

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRARRAZÃO :

À
CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL - EIXO MONUMENTAL, PRAÇA MUNICIPAL, QUADRA 02, LOTE 05 -
TÉRREO INFERIOR
REF.: PREGÃO ELETRÔNICO - Nº 24/2021 - PROCESSO Nº: 00001-00008899/2021-13

A CAFÉ BUFFET LAGO COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI, com sua sede estabelecida em TAGUATINGA CENTRO (TAGUATINGA), BRASÍLIA/DF, CEP: 72.010-050, devidamente registrada na Junta Comercial do Distrito Federal sob o NIRE nº 53.6.0019904-9 e inscrita no CNPJ/MF sob o nº 27.101.648/0001-00, neste ato representada por sua proprietária, Sra. ELIZANGELA GONÇALVES E SILVA SOUZA, brasileira, empresária, natural de Nova Iorque/MA, portadora da Carteira Nacional de Habilitação sob nº 029.041.522-35, expedida pelo DETRAN/DF em 02/05/2019, devidamente inscrita no CPF/MF sob o nº 723.950.103-59, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria apresentar

CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO

Interposto em face da decisão que decretou a CAFÉ BUFFET vencedora do pregão eletrônico em epígrafe, o que faz segundo as razões de fato e de direito aduzidas

I. BREVE SÍNTESE

Cuida-se de recurso administrativo interposto em face de decisão que declarou a Recorrida vencedora do Pregão Eletrônico nº 024/2021, cujo objeto consiste na outorga de permissão onerosa de uso de espaço físico para instalação de lanchonete no Térreo Inferior da Câmara Legislativa do DF.

Aduz a Recorrente que a proposta apresentada pela CAFÉ BUFFET não está em consonância com o que estabelece o item 7.6.1 do edital, e teria sido elaborada por meio da prática de "jogo de planilha" mediante oferta de preços unitários inexequíveis.

Afirma, assim, que as regras editalícias impuseram a oferta de percentual de desconto sobre cada item do cardápio mínimo descrito no instrumento convocatório, entretanto, a Recorrida teria sido habilitada mediante aplicação do desconto mínimo sobre o preço global.

A Recorrente se insurge, também, contra o atestado de capacidade técnica apresentado pela Recorrida ao argumento de que não teria restado comprovado o fornecimento de cada item objeto da licitação, como impõe o item 11.9.1 do edital.

Sustenta, então, ter havido burla aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo das propostas e da legalidade, e pugna pela recusa da proposta da Recorrida, ou por sua inabilitação técnica.

Os argumentos recursais, entretanto, não se compatibilizam com as regras legais aplicáveis ao caso, tampouco com a jurisprudência já consolidada sobre os temas, razão por que o recurso não merece provimento, consoante se passa a demonstrar.

II. DA EFETIVA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA

Conforme acima mencionado, insurge-se a Recorrente contra a declaração da Recorrida como vencedora do certame ao argumento de que a proposta ofertada seria inexequível por apresentar percentual muito elevado de desconto que, aplicado aos valores unitários, acarreta na inexecuibilidade de diversos itens.

Sobre o tema, sobreleve-se, inicialmente, que o instrumento convocatório estabeleceu, como critério de julgamento das propostas, a oferta de "menor preço, expresso na forma de MAIOR DESCONTO" (Item 9.18), e dispôs que serão considerados inexequíveis preços globais ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, excetuando, entretanto, materiais e instalações de propriedade do próprio licitante relativamente aos quais haja renúncia à parcela ou totalidade da remuneração (Item 10.3).

O Termo de Referência, a seu turno, esclareceu que "será considerado vencedor do certame licitatório o licitante que ofertar o maior desconto global sobre a tabela do cardápio mínimo obrigatório constante do Anexo I" (Item 9.1)

Malgrado a clareza das regras editalícias, aduz a Recorrente que a proposta ofertada pela Recorrida seria inexequível ao argumento de que "o instrumento convocatório preleciona que a proposta apresentada pelos licitantes deve ser com base no VALOR DE DESCONTO SOBRE CADA ITEM DO CARDÁPIO MÍNIMO, repete-se, SOBRE CADA ITEM."

Simples leitura das regras editalícias de pronto afasta a alegação da Recorrente, pois o supratranscrito Item 9.1 do Termo de Referência é claro no sentido de estabelecer que o critério de julgamento das propostas consistirá na aceitação de oferta de maior desconto GLOBAL sobre a tabela de cardápio mínimo.

Não se há falar, portanto, em análise dos valores unitários constantes da Tabela de Cardápio mínimo, mas, sim, em avaliação do valor global que resultará da aplicação de desconto linear, uma vez que os valores unitários servem apenas de base para a formulação do preço global.

Assim, não prospera a alegação da Recorrente de que se teria praticado, no caso em apreço, jogo de planilha, sobretudo porque, em licitações que tenham como critério de julgamento das propostas a oferta de maior desconto linear sobre itens planilhados são reduzidos os riscos de que haja jogo de planilha na forma cogitada pela Recorrente,

consoante já assentou o Tribunal de Contas da União:

"15. Como principal vantagem, cita-se a possibilidade de minimizar a ocorrência do 'jogo de planilha' com a adoção dessa exigência na licitação. O 'jogo de planilha' acontece por meio de alterações contratuais que majorem ou incluam serviços com sobrepreço unitário, ou ainda que eliminem ou reduzam itens com desconto em relação aos preços de mercado, acarretando desequilíbrio econômico-financeiro ilegal e lesivo à Administração.

16. Dessa forma, partindo-se do princípio de que o orçamento-base esteja equilibrado e com preços unitários dentro dos limites legais impostos, a possibilidade da prática do 'jogo de planilha' fica reduzida ao se exigir que todos os itens do orçamento proposto pelas licitantes apresentem o mesmo percentual de desconto em relação aos preços unitários do orçamento base, pois os preços estarão equilibrados entre si.

17. Além de dificultar o 'jogo de planilha', essa metodologia, pela mesma razão, também evita o 'Jogo de Cronograma', que ocorre quando os serviços com maior sobrepreço unitário ou menor desconto estão concentrados no início da obra, e, por consequência, diminui as chances de a contratada abandonar a obra depois da execução desses serviços, nos quais se concentram as maiores vantagens pecuniárias para a executante." Acórdão 3337/2012

O r. Ministro do TCU, BENJAMIN ZYMLER, por meio do Acórdão nº 1.708/2019, propugna pela legalidade da adoção do critério de julgamento pelo maior desconto linear em todos os itens da planilha no âmbito de certames amparados na Lei Geral de Licitações e, ainda, que os certames em que se adota critério de julgamento pelo maior desconto são juridicamente válidos, se amoldam ao tipo de licitação de menor preço e estão embasados na legislação em vigor, inclusive na Lei 8.666/1993.

Ademais, segundo professa o il. Doutrinador MARÇAL JUSTEN FILHO, a desclassificação por inexecuibilidade só é admitida em hipóteses muito restritas, pois o Estado não pode se transformar em fiscal da lucratividade privada, sobretudo porque lhe sobejam condições para impor garantias contratuais como forma de evitar a inexecução do contrato, ou de minorar os prejuízos que dela decorram, tal como assentou o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ARTS. 40, INC. X, E 48, §§ 1º E 2º, DA LEI Nº 8.666/1993. CLÁUSULA EDITALÍCIA EM LICITAÇÃO/PREGÃO. FIXAÇÃO DE PERCENTUAL MÍNIMO REFERENTE À TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. INTUITO DE OBSTAR EVENTUAIS PROPOSTAS, EM TESE, INEXEQUÍVEIS. DESCABIMENTO. BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO. CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO TCU. EXISTÊNCIA DE OUTRAS GARANTIAS CONTRA AS PROPOSTAS INEXEQUÍVEIS NA LEGISLAÇÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEGUINTE DO CPC, C/C O ART. 256-N E SEGUINTE DO REGIMENTO INTERNO DO STJ.

1. O objeto da presente demanda é definir se o ente público pode estipular cláusula editalícia em licitação/pregão prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, como forma de resguardar-se de eventuais propostas, em tese, inexecuíveis.

[...]

4. A fixação de percentual mínimo de taxa de administração em edital de licitação/pregão fere expressamente a norma contida no inciso X do art. 40 da Lei nº 8.666/1993, que veda "a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência".

5. A própria Lei de Licitações, a exemplo dos §§ 1º e 2º do art. 48, prevê outros mecanismos de combate às propostas inexecuíveis em certames licitatórios, permitindo que o licitante preste garantia adicional, tal como caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária.

6. Sendo o objetivo da licitação selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração (consoante expressamente previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/1993), a fixação de um preço mínimo atenta contra esse objetivo, especialmente considerando que um determinado valor pode ser inexecuível para um licitante, porém exequível para outro. Precedente do TCU.

7. Deve a Administração, portanto, buscar a proposta mais vantajosa; em caso de dúvida sobre a exequibilidade, ouvir o respectivo licitante; e, sendo o caso, exigir-lhe a prestação de garantia. Súmula nº 262/TCU. Precedentes do STJ e do TCU.

8. Nos moldes da Súmula 331/TST, a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada é subsidiária. A efetiva fiscalização da prestadora de serviço quanto ao cumprimento das obrigações contratuais e legais (especialmente o adimplemento dos encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais) afasta a responsabilização do ente público, diante da inexistência de conduta culposa. Não é necessário, portanto, fixar-se um percentual mínimo de taxa de administração no edital de licitação para evitar tal responsabilização.

9. Cuida-se a escolha da taxa de administração, como se vê, de medida compreendida na área negocial dos interessados, a qual fomenta a competitividade entre as empresas que atuam nesse mercado, em benefício da obtenção da melhor proposta pela Administração Pública.

10. Tese jurídica firmada: "Os editais de licitação ou pregão não podem conter cláusula prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, sob pena de ofensa ao artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993."

11. Recurso especial conhecido e improvido, nos termos da fundamentação.

12. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno desta Corte Superior." (STJ - REsp: 1840113 CE 2019/0287783-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 23/09/2020, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 23/10/2020)

Registre-se que o só fato de ter sido ofertado desconto superior a 50% não torna a proposta inexecuível, conforme já destacou o Eg. TCU:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. ART. 48, I E II, § 1º, DA LEI 8.666/93. PRESUNÇÃO RELATIVA. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO PELO LICITANTE DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A questão controvertida consiste em saber se o não atendimento dos critérios objetivos previstos no art. 48, I e II, § 1º, a e b, da Lei 8.666/93 para fins de análise do caráter exequível/inexequível da proposta apresentada em procedimento licitatório gera presunção absoluta ou relativa de inexecuibilidade.

2. A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexecuibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida. Ao contrário, deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada, embora enquadrada em alguma das hipóteses de inexecuibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexecuibilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da

demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível.

3. Nesse contexto, a proposta inferior a 70% do valor orçado pela Administração Pública (art. 48, § 1º, b, da Lei 8.666/93) pode ser considerada exequível, se houver comprovação de que o proponente pode realizar o objeto da licitação. Nas palavras de Marçal Justen Filho, "como é vedado licitação de preço-base, não pode admitir-se que 70% do preço orçado seja o limite absoluto de validade das propostas. Tem de reputar-se, também por isso, que o licitante cuja proposta for inferior ao limite do § 1º dispôs da faculdade de provar à Administração que dispõe de condições materiais para executar sua proposta. Haverá uma inversão do ônus da prova, no sentido de que se presume inexecutável a proposta de valor inferior, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto" (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 610).

[...]

5. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 11.044/RJ, decrelatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros (1ª Turma, DJ de 4.6.2001), consagrou entendimento no sentido de que, "se a licitante vitoriosa cumpriu integralmente o contrato objeto de licitação, afasta-se logicamente a imputação de que sua proposta era inexecutável".

6. Recurso especial desprovido. (REsp 965.839/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 2/2/2010 – grifos acrescidos.)

Destarte, não merece prosperar a alegação da Recorrente de que a proposta da Recorrida se revela inexecutável, sobretudo quando se verifica tratar-se de certame que tem por objeto a outorga de permissão para uso de espaço público onde serão comercializados produtos que, em sua imensa maioria, serão fabricados/produzidos pela própria Recorrida, como sanduíches, tortas, mistos quentes, etc.

III. DA EFETIVA CAPACIDADE TÉCNICA DA RECORRIDA

Afirma a Recorrente que o atestado de capacidade técnica apresentado pela Recorrida "não apresentou os requisitos técnicos de habilitação. Pois, o atestado SOMENTE FALA EM FORNECIMENTO DE CAFÉ DA MANHÃ E LANCHE DA TARDE, onde estão os produtos de FORMA EXPRESSA como exige o edital?"

Ocorre, entretanto, que o atestado de capacidade técnica apresentado pela Recorrida atende, integralmente, as exigências editalícias no que elas se compatibilizam com as regras estatuídas pela Lei de Licitações.

Dispõe o item 7.2 do Termo de Referência que o atestado de capacidade técnica deveria comprovar que a licitante "executa ou executou, nos últimos 24 meses a prestação regular e formal dos serviços de preparo e fornecimento de lanches, por período não inferior a 12 meses consecutivos".

Leitura acurada da regra editalícia revela que a Recorrente, na realidade, interpretou equivocadamente as determinações constantes do Item 11.9.1.1, pois a determinação de que o atestado contivesse "de FORMA EXPRESSA cada um dos produtos objeto do certame" em razão do que dispõe a legislação pátria, não impôs a apresentação de atestado que listasse cada lanche descrito na planilha de cardápio mínimo, mas, sim, que comprovasse o preparo e fornecimento de lanche, que é o "produto objeto do certame".

A verdade é que o edital não exigiu que os atestados de capacidade técnica fizessem referência exata a cada um dos itens listados no cardápio mínimo, até porque, se assim o fizesse, estaria a desafiar as regras legais que tratam das exigências que podem ser impostas pela Administração Pública no âmbito dos certames licitatórios, as quais devem se limitar àquilo que seja indispensável à consecução da obra, serviço ou fornecimento, e capaz de reduzir as chances de que sejam imputados prejuízos ao patrimônio público.

A Lei de Licitações, aplicada subsidiariamente ao pregão, exige, em seu art. 30, inc. II, que a licitante demonstre, apenas, sua aptidão para desempenhar atividade compatível com o objeto licitado.

Por atividade compatível entenda-se aquela conciliável, harmonizável, e não igual ao objeto pretendido pela Administração, máxime em se tratando da modalidade pregão, que é utilizada para contratação de bens e serviços sem maiores predicações técnicas.

Tal entendimento é assente nas Cortes Brasileiras, consoante se infere do julgado abaixo:

"1. Em edital de processo licitatório, têm-se como inadmissíveis as exigências que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do prélio.

2. Inadmissibilidade de cláusula editalícia que exige atestado de anterior execução de atividade em proporções equivalentes à que se pretende contratar.

3. A Lei nº 8.666/93, ao exigir capacitação técnica para a habilitação no certame, não requer a anterior execução de idêntico serviço. Restrições como a do edital impugnado implicariam eterna impossibilidade de participação de novas empresas em licitações públicas.

4. A Lei de Licitações em seu art. 30, inciso II, refere-se à 'comprovação de aptidão para desempenho de atividade' compatível com o objeto da licitação, e não a comprovação de desempenho anterior de atividade similar àquela que é objeto do concurso."

Assim, a expressão "atividade compatível" estampada na Lei de Licitações significa que o atestado de capacidade técnica deverá descrever a execução de serviços conciliáveis, coexistíveis com aqueles pretendidos pela Administração, e não idênticos.

Nesse sentido, são válidos os ensinamentos de Renato Geraldo Mendes:

"O parâmetro para definição do que poderá ser exigido, cinge-se àquilo que é indispensável para o cumprimento da obrigação, de modo que a inobservância desse limite configurará a ilegalidade da exigência. Com isso atinge-se o objetivo de reduzir os riscos da contratação e selecionar a melhor proposta, nos exatos limites indispensáveis à satisfação da necessidade identificada pela Administração."

Marçal Justen Filho, em sua obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", é categórico ao afirmar que:

"É proibido rejeitar atestados, ainda que não se refiram exatamente ao mesmo objeto licitado, quando versarem sobre obras ou serviços similares e de complexidade equivalente ou superior. A Similitude será avaliada segundo critérios técnicos, sem margem de liberdade para administração."

O mesmo doutrinador, ao tecer comentários acerca do mencionado art. 30 da Lei 8.666/93, ensina que:

"É impossível deixar de remeter à avaliação da Administração a fixação dos requisitos de habilitação técnica. Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes, tal como já exposto acima. A administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de objeto similar."

Sobre a qualificação técnica a CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988 determina que:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e

dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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.”

O dispositivo Constitucional reafirma a importância de se exigir prova dos elementos que se referem às exigências técnicas que, de fato, são indispensáveis para o cumprimento do futuro contrato, e nesse sentido a doutrina de Paulo Sérgio de Monteiro Reis:

“O que o legislador dispôs, então, no caput dos artigos 30 e 31 da chamada Lei de Licitações não pode ser interpretada de outra forma, ali estão relacionadas as exigências máximas que poderão ser feitas no que se refere a qualificação técnica e econômico-financeira. Terá, então, o licitador a obrigação de examinar, nesse rol de exigências máximas, o que é, efetivamente, indispensável ao cumprimento das obrigações que serão contratadas naquele caso específico. E limitar a essas indispensáveis as exigências a serem feitas no edital. Não pode portanto, ultrapassar o limite estabelecido nos artigos 30 e 31; mas pode e deve, obrigatoriamente, exigir, dentro das relações que eles trazem, tão somente o que for indispensável naquela situação específica. Agir de outro modo parece-nos descumprir preceito constitucional”.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é categórica nesse sentido:

“Visa a concorrência pública fazer com que maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsistentes com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório.” (TJ/RS RDP 14/240).

Sob tais premissas, a jurisprudência pátria tem repellido decisões administrativas em cujo bojo se verifique excesso de rigor formal na análise do cumprimento dos requisitos de habilitação constantes do edital, por entender que se deve buscar empresas que demonstrem qualificação técnica em relação à parcela de maior relevância do objeto licitado.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União já sedimentou que:

“Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de levantamento de auditoria no Edital da Concorrência 03/2006, promovida pela Agência Espacial Brasileira para a contratação das obras de complementação da infra-estrutura geral do Centro de Lançamento de Alcântara.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo primeiro Revisor, e com apoio no art. 43 da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 250 do RI/TCU, em:

[...]

9.4.16. restrinja as exigências de comprovação da capacitação técnico-profissional às parcelas que sejam, cumulativamente, de maior relevância e valor significativo, bem como indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, nos termos do inciso I do § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93 e do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal;

9.4.17. restrinja as exigências de comprovação da capacitação técnico-operacional às parcelas que sejam comprovadamente de maior relevância;

9.4.18. redefina os critérios para julgamento das propostas técnicas, conferindo-lhes objetividade, em atendimento aos arts. 3º; 40, inciso VII; 43, inciso V; 44, caput e § 1º; 45, caput; e 46, § 3º, da Lei nº 8.666/93;” Acórdão 397/2008 - Plenário

Negligenciar o fato de que os documentos apresentados pela Recorrida evidenciam, sem margem de dúvidas, o fornecimento de lanches que demandam as mesmas qualificações, dificuldades e emprego dos mesmos materiais e profissionais demandados pelo escopo licitado, configura indesculpável violação aos preceitos acima elencados.

Fato é que a qualificação técnica da Recorrida, relativamente ao escopo maior da licitação, foi ampla e irrestritamente comprovada, independentemente de qual termo conste dos atestados, ou seja, independentemente de o atestado citar um a um dos lanches fornecidos, já que, quem fornece misto-quente é capaz de fornecer sanduíches, assim como quem fornece salgados é capaz de fornecer pães-de-queijo.

Ressalte-se, portanto, que o escopo maior da licitação foi atendido pela Recorrida, o que desautoriza sua inabilitação na forma pretendida pela Recorrente, conforme já decidido pelo TCU, veja-se:

“Observo que a depender da complexidade de cada licitação, sempre existirão peculiaridades técnicas individualizadas de maior ou menor relevância, que poderão não constar de forma exaustiva nos atestados relativos a execuções de objetos bastante similares, o que não significa incapacidade da empresa executora.

23. Assim sendo, se o escopo maior é atendido, não há razão para desclassificar licitante que deixe de contemplar em seu atestado algum vocábulo técnico insculpido no edital, no termo de referência ou no projeto básico. O que enseja a desclassificação é o não atendimento de fato aos requisitos editalícios.

24. Interpretação diversa fragilizaria o processo licitatório, possibilitando a inserção nos editais de expressões técnicas que representem uma verdadeira corrida de obstáculos, de modo a permitir o direcionamento das licitações, contrariamente o interesse público.” (Acórdão n. 1899/2008 – Plenário)

Desse modo, não merece prosperar a pretensão recursal em apreço, eis que a exigência editalícia deve se restringir à apresentação de prova da capacidade técnica da licitante para fornecer lanches, o que foi prontamente comprovado, independentemente do tipo de lanche que tenha sido especificamente fornecido, pois o escopo maior da licitação é o fornecimento de lanche, seja ele constituído por uma esfirra ou um pão-de-queijo.

É o que se extrai das premissas fincadas pelo TCU, aplicáveis, por analogia, ao caso presente:

Para melhor explicação citamos excerto do Acórdão 1.214/2013 – TCU:

(...) Logo, o conteúdo dos atestados de capacidade técnica deve ser suficiente para garantir à Administração que o contratado terá aptidão para executar o objeto pretendido. Tal aptidão pode se referir a vários aspectos.

Nesse ponto, parece residir a principal discussão a ser enfrentada – que espécie de aptidão deve ser requerida para a execução de contratos de serviços de natureza continuada, em que esteja caracterizada cessão de mão de obra.

As empresas que prestam serviços terceirizados, em regra, não são especialistas no serviço propriamente, mas na administração da mão de obra. É uma realidade de mercado à qual a Administração precisa se adaptar e adequar seus

contratos. É cada vez mais raro firmar contratos com empresas especializadas somente em limpeza, ou em condução de veículos, ou em recepção. As contratadas prestam vários tipos de serviço, às vezes em um mesmo contrato, de forma que adquirem habilidade na gestão dos funcionários que prestam os serviços, e não na técnica de execução destes.

Conquanto seja muito provável que as próprias demandas da Administração tenham moldado esse comportamento das empresas, debater o tema ou a aderência do modelo à concepção ideal da terceirização de serviços não se mostra proveitoso.

O que importa é perceber que a habilidade das contratadas na gestão da mão de obra, nesses casos, é realmente muito mais relevante para a Administração do que a aptidão técnica para a execução dos serviços, inclusive porque estes apresentam normalmente pouca complexidade. Ou seja, nesses contratos, dada a natureza dos serviços, interessa à Administração certificar-se de que a contratada é capaz de recrutar e manter pessoal capacitado e honrar os compromissos trabalhistas, previdenciários e fiscais. É situação muito diversa de um contrato que envolva complexidade técnica, como uma obra, ou de um contrato de fornecimento de bens, em que a capacidade pode ser medida tomando-se como referência a dimensão do objeto – que serve muito bem o parâmetro de 50% usualmente adotado. (ACÓRDÃO 1.214/2013 – TCU)."

Ora, no caso em apreço o que importa para a Administração é certificar-se de que a licitante detém qualificação técnica para produzir e fornecer lanches e, assim, utilizar-se do espaço que lhe será concedido para comercialização desses produtos. Não importa se sua especialidade é a produção e fornecimento de sanduíches naturais, ou mistos quentes, mas, sim, a gestão da produção e do fornecimento de maneira que seja capaz de garantir a alimentação dos usuários. Entendimento em sentido contrário resultaria no sepultamento das regras legais vigentes, razão por que o indeferimento do recurso em apreço é medida que se impõe.

IV. CONCLUSÃO E PEDIDOS

Uma vez demonstrada a completa incongruência das teses recursais com as regras legais, já que a Recorrente atribuiu interpretação verdadeiramente restritiva às determinações editalícias, impõe-se observar que, mesmo que se pudesse admitir a interpretação atribuída pela Recorrente, o que se cogita para ampliar o debate, ainda assim, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade consistiriam óbice ao provimento do pleito recursal.

O ordenamento jurídico pátrio consagra os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade com o objetivo de criar um sistema de freios e contra pesos que venha a coibir a prática de excessos no exercício das competências públicas, de modo a preservar o interesse público.

Por meio da aplicação desses princípios, o ordenamento jurídico visa assegurar a necessidade de se interpretar as exigências da lei e do ato convocatório como instrumentais em relação ao interesse público.

Assim é que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade denotam a noção do razoável, que exige, dentre outras coisas, a exata proporção entre os meios utilizados pela Administração Pública e os fins que ela tem de alcançar, e tal medida deve se pautar não segundo os critérios pessoais do administrador, mas, sim, consoante a lei e o interesse público.

No particular, faz-se mister trazer a lume abalizado ensinamento do mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, verbis:

"4º) Princípio da razoabilidade

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricão terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso moral de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer, pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas, também ilegítimas – e, portanto, juridicamente inválidas –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricão manejada." (grifos nossos)

Com efeito, alicerçando-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, "a jurisprudência tem desprezado rigorismos formais exacerbados no julgamento de processos licitatórios", conforme se pode constatar dos seguintes julgados:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO DE LICITANTE POR DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. EXCESSO DE FORMALISMO. ILEGALIDADE.

1. Certo que a Administração, em tema de licitação, está vinculada às normas e condições estabelecidas no Edital (Lei nº 8.666/93, art. 41), e, especialmente, ao princípio da legalidade estrita, não deve, contudo, (em homenagem ao princípio da razoabilidade), prestigiar de forma tão exacerbada o rigor formal, a ponto de prejudicar o interesse público que, no caso, se afere pela proposta mais vantajosa."

"Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não é absoluto, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração."

Isto é, na fase de julgamento dos documentos de habilitação, o administrador deve sopesar, com prudência e temperança, os rigores tecnicistas com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de praticar ofensa à ampla competitividade, e de exteriorizar ato administrativo anti-jurídico e, portanto, ilegal.

Sobre o tema, importante ressaltar pertinente ensinamento do mestre HELY LOPES MEIRELLES, *ipsis litteris*:

"A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial e lesiva à Administração ou aos outros licitantes, pois um simples lapso de redação ou falha inócua na interpretação do edital, não deve propiciar a rejeição sumária da oferta. Aplica-se, aqui, a regra universal do *utile per inutile non vitiatur*, que o Direito francês resumiu no *pas de nullité sans grief*. Melhor será que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal e inconstitucional com o caráter competitivo da licitação." (grifou-se)

Igualmente, é o escólio de JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, verbis:

"Os requisitos que verdadeiramente importam devem ser aqueles referentes ao específico objeto do contrato e não à forma como os documentos devem ser apresentados. A burocracia e a formalidade excessivas podem afastar excelentes licitantes, em prejuízo final da própria Administração." (grifos nossos)

Por isso, no âmbito das licitações sob a modalidade Pregão, mais do que em qualquer outra modalidade licitatória, não se deve prestigiar a análise severa dos requisitos habilitatórios.

Assim, não se pode exigir, em sede de pregão eletrônico, que os atestados de capacidade técnica que fazem menção a serviços compatíveis com o objeto licitado, descrevam serviços exatamente idênticos ao objeto da licitação.

Nesse sentido, é o escólio do professor MARÇAL JUSTEN FILHO, ad litteram:

"Não se olvide que adotar requisitos complexos para a habilitação importaria, na sistemática do pregão, dar oportunidade a uma litigiosidade indesejável. A inversão das fases de habilitação e julgamento a agilizar o certame. Tendo obtido satisfatória, seria extremamente problemático remeter a Administração a uma desgastante disputa acerca da idoneidade do licitante.

Lembre-se que restringir o cabimento do pregão ao fornecimento de bens e serviços comuns significa, em última análise, reconhecer a desnecessidade de requisitos de habilitação mais severos. Ou seja, não foi casual a reserva do pregão apenas para bens e serviços comuns. Como esses bens estão disponíveis no mercado, segundo tendências padronizadas, presume-se não apenas a desnecessidade de maior investigação acerca do objeto. Também se pode presumir que objetos comuns não demandam maior especialidade do fornecedor. Logo, os requisitos de habilitação podem ser os mínimos possíveis.

(...)

Como regra, a qualificação técnica será desnecessária para a contratação de bens e serviços comuns. Mais precisamente, bastarão exigências muito sumárias nessa área."

Decerto, a interpretação ampliativa das exigências do edital gera rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei, razão pela qual a pretensão recursal em tela não encontra amparo nem mesmo se fosse admissível a interpretação que a Recorrente pretende dar às regras editalícias.

Ante o exposto, tendo em vista o acerto da postura adotada pela Administração Pública no caso presente, requer-se seja negado provimento ao recurso em apreço, mantendo-se incólume a decisão que decretou a Recorrida vencedora do certame em referência.

Termos em que pede deferimento.

Brasília/DF, 27 de julho de 2021.

Fechar