

CONCORRÊNCIA

02/2018

CONTRARRAZÕES.

A

REC.ADM.

(ALCANCE ENGENHARIA)

Ilustríssimo(a) Senhor(a) Presidente da Comissão Permanente de Licitação (CPL)
do Ministério Público da Bahia

Ministério Público do Estado da Bahia
Procuradoria-Geral de Justiça
Número: **003.0.25538/2018** Original
Data: 24/8/2018 Hora:08:17
Qt.Vol.: Recebido por: edsonsantos

Ref.: Concorrência nº 02/2018

ALCANCE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 20.501.854/0001-69, com sede na Rua Teodolino Pereira, 74, Bairro Grão Pará, Teófilo Otoni, MG, CEP 39800-151, por seu representante infra assinado vem, tempestivamente, à presença de Vossa Senhoria, a fim de interpor

CONTRARAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO,

Interposto pela licitante **LIMA DINIZ CONSTRUÇÕES LTDA-EPP**, conforme razões de fato e de direito a seguir articuladas:

I – DOS FATOS

1. Em apertada síntese, verifica-se que a Recorrente fora declarada inabilitada após restar demonstrado através de recurso administrativo interposto pela Alcance Engenharia e Construção LTDA que a empresa Recorrente não atendeu a cláusula 20.7.2, "a" do instrumento convocatório, que versa sobre a comprovação da capacidade técnica operacional exigida pelo edital.

Arthur Felipe
ADVOGADO
OAB/BA 28.994



2. Inconformada com a referida decisão, a Recorrente interpôs Recurso Administrativo em face da sua inabilitação, sustentando, basicamente, que a exigência de capacidade técnica operacional é ilegal, caracterizando restrição à participação no certame.

3. Neste sentido, verifica-se que a tese defendida pela Recorrente se limitou a afirmar que a capacidade técnica pode ser comprovada através de outros meios, sendo objeto de veto presidencial o inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93 que se referia sobre as exigências permitidas para fins de capacidade técnico-operacional, destacando ainda o teor da Resolução 1.025/2009 do Confea, a qual impede a emissão de Certidão de Acervo Técnico emitido em nome de Pessoa Jurídica.

4. Ao final, requereu a sua habilitação com base nos fundamentos apresentados.

5. Entretanto, em que pesem as teratológicas fundamentações apresentadas pela Recorrente, verifica-se que as mesmas não merecem prosperar, na medida em que não encontram amparo com a doutrina e jurisprudência dominante e pacificada sobre a matéria, tratando-se de uma tentativa fracassada de induzir esta douda comissão ao erro, senão vejamos:

III – DAS RAZÕES DE MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE INABILITAÇÃO

6. Conforme exposto acima, e em análise ao instrumento recursal apresentado pela Recorrente, observa-se conforme dito que melhor sorte não lhes assiste, servindo como excelente parâmetro o irretocável Parecer nº 640/2018, de lavra da Assessoria Técnico-Jurídica/SGA do órgão licitante, no qual fora analisado de maneira suficientemente clara e coerente os fundamentos apresentados pela Recorrente, em sede de Contrarrazões ao Recurso Administrativo interposto pela Alcance Engenharia e Construção LTDA, ocasião na qual apontou-se o descumprimento do atendimento da exigência de capacidade técnico-operacional por parte da Recorrente.

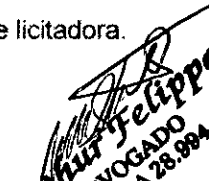
Arthur Felipe
ADVOGADO
OAB/BA 28.994

7. Dessa forma, observa-se que o entendimento sobre a matéria já se encontra superado e pacificado no âmbito do órgão licitante, na medida em que de modo brilhante, todos os argumentos e fundamentos apresentados pela ora Recorrente foram refutados cuidando, inclusive, de esclarecer a existência de duas correntes quanto ao veto contido na Lei nº 8.666/93 relativo à exigência de capacidade técnica-operacional, sendo esclarecido em linhas gerais que, de modo geral, embora existente duas correntes acerca da matéria, a corrente predominante é no sentido de que é legítima a exigência de capacidade técnica-operacional das licitantes, servindo essa para comprovar o *know how* da mesma em executar serviços com características semelhantes.

8. Não obstante, e novamente abordando o mérito da questão o qual – frise-se – já fora discutido no âmbito do presente processo licitatório, verifica-se que melhor sorte não assiste à Recorrente, na medida em que, não só é legítima a exigência editalícia quanto à capacidade técnica-operacional, como também, tratava-se de exigência explícita contida no instrumento convocatório o qual, por sua vez, em momento algum fora impugnado pela Recorrente, motivo pelo qual, não há que se falar, neste momento, do cabimento ou não das exigências ali contidas na medida em que, podendo exercer o direito de impugnação ao edital e não o fazendo, o particular vincula-se aos termos ali consignados, não sendo legítima a sua discussão em momento posterior.

9. Assim, agiu com acerto até o presente momento a Administração ao inabilitar a Recorrente, vez que não se apresenta como razoável à Administração ignorar as exigências por ela mesmo consignadas no instrumento convocatório, sob pena de ocorrer a violação direta ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, o qual, segundo o doutrinador Hely Lopes Meirelles assim conceitua:

“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.


Arthur Felipe
ADVOGADO
OAB/BA 28.894

Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital o modo e forma de participação dos licitantes, bem como as condições para a elaboração das 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. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação (art. 41)." (grifei)

10. Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça esposou referido entendimento:

"2. Na salvaguarda do procedimento licitatório, exsurge o princípio da vinculação, previsto no art. 41, da Lei 8.666/1993. Que tem como escopo vedar à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sob essa ótica, o princípio da vinculação se traduz na regra de que o instrumento convocatório faz lei entre as partes, devendo ser observados os termos do edital até o encerramento do certame." (REsp 1.384.138/RJ, 2º T., rel. Min. Humberto Martins, j. em 15.08.2013, DJe de 26.08.2013).

11. E ainda, o Tribunal de Contas da União compartilha do mesmo entendimento:

"4. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expresso no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, dispõe: 'A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada.'

5. 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.

6. 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.

Arthur Felipe
ADVOGADO
OAB/BA 28.984

7. 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, além dos já citados anteriormente". (Acórdão 2.367/2010, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo).

12. Além disso, conforme dito, é cediço que todos os licitantes possuem pleno acesso ao edital e seus termos, de maneira que caso a Recorrente houvesse identificado alguma ilegalidade ou dúvida quanto às exigências ali contidas, poderia impugnar o edital publicado, conforme prevê o art. 41, §2º da Lei nº 8.666/93, sendo que o não exercício do referido direito implica na aceitação dos termos consignados no instrumento convocatório, estando vinculado a partir de então não só os licitantes interessados, como também a própria Administração, senão vejamos:

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

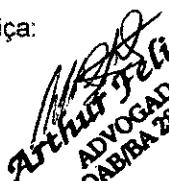
(...)

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso." (grifei)

13. Sobre o tema, válidas são as lições do autor supracitado, na medida em que segundo ele:

"A Lei 8.666/1993 determina que o silêncio do interessado acerca do vício do edital acarreta-lhe a impossibilidade de argui-lo posteriormente. Qualquer vício deve ser objeto de imediato protesto por parte do licitante, sob pena de o silêncio constituir obstáculo a posterior questionamento."

14. Vasta é a jurisprudência neste sentido, motivo pelo qual se pede vênias para transcrever alguns julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça:


ADVOGADO
OAB/BA 28.984



"2. Recurso especial que se provê ao argumento de que, embora não possa ser afastado o direito legítimo de o licitante impugnar o edital se constatar que o mesmo encontra-se eivado de vício. Contudo não há que se esquecer que os prazos para impugnação do edital por parte do licitante não podem permanecer em aberto *ad eternum* sob pena de se instalar a insegurança nas relações jurídicas geradas pelo ato convocatório. Ademais, a recorrida teve conhecimento dos índices eleitos pela Administração, participou do certame e apenas quando considerada inabilitada, recorreu ao Poder Judiciário pleiteando a sua reinclusão no certame como habilitada ou a declaração de nulidade do Edital e conseqüentemente, da licitação" (REsp 613.262/RS, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. em 1º.06.2004, DJ de 05.08.2004). (grifei)

"I – O Edital é elemento fundamental do procedimento licitatório. Ele é que fixa as condições de realização da licitação, determina o seu objeto, discrimina as garantias e os deveres de ambas as partes, regulando todo o certame público.

II – Se o Recorrente, ciente das normas editalícias, não apresentou em época oportuna qualquer impugnação, ao deixar de atendê-las incorreu no risco e na possibilidade de sua desclassificação, como de fato aconteceu" (RMS 10.847/MA, 2ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. em 27.11.2001, DJ de 18.02.2002). (grifei)

15. Já no que diz respeito à suposta ilegalidade quanto à exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional, conforme exposto inicialmente, não tem lugar os argumentos e fundamentos sustentados pela Recorrente, haja vista tratar-se de tema já pacificado no âmbito do nosso ordenamento jurídico.

16. Assim, tem-se que a capacidade técnica operacional refere-se à estrutura que a empresa possui para realizar o empreendimento (equipamentos, equipe técnica, conhecimento do problema, fornecedores, etc) e deve ser comprovada por meio da

Arthur Felipe
ADVOGADO
OAB/BA 28.994

experiência da empresa na realização de contratos de obras similares, não se limitando, pura e simplesmente, à capacidade técnica comprovada pelo seu corpo técnico.

17. O próprio Tribunal de Contas da União compartilha de tal entendimento, conforme se depreende do trecho abaixo transcrito proferido em um dos seus julgados sobre o tema:

"A capacidade técnico-operacional da empresa não é afastada em razão de mudanças do seu responsável técnico". (TCU. Acórdão nº 478/2015. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. DOU, 25 mar. 2015).

18. Coadunando com o que fora dito, o autor Marçal Justen Filho, em sua obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16ª ed. se posiciona da seguinte maneira sobre o tema:

"O desempenho profissional e permanente da atividade empresarial conduz ao desenvolvimento de atributos próprios da empresa. Um deles seria sua capacidade de executar satisfatoriamente encargos complexos e difíceis. **Utiliza-se a expressão "capacitação técnica operacional" para indicar essa modalidade de experiência, relacionada com a ideia de empresa.** Não se trata de haver executado individualmente uma certa atividade, produzida pela atuação pessoal de um único sujeito. **Indica-se a execução de um objeto que pressupõe a conjugação de diferentes fatores econômicos e de uma pluralidade (maior ou menor) de pessoas físicas (e, mesmo, jurídicas).** O objeto executado revestia-se de complexidade de ordem a impedir que sua execução se fizesse através da atuação de um sujeito isolado. Portanto, não se tratou de experiência pessoal, individual, profissional. Exigiu-se do sujeito a habilidade de agrupar pessoas, bens e recursos, imprimindo a esse conjunto a organização necessária ao desempenho satisfatório. Assim, a experiência seria das pessoas físicas – mas não dessas pessoas individualmente. Esse conjunto de pessoas físicas enfrentou desafios e problemas e os resolveu através da conjugação de seus esforços comuns. Cada uma das pessoas físicas, isoladamente, contribuiu com uma parcela para o êxito conjunto. Portanto, a perspectiva de enfrentar problemas no futuro e continuar a superá-los pressupõe a manutenção dessa organização.

Arthur Felipe
ADVOGADO
OAB/BA 28.994

7 


A qualificação técnica operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública." (grifo nosso)

19. O citado autor, ao justificar a posição adotada diante das duas correntes acerca da interpretação do veto mencionado pela Recorrente contido no inciso II, art. 30 da Lei nº 8.666/93, esclarece com o brilhantismo e simplicidade que lhes é inerente a razão de ser e, portanto, legitimidade, da exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional por parte da Administração, consignando o seguinte entendimento:

"(...) A exigência acerca de experiência anterior no âmbito empresarial não deriva de conveniência suprimível por parte do legislador. É relevante apurar a idoneidade do licitante e submeter sua participação à comprovação objetiva de atuação satisfatória anteriormente. Essa comprovação não pode fazer-se apenas por via da capacitação técnica profissional. Esse é um dos ângulos através do qual pode avaliar-se as condições de execução satisfatória do objeto licitado. Mas em várias hipóteses, nem sequer essa é a via mais adequada para tanto. Basta considerar todos os casos de serviços não relacionados ao exercício de profissões regulamentadas. Excluir a possibilidade de requisitos acerca de capacitação técnica operacional conduz, em termos gerais, a colocar em risco a execução satisfatória da futura contratação. A Administração Pública poderá contratar sujeito sem experiência necessária à execução de certo objeto contratual.

(...)

Diante disso, deve-se adotar para o art. 30 interpretação conforme à Constituição. A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação técnica operacional não significa vedação à sua previsão. A cláusula de fechamento contida no § 5º não se aplica à capacitação técnica operacional, mas a outras exigências." (grifo nosso)


Arthur Felipe
ADVOGADO
OAB/BA 28.994

8 

20. A jurisprudência a respeito da matéria também já se posicionou reiteradas vezes quanto à legalidade e possibilidade de exigência de comprovação de capacitação técnica operacional por parte da licitante, conforme se depreende dos julgados abaixo colacionados:

“MANDADO DE SEGURANÇA, CONCORRÊNCIA PÚBLICA, EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACITAÇÃO “TÉCNICO-OPERACIONAL” DA EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA.

- A exigência não é ilegal, se necessária e não excessiva, tendo em vista a natureza da obra a ser contratada, prevalecendo, no caso, o princípio da supremacia do interesse público. Art. 30, da Lei das Licitações.

- A capacitação técnica operacional consiste na exigência de organização empresarial apta ao desempenho de um empreendimento, situação diversa da capacitação técnica pessoal.

- Por conseguinte, também não se reconhece ilegalidade na proposição quando a exigência está devidamente relacionada com o objeto licitado, inexistindo qualquer alegação de excessividade, ou seja, de exigência de experiência anterior superior, mais intensa ou mais completa do que o objeto licitado.

- Exegese do dispositivo infraconstitucional consoante à Constituição, às peculiaridades do certame e suma exigência da supremacia do interesse público, haja vista que o recapeamento de um trecho do asfalto de uma cidade, como a de São Paulo, deve ser executado imune de qualquer vício de sorte a não fazer incidir serviços contínuos de reparação.” (REsp 331.215/SP, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, em 26.03.2002, DJ de 27.05.2002).

“13. De fato, o entendimento deste Tribunal é no sentido de que existe base legal para a exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional. Entretanto, deve haver razoabilidade para que seja estabelecida. Cabe ao gestor público avaliar tecnicamente a necessidade de que a vencedora demonstre experiência na execução do objeto. Todavia, esse critério não deve implicar a mitigação do caráter competitivo do certame, com imposições que limitem a


Arthur Felipe
ADVOGADO
OAB/BA 28.994

9



abrangência da disputa." (Acórdão 2.304/2009, Plenário, rel. Min. José Jorge).


"40. Em diversas assentadas, este Tribunal reconheceu como válida a exigência de comprovação de ambos os ângulos da capacitação técnica, que deverá abranger tanto o aspecto operacional (demonstração de possuir aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto do certame) como o profissional (deter, no quadro permanente, profissionais aptos a executar serviço de características semelhantes àquele pretendido pela Administração). Nesse sentido, vale destacar as Decisões nº 395/95-Plenário, 432/96-Plenário, 217/97-Plenário, 285/00-Plenário, 2.656/2007-Plenário, bem como o Acórdão nº 32/2003-1ª Câmara." (Acórdão 1.265/2009, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).

"2. A ausência de explícita referência, no art. 30, da Lei 8.666/93, a requisitos de capacitação técnico-operacional, não significa vedação à sua previsão, de modo que sua exigência, no edital, não fere o caráter competitivo do certame licitatório." (Acórdão 1.524/2006, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).

21. Isto posto, diante das fundamentações ora apresentadas, conclui-se não ser possível aceitar a Recorrente como habilitada devendo ser improvido o Recurso Administrativo por ela interposto, na medida em que deixou de atender, claramente, a exigência relativa à comprovação de qualificação técnica operacional exigido na cláusula 20.7.2, "a" do edital devendo, portanto, ser afastada a sua pretensão.

III – DO PEDIDO

22. Portanto, face ao exposto, solicitamos à esta douta comissão de Licitação a manutenção da decisão que inabilitou a Recorrente **LIMA DINIZ CONSTRUÇÕES**


Arthur Felipe
ADVOGADO
OAB/BA 28.994

10 

LTDÁ-EPP, pelas razões aqui articuladas, não merecendo reparos a decisão anteriormente proferida.

Nestes Termos
Pede Deferimento

Teófilo Otoni, 23 de agosto de 2018



Ricardo Andrade Macedo
Alcance Engenharia e Construção LTDA



Arthur Felipe
ADVOGADO
OAB/BA 28.994

Anexos:

- Parecer nº 640/2018 lavrado pela Assessoria Técnico-Jurídica/SGA do órgão licitante

PROCURAÇÃO

OUTORGANTE: **ALCANCE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA**, pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob o nº 20.501.854/0001-69, situada na Rua Teodolino Pereira, nº 74, Bairro Grão Pará, Teófilo Otoni/MG, neste ato representada por seu Representante Legal, Ricardo Andrade Macedo, brasileiro, inscrito no CPF sob o nº 060.904.176-29 nomeia por seu(s) representante(s) legal(is) *in fine* assinado(s).

OUTORGADO: **ARTHUR FELIPPE ALMEIDA HENRIQUE DOS SANTOS**, brasileiro, inscrito na OAB/Ba sob nº 28.994, com escritório profissional à Alameda das Cajazeiras, nº 219, bairro Caminho das Árvores, Salvador/BA.

Pelo presente instrumento particular de mandato o outorgante supra, nomeia e constitui seu bastante procurador o Advogado acima qualificado, ao qual outorga os poderes especiais para representa-la perante ao Ministério Público da Bahia – MPBA para fins de apresentação e protocolo de contrarrazão relativo ao Processo Licitatório Concorrência nº 02/2018, podendo dito procurador, praticar todos os atos indispensáveis ao fiel cumprimento deste mandato.

Teófilo Otoni/MG, 23 de agosto de 2018



ALCANCE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA