

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PPRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES
DA PREFEITURA MUNICIPAL DE NAZARÉ PAULISTA-SP**

Ref.:Edital nº CP. 007/2018
Ato Administrativo de inabilitação em Licitação



D. APARECIDO BUENO TRANSPORTES – ME CNPJ 348.818-78, já devidamente qualificado nesta Municipalidade, e perante o processo administrativo, e nos termos da ATA DE SESSÃO DE ABERTURA E JULGAMENTO DOS ENVELOPES DE HABILITAÇÃO, vem, tempestivamente, por seu representante legal que esta perante V. Sa., apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

com as inclusas razões, com fulcro no artigo 109, inciso I, alínea a e demais dispositivos legais pertinentes à matéria, da Lei Federal nº 8.666/93, c/c demais diplomas legais inerentes a matéria, exercendo seu DIREITO DE PETIÇÃO, assegurado no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea a, da Constituição Federal, expor e requerer o que segue:

1 – PRELIMINARMENTE

Em primeiro plano, sobre o direito de petição, a RECORRENTE transcreve ensinamento do professor José Afonso da Silva, em sua obra “Direito Constitucional Positivo”, ed. 1.989, página 382:

“É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a que é dirigido escusar-se de pronunciar sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação”.

Também o renomado Mestre Marçal Justen filho, “in” Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª ed., pág. 647 assim assevera:

“A Constituição Federal assegura, de modo genérico, o direito de petição (art. 5º, XXXIV, a), como instrumento de defesa dos direitos pessoais, especialmente contra atos administrativos inválidos. Além disso,

a Constituição assegura a publicidade dos atos administrativos (art. 37) e o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inc. LV).”

Assim, requer a RECORRENTE que as razões aqui formuladas sejam devidamente autuadas e, se não acolhidas, o que se admite apenas e tão somente “ad argumentandum”, que haja uma decisão motivada sobre o pedido formulado.

1.1. - DO EFEITO SUSPENSIVO

Requer a RECORRENTE, sejam recebidos as presentes razões e encaminhadas à autoridade competente para sua apreciação e julgamento, em conformidade com o artigo 109, parágrafos 2º e especialmente o contido no 4º da Lei nº 8.666/1993, concedendo efeito suspensivo à inabilitação aqui impugnada até julgamento final na via administrativa.

“Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

§ 2o O recurso previsto nas alíneas a e b do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

(...)

§ 4o O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.”

2 - DOS FATOS E DO DIREITO

Atendendo ao chamamento da Prefeitura de Nazaré Paulista-SP para o certamente licitacional, a RECORRENTE participou de Licitação Pública sob a modalidade de CONCORRÊNCIA Pública, 007/2018.

Devidamente representada, por meio de seu único proprietário, Sr. Dirceu Aparecido Bueno, no dia do julgamento da habilitação, a RECORRENTE entregou dois envelopes: um contendo a documentação e o outro a proposta comercial, nos exatos termos editalícios observados os dispostos na lei maior.

Na mesma sessão, estavam presentes mais três empresas, dos quais restando de plano habilitadas as empresas: Gestão e Guarda de Veículos Eirelli; Luciana Del Rey Guincho Eirelli e pela inabilitação da empresa APA e da ora recorrente D. Aparecido Bueno Transportes ME, por em tese **“apresentar declaração que não condiz com o atestado de capacidade técnica exigido no edital”**, abrindo-se o prazo de 05 dias para a interposição de recurso.

Fica aqui desde logo que a licitação busca salvaguardar a proposta mais vantajosa para a o poder público, e que o atestado de capacidade técnica não possui e não pode ter o condão de possuir uma norma pré estabelecida, não foi essa a intenção do legislador ao estabelecer a capacidade técnica! Ao contrário se impõe a restrição sem causa ao direito de participação em certames públicos, e a livre concorrência!!

Isso porque o RECORRENTE, atendeu o disposto no objeto editalício, constantes no item 4.1.3. (a) e (b) QUALIFICAÇÃO TECNICA, as pags. 8 de 42 do edital, conforme abaixo se aduzirá na melhor forma do direito positivado.

Ab initio, cumpre verificar que o artigo 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993 preleciona que:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991. [...]

(grifei)

Em outras palavras a licitação busca a proposta mais vantajosa aparta a administração, com um numero maior de participantes, sem a inclusão de clausulas ou condições meramente postergatórias e burocráticas que afastem o caráter competitivo, certamente não é esse o espírito que imbuí esse d. Comissão de licitações.

Explico:

Ora o RECORRENTE, fez juntar em seu acervo técnico a Portaria nº 001/2018 da Delegacia de Polícia Judiciária de Nazaré Paulista-SP, ao qual confere ao RECORRENTE, mesmo que a título precário, o encargo de toda a prestação de remoção e guarda de veículos, carros, motos e caminhões no Município de Nazaré Paulista, ora há de se entender que é documento técnico que atesta sua capacidade, do contrário não estaria o RECORRENTE exercendo hoje esse serviço, o que pugna pela reavaliação e aceite desta Comissão, tratando-se ainda de documento revestido de fé pública, emitido por autoridade da Polícia Judiciária.

Igualmente a RECORRENTE já vem realizando referido serviços desde de 22 de fevereiro de 2016, por razão da desistência do guincho Vapt Vupt, vindo a RECORRENTE a socorrer na remoção e na guarda deste veículos durante todo este período, conforme consta no documento acostado ao processo editalício e na narrativa da Portaria da Delegacia de Polícia, não havendo razões mínimas para a não aceitação do documento apresentado, sob pena de afastamento sem justa causa do RECORRENTE.

Chama atenção da RECORRENTE, que o TERMO DE REFERENCIA ANEXO I, que trata da concessão a título oneroso, 3.3.1 pag. 20 de 42 e 3.3.3.DA ÁREA, pag, 21 de 42, tratam de necessidades futuras, ou seja o verbo é empregado no futuro, “Os guinchos deverão estar...” “o pátio deverá ter...” o que justamente vem em desencontro de “Outras Exigências” constantes na pag. 31 de 42.

Observamos que o disposto no art. 30 e incisos da Lei 8.666/93, foi atendido pela RECORRENTE, quando da apresentação de sua capacidade técnica, muito embora, o edital de forma confusa faz menção a exigência futura, conforme brevemente demonstrado, mesmo porque o prazo para a instalação remonta em até 180 (cento e oitenta) dias

Nesse sentido, cabe consignar que o RECORRENTE, foi a única empresa que apresentou pátio já estabelecido e em operação dentro do raio de 15 quilômetros da Prefeitura Municipal de Nazaré Paulista, nenhuma das outras empresas cumpriu esse requisito editalício, constante na pag. 30 de 42. devendo serem inabilitadas, porque suas instalações não atendem a especificação exigida no edital, e caso venham a serem vencedoras terão que, adquirir uma área, ARGUMENTO ESSE QUE DEVE SER LEVADO A DISCUSSÃO DA COMISSÃO.

Se em entendimento contrário da Comissão o que só se admite a título exemplificativo, *demonstrará haver vedações, que não resolvem a questão da lide aqui formada.*

Na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a questão já foi amplamente debatida. Veja-se o que consta do Relatório que fundamentou o Acórdão 6.215/2015 – 1ª Câmara:

Referida exigência de capacitação já foi, por diversas vezes, alvo de debate no âmbito deste Tribunal, havendo farta jurisprudência consagrando a tese de que se trata de imposição restritiva ao caráter

competitivo dos certames e que fere o princípio da isonomia. Esse entendimento está sintetizado no sumário do Acórdão 800/2008 – Plenário:

Restringe o caráter competitivo do certame a inclusão de cláusula exigindo, na fase de habilitação, que a empresa licitante já possua CAPACIDADE INSTALADA, sendo certo ainda que o contrato pode se efetivar em até 180 dias após a publicação

Além do **decisum** mencionado, outros prolatados posteriormente são no mesmo sentido, indicando a pacificação do tema: Acórdãos 2.150/2008, 1.495/2009, 935/2010, 1.339/2010, 2.951/2012 e 669/2015, todos do Plenário deste Tribunal.'

(grifei)

E continuo

Conforme defende Joel de Menezes Niebuhr:

A Administração não é permitido exigir atestados de capacitação técnica em função de parcelas insignificantes e irrelevantes no que concerne ao objeto do contrato. A exigência de atestados está restrita à parte principal do objeto do contrato. A Administração não deve se ater em minúcias e em partes que não requeiram realmente a comprovação da experiência regressa dos licitantes e dos profissionais à sua disposição.

Aliás, a exigência de valor no documento que atesta a capacidade técnica da empresa também é contrário à Lei nº 8.666/93, cujo § 5º do art. 30 veda a exigências que inibam a participação na licitação e não estejam previstas nessa Lei:

"É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação a participação na licitação"

(grifei).

Marçal Justen Filho ao discorrer sobre a conceituação de qualificação técnica é enfático ao asseverar que

"A legislação vigente não proíbe as exigências de qualificação técnica, mas reprime exigências desnecessárias ou meramente formais. A regra geral é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas"

(grifei).

A exigência de qualificação técnica nas licitações deve limitar-se àquelas "indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações", nos termos do disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Sobre o tema o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que:

"A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível' (ADI 2716, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2007). Por fim, deve ser observado que a exigência de valor no atestado para fins de qualificação técnica de licitante, quando o objeto da licitação é adverso e nada tem de identidade com esse (valor), constitui violação ao disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, notadamente se tal exigência for considerada para fins de inabilitação de licitante.

Logo impõe-se que, a RECORRENTE cumpriu as exigências previstas no edital, e mais foi a única que atendeu o disposto da localização geográfica no raio de 15 km da Prefeitura de Nazaré Paulista.

Nesse sentido, é o entendimento do STJ, senão, vejamos:

EMENTA - ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - PRELIMINAR DE PRECLUSÃO CONSUMATIVA AFASTADA - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (MERENDA) - INABILITAÇÃO - FALTA DE COMPROVAÇÃO DE REGISTRO PERANTE CONSELHO REGIONAL DE NUTRIÇÃO DO LOCAL DA LICITAÇÃO - DESNECESSIDADE - CLÁUSULA EDITALÍCIA OFENSIVA AO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE. (Recurso R. Especial nº 1.155.781/ES, Órgão Julgador Segunda Turma do STJ, julgado em 01/06/2010, Relatora Ministra Eliana Calmon)

Importante destacar os artigos 30, inciso I e 41 da Lei de Licitações, veja-se:

*"Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;*

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

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 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.

§ 3o A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

§ 4o A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes.”

Sobre o princípio da competitividade, diga-se que é a essência da licitação, porque só se pode promover o certame, esta disputa, aonde houve competição. Com efeito, aonde há competição, a licitação não só é possível, como em tese, é obrigatória. Se ela não existe, a licitação é impossível de ocorrer.

Pois bem.

No caso aqui in concreto, a inabilitação da RECORRENTE de forma ilegal, impede a realização da licitação, pois haverá um número pequeno de reais participantes, o que vem em desencontro ao art. 3º da Lei de licitações, cujo objetivo é um numero maior de participantes, buscando assim o melhor preço., devendo-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição.

3 DO PEDIDO

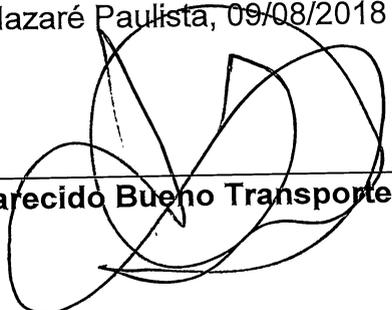
Assim, diante de tudo ora exposto, a RECORRENTE requer digno-se V. Exa. Conhecer as razões do presente RECURSO ADMINISTRATIVO, dando-lhe PROVIMENTO, culminando assim com sua HABILITAÇÃO, declarando-se a RECORRENTE habilitada para prosseguir no pleito, como medida da mais transparente .

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que a Comissão de Licitações **Justiça!**

In fine, reconsidere sua decisão e, não sendo este o entendimento, faça este recurso subir, devidamente informado, à autoridade superior, em conformidade com o parágrafo 4º, do artigo 109, da Lei nº 8.666/1993, observando-se ainda o disposto no parágrafo 3º do mesmo artigo.

Nesses termos,
Pede deferimento.

Nazaré Paulista, 09/08/2018


D. Aparecido Bueno Transportes ME