

Processos nº 2505.01/2018 – OBRAS
TOMADA DE PREÇOS nº 0106.02/2018 - OBRAS
Assunto: IPUGNAÇÃO DE EDITAL
Impugnante: APLA COMERCIO SERVIÇOS PROJETO E CONSTRUÇÕES EIRELI ME e W U CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS EIRELI EPP

"A qualificação técnica é um conjunto de requisitos profissionais que o licitante deverá reunir para a concretização plena do objeto da licitação [...]"
(TCU - Tribunal de Conta da União, por meio da Decisão nº 682/96)

Resposta ao Recurso

A Comissão de Licitação do Município de Madalena vem responder aos pedidos de impugnação do Edital nº 0106.02/2018 – OBRAS, impetrados pelas empresas APLA COMERCIO SERVIÇOS PROJETO E CONSTRUÇÕES EIRELI ME e W U CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS EIRELI EPP, com base no Art. 41, parágrafo 2º e 3º, da Lei 8.666/93 e suas posteriores alterações.

DAS RESPOSTAS

Preliminarmente há que se esclarecer que a referida impugnação não tem efeito de recurso, portanto não há que se falar em efeito suspensivo, tampouco sua remessa a autoridade superior, tem a Presidente da Comissão nesta fase processual, todos os poderes para averiguação de quaisquer contestações que se façam ao texto editalício, decidindo sobre cada caso, conforme a legislação pertinente.

Podemos concluir desta forma pelas recomendações do art. 41, parágrafo segundo, também citado pela impugnante, senão vejamos:

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94) (grifamos)

O Art. 41, parágrafo segundo alhures é taxativo, a comunicação de impugnação do edital não terá efeito de recurso, portanto não terá efeito suspensivo.

Aduzimos por oportuno que as impugnações serão julgadas conjuntamente, vez que abordam invariavelmente os mesmos pontos, ainda com a mesma redação, com argumentos em textos idênticos, ponto sobre o qual esta comissão tratará adiante.

Os pontos contestados pelas empresas supra tratam apenas de taxar de ilegais as exigências contidas no item **4.2.5.3 - Relativa à CAPACITAÇÃO TÉCNICO - OPERACIONAL**, referindo-se as impugnantes em conjunto, com o mesmo texto, que as exigências são ilegais, citando normativos do CONFEA, de que a

experiência cabível de ser exigida é a profissional, que o CONFEA prevê que não se exige capacidade em nome de pessoa jurídica, de modo que justificaremos a seguir, em razões técnicas e fáticas.

Quanto à exigência do item editalício que trata da qualificação técnica OPERACIONAL, aduzimos que está embasada na norma do Art. 30, inciso II, parágrafo primeiro, inciso I, que transcrevemos:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

Na definição de Marçal Justen Filho, "A expressão "qualificação técnica" tem grande amplitude e significado. Em termos sumários, consiste no domínio de conhecimento e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado."

Ainda segundo referido doutrinador, "Cada espécie de contratação pressupõe diferentes habilidades ou conhecimentos técnicos. (...) Como decorrência, a determinação dos requisitos de qualificação técnica far-se-á caso a caso, em face das circunstâncias e peculiaridades das necessidades que o Estado deve realizar. Caberá à Administração, na fase interna antecedente à própria elaboração do ato convocatório, avaliar os requisitos necessários, restringindo-se ao estritamente indispensável a assegurar um mínimo de segurança quanto a idoneidade dos licitantes."

Consta nexa na exigência do **item 4.2.5.3**, que segundo a jurisprudência do TCU – Tribunal de Contas da União, o interprete deverá adotar por analogia os limites impostos a capacitação técnico profissional.

Segundo posição doutrinária e jurisprudencial dominante nesta Corte (Decisões Plenárias nos 285/2000, 592/2001, 574/2002 e 1618/2002), não existem óbices a que sejam exigidos atestados de capacitação técnico-operacional dos licitantes, adotando-se, por analogia, o mesmo limite imposto a capacitação técnico-profissional conforme definido no inciso I do § 1º do art. 30 da Lei no 8.666/1993, ou seja, a comprovação da capacidade técnico-operacional deve ocorrer em relação "as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação". Uma vez que a exigência editalícia mantém-se dentro desses limites, pode ser considerada razoável, descaracterizando a existência de direcionamento.

Acórdão 1923/2004 Plenário (Voto do Ministro Relator) (GRIFAMOS)

A mais, e a despeito da legalidade da exigência de qualificação técnica operacional, vejamos as lições, sempre atuais, do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, destaca-se que:

"A comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível, não obstante o veto apostado à letra b do §1º do art. 30. Na verdade o dispositivo vetado impunha limitação a essa exigência e a sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, exigências, essas, que devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação" (Direito Administrativo, 20ª ed., 1995, p. 270).

Essa, inclusive, é a inteligência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"Administrativo. Procedimento Licitatório. Atestado Técnico. Comprovação. Autoria. Empresa. Legalidade.

Quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa, não está sendo violado o art. 30, §1º, II, caput, da Lei nº 8.666/93. É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade e eficiência, objetivando não só a garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo – a lei – mas com dispositivos que busquem resguardar a Administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa.

Recurso provido (Resp. nº 44.750-SP, rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª T., unânime, DJ de 25.9.00)" (sem grifo no original).

Em abono dessa matiz, também se manifestou o Egrégio Tribunal de Contas da União:

"Habilitação. Qualificação técnica. Capacitação técnico-profissional. Capacitação técnico-operacional. Concorrência. A estabilidade do futuro contrato pode ser garantida com a exigência de atestados de capacitação técnico-profissional aliada ao estabelecimento de requisitos destinados a comprovar a capacitação técnico-operacional nos termos do inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93. (TC-009.987/94-0, publicado no Boletim de Licitações e Contratos, NDJ, 1995, vol. 11, p. 564).

E cabível a exigência de comprovação da capacidade técnico-operacional mediante atestados, sendo admitida, inclusive, a possibilidade de exigências de quantitativos mínimos e prazos máximos para essa comprovação, desde que demonstrada a adequação e pertinência de tal exigência em relação ao objeto licitado.

Acórdão 1417/2008 Plenário (Sumário)

Segundo posição doutrinária e jurisprudencial dominante nesta Corte (Decisões Plenárias nos 285/2000, 592/2001, 574/2002 e 1618/2002), não existem óbices a que sejam exigidos atestados de capacitação técnico-operacional dos licitantes, adotando-se, por analogia, o mesmo limite imposto a capacitação técnico-profissional conforme definido no inciso I do § 1º do art. 30 da Lei no 8.666/1993, ou seja, a comprovação da capacidade técnico-operacional deve ocorrer em relação "as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação". Uma vez que

a exigência edilícia mantem-se dentro desses limites, pode ser considerada razoável, descaracterizando a existência de direcionamento.

Acórdão 1923/2004 Plenário (Voto do Ministro Relator)

Em análise ao caso é mister salientar-se que a fase de habilitação faz-se necessária para evitar prejuízos à administração por uma licitação ou contratação ruinosa:

"Habilitação é o reconhecimento dos requisitos legais para licitar, feito por comissão ou autoridade competente para o procedimento licitatório, É ato prévio do julgamento das propostas. Embora haja interesse da administração no comparecimento do maior numero de licitantes, o exame das propostas restringe-se àquelas que realmente possam ser aceitas, em razão da pessoa do proponente. Isto porque a Administração só pode contratar com quem tenha qualificação para licitar, ou seja, capacidade jurídica para o ajuste, condições técnicas para executar o objeto da licitação; idoneidade financeira para assumir e cumprir os encargos e responsabilidades do contrato. Essa habilitação é feita em oportunidades diversas e por sistemas diferentes para cada modalidade de licitação." Hely Lopes Meirelles referindo-se ao Decreto Lei 200/67, citado por José Cretella Júnior, Das Licitações Públicas, editora Forense, 10ª Edição, Rio de Janeiro, 1997, pág. 251.

Partindo desse prisma concluir-se-á que a exigência supra se faz legal de modo que sua renuncia seria incorrer no risco de contratar-se com empresa que não tenha a capacidade técnica de tocar a obra caso vencedora da licitação.

Essa, inclusive, é a inteligência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"Administrativo.Licitação.Interpretação do art. 30, II e §1º, da Lei 8.666/93.

1. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei. 666/93, quando, em procedimento licitatório, exige-se a comprovação, em nome da empresa proponente, de atestados técnicos emitidos por operadoras de telefonia no Brasil de execução, em qualquer tempo, de serviço de implantação de cabos telefônicos classe "L" e "C" em período consecutivo de vinte e quatro meses, no volume mínimo de 60.000 HxH, devidamente certificados pela entidade profissional competente.

2. O exame do disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, e sua parte final, referente a 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações', revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe' (Adilson Dallari).

Citando-se por oportuno que para todos os itens exigidos comprovação de execução anterior como parcelas de maior relevância constam do orçamento básico do devido processo licitatório, portando restando comprovada a legalidade da exigência supra.

Esclarecendo ainda que não há empecilhos na verificação de Acervos técnicos em nome de empresas licitantes, posto que os CREA's ao listarem as atividade de qualquer profissional em acervo, também neste citam a empresa a qual estes profissionais compõem o quadro técnico, não havendo qualquer dificuldade na verificação da capacidade técnico operacional.

A mais que não é novidade alguma que a administração pública se depara com freqüência com aventureiros que acabam ganhando licitações vultuosas e não honram os compromissos, expondo a Administração a frustrações por contratar com empresas incapazes de tocar o contrato, quando não se detecta isso na fase de licitação ainda, constatando-se pura má fé de licitantes descompromissados com a legislação vigente.

Notadamente que a lei de licitações "não proíbe o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica, mas, sim, deixando que a decisão quanto a essa questão fique a critério da autoridade licitante, que deve decidir quanto ao que for pertinente, diante de cada caso concreto, nos termos da legislação vigente.

A lei de licitações deverá ser aplicada em sua amplitude, principalmente com as demais normas vigentes e originárias, as constitucionais, portanto, em relação à legitimidade da referida exigência e, a respeito da sua legalidade, analisemos a luz da indispensabilidade contida no Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

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. (grifamos).

Este é o comando legal, esta é a interpretação da melhor doutrina administrativista pátria acima arrolada, este é o entendimento da jurisprudência, inclusive administrativa, como se apontará, que deve ser observada por imperativos indeclináveis para o administrador público e que são, exatamente, seu dever de preservar o interesse público e, isto, porque, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

"À Administração não convém atirar-se em negócios aleatórios. Não pode envolver-se em riscos que tragam incertezas quanto ao efetivo cumprimento dos encargos que poderão incidir sobre a parte vencedora. O interesse público, a continuidade do serviço, não se compadecem com álea que deriva de avença travada com que pudesse comprometer, por insuficiência econômica ou técnica, a satisfação dos superiores interesses curados pelo Poder Público."

Isto posto, restam comprovadas a regularidade das exigências supramencionadas, de maneira que não se pode interpretar o edital de forma diversa ao sentido das normas nele contido, mormente quando não se está mais em fase legal para tanto.

A propósito, oportuna a transcrição da ementa de julgamento em Recurso Especial nº 172.232/SP), nos seguintes termos: Ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, II, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. 2. "O exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em sua parte final, referente a "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe (Adilson Dallari)."

O ingresso em um certame licitatório, pois, não constitui garantia absoluta de qualquer pessoa, mas acha-se vinculado e diretamente subordinado ao atendimento de determinados requisitos que em lei se acham previstos e que, em cada caso, devem ser objeto de avaliação pela administração, a quem incumbe determinar o que se compatibiliza ou não com o contrato a ser futuramente executado.

O direito de licitar, reafirma o autor citado, ainda que abstrato não é absoluto, admitindo, portanto, restrições.

Partindo desse prisma à de se concluir que as exigências de comprovação de qualificação técnica operacional e dos serviços de maior relevância, a bem da supremacia do interesse público, dada sua indispensabilidade as características do certame, que diga-se, envolve características técnicas peculiares e o dispêndio de vultuosas quantias financeiras, é cabível, principalmente a luz do referido Art. 37, Inciso XXI da Carta Magna Nacional, já muito referido.

A mais que não é novidade alguma que a administração pública se depara com freqüência com aventureiros que acabam ganhando licitações vultuosas e não honram os compromissos, expondo a Administração a frustrações por contratar com empresas incapazes de tocar o contrato, quando não se detecta isso na fase de licitação ainda, constatando-se pura má fé de licitantes descompromissados com a legislação vigente.

Notadamente que a lei de licitações "não proíbe o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica, mas, sim, deixando que a decisão quanto a essa questão fique a critério da autoridade licitante, que deve decidir quanto ao que for pertinente, diante de cada caso concreto, nos termos da legislação vigente.

Novamente invocando a Corte Superior de Justiça, citamos o seguinte julgado que corrobora o alegado:

"Administrativo. Procedimento Licitatório. Atestado Técnico. Comprovação. Autoria. Empresa. Legalidade.

Quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa, não está sendo violado o art. 30, §1º, II, caput, da Lei nº 8.66/93. É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente persecução ao binômio qualidade e eficiência, objetivando não só a garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo – a lei – mas com dispositivos que busquem resguardar a Administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa.

Recurso provido (Resp. nº 44.750-SP, rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª T., unânime, DJ de 25.9.00)" (sem grifo no original).

Desta forma, concluímos que as exigências retromencionadas, encontram-se dentro do exigido pela lei, não havendo que se questionar, dada sua razoabilidade.

Antonio Carlos Cintra do Amaral, em artigo publicado no site www.celc.com.br, Comentário nº 133 – 01.05.2006, pontua:

"A partir da análise do texto legal, da noção de sistema e da identificação da finalidade da norma, integrante do sistema ou subsistema, o agente administrativo identifica as soluções possíveis de aplicação, isto é, as soluções **razoáveis. Cabe-lhe, ao produzir atos administrativos, entre os quais os licitatórios, escolher dentre elas a que lhe pareça ser **a mais razoável**."**

Prossegue o ilustre jurista:

"O agente administrativo tem a liberdade de escolher a solução que lhe pareça ser a mais adequada, ou seja, a mais razoável"

A administração no zelo pela coisa pública e em prol do interesse público deverá sempre que a licitação ensejar o dispêndio de vultuosas quantias, exigir e certificar-se que o futuro contratado possui condições de tocar o pretense contrato.

A nosso ver, poderia até ser considerada desídia dessa Administração deixar de exigir tais condições das empresas licitantes, face à complexidade do objeto envolvido, sob pena de, não raro, restar prejudicada a execução do objeto a contento, em prejuízo ao interesse público, do qual não se pode descurar.

Sequer poder-se-ia afirmar, neste caso, que as exigências editalícias seriam restritivas da competição, nos termos do art. 3º, §1º, inc. I da Lei 8.666/93.

Com efeito, proclama o mencionado artigo:

"§1º do art. 3º. É vedado aos agentes públicos:

l-admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas e condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabelecem 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" (grifo nosso).

Assim sendo, não se pode, por amor à competição, deixar de prever requisitos que sejam legais, pertinentes e relevantes ao atendimento do objeto perseguido, à luz do interesse público, porque não é essa a ratio legis.

O renomado Marçal Justen Filho, diz em relação ao art. 3º, §1º da Lei em tela:

"O dispositivo não significa, porém, vedação à cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas. Nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações)".

Um pouco mais adiante diz:

"O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir"

Ademais, as exigências ora contestadas, nada mais objetivam, que o zelo desta Administração é contratar somente com fornecedores que tenham condição **técnica e econômico-financeira**, comprovadas ainda na licitação, de atenderem na íntegra a contratação que derivará de tal procedimento.

Tais objetivos, aliás, estão muito bem delineados por Verri Jr., Luiz Tavolaro e Teresa Arruda Alvim Wambier, quando afirmam:

"(...) o processo licitatório deve servir para verificação das 'qualificações técnica e econômica'"(dentre outras) "do licitante. Não é difícil entender o porquê dessa previsão. Basta lembrar que os contratos administrativos envolvem o dispêndio de recursos públicos e destinam-se a obter prestações de interesse público - recursos e interesses estes que não podem ser colocados em risco. Logo, ao escolher seu parceiro contratual, a quem vai entregar dinheiro público e confiar a persecução do bem público, o Poder Público pode - e deve - formular exigências destinadas a obter excelente garantia de que o contratado está apto, tanto técnica como economicamente, a cumprir o avençado. Deixar de fazê-lo seria violar a Constituição, colocando em risco valores por ela especialmente protegidos. Assim, no contrato administrativo justifica-se uma cautela redobrada, um rigor especial, na escolha do contratado. Não é possível celebrar contrato com pessoa incapaz de oferecer, já durante a licitação, garantias de que terá capacidade econômica de tocar o empreendimento, bem como capacidade técnica para fazê-lo com competência. A formulação, nos editais de licitação, de exigência a serem atendidas pelo licitante, a fim de comprovar sua qualificação técnica e econômica, tem base constitucional;...trata-se simplesmente de fazer prevalecer o interesse público (qual seja: o de não correr o risco de contratar com empresas desqualificadas) sobre o interesse privado (a saber: o de obter o máximo possível de negócios)."(grifou-se) In Licitações e Contratos Administrativos; São Paulo : RT, 1999, p. 100.

Outro ponto, deveras importante a ser observado no julgamento das impugnações das recorrentes é o de que apresentam impugnações com as mesmas teses recursais, utilizando os mesmos textos e argumentos, numa clara manifestação de que no mínimo escolheram, no mínimo, o mesmo profissional para elaboração de suas peças de impugnação o que nos chama muita atenção, visto que "concorrem" no certame, a tese é de que buscassem um a eliminação do outro, e não que somem esforços para impugnação de um edital ou a participação em qualquer outro ato processual.

Percebemos que em várias partes das peças impugnatórias as empresas utilizam o mesmo texto da forma a seguir citada:

Texto da Impugnação da empresa APLA:

A ilegalidade neste caso é GRITANTE.

Se tal fato persistir, as repercussões judiciais que recairão sobre os responsáveis pelo Processo Licitatório seriam extremamente GRAVES.

Texto da Impugnação da empresa WU:

A ilegalidade neste caso é GRITANTE.

Se tal fato persistir, as repercussões judiciais que recairão sobre os responsáveis pelo Processo Licitatório seriam extremamente GRAVES.

Resta claro o que se prega aqui, ou seja, as empresas aparentemente juntaram esforços para agirem em conjunto no devido certame, constituindo forte indício da prática de conluio, o que vedado em lei, bem como combatido na doutrina e jurisprudência, pátrias.

Está evidenciado que, utilizando o expediente de juntarem-se na elaboração de suas teses recursais, frustram o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para a si as vantagens decorrentes da adjudicação do objeto da licitação.

Revela-se o manifesto abuso na forma das pessoas jurídicas como **expediente fraudulento**. Semeado o campo fecundo à construção de uma competição aparente, porquanto as três empresas que assumem e, certamente, pertencem ao mesmo grupo, ou pior se conluíram para obter vantagem ilícita no certame, justamente para inibir a competição e facilitar a vitória.

Vários são os fatores, que analisados em conjunto, conduzem à essa conclusão. É facilmente identificável, por exemplo, as peças recursais terem os mesmos argumentos, em mesmos textos, mesmo erros e equívocos, não há formação autônoma de vontade entre as pessoas jurídicas, inclusive constituindo o mesmo texto para elaboração de seus memoriais recursais.

Nessas condições, ocorreria flagrante e indistigável **fraude à lei** com a utilização das pessoas jurídicas. Através deste expediente atingiria-se a finalidade vetada pela lei. Violar-se-ia o princípio da isonomia retratado na "igualdade de condições a todos os concorrentes", assegurado pela Constituição Federal no art. 37, XXI, e pela Lei Federal 8.666/93 e suas alterações, cujo art. 3º estabelece que "a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos".

Tanto, pois a margem dos enunciados que comprovam a falta de competitividade entre as licitantes APLA COMERCIO SERVIÇOS PROJETO E CONSTRUÇÕES EIRELI ME e W U CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS EIRELI EPP podemos enfatizar que tal condição é combatida com veemência pela Doutrina e Jurisprudência pátrias que condenam os conluios entre licitantes posto que estes ferem mortalmente o princípio da isonomia e findam por extinguir a competitividade nos torneios licitatórios.

A margem do aduzido acima observe-se o entendimento doutrinário de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o assunto em questão:

"1 - Licitação, pois, é um procedimento **competitivo** – obrigatório como regra – pelo qual o Estado e demais entidades governamentais, para constituírem relações jurídicas as mais obsequiosas aos interesses a que devem servir, buscam selecionar sua contraparte mediante disputa constituída e desenvolvida **isonomicamente** entre os interessados, na conformidade dos parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

2 – Fácil é ver-se que a licitação não é um fim em si mesmo, mas um meio pelo qual se busca a obtenção do negócio mais conveniente para o atendimento dos interesses e necessidades públicas a serem supridos, tanto para assegurar, neste desiderato, o pleno respeito ao princípio da **isonomia**, isto é: o dever de ensejar iguais oportunidades aos que pretendem disputar o tratamento das relações jurídicas em que o Poder Público esteja empenhado.

Tem, pois um caráter manifestadamente instrumental e **competitivo**, pois é um recurso, uma via, para que as entidades estatais possam aportar idônea e satisfatoriamente na satisfação de um interesse público a ser preenchido mediante relação firmada com outrem. Logo, a obrigatoriedade do uso de tal instituto – sem dúvida importantíssimo, tanto que a própria Constituição o prevê como obrigatório, no art. 37, XXI – (...)"

Por derradeiro, mas não menos importante, trazemos o lecionado por Joel de Menezes, em sua obra "Princípio da Isonomia na Licitação Pública", a saber:

"Destarte, a isonomia e a eficiência caminham juntas, permeando o princípio da competitividade. É por esse princípio que ambas se unem, formando a essência da licitação pública. A competitividade tem o condão de juntar a isonomia e a eficiência. Sem isonomia não há competitividade e, no mesmo plano, sem competitividade não há eficiência.

Toshio Mukai acentua que, 'se num procedimento licitatório, por obra de conluio falta a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecera a própria licitação, inexistirá o instituto do mesmo.'

Para Ari Carlos Sundfeld, 'a competição tão ampla quanto possível, é o valor fundamental a preservar. Daí que a Administração esteja obrigada a ensejá-la, favorecê-la, estimulá-la, jamais podendo opor-lhe limites, barreiras ou dificuldades dezarrazoadas, O caráter competitivo é da essência da licitação.'

Eros Roberto Grau, por seu turno, vê a ligação entre a competitividade e a isonomia, ao aduzir que 'competição, pressuposto da licitação, é a possibilidade de acesso a todos e quaisquer agentes econômicos capacitados à licitação; ela, aqui, é a concreção da garantia da igualdade'

Isto posto concluímos, o princípio da competitividade é, digamos assim, a essência da licitação, porque só podemos promover esse certame, essa disputa, onde houver competição. É uma questão lógica. Com efeito, onde há competição, a licitação não só é possível, como em tese, é obrigatória.

O TCU no TC-013.401/1993-9, da relatoria do ministro Valmir Campelo é enfático quando em diversos pontos comenta o tema, senão vejamos:

"8.40 ato de julgar não se limita a verificar o menor preço oferecido, mas implica fazê-lo em observância aos princípios concernentes à licitação, buscando averiguar a legalidade do procedimento e evitar eventual fraude ou conluio que comprometa a competitividade entre os concorrentes. O exame, de forma hermética, do menor preço constante das propostas revela, no mínimo, negligência do recorrente, pois que deixou de analisar as propostas recebidas no contexto de todo o procedimento licitatório, confrontando com os demais documentos do processo.

Para evitar esse tipo de manipulação fraudulenta, exige-se dos membros da comissão de licitação redobrada atenção na análise tanto isolada como integrada dos documentos que compõem o procedimento licitatório, assegurando-se, dessa forma, a livre competitividade entre os concorrentes.

Ocorre, entretanto, que a habilitação das empresas licitantes é etapa integrante da fase externa do procedimento licitatório, e não há autonomia absoluta entre essas etapas, conforme exposição feita anteriormente nos subitens 8.4/8.7 desta instrução, devendo o julgamento ocorrer de forma a contemplar a análise dos demais documentos constantes do processo licitatório, a fim de assegurar, dentre outros, o princípio da competitividade entre os licitantes, que, atrelado ao da moralidade, consiste na reprovação a ajustes ou acordos que frustem a disputa entre os licitantes (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 35, 6ª ed., de Marçal Justen Filho).

Percebemos que novamente a impetrantes manifestando o mesmo texto para finalizarem suas impugnações.

Texto da Impugnação da empresa APLA:

- b) **Sem prejuízo da tutela dos direitos, ora apresentados, em juízo e posterior encaminhamento ao TCE - Tribunal de Contas do Estado do Ceará e Ministério Público - MP.**

Texto da Impugnação da empresa WU:

- b) **Sem prejuízo da tutela dos direitos, ora apresentados, em juízo e posterior encaminhamento ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará e Ministério Público.**

As impetrantes relatam ilegalidades graves numa exigência de qualificação técnica com diversos posicionamentos jurisprudenciais a favor, senão entendimento pacífico, porém manifestam-se no certame conjuntamente, em provável conluio, como podemos classificar tal prática?

Noutro ponto, os encaminhamentos ao TCE – Tribunal de Contas do Estado serão por via do Portal de Licitações deste Egrégio Órgão de Contas, quando serão postadas as impugnações da forma impetradas pelas impetrantes, ou seja, com as “coincidências” existentes, bem como esta resposta.

Isto posto, proceder-se-á com averiguação mais aprofundada da possível prática de conluio entre as licitantes impugnantes, encaminhando-se as peças impugnatórias a Procuradoria Municipal para parecer jurídico e verificação a luz da legislação vigente.

DA DECISÃO

Diante do exposto esta Comissão de Licitação nega os pedidos das empresas APLA COMERCIO SERVIÇOS PROJETO E CONSTRUÇÕES EIRELI ME e W U CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS EIRELI EPP, de impugnação ao Edital nº 0106.02/2018 - OBRAS, tendo em vista justificadas à margem dos enunciados acima, as alegativas da mesma para os casos em comento.

Madalena - Ce, 19 de junho de 2018

Sheila Raquel dos Santos Magalhães

Sheila Raquel dos Santos Magalhães
Membro da Comissão de Licitação