

Pregão Eletrônico

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRARRAZÃO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 1222/2022-A DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

Pregão Eletrônico nº 1222/2022-A

DGX TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 20.596.423/0003-95, com sede na cidade de Curitiba/PR, devidamente qualificada nos autos do processo licitatório em epígrafe, vem, tempestivamente, por meio de seu representante legal constituído, com fundamento no inciso XVIII do artigo 4º da Lei nº 10.520/2002, interpor CONTRARRAZÕES ao recurso administrativo da empresa: LIDERANÇA LIMPEZA E CONSERVAÇÃO LTDA, já qualificada no processo de licitação em comento, com o desiderato de refutar as alegações constantes, conforme fundamentação jurídica abaixo descrita.

I - DAS ALEGATIVAS:

A empresa recorrente alega em síntese que:

"Conforme depreende-se da síntese fática, a Recorrida não poderia ser declarada vencedora do certame licitatório, uma vez que não apresentou de forma correta os documentos de habilitação exigidos pelo Instrumento Convocatório, sobretudo, no que diz respeito a QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, pois nos documentos apresentados pela empresa DGX TERCEIRIZAÇÃO, não consta o quantitativo de postos de trabalho exigidos, bem como, não há comprovação de experiência mínima na prestação de serviços de jardinagem com a metragem mínima de 9.866m², condições estas previstas no item 9.3.3.1.2 do Edital"

Sendo assim, passa-se a contrarrazoar.

III - DO MÉRITO

III.I - DA ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA

No que se refere à alegativa da recorrente LIDERANÇA de que empresa DGX não teria comprovado sua aptidão técnica para cumprir o contrato, fica notório sua busca por argumentos arbitrários de tentar a todo modo desqualificar a recorrida, onde em suas razões recursais sequer informou embasamento na lei ou jurisprudências para confirmar o que se pretende recorrer, colocando erroneamente em fragilidade o julgamento do prezado pregoeiro e sua comissão de apoio. Isto porque, foram juntados 7 (sete) atestados de capacidades técnicas e todos voltados à função de limpeza e conservação, ao passo que se restasse alguma dúvida – que não foi o caso – bastasse o pregoeiro com base no seu poder de diligenciar pedir cópias dos contratos para autenticar o declarado, uma vez que tal documento tem natureza declaratória - e não constitutiva - de uma condição preexistente.

Conforme diz os julgados do TCU:

"É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame." (Acórdão TCU nº 1.795/2015-Plenário).

"É irregular a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação de pouca relevância sem que tenha sido feita a diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993". (Acórdão TCU nº 3.615/2013-Plenário).

"Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, ESPECIALMENTE DÚVIDAS QUE ENVOLVAM CRITÉRIOS E ATESTADOS QUE OBJETIVAM COMPROVAR A HABILITAÇÃO DAS EMPRESAS EM DISPUTA, O RESPONSÁVEL PELA CONDUÇÃO DO CERTAME DEVE PROMOVER DILIGÊNCIAS PARA ACLARAR OS FATOS e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993." (Acórdão TCU nº 3.418/2014-Plenário).

Pois bem, como no caso dos atestados de capacidade técnica da DGX não pairam dúvidas, posto que foi redigido de maneira objetiva e clara, o pregoeiro e sua comissão de apoio entenderam sabiamente não ser necessário promover a diligência, no entanto, a empresa ora recorrida se deixa à disposição para sanar quaisquer dúvidas após as suscitações aqui feitas, uma vez que não tem nada a esconder e buscar cumprir fielmente todos os princípios norteadores da licitação.

Para mais, o item do edital destacado pela recorrente traz como complemento o que se busca afirmar, em caso de dúvidas pelo pregoeiro, o que já está sendo declarado, que seriam as informações quanto as áreas de jardinagem e limpeza de vidros já realizadas pela DGX. No que, por meio do seu poder-dever de diligenciar poderia solicitar mais esclarecimentos.

Para confirmar tal ensinamento, professor Marçal Justen Filho leciona que:

"A realização da diligência não é uma simples "faculdade" da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17ª ed., Revista dos Tribunais, 2016, p. 949)

No mesmo sentido, confira-se a lição de Pedro Paulo de Rezende Porto Filho:

"A licitação não é uma corrida de obstáculos. Todos os atos administrativos têm finalidades que devem ser alcançadas de forma direta ou indireta. Não seria crível que a lei, ao atribuir ao administrador a faculdade de realizar diligências, se satisfizesse com qualquer decisão sua, razoável ou não, e que certa solução fosse acolhida pelo ordenamento jurídico, ainda que não fosse a melhor para atender o interesse público. Nessa linha, promover ou não diligência não é ato de vontade da comissão de licitação, que dependa do humor dos seus integrantes. ELES, NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA, TÊM O DEVER DE PERSEGUIR A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA E PRATICAR TODOS OS ATOS NECESSÁRIOS PARA ENCONTRAR A QUE SATISFAÇA O INTERESSE PÚBLICO MAIS PERFEITO (NO CASO, COM A MAIOR AMPLITUDE POSSÍVEL DO UNIVERSO DE LICITANTES)".

Nota-se que a finalidade é o atendimento ao interesse público desde que se esteja em obediência à Lei, logo, o próprio o STJ já decidiu que "as diligências para esclarecimento no curso de procedimento licitatório visam a impor segurança jurídica à decisão a ser proferida, em homenagem aos princípios da legalidade, da igualdade, da verdade material e da guarda aos ditames do edital" (MS nº 12.762-DF, Min. José Delgado, DJe 16.6.08)

Nesse sentido, caso o nobre pregoeiro incorresse em dúvida quanto aos atestados de capacidade técnica, bastava que se utilizasse do seu poder dever de diligenciar para confirmar a capacidade técnica da mesma. Isso porque a falta apontada pela recorrente não altera a proposta e os documentos já apresentados.

Ademais, como a DGX apresentou atestados que comprovam a sua habilitação técnica e o Edital permite o envio de documentos complementares para confirmar os exigidos no Edital, o Pregoeiro poderia ter realizado diligências no sentido de apontar a quantidade a metragem de cada atestado referente aos serviços de jardinagem e limpeza de vidros.

Sobre o assunto, o TCU já decidiu que "Na condução de licitações, FALHAS SANÁVEIS, MERAMENTE FORMAIS, IDENTIFICADAS NA DOCUMENTAÇÃO DAS PROPONENTES NÃO DEVEM LEVAR NECESSARIAMENTE À INABILITAÇÃO OU À DESCLASSIFICAÇÃO, CABENDO À COMISSÃO DE LICITAÇÃO PROMOVER AS DILIGÊNCIAS DESTINADAS A ESCLARECER DÚVIDAS OU COMPLEMENTAR O PROCESSAMENTO DO CERTAME (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993)." Assim, numa remota chance de inabilitação da DGX sem que antes o Pregoeiro tenha promovido as diligências necessárias seria ilegal principalmente por ser uma circunstância de caráter complementar e facilmente sanável, o que não foi e nem será preciso, motivo pelo qual declarou esta recorrida vencedora do presente certame.

E, nesse mesmo sentido, o Plenário do TCU, quando do julgamento do Acórdão 1385/2016, reiterou o seu entendimento, conforme decisão assim ementada: "Não há previsão legal, para fins de qualificação técnica, da apresentação de notas fiscais para comprovação dos atestados de capacidade técnica. CONTUDO, É FACULDADE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO OU DO PREGOEIRO REALIZAR DILIGÊNCIAS PARA VERIFICAR A FIDEDIGNIDADE DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA LICITANTE".

Dito isto, o art. 30 da lei 8.666/93 é taxativa no tocante as exigências permitidas nos atestados de capacidade técnica, MAS ISTO NÃO QUER DIZER QUE DEVERÁ HAVER UM PADRÃO DE ATESTOS, DESDE QUE OBSERVADAS AS QUALIFICAÇÕES MÍNIMAS DO SERVIÇO LICITADO, logo para mais do que ali dispõe, pode o pregoeiro sanar as eventuais dúvidas por meio de diligências, seja para esclarecimentos quanto ao seu pessoal técnico, solicitando comprovação por meio de certidões ou atestados de serviços similares, de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

Além disto deve-se respeitar os outros princípios norteadores do processo licitatório, dentre eles destacamos ao da proposta mais vantajosa à Administração Pública, bem como da economicidade ao erário, vejamos o que diz o doutrinador Marçal Justen Filho faz as seguintes considerações:

"A autorização legislativa para a realização de 'diligências' acaba despertando dúvidas. Em primeiro lugar, deve destacar-se que não existe uma competência discricionária para escolher entre realizar ou não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas envolverem pontos obscuros — apurados de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados —, a realização de diligências será obrigatória. Ou seja, não é possível decidir a questão (seja para desclassificar o licitante, seja para reputar superada a questão) MEDIANTE UMA ESCOLHA DE MERA VONTADE. PORTANTO, A REALIZAÇÃO DA DILIGÊNCIA SERÁ OBRIGATORIA SE HOVER DÚVIDAS RELEVANTES" (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14ª edição, São Paulo: Dialética, 2010, p. 598).

Então, nobre pregoeiro, os atestados das empresas não precisam ser exatamente iguais ao do edital, e sim o objeto do atestado precisa ser similar ao objeto da licitação. É isso que determina o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/93: "II - COMPROVAÇÃO DE APTIDÃO PARA DESEMPENHO DE ATIVIDADE PERTINENTE E COMPATÍVEL EM CARACTERÍSTICAS, QUANTIDADES E PRAZOS COM O OBJETO DA LICITAÇÃO [...]"

Isto porque o Hely Lopes Meirelles explica:

"Qualificação técnica é o conjunto de requisitos profissionais que o licitante apresenta para executar o objeto da licitação. Pode ser genérica, específica e operativa. Comprova-se a capacidade técnica genérica pelo registro profissional; a específica, por atestado de desempenho anterior e pela existência de aparelhamento e pessoal adequados para a execução do objeto da licitação; a operativa pela demonstração da disponibilidade desses recursos materiais e humanos adequados, necessários à execução. E assim é porque o licitante pode ser profissional habilitado e não ter pessoal e aparelhamento próprios para a realização do objeto contratado; pode ser habilitado e possuir o aparelhamento e pessoal adequado, mas indisponíveis para a execução do objeto contratado, por estar exaurida sua capacidade operativa real. Isso ocorre frequentemente, quando as empresas comprometem esses recursos acima de suas possibilidades efetivas de desempenho, já estando absorvidos por outros contratos de obras, serviços ou fornecimentos. Diante dessa realidade, é lícito à Administração verificar não só a capacidade técnica teórica do licitante como a sua capacidade técnica efetiva de execução, que se convencionou chamar capacidade operativa real. Grande parte dos insucessos na execução dos contratos administrativos decorre da falta de capacidade operativa real, não verificada pela Administração na fase de habilitação dos proponentes. [...] A comprovação da capacidade técnico-profissional, nas licitações pertinentes a obras e serviços, deve ser feita com a demonstração de possuir o licitante, em seu quadro permanente, na data da licitação, profissional de nível superior detentor de atestado de responsabilidade técnica (ART) expedido pela entidade profissional competente, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos. (Direito Administrativo Brasileiro, 40ª Ed. Malheiros, pp. 333 e seguintes)."

A própria súmula nº 263 do Tribunal de Contas da União: "Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do

objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado”.

A decisão sumulada possui o termo “serviços com características semelhantes” e não serviços com características iguais a do objeto, como preza a recorrida, portanto cabe a administração a definição de se os atestados apresentados pela empresa DGX são compatíveis, semelhantes com o objeto da licitação.

No mesmo contexto a decisões do Tribunal de Contas da União:

“No caso vertente, a exigência de que a licitante tenha executado serviço no mínimo igual ao do objeto do pregão contraria esse entendimento, por impor às interessadas condição que extrapola os critérios razoáveis de seleção, invadindo e ferindo a competitividade do certame” (Acórdão nº 410/2006 – Plenário, rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça).

“Acórdão 449/2017 – Plenário 9.3.1. a cláusula 9.5.2 do edital restringiu a competitividade do Pregão Eletrônico 17/2016 ao exigir comprovação para a qualificação técnica de prestação de serviços especificamente na atividade de motorista, uma vez que para a administração importa mais a habilidade das empresas na gestão da mão de obra que a sua aptidão técnica para a execução do objeto, em consonância com a jurisprudência do TCU, conforme Acórdãos 553/2016–Plenário, 1.214/2013–Plenário, 1.443/2014–Plenário, 744/2015–2ª Câmara e 668/2005–Plenário”

Ambas decisões do Tribunal apontam que a exigência de serviço igual ao objeto do certame não é razoável, e caso fosse solicitado frustraria o caráter competitivo da licitação.

Salve melhor juízo, os atestados apresentados comprovam a capacidade operacional da licitante e são compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação e são suficientes para comprovar a aptidão da recorrida na gestão de mão-de-obra, bem como, inclusive, na prestação de serviços de limpeza.

E, com efeito, a Recorrida comprovou larga experiência na gestão de mão-de-obra terceirizada e, inclusive, na prestação de serviços de limpeza e conservação, e, para atendimento a exigência secundária disposta em edital, bastasse que o pregoeiro diligenciasse para maiores comprovações, em caso negativo seria um exagero, implicando indevida limitação da competitividade inerente ao certame e possibilidade de direcionamento, sendo, portanto, ilegal.

Desta forma as exigências de capacidade técnica limitar-se-ão a “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação [...]”. Vê-se que tampouco a Lei exige capacidade específica, não podendo ato administrativo de natureza infralegal restringir a que a Lei não restringiu sem fundadas razões para tanto.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Contas da União (TCU): “No caso vertente, a exigência de que a licitante tenha executado serviço no mínimo igual ao do objeto do pregão contraria esse entendimento, por impor às interessadas condição que extrapola os critérios razoáveis de seleção, invadindo e ferindo a competitividade do certame” (Acórdão nº 410/2006 – Plenário, rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça).

Em relação especificamente às contratações de serviços de terceirização, a jurisprudência pacífica do TCU orienta-se no sentido de que é suficiente a comprovação de aptidão técnica na gestão de mão-de-obra: Acórdão TCU 1168/2016 – Plenário

2. A jurisprudência desta Corte vem se firmando no sentido de que, nas contratações de serviços de terceirização (serviços contínuos prestados mediante dedicação exclusiva da mão de obra), os atestados de capacidade técnica devem, em regra, comprovar a habilidade da licitante na gestão de mão de obra (Acórdãos 553/2016, 1.443/2014 e 1.214/2013, do Plenário, e 744/2015, da 2ª Câmara).

A violação ao caráter competitivo do certame e o prejuízo ao interesse público ficariam ainda mais evidentes caso o nobre pregoeiro desclassificasse esta recorrida por um motivo que poderia ser sanado por meio de uma simples diligência para confirmar o que já havia sido apresentado, uma vez que as qualificações técnicas anexadas já demonstram a satisfação de garantir o cumprimento das obrigações assumidas.

Ainda, neste sentido a IN 05/2017 prevê:

10.6. Na contratação de serviço continuado, para efeito de qualificação técnico-operacional, a Administração Pública poderá exigir do licitante:

b) comprovação que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, mediante a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação, podendo ser aceito o somatório de atestados;

c) no caso de contratação de serviços por postos de trabalho:

c.1. quando o número de postos de trabalho a ser contratado for superior a 40 (quarenta) postos, o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) com um mínimo de 50% (cinquenta por cento) do número de postos de trabalho a serem contratados;

c.2. quando o número de postos de trabalho a ser contratado for igual ou inferior a 40 (quarenta), o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) em número de postos equivalentes ao da contratação.

10.10. O licitante deve disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços.

Destacamos mais um direcionamento da Corte de Contas:

“Nas licitações para contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, os atestados de capacidade técnica devem comprovar a aptidão da licitante na gestão de mão de obra, e não na execução de serviços idênticos aos do objeto licitado, sendo imprescindível motivar tecnicamente as situações excepcionais.”(Acórdão 553/2106 – Plenário | Ministro Vital do Rego)

Com o Acórdão acima especificados, fica bem claro a posição do TCU sobre este tema, ou seja, os Atestados devem comprovar que a licitante tem aptidão na Gestão da Mão de obra - o que a DGX atende perfeitamente - e não especificadamente a cada item do objeto licitado, que a empresa DGX cumpre por meio de seus atestados apresentados. Atestado de capacidade técnica tem o escopo de comprovar para o ente administrativo que o profissional constante no quadro da empresa possui a maestria necessária para o desempenho da atividade com satisfação, tal entendimento serve até para afastar o excesso de formalismo, cujo qual é também vedado por

entendimento da corte de contas. Portanto, a DGX cumpre todos os requisitos de habilitação, por isso foi legalmente declarada vencedora do presente certame.

V- DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, a empresa DGX TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS EIRELI requer pelo NÃO PROVIMENTO DOS RECURSO ADMINISTRATIVO interposto pela empresa LIDERANÇA LIMPEZA E CONSERVAÇÃO LTDA pelas razões de mérito arguidas nesta peça.

Nestes termos,
Pede e espera deferimento

Florianópolis/SC, 04 de maio de 2022.

JAMILLY CASARA
OAB/PR nº 105.339
PROCURADORA LEGAL CONSTITUÍDA
DGX TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS EIRELI
20.596.423/0003-95

Fechar