

Pregão/Concorrência Eletrônica

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILMO.(A) SR.(A) PREGOEIRO DESIGNADO DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO PIAUÍ

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO nº 02/2023 MODALIDADE: PREGÃO ELETRÔNICO TIPO: MENOR PREÇO
OBJETO: Serviço de fornecimento de lanches tipo coffee-break para o TRE-PI. DATA: 13 de janeiro de 2023
HORÁRIO: 08h30 – Horário de Brasília ENDEREÇO: <https://www.gov.br/compras>
MODO DE DISPUTA: DECRETO nº 10.024/2019 – ABERTO

A empresa L H L DE ASSIS & CIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ 26.752.483/0001-74, com sede à Rua David Caldas, nº 1117, Sala 01, Bairro Vermelha, Teresina/PI, neste ato representado por seu sócio administrador LUIZ HENRIQUE LEITE DE ASSIS, devidamente qualificado nos documentos acostados ao procedimento licitatório em epígrafe, e fundado nos dispositivos legais pertinentes à matéria, vem, perante V. Sr., apresentar RECURSO ADMINISTRATIVO na forma da Legislação de regência da matéria.

I – DO BREVE ESCORÇO FÁTICO

O Recorrente, anteriormente, em forma e tempo adequado, apresentou impugnação ao edital pelas exigências que cingem o presente recurso, no caso exigências de apresentação de documentos autenticados por conselho de classe que tão somente restringem o caráter competitivo da licitação. O que é vedado pela legislação.

Não acatada as razões da impugnação, o Ilmo. Pregoeiro do feito desclassificou a Recorrente pelos mesmos motivos da já alertada restritividade ao certame.

Insatisfeito com a impropriedade, a Recorrente apresenta suas razões de recurso, revisitando a fundamentação trazida outrora e apresentando também novas.

II. DAS RAZÕES DO RECURSO

Os princípios que regem as licitações públicas vêm insculpidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 3º da Lei nº. 8.666/93, com destaque à supremacia do interesse público na BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA.

No caso em análise, para que tal objetivo seja alcançado, imperioso superar algumas restrições e ilegalidades que maculam o certame, conforme passa a demonstrar.

No presente caso, extrapolando a finalidade contida na lei, o edital previu exigências abusivas, tais como as previstas nos itens 9.1.3., "b" e "d", in verbis:

- b) Prova de registro do profissional responsável técnico pela empresa junto ao Conselho Regional de Nutricionistas.
- d) Atestado de Capacidade Técnica Profissional devidamente registrado no Conselho Regional de Nutrição, da Certidão, expedida por este Conselho, que comprove que o licitante tenha executado, para órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta, federal, estadual, municipal ou ainda, para empresas privadas, serviços pertinente e compatível em características com o objeto licitado;

No início de nossas reflexões, é imprescindível que sejamos atentos ao fato de que a documentação de habilitação tem como objetivo avaliar a idoneidade e a competência da empresa a ser contratada pela Administração. Em particular, essa documentação é relevante para a verificação da qualificação técnica da empresa, o que permite uma análise da aptidão técnica das empresas para a execução do objeto a ser contratado. Dessa forma, tanto a empresa quanto seus profissionais podem ser submetidos a essa exigência, dividindo-se a documentação em capacidade técnica-operacional, relacionada à pessoa jurídica a ser contratada, e capacidade técnica-profissional, referente aos profissionais que executarão o objeto.

No presente caso, o foco está na capacidade técnica-operacional, na qual apenas documentos comprobatórios de que a empresa já realizou, em um momento anterior, objeto semelhante ao que está sendo licitado serão exigidos.

Não por acaso, a lista de documentos que podem ser requeridos para este fim está prevista no Art. 30 da nossa Lei de Licitações, sendo compreendida como o máximo que pode ser exigido e não como o mínimo, o que significa que nada mais poderá ser requerido além da documentação mencionada na lei. Isso pode ser facilmente compreendido quando se considera o uso, pelo legislador, da expressão "EXCLUSIVAMENTE" no caput do Art. 27.:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: (...)

A exceção ao disposto no dispositivo legal fica restrita tão somente a exigências contidas em leis especiais, conforme entendimento uníssono do Tribunal de Contas:

EXCLUSIVAMENTE significa que nada mais poderá ser exigido além da documentação mencionada nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993, a não ser que a exigência refira-se a leis especiais. (Tribunal de Contas da União, Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudências do TCU, 4ª ed., 2010, p.33)

Nesse contexto, é importante destacar que ainda existe uma confusão quanto às resoluções emitidas pelos Conselhos de Classe, que supostamente supririam normas que deveriam ser estabelecidas por leis. Isso ocorre porque não está compreendido nas atribuições dos Conselhos de Classe o poder de legislar, sendo essa competência exclusiva dos legislativos federal, estadual e/ou municipal. No caso em questão, a imposição de condições para o exercício profissional é uma competência privativa da União, conforme previsto no inciso XVI do Art. 22 de nossa Constituição Federal.:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

Não obstante, tem-se que o egrégio Tribunal de Contas da União já se manifestou acerca das exigências de capacidade técnica serem as imprescindíveis e mínimas a proverem segurança à Administração na prestação dos serviços pretendidos, conforme pode-se inferir do Acórdão 891/2018:

A exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência a mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados (ACÓRDÃO 891/2018 – PLENÁRIO)

Atentemo-nos que o entendimento prolapado no acórdão sobredito, não traz em seu bojo inovação alguma, decorrendo tão somente da literalidade do disposto no inciso XXI do Art. 37 de nossa Constituição Federal, a seguir:

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.

Diante disso, tendo em conta que nossa Carta Magna impôs restrições às exigências de qualificação técnica quando estas não são necessárias, é necessário avaliar cuidadosamente a pertinência ou não da proposta imposição. Isto porque tal imposição poderia configurar uma exigência supérflua e, conseqüentemente, excessiva, prejudicando o caráter competitivo e equânime que deve ser respeitado sempre que possível em todos os processos licitatórios.

Diante desta perspectiva, a exigência de inscrição junto ao Conselho Regional de Nutrição, destoa sobremaneira da jurisprudência das cortes de contas, configurando clara restrição à competitividade do certame, vez que para a realização da referida inscrição, há dependência direta do alvará de funcionamento.

Isto posto, passamos a abordar acerca da exigência para efetivação da inscrição dos estabelecimentos junto ao Conselho Regional de Nutrição: a necessidade de possuir em seu quadro profissional nutricionista devidamente inscrito e regular, esta sim, de suma importância para segurança da prestação dos serviços pretendidos.

Assim, o requisito supra exposto contempla, sobremaneira, a necessidade da Administração em se assegurar de que haja o devido acompanhamento quanto a perfeita qualidade dos alimentos e refeições, bem como ao cumprimento das boas práticas na manipulação dos alimentos, atendendo a exigência legal de que a oferta de alimentos seja precedida de supervisão de profissional técnico.

Apercebamo-nos que o posicionamento do TER tem efeito reverso aop da ampla concorrência, porto quer cuidaria em trazer maior competitividade ao certame, se permitisse que interessados, se sagrando vencedoras, contratassem o respectivo profissional devidamente inscrito no Conselho.

Importa aqui ressaltar que, quanto a necessidade de contratação do profissional em comento, a Administração deve se acautelar de não condicionar a participação das interessadas à existência prévia de um contratado, o que ensejaria gastos desnecessários a maioria dos pretendentes, vez que é possível apenas um sair como vencedor. Assim, deveria ser possibilitado aos mesmos que a comprovação de vínculo ocorra por meio de contrato futuro.

Não menos considerável, deve-se evidenciar que as atividades exercidas pelo profissional nutricionista são passíveis de fiscalização pelo Conselho Regional de Nutrição.

A prática, de substituição da inscrição do estabelecimento junto ao Conselho Regional de Nutrição pela exigência de contratação de profissional nutricionista, é tão admissível e benéfica à Administração, encontrando total respaldo junto ao Poder Judiciário, que fora recomendada por magistrado quando da realização de certame licitatório semelhante, conforme pode-se deduzir da leitura da manifestação do pregoeiro quando em pronunciamento em sede de informações em Mandado de Segurança, como se segue:

"Por determinação do Excelentíssimo Senhor Juiz da 1 Vara Federal de rio branco-AC, em reunião realizada dia 29 de janeiro de 2015 foram feitas as seguintes alterações no Edital Pregão n. 09/2014 e Termo de Referência, após as alterações foi republicado sob o número 03/2015, com data de abertura prevista para o dia 19/02/2015, às 11:00 horas horário de Brasília.

(...)

b) Foi substituída a redação do item 10.3.4. , letra d, onde lia-se a empresa deverá ter cadastro no Conselho Regional de Nutrição, foi substituído por: A empresa deverá contar no seu quadro efetivo de funcionários um(a) nutricionista com registro regular no Conselho Regional de Nutrição da CRN-7ª Região, para que o mesmo assuma a responsabilidade técnica da empresa, assumindo assim o planejamento, coordenação, direção, supervisão e avaliação na área de alimentação e nutrição, conforme disposto na Resolução CFNº419/2008." (Processo nº

0000457-63.2015.4.01.3000 – 1º Vara Federal)

Ratificando a prática, tem-se a sentença judicial a qual contemplou a alteração promovida:

9. Quanto ao mérito, tem-se que a decisão concessiva da medida liminar apreciou tão somente as alegações relativas aos itens 'a' e 'b' constante do parágrafo 2 da presente sentença, a qual foi posteriormente revogada, pelos seguintes fundamentos: 2. Considerando que as razões que justificaram a decisão liminar de fls.140/143 não mais subsistem em face da alteração promovida pela autoridade impetrada no Edital Pregão n. 09/2014 e Termo de Referência, conforme comprovam o novo edital confeccionado sob o n. 03/2015 (item 10.3.4, letra "d", do Edital n. 03/2015 – fls. 196/197 e item 6.1.4. do Anexo I – Termo de Referência – fl. 220), DEFIRO o pedido formulado pela autoridade impetrada e pela União, pelo que REVOGO a liminar anteriormente deferida.

Neste desenrolar, com base na leitura da liminar concedida e da sentença promulgada, conclui-se que, o MM. Juiz interpretou que a inscrição junto ao Conselho Regional se fazia medida excessiva e restritiva a competição, sendo a presença do profissional nutricionista no quadro da empresa, suficiente para atender o interesse público de supervisão quando da preparação da alimentação.

Por conseguinte, tem-se que o certame em tela deve atender a todas as exigências legais, cumprindo de preservar um dos pressupostos básicos das licitações, que é o da ampla competitividade, permitindo que um número maior de interessados participem do certame e, sagrando-se vencedoras, contratem profissionais que atendam às exigências, não afrontando assim o disposto no inciso I do § 1º do Art. 3º, de nossa, até então, lei maior das licitações (Lei Federal 8.666/93):

Art. 3º (...)

§ 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;
(original sem destaques)

A exigência de cumprimentos às normas, em fase posterior a Habilitação, somente da empresa contratada pela Administração, se demonstra por demais razoável conforme pode ser apreciado na doutrina do Tribunal de Contas da União:

"... Conforme bem destacou o Sr. Analista de Controle Externo, este Tribunal tem entendido que somente no momento da contratação da licitante vencedora é que a entidade poderá exigir a comprovação de inscrição junto ao órgão de fiscalização profissional do local onde o serviço será prestado." (Acórdão nº 979/2005, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

Superada a questão da desnecessidade de exigência de inscrição junto ao Conselho Regional de Nutricionistas, pelos arazoamentos acima expostos, cabe tão somente nos assentarmos quanto a solicitação da Comissão de Licitações de que os atestados de capacidade técnica sejam devidamente registrados.

Conforme inicialmente aventado, a capacidade técnica se divide em capacidade técnica-operacional e técnica-profissional, já tendo o Tribunal de Contas se manifestado que, a exigência de registro, contida no § 1º do Art. 30 da Lei Federal 8.666/93, limita-se tão somente à capacidade técnica-profissional não alcançando a aptidão técnica-operacional, conforme pode ser compreendido das palavras do Ministro Relator Augusto Sherman, no Acórdão 3094/2020-Plenário:

ÁREA: Licitação | TEMA: Qualificação técnica | SUBTEMA: Conselho de fiscalização profissional

Outros indexadores: Atestado de capacidade técnica, Capacidade técnico-profissional, Capacidade técnico-operacional, ART, CREA Publicado: Informativo de Licitações e Contratos nº 404 de 08/12/2020; Boletim de Jurisprudência nº 337 de 07/12/2020

"É irregular a exigência de que o atestado de capacidade técnico-operacional de empresa participante de licitação seja registrado ou averbado no Crea (art. 55 da Resolução-Confea 1.025/2009), cabendo tal exigência apenas para fins de qualificação técnico-profissional. Podem, no entanto, ser solicitadas as certidões de acervo técnico (CAT) ou as anotações e registros de responsabilidade técnica (ART/RRT) emitidas pelo conselho de fiscalização em nome dos profissionais vinculados aos atestados, como forma de conferir autenticidade e veracidade às informações constantes nos documentos emitidos em nome das licitantes" (Acórdão 3094/2020-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN)

No mesmo sentido do acórdão supra inferido, tem-se os Acórdãos 128/2012 e 655/2016, a seguir, demonstrando ser este o entendimento regular aos julgamentos sobre a matéria:

1.7. Recomendar à UFRJ que exclua dos editais para contratação de empresa para a execução de obra de engenharia a exigência de registro no CREA dos atestados para comprovação da capacitação técnica operacional das licitantes, tendo em conta a recomendação inserta no subitem 1.3 do Capítulo IV combinado com o subitem 1.5.2 do Capítulo III do Manual de Procedimentos Operacionais para aplicação da Resolução CONFEA nº 1.025/2009, aprovado pela Decisão Normativa CONFEA nº 085/2011". (Acórdão 128/2012 – 2ª Câmara)

9.4. dar ciência ao Município de Itagibá/BA, de modo a evitar a repetição das irregularidades em futuros certames patrocinados com recursos federais, de que: (...) 9.4.2. a exigência de comprovação de aptidão técnica devidamente registrada junto ao Crea, dando conta de que a empresa interessada já desenvolveu serviços idênticos/semelhantes ao previsto no objeto do edital, contraria a Resolução 1.025/2009 do Confea e o Acórdão 128/2012 – TCU – 2ª Câmara; (Acórdão 655/2016 do Plenário)

Assim, considerando-se que a exigência da Administração deve cingir-se apenas à capacidade técnica-operacional.

Não cabe, portanto, incluir tal exigência ao Edital, vez que feriria as jurisprudências das cortes de conta.

Ou seja, tais exigências desbordam do mínimo razoável admitido à legislação, doutrina e ampla jurisprudência acerca da matéria, devendo ser a Requerente devidamente habilitada.

III - DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, REQUER :

a) Que o presente recurso seja conhecido e provido.

b) Que o Sr. Pregoeiro reconheça a inadequação das exigências expostas no presente recurso, de forma a habilitar a empresa L H L DE ASSIS & CIA LTDA habilitada nos itens em que esta participou do presente pregão.

Termos em que pede e espera deferimento.

Teresina/PI, 06 de fevereiro de 2023.

Fechar