QUE O LICITANTE TEM EXPERIÊNCIA BEM SUCEDIDA, EM FORNECIMENTOS SIMILARES AO OBJETO DESTA LICITAÇÃO, DEVIDAMENTE(S) REGISTRADO(S) NO CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS.**”

c) EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO SRP N.º. 16/2016 PROMOVIDO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES, HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DO PI.

“10 DA HABILITAÇÃO - 10.2.2 Um Atestado (ou declaração) de Capacidade Técnica, ou mais, **devidamente registrados nas entidades profissionais competentes**, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado em nome da licitante, que comprove experiência compatível com o objeto desta licitação (Art. 30, lei 8.666/93).”

Como visto, exercendo seu mister, inúmeras são as entidades públicas que se vale da garantia legal da fiscalização exercida pelas autarquias federais, no presente caso, do Conselho Federal de Nutrição, possibilitando –os a contratar com empresas que prestem um serviço de forma segura e confiável.

Nesse aspecto Adilson Dallari de modo contundente também afirma que a Constituição não autoriza nem “estimula o aventureirismo”, a concorrência selvagem, em detrimento da qualidade do objeto contratado e da segurança do contrato, sendo inquestionável a constitucionalidade do art. 30 da Lei 8.666/93, que estabelece o que pode ser exigido como elemento comprobatório da qualificação técnica de cada proponente.

O princípio de vinculação ao instrumento convocatório, expresso no caput do art. 41 da Lei nº 8.666/93, dispõe: “A administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada”.

A exigência editalícia é lei que rege o certame licitatório e deve ser integralmente cumprida não só por todos os licitantes como também pela Administração Pública.

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO:

Além da lei, o instrumento convocatório da licitação determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei.

A autoridade administrativa dispõe da faculdade de escolha, ao editar o ato convocatório. Porém, nascido tal ato, a própria autoridade fica subordinada ao conteúdo dele. Editado o ato convocatório, o administrado e o interessado submetem-se a um modelo norteador de sua conduta. Tornam-se previsíveis, com segurança, os atos e a serem praticados e as regras que o regerão. Restará margem mínima de liberdade ao administrador, usualmente de extensão irrelevante.

O instrumento convocatório (seja edital, seja convite), cristaliza a competência discricionária da administração, que se vincula a seus termos. Conjugando-se a regra do art. 41 com aquela do art. 4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da administração ao Edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento.” (Comentário a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 8ª Edição, p. 65 e 417).

O edital torna-se lei entre as partes, assemelhando-se a um contrato de adesão cujas cláusulas são elaboradas unilateralmente pelo Estado. Em sendo lei, o edital e os seus termos atrelam tanto a Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos quanto as licitantes sabedoras do inteiro teor do certame.

Somente em situações atípicas o edital pode ser modificado depois de publicado, observado o procedimento adequado para tanto. É o princípio da inalterabilidade do instrumento convocatório.

Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola vários princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: da legalidade, da moralidade e da isonomia.

Entende o Supremo Tribunal Federal:

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA. O Tribunal de origem entendeu de forma incorreta pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa", este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a requerida, não supre a exigência do edital. Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes. (RESP 1178657).

Como não houve impugnação ao Edital no momento oportuno houve a Decadência do Direito (§2º, do art. 41 da Lei 8.666/93). Portanto, não

pode agora na fase de habilitação, haver arguição quando às especificações e exigências do Edital e conseqüentemente, o julgador não teria outra alternativa a não ser seguir os critérios estabelecidos em edital, que é a Lei entre as partes, sob pena de contrariar os princípios da legalidade; da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo e da impessoalidade, senão vejamos:

(...) 1. O Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes. Fonte STJ/1ª Turma. RESP nº 401646/DF, Registro nº 200101829971. DJ 04 de nov. 2002. P. 00154.

No procedimento licitatório, domina o princípio da vinculação ao Edital, que obriga tanto a Administração pública, quanto os licitantes em sua rigorosa observância. Não é lícito, assim, à Administração, salvo disposição legal contrária, fazer exigências não constantes do edital do certame. II – se a impetrante cumpriu as exigências editalícias na espécie dos autos, está apta a participar da licitação. Fonte: TRF/1ª R. 6ª T. REO nº 01000145369/GO. Processo nº 199801000145396. DJ 23 out 2002. P. 197.

Os princípios garantem que uma licitação posta ou instaurada vá até o final com a Administração Pública e os participantes licitantes sabendo o que vai e como vai acontecer a cada instante. Não se pode imaginar surpresas dentro do procedimento licitatório. Não pode a Administração alterar as regras que foram estabelecidas no Edital, bem como, não pode fazer exigências que não tem amparo legal.

Destarte, não importa a vontade do administrador, tão pouco suas opiniões particulares, mas sim a condição de valor jurídico a ser protegido. Importa sim que o poder seja usado sempre em respeito aos princípios do Direito Administrativo.

Com a costumeira vênia e ressaltando o notável saber técnico do ilustre Pregoeiro e de sua equipe de apoio, não pode haver outro resultado se não o de manter a inabilitação da empresa ONESMART, eis que pelas razões deste recurso restou cabalmente demonstrado que as condições do Edital foram feridas e oportunamente não atendidas pela empresa supracitada, fazendo-se assim prevalecer as normas legais, os princípios de direito e a mais lídima e cristalina JUSTIÇA!!

Termos em que,
Pede deferimento

Barueri/SP, 21 de fevereiro de 2020



SINDPLUS ADMINISTRADORA DE CARTÃO SERVIÇOS DE CADASTRO
E COBRANÇA - EIRELI



GUSTAVO DA SILVA DOSUALDO
OAB/SP 354.852