

São Paulo, 08 de Janeiro de 2021

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO
SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS

Vitor de Angelo - e-mail secretario@sedu.es.gov.br
Secretário de Educação

Josivaldo Barreto de Andrade - e-mail jbandrade@sedu.es.gov.br
Subsecretário de Estado de Administração e Finanças

Marcelo Coimbra de Resende - e-mail: CPL-OBRA <cpl-obras@sedu.es.gov.br>
Presidente

REF.: TOMADA DE PREÇOS 009/2020
RECURSO HIERÁRQUICO (INABILITAÇÃO)

Prezados Senhores

PREST´MO ENGENHARIA LTDA, inscrita no cadastro de pessoas jurídicas sob o número 55.561.120/0001-50, estabelecida a Rua José Félix da Silva, 33 – Vila Gumerindo – São Paulo/ SP (SEDE) e à Rua Valentim Francisco de Matos, 156 – Pontal da Cruz - São Sebastião / SPA (FILIAL 1), aqui representada pelo sócio administrador, Manuel J da Fonseca Corte, engenheiro civil, CREA 60.100/D, tempestivamente vem apresentar recurso hierárquico sobre sua INABILITAÇÃO pela Comissão Permanente de Licitação sob justificativa do "*não atendimento ao item 5.5.1. do Termo de Referência em vista da apresentação de um único profissional, seu diretor técnico eng civil e seg do trabalho Manuel J Fonseca Corte, uma vez que a CPLOSE reconheceu o atendimento aos itens 7.1.3.3.2 e 7.1.3.3.4, referentes a qualificação técnica profissional*" motivo este que entendemos como disformes das exigências editalícias e entendimentos da Lei 8666/93. do CONFEA e TCU, como demonstraremos adiante:

1. DOS FUNDAMENTOS:

O direito de recorrer:

A Lei federal nº 8.666, de 1.993, assegura a todos os licitantes o direito de recorrer de decisões administrativas que contrariem seus direitos ou pretensões em procedimento licitatório, e tal direito está expressamente previsto pelo art. 109, da Lei, que prevê a possibilidade de interposição de 3 (três) recursos diversos.

Tem-se, porém, que o direito de recorrer administrativamente é, sobretudo, direito de índole constitucional, previsto na cláusula pétreia contida no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, ao rezar que:

"Art. 5º (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"(Grifamos) Ou seja, o direito à interposição do recurso administrativo é, sobretudo, um direito constitucional e fundamental, que é, também, assegurado pela Lei nº 8.666, de 1.993, em seu art. 109.

Os pressupostos de admissibilidade dos recursos:

É cediço em direito que os recursos judiciais e administrativos exigem sempre a ocorrência de determinados pressupostos para que sejam admitidos. Quanto aos recursos administrativos em licitações, os principais pressupostos de admissibilidade são os de Tempestividade e Forma Escrita e Fundamentada.

As três espécies de recursos previstos pelo art. 109, da Lei nº 8.666/93:

O art. 109, da Lei federal nº 8.666, de 1.993, dispõe sobre os recursos cabíveis em sede de licitações e contratos administrativos, e são eles:

- I) recurso hierárquico;
- II) representação, e
- III) pedido de reconsideração.

2. DOS FATOS:

2.1. QUANTO AO DESCUMPRIMENTO DOS ITENS 7.1.3.3.2 E 7.1.3.3.4:

Ao décimo primeiro dia do mês de novembro de dois mil e vinte, às 14h00min (quatorze horas), reuniram-se na sala 304 da sede desta Secretaria de Estado da Educação, localizada na Av. César Hillal, n.º 1.111, Santa Lúcia – Vitória/ES, a Comissão Permanente de Licitação de Obras e Serviços de Engenharia, sob a Presidência do Sr. Marcelo Coimbra de Resende, com a presença dos membros Izaura da Conceição Malverdi Barboza e Thainá Pacheco Moreira Barbosa, designados pela Secretaria de Estado da Educação, através da Portaria nº 488-S, de 14/08/2020, publicada em 17/08/2020, para julgamento da Habilitação da Tomada de Preços nº 008/2020, e apesar de apresentação da documentação exigida pelo Edital, esta Comissão inabilitou-nos sob a premissa de descumprimento dos itens 5.1.1 do Termo de Referência e 7.1.3.3.2 e 7.1.3.3.4 relativos à habilitação técnica descritos no Editais.

Sentindo-nos injustiçadas apresentamos recurso à Comissão Permanente de Licitação e Obras demonstrando o pleno atendimento quanto a projetos de arquitetura e redes elétricas nos atestados juntados e questionamos o dito descumprimento de item 5.1.1. do Termo de Referência subsidiando a Comissão com nossas argumentações e demonstrações da impossibilidade de fazê-lo (nossa inabilitação).

É apresentado Relatório de Análise e Julgamento de nosso Recurso Administrativo e a Comissão, após análise apurada dos Atestados e Acervos Técnicos, ficou constatado o atendimento dos itens 7.1.3.3.2 e 7.1.3.3.4. e, portanto, acolhido nosso entendimento e recurso quanto a estes itens.

2.2. QUANTO AO DESCUMPRIMENTO DOS ITEM 5.1.1:

Quanto à exigência insculpida no item 5.1.1 do Termo de Referência a Comissão reexaminou o ponto recorrido, mas não o acolheu, assim se manifestando:

“TERMO DE REFERENCIA

[...]

5.1.1 Cada Profissional Indicado, respeitadas as atribuições legais do respectivo título e a comprovação de aptidão mediante atestados de desempenho, poderá acumular, no máximo, 02 (duas) funções indicadas na equipe técnica.

Pois bem. É sabido que a apresentação de atestados visa demonstrar que os licitantes já executaram, anteriormente, objetos compatíveis em características com aquele definido e almejado na licitação. A finalidade da norma é clara: resguardar o interesse da Administração, qual seja, a perfeita execução do objeto da licitação, procurando-se, com a exigência de demonstração de capacidade, preservar a competição entre aqueles que reúnam condições de executar objeto similar ao licitado.

Não há no caso vertente cerceamento às atribuições dos profissionais, tampouco ilegalidade na exigência insculpida no item 5.1.1 do Termo de Referência, posto que se compatibiliza com o art. 30 da Lei nº 8.666/1993, uma vez que a limitação de profissionais para até 2 (duas) disciplinas apenas versa sobre a finalidade e a discricionariedade de resguardar a melhor compatibilização dos projetos, evitando-se um acúmulo desnecessário de funções.

Nessa mesmo sentido, recorremos às lições do brilhante jurista Marçal Justen Filho:

“Ao estabelecer requisitos de habilitação, a Administração Pública pretende cercar-se de todas as cautelas para evitar o insucesso da contratação. Presume-se que o sujeito que preenche os requisitos constantes da habilitação e cuja proposta é selecionada como vencedora disporá de total condição para executar satisfatoriamente o objeto do contrato. [...] Sob um ângulo, a Administração deve cercar-se de todas as cautelas para evitar prejuízos ao patrimônio público.” (Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005)

Logo, o caráter multidisciplinar do certame, envolvendo várias áreas da engenharia, submete o licitante à capacitação de contar com mais profissionais habilitados em sua equipe.

Por fim, quanto à alegação da recorrente de que as licitantes são obrigadas a contratar previamente profissionais com atestados, tal afirmação não se coaduna com a realidade dos fatos, uma vez que os subitens 7.1.3.4.1, 7.1.3.4.2 e 7.1.3.4.3 do Edital possibilitam que a comprovação da qualificação técnica profissional seja feita por outros meios previstos na legislação pátria, veja-se:

7.1.3.4.1 - Anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, acompanhada da Ficha de Registro de Empregados.

7.1.3.6.2 - Contrato social ou Ata da Assembleia referente à investidura no cargo, no caso de sócio ou dirigente da empresa licitante.

7.1.3.6.3 - Contrato de prestação de serviços ou de promessa de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum, (grifo nosso)

Assim, não resta evidenciada qualquer restrição ao caráter competitivo do procedimento licitatório, o que se coaduna com o entendimento consolidado do TCU por ocasião do voto condutor do Acórdão nº 1.908/2008-Plenário, da lavra do ilustre Ministro Aroldo Cedraz:

"16. No que concerne ao segundo ponto suscitado (existência, no quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, de engenheiro civil e de engenheiro eletricitista a serem responsáveis técnicos pelos serviços), a Secex/MG considera posição

17. Endosso tal entendimento. Além de a exigência em foco ser compatível com a natureza dos serviços a serem contratados e estar amparada pelo inciso I do § 1º do art. 30 da Lei 8666/1993, os termos do edital, em especial a alínea b do item 4.1 – VI do edital, deixam claro que não se trata de exigência de vínculo exclusivamente empregatício dos profissionais indicados com a empresa, como pretende a autora da representação, mas sim de um vínculo de qualquer natureza com a licitante, que assegure a disponibilidade do profissional." correta a adotada pela UFMG.

Por todo o exposto, forçoso concluir que as exigências editalícias para fins de comprovação da qualificação técnico-profissional não foram demasiadas ou revelam um caráter de excessivo formalismo, de forma que se coadunam com o ordenamento geral de licitações e contratos e ao princípio da isonomia".

A CPLOSE na análise e julgamento de nosso recurso não trouxe qualquer comprovação legal da possibilidade de restringir a participação de profissionais para atuação em apenas duas funções e tampouco demonstrou a necessidade técnica-econômica que justificasse tal exigência.

Simploriamente diz que "a limitação de profissionais para até 2 (duas) disciplinas apenas versa sobre a finalidade e a discricionariedade de resguardar a melhor compatibilização dos projetos, evitando-se um acúmulo desnecessário de funções" e ficamos sem compreender tal justificativa.

Então o dispositivo editalício esculpido no item 5.1.1. apenas versa (examina, pondera) sobre a finalidade (objetivo, alvo, destinação) e a discricionariedade de resguardo para a melhor compatibilização dos projetos ou acúmulo desnecessário de funções?

Oras, se a CPLOSE entende o item como 5.1.1. discricionário e não impositivo, qual a razão de nossa inabilitação? Se discricionário, que significa algo que procede, ou se exerce, à discricção, sem restrições, sem condições; arbitrário, caprichoso, discricional, não há qualquer fundamentação de inabilitação e portanto necessariamente deverá ser revisada. A CPLOSE segue em sentido oposto ao que apregoa e descreve.

2.3. QUANTO AO "CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO:

A decisão de conhecimento e parcial provimento adotada pela Comissão Permanente de Licitação e Obras – CPLOSE embasados no reexame do impedimento de acúmulo de mais de duas funções por profissional na equipe técnica nos parecem extremamente contraditórias, senão vejamos.

É argumentado que a apresentação de atestados visa demonstrar que os licitantes já executaram, anteriormente, objetos compatíveis em características com aquele definido e almejado na licitação e com finalidade de resguardar o interesse da Administração, qual seja, a perfeita execução do objeto da licitação, procurando-se, com a exigência de demonstração de capacidade, preservar a competição entre aqueles que reúnam condições de executar objeto similar ao licitado.

Como demonstrado nos Atestados e Acervos Técnicos a PREST' MO ENGENHARIA LTDA rege-se pelas atribuições dos artigos 28 e 29 do Decreto Federal 23.569/1933 sob responsabilidade e coordenação única de seu sócio diretor e responsável técnico, eng civil Manuel J Fonseca Corte, CREA 60.100/D; a CPLOSE já reconheceu e anuiu todos os atestados e, portanto, com demonstração pacífica do atendimento na premissa de "resguardo do interesse da Administração" e também do aventado pelo ilustre jurista Marçal Justen Filho no "dever da Administração de cercar-se de todas as cautelas" para evitar prejuízos ao patrimônio público.

Tampouco se discute o caráter multidisciplinar do certame envolvendo várias áreas da engenharia, o que fizemos foi insurgir-nos quanto á determinação, exigência e obrigação imposta pela Secretaria de Estado da Educação em "contar" com mais profissionais habilitados em nossa equipe com Atestados e Acervos Técnicos. É ingenuidade achar que o desenvolvimento dos projetos não contará com equipes multidisciplinares.

É necessário atentar para a expressão popular "uma andorinha só não faz o verão". Obviamente somos sabedores de que não é possível fazer certas coisas sozinhos ou utilizando poucos recursos quando na verdade seria necessária uma multiplicação desses recursos, especialmente de profissionais, para que tal feito seja de fato concluído

A analogia desta expressão está simbolizada no fato das andorinhas costumeiramente andar em bandos e, portanto, sua aplicação, no dia a dia, em um escritório técnico de engenharia pode ser usada também neste sentido. Os projetos executados e finalizados terão responsabilidade e coordenação única do profissional responsável e seus acervos técnicos bem como suas atribuições profissionais concedidas pelo CONFEA/CREA-SP.

Contar ou não com mais profissionais, ainda que os tenha em número suficiente e respeitadas suas atribuições legais, cabe ao licitante e não à Administração. A ela cabe respeitar o artigo 30, § 1º, item I e §5º da Lei 8666/93.

A exigência de contar ou contratar diversos profissionais, quando já demonstrado que a PREST' MO ENGENHARIA tem a "expertise" e "know-how", delineada em seus Atestados de Capacidade Técnica e Acervos Técnicos devidamente acervados no CREA-SP e elaborados e coordenados por um profissional dentro de suas limitações e atribuições legais, reconhecidos, aceitos e anuídos como de pleno atendimento ao Edital, é uma afronta à legislação e não deve prosperar.

A CPLOSE discorda do nosso entendimento quanto a obrigatoriedade de contratação prévia de profissionais com comprovação de aptidão mediante a atestados de desempenho e utiliza-se de argumentos incongruentes e díspares do argumentado.

A exigência editalícia determinava a obrigatoriedade da licitante possuir Atestados de Capacidade Técnica com Acervo Técnico registrados e com emissão de CAT, em nome dos responsáveis técnicos, para as especialidades de Coordenação e/ou Gerenciamento de projetos para construções, Projetos de Arquitetura, Projetos de Estruturas, Projetos de Redes Elétricas, Projetos Hidrossanitários e de Elaboração de Planilha Orçamentária.

O Termo de Referência, sem qualquer demonstração técnico-econômica limitou em duas funções acumuladas, no máximo, por profissional, ou seja, indiretamente exigiu equipe mínima de três profissionais habilitados e possuidores de Atestados e CAT's. Isso ficou patente no Edital e não compreendemos o negacionismo da CPLOSE.

Apesar da CPLOSE entender que as exigências editalícias para fins de comprovação da qualificação técnica-profissional não foram demasiadas ou de caráter de excessivo formalismo, estas exigências afrontam a legislação, sendo ilegais, além de extremamente incoerentes.

Não se discute a possibilidade da empresa ter profissionais multidisciplinares em sua composição social, apesar de incomum, tampouco a prestação de profissionais multidisciplinares através de contratos de prestação de serviço ou até de promessa dessa prestação, o que se discute é o custo que esta imposição ilegal traz para o licitante.

Discute-se a imposição de um profissional ficar limitado a execução de apenas duas funções sem qualquer demonstração da motivação ou necessidade do fato. O Acórdão 1908/2008 do ilustre Ministro Cedras não impõe restrições como faz o Edital da TP 09/2020, apenas confirma o óbvio, que haverão de ter profissionais (engenheiros civis ou elétricos) com atribuições compatíveis com a natureza dos serviços a serem contratados.

A PREST'MO ENGENHARIA demonstrou em sua documentação técnica atestados, profissional com atribuições compatíveis com a natureza dos serviços a serem contratados e não existe qualquer óbice em ter um profissional com conhecimentos, acervos e "know how" multidisciplinares. O óbice existente é a exigência de contratação (presente ou futura) sem qualquer embasamento técnico-legal.

Se faz necessária a análise do disposto no artigo 30, §10 da Lei 8666/1993 que não limita um mesmo profissional em mais de uma parcela do objeto e tão somente vincula que este profissional preste os serviços avençados. Esta é a decisão do TCU em Acórdão 3066/2020 de 18/11/2020

3. DAS ILEGALIDADES:

A Constituição Federal em seu quinto artigo reza que ***"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei"***; e, portanto, somente a lei poderá criar direitos, deveres e vedações, ficando os indivíduos vinculados aos comandos legais, disciplinadores de suas atividades. Em outras palavras, o princípio da legalidade, é uma verdadeira garantia constitucional.

A Constituição Federal reza ainda 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.

Já a lei 8666/93 - Lei de Licitações estabelece 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**,

(...)

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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;

Quanto à possibilidade de um mesmo profissional participar de diversas parcelas do objeto, em recente decisão o Tribunal de Contas da União assim se posicionou:

11. **Preliminarmente, também não vejo nenhuma desconformidade entre a proposta ofertada pela representante no certame ora analisado e o disposto no art. 30, § 10, da Lei 8.666/1993, que também é aplicável ao RDC. Segundo o mencionado dispositivo, os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação de qualificação técnica deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração. Tal dispositivo não veda a participação de um mesmo profissional em mais de uma parcela do objeto, mas vincula que o engenheiro apresentado na documentação da licitante preste pessoalmente os serviços avençados.** (grifo nosso)
"ACÓRDÃO Nº 3066/2020 – TCU – Plenário - (Data da Sessão: 18/11/2020)

Mister atentar para a Súmula 222 do Tribunal de Contas da União determina:

"As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios." (grifo nosso)

Não custa repisar a Resolução 48/76 do CONFEA que determina: aos profissionais diplomados no Brasil, sob a vigência dos currículos estabelecidos pela Resolução nº 48/76 do CFE, não cabe estabelecer restrições quanto às correspondentes atribuições fixadas pela Resolução nº 218/73, do CONFEA", não restringindo a atuação dos profissionais dentro de suas atribuições legais – ou seja, não existe impedimento jurídico ou técnico para que a habilitação ou execução seja realizada por um único profissional dentro de suas atribuições.

4. DO PEDIDO:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e acreditamos que nossa empresa, além de ofertar valor exequível e consistente e com toda a bagagem técnica demonstrada em seus atestados, além de propor um valor de aproximadamente vinte e sete por cento menor que a declarada vencedora, atendeu ao Edital e seus anexos.

Assim sendo, solicitamos reconsideração de nossa inabilitação e manutenção de nossa empresa como vencedora.

Atenciosamente



PREST'MO ENGENHARIA LTDA - EPP
CREA 40.920-5
Manuel J da Fonseca Corte
Diretor Técnico/ Sócio Administrador
Engenheiro Civil e Seg. do Trabalho
REA 60.100/D