



ILUSTRÍSSIMO PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO, UNIDADE DE COMUNICAÇÃO.

UNIDADE DE COMUNICAÇÃO, ÓRGÃO CENTRAL DO SISTEMA DE COMUNICAÇÃO DO GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SICOM.

Ref.: Edital de concorrência nº 03/2020 processo SG nº 1.074.856/2019. Concorrência tipo técnica e preço.

ICOMUNICACAO INTEGRADA - EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 05.033.844/0001-52, sediada no SAUS Quadra 05 Bl. N, lote 02, Edifício OAB 10º. Andar – Asa Sul, Brasília – DF, CEP 70070-913, por seu representante legal ao final subscrito, vem, respeitosa e tempestivamente, com fundamento no item 10 do Edital, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO COM PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO** em face da r. decisão proferida pela Comissão de Licitação que não declarou como vencedora do certame a ora recorrente uma vez que esta apresentou atestado de capacidade técnica, pelas razões de fato e fundamentos de direito que passa a expor.

I - DA TEMPESTIVIDADE

Os 5 dias para apresentação do presente **RECURSO ADMINISTRATIVO COM PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO** findar-se-ão aos 09/10/2020, dado que o resultado final da licitação foi comunicado aos 02/10/2020, não havendo dúvidas quanto a tempestividade.

II – DOS FATOS

A recorrente participou da Concorrência epigrafada, tendo apresentado regularmente todos os documentos exigidos conforme previsão editalícia, ficando classificada em terceiro lugar.

Ocorre, que para sua surpresa, a douta comissão de licitação não exigiu das empresas vencedoras a apresentação de atestados de capacidade técnica, ou de qualquer outro documento que comprove minimamente que as empresas classificadas em primeiro e segundo lugar possuam o mínimo de *expertise* para a realização do trabalho, que ressalte-se, é de alta especialização e complexidade.



É preciso destacar que não é possível a dispensa de demonstração de capacidade técnico como requisito de habilitação de licitantes em certames cujos objetos exijam média e alta complexidade.

Apenas em situações em que não se exija qualquer complexidade, é possível a dispensa de tal requisito, devendo ainda assim o gestor público motivar de maneira explícita, e com base em razões de ordem técnica, as motivações para a dispensa de comprovação de qualificação técnica como requisito de habilitação técnica.

É preciso destacar que a recorrente apresentou toda documentação exigida no edital, além de atestados de capacidade técnica para comprovar que detém conhecimento e capacidade para realizar aquilo que se pretende contratar.

Conforme dito acima, a recorrente foi surpreendida pelo fato da licitante não ter exigido a apresentação dos atestados de capacidade técnica, tendo em vista a obrigatoriedade de sua apresentação, ou em caso de não fazê-lo que justifique o motivo de não exigir. A recorrente, inclusive, registrou, ainda na fase de esclarecimentos, sua preocupação quanto a não exigência dos atestados, conforme exposto abaixo:

“Questionamento 24: Não é citado como entrega no envelope de Habilitação os ‘atestados de capacidade técnica’. Por se tratar de um item importantíssimo para que as licitantes comprovem sua experiência em comunicação Digital, pedimos a revisão do item.”

Resposta: A licitante deve se ater às exigências que constam no edital.

É preciso destacar que a demonstração de requisitos mínimos de qualificação técnica se mostram ainda mais relevantes no caso em comento, tendo em vista que conforme se observa da documentação pertinente as empresas vencedoras, as mesmas estão enquadradas com o CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) como função primária de organização de eventos e não de agência de comunicação ou comunicação digital, razão pela qual, causa absoluta estranheza não demonstrarem qualquer comprovação de aptidão técnica para a realização de um trabalho de relevante valor e complexidade.



Diante deste fato, pode-se questionar a capacidade técnica das empresas vencedoras para a realização do serviço licitado, uma vez que as empresas não apresentam atividade primária do objeto a ser contrato em seu CNAE, e sim, secundária, o que coloca em dúvida a capacidade técnica para a realização do objeto licitado, conforme se extrai da Classificação Nacional de Atividades Econômicas.

Conforme dito anteriormente, a recorrente apresentou toda a documentação exigida no edital, além dos atestados de capacidade técnica que demonstram de forma clara e objetiva que possuem capacidade técnica para realizar o serviço licitado com plenitude.

De forma absolutamente diferente, as empresas classificadas em primeiro e segundo lugar não apresentaram qualquer comprovação e mesmo assim foi a primeira colocada declarada vencedora, sendo certo que referida falha afronta o entendimento do Tribunal de Contas da União, e *Data Vênia*, referida decisão não resiste a uma análise sistemática segundo o melhor direito, sendo o que passamos a demonstrar:

III - DAS RAZÕES PARA O PROVIMENTO DO RECURSO COM PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

III.I. - DOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA – NATUREZA JURÍDICA - GARANTIA PARA A LICITANTE

Inicialmente, faz-se necessário proceder à interpretação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal/88 em conjunto com o art. 27 da Lei 8.666/1993, que o regulamentou, no tocante à instituição de normas para licitações e contratos da Administração Pública, os quais reproduzimos a seguir:

‘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 contratos 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;’ (grifos nossos)(Constituição Federal/1988).

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

I – habilitação jurídica;

II – qualificação técnica;

III – qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXI do art. 7º da Constituição Federal.’ (Lei 8.666/1993)

Com efeito, para fins dessa interpretação sistemática, citamos o ilustre jurista Jessé Torres Pereira Júnior que, em sua obra *‘Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública’*, assim se pronunciou a respeito do art. 27 da Lei 8.666/1993: *‘Há de compreender-se o art. 27 em sintonia com o inciso XXI do art. 37 da CF/88. Este junte as exigências que a lei e a Administração podem fazer aos competidores, em cada processo licitatório, à comprovação da qualificação técnica e econômica que seja indispensável, exclusivamente, à garantia do cumprimento das obrigações que virão a ser pactuadas no contrato, todavia previstas, desde logo, no ato convocatório.’ (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres in ‘Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública’ – 6ª Ed., Rio de Janeiro - São Paulo – Renovar, 2003. P. 328.*

Isto significa dizer que as exigências de qualificação técnica e econômica têm que ser somente aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, não que elas possam ser excluídas do ato convocatório em sua totalidade. Ou seja, o que o constituinte buscou coibir foi o excesso de exigências relativas à qualificação técnica e econômico-financeira que não contribuíssem para a consecução do objeto, mediante a atribuição de poder discricionário à Administração Pública para que ela possa estabelecer os requisitos caso a caso, conforme a necessidade do objeto e segundo os princípios e dispositivos



norteadores do Direito Administrativos e não a concessão de poder à essa mesma Administração para suprimir, por mínimas que fossem, esses tipos de exigências do edital.

Esse excesso de exigências que o legislador constituinte objetivou coibir, inclusive, reflete-se na redação dos caputs dos arts. 30 e 31 da Lei 8.666/1993 (qualificação técnica e econômico-financeira) que fazem uso da locução verbal *'limitar-se-á'*, do qual se infere que, em cada caso, o respectivo ato convocatório não poderá exigir documentos além daqueles mencionados nos artigos, que demarcam o limite máximo de exigência, mas poderá deixar de exigir algum dos documentos que, mesmo ali referidos, considerar desnecessário para aferir as qualificações técnica e econômico-financeira satisfatórias. Isto não quer dizer que ele poderá deixar de exigir todos eles.

Objetivando demonstrar tal entendimento, citamos novamente o ilustre jurista Jessé Torres Pereira Júnior que em sua obra 'Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública', assim se pronunciou a respeito do art. 27 da Lei 8.666/1993:

'As exigências de qualificação técnica e econômico-financeira, di-lo o art. 37, XXI, da Constituição da República, devem ser apenas aquelas indispensáveis a assegurar o cumprimento do contrato, posto que qualquer outra reduz o teor de competitividade do certame. Logo, a Constituição reservou à autoridade administrativa a discricção necessária e suficiente para incluir nos editais de licitação as exigências de comprovação de qualificação técnica que se ajustem à natureza do objeto em disputa, suas características e a complexidade de sua execução. Em outras palavras, cabe a cada edital dosar as exigências de modo a resguardar a Administração quanto à experiência da empresa licitante na precedente execução de objetos semelhantes. Para objetos de máxima complexidade e alto custo, o máximo de exigências. Para objetos de menor complexidade e menor custo, nível menos rigoroso de exigências.' (grifos nossos). (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres in 'Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública' – 6ª Ed., Rio de Janeiro - São Paulo – Renovar, 2003. P. 347).

Na prática, a fase de habitação tem por finalidade aferir se a pessoa interessada em contratar com a Administração preenche os requisitos e as qualificações para a adequada execução do objeto licitado, tendo por fim garantir o cumprimento das obrigações firmadas no contrato administrativo. Trata-se, portanto, de uma fase impositiva, prevista no ordenamento jurídico, no caso o art. 27 da Lei 8.666/1993, devendo o agente público reclamar documentos conforme o objeto licitado, não podendo, contudo, fazer exigências



desarrazoadas ou desproporcionais, conforme estabelece o próprio Manual de Orientações Básicas das Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União:

‘É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira para participar de licitação na Administração Pública.

As exigências não podem ultrapassar os limites da razoabilidade e estabelecer cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado.’ (grifos nossos). (Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU, 4ª Edição, Brasília, 2010, p. 332).

O próprio Hely Lopes Meirelles, ao tratar sobre o assunto, teceu as seguintes críticas à burocracia exagerada:

‘A orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis e de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados. Daí por que a lei (art. 27) limitou a documentação, exclusivamente, aos comprovantes de capacidade jurídica, regularidade fiscal, capacidade técnica e idoneidade econômico-financeira. Nada mais se pede dos licitantes na fase de habilitação. Reconhecimentos de firmas, certidões negativas, regularidade eleitoral, são exigências impertinentes que a lei federal dispensou nessa fase, mas que a burocracia ainda vem fazendo ilegalmente, no seu vício de criar embaraço aos licitantes. É um verdadeiro estrabismo público, que as autoridades superiores precisam corrigir, para que os burocratas não persistam nas suas distorções rotineiras de complicar aquilo que a legislação já simplificou. Os bons contratos, observe-se, não resultam das exigências burocráticas, mas, sim, da capacitação dos licitantes e do criterioso julgamento das propostas.’ (MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 12ª ed., São Paulo, 1999, p. 112).

Deste modo, temos, a respeito desse entendimento, que refuta o estabelecimento de exigências excessivas, mas que prevê a apresentação de condições mínimas para a habilitação do participante em qualquer procedimento licitatório, o seguinte posicionamento do Tribunal De Contas da União, traduzido no Enunciado de Decisão 351, constante do voto do Acórdão 782/2000 – Plenário, que determinou:

‘A proibição de cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo da licitação não constitui óbice a que a Administração estabeleça os requisitos mínimos para participação no certame considerados necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade

do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público.' (Fundamentação legal, art. 3º, § 1º, inciso I, Lei 8.666/1993).

Nestes termos, é certo dizer que o edital pode estabelecer exigências que particularizem as diretrizes elencadas pela lei, para que seja realmente aferida a capacidade técnica e econômica das empresas candidatas à execução da obra ou serviço, desde que isso seja feito de forma justificada. Não se pode, contudo, admitir a faculdade de excluir do edital exigências estabelecidas em disposições normativas que têm por finalidade justamente garantir o mínimo daquelas capacidades.

Para ilustrar tal assertiva, invocamos o enunciado do Acórdão 1.942/2009 – Plenário, proferido pelo Ministro André Carvalho:

'As exigências relativas à capacidade técnica guardam amparo constitucional e não constituem, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo de licitações conduzidas pelo Poder Público. Tais exigências, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, devendo tão-somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais. Tais exigências devem ser sempre devidamente fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado.' (grifos nossos).

De fato, as exigências relativas à capacidade técnica, assim como à econômica, não constituem, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo de licitações conduzidas pelo Poder Público, até mesmo porque estão previstas não somente na Constituição Federal, como também na lei que a regulamentou (Lei 8.666/1993). Na verdade, o que constitui restrição indevida ao caráter competitivo de licitações são exigências desarrazoadas, excessivas e desproporcionais, não previstas em lei, ou que não tenham uma fundamentação ou justificativa adequada para a sua existência.

Nesse sentido, é absolutamente ilegal e até mesmo padece de vício constitucional o edital que não inclui exigências mínimas a respeito da habilitação técnica que podem garantir, ao menos em tese, a qualificação dos participantes do certame.

Referido entendimento quanto à obrigatoriedade das exigências de habilitação técnica e econômico-financeira nos editais é consolidado por toda jurisprudência dos Tribunais de



controle, conforme se observa do trecho do relatório e os itens 9.1 e 9.1.2 do Acórdão 2.931/2016 – Plenário do TCU, proferido pelo então Ministro-Relator, Raimundo Carreiro:

Enunciado

Na seleção de empresas para celebração de pré-contratos mediante dispensa de licitação com fundamento no art. 32 da Lei 9.074/1995, deve haver comprovação e avaliação da regularidade fiscal e das qualificações técnica e econômico-financeira, em observância aos arts. 27, 29, 30 e 31 da Lei 8.666/1993.' (grifos nossos).

Acórdão

9.1. dar ciência à Eletrosul Centrais Elétricas S.A., com vistas à adoção de providências internas que previnam a reincidência de falhas semelhantes, de que:

[...]

9.1.2. a falta de comprovação e avaliação da regularidade fiscal e das qualificações técnica e econômico-financeira na seleção das empresas pré-contratadas, verificada nos pré-contratos celebrados, para fins de participação do Leilão Aneel 9/2013 (A-3), com as empresas [sociedade empresarial 3], [sociedade empresarial 1], [sociedade empresarial 2], e [sociedade empresarial 4], descumpriu os arts. 27, 29, 30 e 31 da Lei 8.666/1993 e 5º, inciso IV, da IN-TCU 70/2012;' (grifos nossos).

Relatório

[...]

52. Denota-se, pois, que a Eletrosul não exigiu a devida comprovação, tampouco avaliou, para fins de seleção e pré-contratação, a regularidade fiscal e as qualificações técnica e econômico-financeira das empresas pré-contratadas, no âmbito do Leilão Aneel 009/2013(A-3), para a implantação dos projetos eólicos em questão.

53. Registre-se que a regularidade fiscal e as qualificações técnica e econômico-financeira compatíveis com a consecução do objeto a ser contratado, cuja necessidade de comprovação está prevista nos arts. 27, 29, 30 e 31 da Lei 8.666/1993 e 5º, inciso IV, da IN-TCU 70/2012, são essenciais ao planejamento e gerenciamento de risco das contratações, mormente em considerando a materialidade do empreendimento em questão.



54. Portanto, a ausência de comprovação e de avaliação da regularidade fiscal e das qualificações técnica e econômico-financeira no processo seletivo e de pré-contratação das empresas Gamesa, Iccila, STK Sistemas e Hidrobrasil, além de descumprir os arts. 27, 29, 30 e 31 da Lei 8.666/1993 e 5º, inciso IV, da IN-TCU 70/2012, denota inadequado planejamento e gerenciamento de risco na implantação dos projetos eólicos Coxilha Seca, Capão do Inglês e Galpões.’

E nem podemos admitir que referidas exigências somente seriam possíveis em licitações mais complexas, o que não se encaixaria no presente caso. Isso porque, trata-se de contratação de alto valor econômico e grande complexidade técnica.

Além disso, com base nos argumentos jurídicos expostos anteriormente, especialmente a interpretação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal em conjunto com os arts. 27, 28, 29, 30 e 31 da Lei 8.666/1993, é possível observar que a única exceção se encontra prevista em lei, mais precisamente no § 1º, do art. 32 da própria Lei 8.666/1993:

‘Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da Administração, ou publicação em órgão da imprensa oficial.

§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.’ (grifos nossos).

Dessa forma, o comando constante do art. 27 da Lei 8.666/1993 – o qual determina que ‘para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa’ às qualificações e habilitações ali previstas – não confere margem de discricionariedade para que o gestor decida entre exigir ou dispensar a apresentação desses documentos, sendo que as únicas hipóteses em que a documentação referente à qualificação dos interessados pode ser dispensada, no todo ou em parte, são as previstas, em rol taxativo, no art. 32, § 1º, da mesma Lei 8.666/1993, quais sejam os ‘casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão’, o que corrobora o entendimento de ser mandatória tal exigência nas demais circunstâncias, e portanto, a não inclusão de exigência de qualificação técnica no edital constitui prática de ato em desacordo com a legislação, razão pela qual, merece ser anulado referido certame, eis trata-se vício insanável.

IV - DO PEDIDO

a) Com base em tais fundamentos de cunho fático e jurídico, pleiteia-se o conhecimento e provimento do presente Recurso Administrativo com a desclassificação das recorridas classificadas em primeiro e segundo lugar, tendo em vista que não comprovaram capacidade técnica com apresentação de atestados válidos;

b) Em assim não entendendo, requer anulação do certame, eis que trata-se de vício insanável.

Nestes termos,

Pede Deferimento.

ICOMUNICACAO INTEGRADA – EIRELI



Leandro José Milini

CPF: 359.576.938-47

Representante Legal

Leandro José Milini
OAB/SP 307 947

