

**ILMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA COMPANHIA DE
SANEAMENTO DE SERGIPE – DESO/SE**

Concorrência nº. 007/2018 - DESO

SCAVE SERVIÇOS DE ENGENHARIA E LOCAÇÃO LTDA., já qualificada nos autos do procedimento licitatório em epígrafe vem, por meio do seu representante legal *in fine* assinado, com amparo no art. no art. 109, inciso I, alínea a, da Lei nº. 8.666/1993, interpor o presente RECURSO HIERÁQUICO em face do julgamento proferido por essa ilustre Comissão na etapa de habilitação da Concorrência em apreço, fazendo-o pelas razões de fato e de direito que passa a expor nas linhas adiante.

I – SÍNTESE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Trata-se de torneio licitatório, modalidade concorrência, tombado sob o nº 007/2018, deflagrado pela Companhia de Saneamento de Sergipe - DESO, por intermédio da sua Comissão de Licitação de Obras, a fim de selecionar a proposta mais vantajosa das *“Obras e Serviços para Ampliação do Sistema Integrado da Adutora do Piauitinga, no Estado de Sergipe - Adutoras de Água Bruta e Água Tratada”*.

Após adquirir o ato convocatório, esta empresa apresentou toda a documentação necessária à demonstração do preenchimento dos requisitos de habilitação exigidos, bem como da exequibilidade da sua proposta comercial

Compareceram à sessão de abertura da licitação, além da SCAVE, as empresas Construtora Gaspar S/A, Construtora Celi Ltda., Heca – Comércio e Construções Ltda., MRM Construtora Ltda e OTL Obras Técnicas Ltda.

Após a abertura dos envelopes de habilitação, foi publicado no site da DESO, em 23/03/2018, o julgamento relativo à fase habilitatória. De acordo com o entendimento da Douta Comissão, a Scave foi inabilitada por descumprimento ao item 8.13, ao argumento de que apresentou "[...] três atestados comprovando um somatório de apenas 3.902,10 dos 6.000 metros exigidos de execução de tubos em ferro fundido, com diâmetro igual ou superior ao exigido no item 8.5, alíneas b.1 e b.2.1 do Edital".

Contudo, analisando atentamente a documentação habilitatória, percebe-se que não merece prosperar a decisão de inabilitação da SCAVE. Ao contrário do que entendeu a Douta Comissão de Licitação, esta empresa recorrente comprovou adequadamente o cumprimento de todos os requisitos editalícios, especialmente quando se considera o esclarecimento feito pela Comissão de Licitação na Cl nº 011/2018, em resposta ao questionamento da licitante Construtora Gaspar S/A, firmando interpretação vinculante dos termos do edital.

Resumidos os principais eventos do processo licitatório, passa-se a demonstrar adiante os equívocos que levaram à errônea inabilitação da SCAVE.

II - DA EQUIVOCADA INABILITAÇÃO DA SCAVE. CUMPRIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO EXIGIDOS PELO EDITAL. INEQUÍVOCA HABILITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL E TÉCNICO-PROFISSIONAL DA RECORRENTE.

B) A) Do cumprimento do item 8.5.1, alínea "b.1" do edital. Comprovada a capacidade técnico-operacional em serviços similares ao ora licitado.

Na motivação da decisão que redundou na inabilitação da Scave, a CPL aludiu a suposto descumprimento do item 8.5.1, alínea "b.1", que exige dos concorrentes experiência prévia na execução de quantitativos mínimos de serviços representativos, conforme abaixo transcrito:

"8.5 - Qualificação Técnica:

8.5.1 - Conforme ITEM 09 do PROJETO BÁSICO, abaixo transcrito:

[...]

b) Capacitação Técnica

b.1) Comprovação de Capacitação Operacional da Empresa

Comprovação de Capacitação Operacional da Empresa para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da Licitação, através de um ou mais atestados fornecidos por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado para serviços com características semelhantes aos itens relevantes da obra, como os abaixo relacionados, atendendo, no mínimo, às exigências a seguir:

- 10.000,00 (dez mil) metros de adutoras em tubos de PRFV com diâmetro igual ou superior a 500mm

• 6.000,00 (seis mil) metros de adutoras em tubos de ferro fundido, com diâmetro igual ou superior a 500mm"

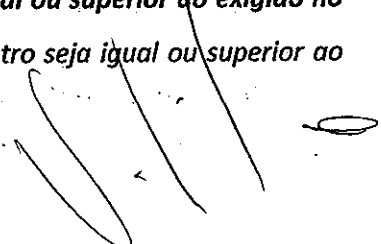
Ainda de acordo com a CPL, a SCAVE teria apresentado atestados suficientes para a comprovação de apenas 3.902,10 metros de tubos de tubos em ferro fundido, terminando por descumprir o item editalício em questão.

Ocorre que, conforme se depreende dos atestados apresentados pela SCAVE, nota-se que empresa licitante logrou comprovar experiência na execução de serviços similares e de complexidade superior à execução de tubos de ferro fundido, na medida em que apresentou diversos atestados referentes ao assentamento de tubos de PVC/PRFV no quantitativo de 22.083,00 metros lineares, com diâmetro de 600 mm, além dos 3.902,10 metros de tubos em ferro fundido, com diâmetro de 600 mm, reconhecidos pela CPL.

Do ponto de vista técnico, a instalação e o armazenamento dos tubos de PVC/PRFV é similar à instalação e armazenamento dos tubos de ferro fundido, porém com uma maior complexidade técnica, haja vista que os tubos de PVC/PRFV são mais sensíveis a choques mecânicos e mais propensos a apresentar fissuras, razão pela qual o grau de compactação das camadas de solo em que serão assentados os tubos precisa ser atingido com a máxima precisão, e o próprio assentamento em si deve ser realizado mais cuidadosamente.

Os tubos de ferro fundido, ao revés, são mais resistentes a impactos e não exigem a mesma perícia no momento do assentamento, daí porque se pode afirmar que a experiência anterior na execução de tubos de PVC/PRFV, por apresentar um grau de dificuldade maior do que o assentamento de tubos de ferro fundido, deve ser considerada pela CPL como prova da aptidão técnico-operacional prevista no edital.

Tanto é verdade que a execução de tubos de ferro fundido e PVC/PRFV é similar, que a própria CPL divulgou esclarecimento à pergunta formulada pela licitante Construtora Gaspar S/A na CI nº 011/2018, de 06/02/2018, consignando que "[...] serão aceitos atestados cuja soma dos quantitativos executados de extensões de adutoras em PRFV ou Ferro Fundido seja igual ou superior ao exigido no Edital, desde que sejam mantidos os materiais especificados e cujo diâmetro seja igual ou superior ao solicitado".



Com efeito, de acordo com a interpretação conferida pela CPL ao edital da licitação, seria aceito o somatório de atestados comprobatórios da execução de adutoras em PRFV ou Ferro Fundido, desde que se respeitassem os quantitativos totais previstos no edital.

Dessa forma, considerando que a própria CPL admite que seria indiferente a apresentação de atestados de execução pretérita de tubos de ferro fundido ou PRFV, certamente pela similaridade técnica do assentamento dos dois tubos, a SCAVE não pode ser inabilitada, haja vista que, como dito, apresentou atestado técnico que comprova a execução de 22.083,00 metros lineares de tubos de PVC/PRFV.

Ademais, é de se ressaltar que os atestados técnicos apresentados pela SCAVE demonstram a comprovação da execução de tubos de ferro fundido e PV/PRFV com diâmetros de 600 mm, ou seja, em patamar superior ao exigido no edital.

Como cediço, o caráter competitivo precedente às contratações realizadas pelo Poder Público é um dos pilares sobre o qual se apoia o dever de licitação, tanto que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, *permite apenas a fixação de exigências de qualificação técnica e econômica mínimas*, assim entendidas aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações:

"Art. 37

(...)

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."

Por sua vez, o Estatuto das Licitações estabelece, em seu art. 3º, §1º, inciso I, expressa vedação destinada aos agentes públicos, salientando que não lhes é lícito formular editais – nem interpretar suas disposições – de modo a frustrar ou prejudicar, de alguma forma, a ampla concorrência indispensável à busca da proposta mais vantajosa para o Poder Público.

E foi justamente em atenção ao princípio da ampla competitividade da licitação, previsto tanto na constituição como na legislação federal aplicável, que o art. 30, da Lei nº. 8.666/93 regulamentou qual seria o limite das exigências admitidas para comprovação da capacidade técnico-operacional e técnico-profissional dos licitantes, senão vejamos:

"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:

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;

[...]

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

[...]

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação".

Como se vê, a Lei de Licitações previu a possibilidade de se exigir a comprovação de experiência anterior na execução de obra ou serviços de características semelhantes e de complexidade tecnológica e operacional equivalente ao do objeto licitado, desde que limitados às parcelas de maior relevância e valor significativo.

Nessa linha, em observância às disposições do referido item 8.5.1, alínea "b.1" do edital, a Scave apresentou os atestados vinculados às CAT's de nº 413904/2016 - CREA/SE, 133/2016 - CREA/AL e 410/2004 - CREA/PB, os quais comprovam, além do quantitativo de 3.902,10 m de tubos de ferro fundido, com diâmetro de 600 mm (superior ao requerido pelo edital), 22.083 m da execução de tubos de PVC/PRFV, quantitativo mais do que suficiente para se inferir a sua capacidade técnica para a execução

de tubos de ferro fundido, dada a similaridade entre os serviços, haja vista que o edital requer a comprovação de 16.000 m de tubos de ferro fundido ou PVC/PRFV, conforme esclarecimento da CPL na CI nº 011/2018.

Isto porque tanto a execução de tubos de ferro fundido, quanto a de tubos de PVC/PRFV, baseia-se em técnicas idênticas de assentamento e armazenamento, sendo certo que os tubos de PVC/PRFV reclamam mais cuidado e precisão durante a execução, com grau de complexidade ainda maior do que os tubos de ferro fundido.

Assim, é indissociável do presente caso a dicção do já citado art. 30, II, da Lei de Licitações, o qual prescreve que o licitante deve demonstrar "[...] aptidão para desempenho de atividade *pertinente e compatível* em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação [...]", ou seja, apresentar atestados referentes a serviços *similares* e não necessariamente *idênticos* ao objeto da licitação, conforme expressamente previsto no §3º do referido artigo¹.

Neste sentido, o ilustre Prof. Jessé Torres Pereira Júnior chega até mesmo a questionar a transparência de torneio licitatório no qual é inabilitada, como no caso em apreço, licitante que apresenta atestado de capacidade técnica de obra ou serviço similar e com complexidade operacional e profissional equivalente ou superior à exigida para a consecução do bem em licitação. Confira-se, a propósito, o ensinamento do renomado mestre:

"Tampouco será transparente decisão administrativa que inabilite concorrente por haver deixado de apresentar atestado de capacitação nos exatos termos do edital, ainda que oferecesse outro, de obras e serviços similares e de complexidade equivalente ou superior àquela do objeto em licitação"².

Na mesma linha, o TCU já proferiu diversos precedentes admitindo a possibilidade de comprovação da capacidade técnico-operacional dos licitantes por meio de atestados referentes a serviços similares, sendo o seguinte julgado bastante exemplificativo de tal posicionamento jurisprudencial:

¹ § 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

² Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública. 6ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 363.

"Voto:

[...]

38. Ressalto que, nos termos do art. 30, §1º, inciso I e §3º, da Lei 8.666/93, as exigências de qualificação técnica devem admitir a experiência anterior em obras ou serviços de características semelhantes, e não necessariamente idênticas, às do objeto pretendido [...]"

(TCU, Acórdão nº. 2.914/2013, Rel. Min.: Raimundo Carreiro, órgão julgador: Plenário, Sessão em: 30/10/2013)

Logo, muito embora as exigências editalícias no que concerne à capacidade técnico-operacional e técnico-profissional não sejam, por si sós, restritivas da competitividade, a interpretação conferida à cláusula referido item 8.5.1, alínea "b.1" do edital pela Comissão de Licitação na decisão que inabilitou a Scave foi excessivamente rigorosa, visto que deixou de admitir atestados de serviços mais complexos do que os que compõem a presente licitação, na contramão, aliás, do pronunciamento da própria CPL, na CI nº 011/2018.

Assim, após reconhecer que os atestados vinculados às CAT's de nº 413904/2016 - CREA/SE, 133/2016 - CREA/AL e 410/2004 - CREA/PB se referem a obras e serviços semelhantes e compatíveis com o objeto da licitação, é inevitável concluir pelo atendimento integral às exigências do 8.5.1, alínea "b.1" do edital.

B) Do cumprimento do item 8.5.1, alínea "b.2.1" do edital. Comprovada a capacidade técnico-profissional em serviços similares ao ora licitado. Impossibilidade de exigir-se quantitativos mínimos.

No que concerne ao item 8.5.1, alínea "b.2.1" do edital, a motivação da Comissão de Licitação foi idêntica àquela utilizada para justificar a inabilitação da empresa por suposta violação ao item 8.5.1, alínea "b.1" do edital: aduziu-se que licitante apresentou atestados com quantitativos insuficientes para os tubos de ferro fundido.

Ocorre que, tratando-se de capacidade técnico-profissional, o art. 30, §1º, inc. I, da Lei de Licitações veda expressamente "*as exigências de quantidades mínimas*", senão vejamos:



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

[...]

§ 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:

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;"

A jurisprudência do TCU segue na mesma linha do citado dispositivo legal, conforme precedente abaixo colacionado:

"Acórdão:

[...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento no artigo 237 do Regimento Interno, em:

9.1 conhecer da presente Representação, para, no mérito, julgá-la parcialmente procedente;

9.2 dar ciência à Secretaria de Administração da Secretaria-Geral da Presidência da República que a exigência de quantitativo mínimo para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional, a exemplo do ocorrido no Pregão Eletrônico 133/2010, contraria o estabelecido no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, c/c o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como na jurisprudência deste Tribunal de Contas, conforme consta nos Acórdãos 2.081/2007, 608/2008, 1.312/2008, 2.585/2010, 3.105/2010 e 276/2011, todos do Plenário (item 44);"

(TCU, Acórdão nº. 165/2012, Rel. Min.: Aroldo Cedraz, órgão julgador: Plenário, Data da sessão: 01/02/2012)

Conforme já destacado em relação ao item 8.5.1, alínea "b.2.1" do edital, a Scave apresentou os atestados vinculados às CAT's de nº 413904/2016 - CREA/SE, 133/2016 - CREA/AL e 410/2004 - CREA/PB, os quais comprovam além do quantitativo de 3.902,10 m de tubos de ferro fundido, com diâmetro de 600 mm (superior ao requerido pelo edital), a execução de 22.083 m de tubos de PVC/PRFV, quantitativo mais do que suficiente para se inferir a sua capacidade técnico-profissional para a execução de tubos de ferro fundido, dada a similaridade entre os serviços, haja vista que o edital requer a comprovação de 16.000 m de tubos de ferro fundido ou PVC/PRFV, conforme esclarecimento da CPL na CI nº 011/2018.

Dessa forma, requer-se a reforma da decisão que declarou a inabilitação da recorrente, ante a ausência de previsão de quantitativos mínimos para a demonstração de capacidade técnico-profissional.

III – DO CARÁTER VINCULANTE DOS ESCLARECIMENTOS PRESTADOS PELA COMISSÃO LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO.

Conforme ressaltado ao longo do presente recurso, a CPL inabilitou a SCAVE com fundamento em interpretação das cláusulas 8.5.1, alíneas “b.1” e “b.2.1” do edital mais rigorosa do que aquela que havia sido divulgada pela própria CPL, na CT nº 011/2018.

Segundo consta na aludida circular, acessível a todos os licitantes, ficou assentada a interpretação de que “[...] serão aceitos atestados cuja soma dos quantitativos executados de extensões de adutoras em PRFV ou Ferro Fundido seja igual ou superior ao exigido no Edital, desde que sejam mantidos os materiais especificados e cujo diâmetro seja igual ou superior ao solicitado”.

De acordo com o critério estabelecido pela CPL, seria admitido o somatório de quantitativo de atestados referentes à execução de tubos de PRFV ou Ferro Fundido, desde que se atendessem aos quantitativos previstos (16.000 m), aos materiais especificados (PRFV ou Ferro Fundido) e ao diâmetro solicitado (500 mm).

Confiando no esclarecimento prestado pela CPL, devidamente divulgado pela DESO/SE, a SCAVE apresentou os atestados técnicos vinculados às CAT’s de nº 413904/2016 - CREA/SE, 133/2016 – CREA/AL e 410/2004 – CREA/PB, os quais, somados, superam em muito os quantitativos totais exigidos pelo edital (16.000 m), eis que comprovam a execução prévia 3.902,10 m de tubos de ferro fundido e 22.083 m de tubos de PVC/PRFV, totalizando 25.985,10 m.

Ocorre que, a despeito da interpretação fixada na CT nº 011/2018 no sentido de que seria admitido o somatório de tubos de ferro fundido ou PRFV para se atingir o quantitativo exigido pelo edital, a CPL alterou seu entendimento e julgou a SCAVE inabilitada, sob o argumento de que deveria comprovar individualmente os quantitativos atinentes a cada um dos tipos de tubo.



Do ponto de vista jurídico, o art. 40, inc. VIII, da Lei de Licitações, justamente na parte em que disciplina os requisitos obrigatórios dos editais de licitação, aponta que a Administração poderá prestar "esclarecimentos relativos à licitação", sendo certo que o próprio edital do presente certame prevê, no seu item 5.6, que "Esclarecimentos de dúvidas sobre os documentos desta CONCORRÊNCIA só serão atendidos mediante solicitação por escrito, protocolada no prazo de 05 (cinco) dias úteis, antes da data marcada para a entrega das propostas".

Como intuitivo, as interpretações conferidas pelas Comissões de Licitações a normas do edital, em virtude de dúvidas suscitadas pelos licitantes, assume caráter vinculante tanto para a Administração como para os licitantes, integrando-se à força normativa derivada do princípio da vinculação ao edital (art. 41, da Lei de Licitações), haja vista que a ninguém é dado agir contra os atos próprios (*nemo potest venire contra factum proprium*). Nesse sentido, confira-se a lição de Marçal Justen Filho:

"Por outro lado, as respostas a esclarecimentos solicitados pelos interessados apresentam cunho vinculante para a Administração. Isso significa a impossibilidade de a Administração formular certa interpretação para o edital e, depois, pretender ignorar o seu entendimento pretérito" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, pág. 86)

Na mesma linha, o TCU já teve a oportunidade de reforçar o caráter normativo dos esclarecimentos prestados pela Administração, senão vejamos:

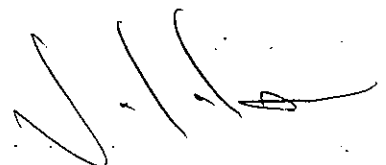
"Voto:

[...]

8. Considerando que os esclarecimentos prestados administrativamente, emitidos justamente para responder a questionamento da ora recorrente, possuem natureza vinculante para todos os licitantes, não se poderia admitir, quando da análise das propostas, interpretação distinta, sob pena de violação ao instrumento convocatório. Tal entendimento, conforme consignado pelo Secretário, encontra amparo em decisão do Superior Tribunal de Justiça. No âmbito desta Corte, o Acórdão 130/2014-Plenário traz posicionamento na mesma linha.

(TCU, Acórdão nº. 299/2015, Rel. Min.: Vital do Rego, órgão julgador: Plenário, Data da sessão: 25/02/2015)

No âmbito do Poder Judiciário, o STJ firmou a mesma orientação já consagrada pela doutrina e pelos órgãos de controle de que a Administração não pode contrariar os esclarecimentos por ela mesmo prestados, conforme precedentes a seguir transcritos:



MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. OBRAS PARA A TRANSPOSIÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO. FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO EMANADO DO SR. MINISTRO DE ESTADO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPUGNAR O EDITAL. LITISPENDÊNCIA. PRELIMINARES AFASTADAS. RECURSO ADMINISTRATIVO PROVIDO PARA INABILITAR O CONSÓRCIO FORMADO PELAS IMPETRANTES. INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE REGÊNCIA DA LICITAÇÃO EM COMENTO. ESCLARECIMENTOS PRESTADOS PELA COMISSÃO DE LICITAÇÃO EM COMPLEMENTO AO EDITAL 2/2007. CARÁTER VINCULANTE. ALTERAÇÃO DAS REGRAS NO MOMENTO DA APRECIACÃO DO RECURSO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA.

[...]

4. Consoante dispõe o art. 41 da Lei 8.666/93, a Administração encontra-se estritamente vinculada ao edital de licitação, não podendo descumprir as normas e condições dele constantes. É o instrumento convocatório que dá validade aos atos administrativos praticados no curso da licitação, de modo que o descumprimento às suas regras deverá ser reprimido. Não pode a Administração ignorar tais regras sob o argumento de que seriam viciadas ou inadequadas. Caso assim entenda, deverá refazer o edital, com o reinício do procedimento licitatório, jamais ignorá-las.

5. O recurso administrativo da litisconsorte passiva foi provido sob o fundamento de que o consórcio não comprovou experiência na "impermeabilização com geomembrana de PVC e/ou PEAD", na "quantidade" de 354.000 m², como exigido. Entendeu-se que, para atividades desempenhadas anteriormente em consórcio, deveria "vigorar a regra da participação de cada empresa no consórcio. Dessa feita, cada empresa poderia utilizar do atestado comum na proporção em que participou no consórcio. A título de exemplo, se quatro empresas participarem em igual proporção de um consórcio que realizou tarefa divisível mas não dividida, cada qual poderá incorporar 25% do todo em sua capacitação técnica" (fl. 363). Assim, diz respeito a controvérsia à verificação de qual era a regra que deveria ser observada pelo consórcio formado pelas demandantes a fim de demonstrar experiência das empresas para realização do objeto da licitação.

[...]

8. Da leitura atenta dos esclarecimentos transcritos, observa-se que a Comissão de Licitação firmou dois entendimentos quanto à utilização de atestados decorrentes de obras realizadas anteriormente em consórcio, para fins de comprovação de qualificação técnica para a presente licitação: a) os atestados relativos a obras desenvolvidas em consórcio serão considerados em sua totalidade para cada uma das empresas consorciadas, independentemente do percentual de sua participação no consórcio; b) no caso de atestados decorrentes de obras executadas em consórcios, em que há discriminação expressa de responsabilidade pela execução de partes distintas da obra, pelas empresas consorciadas, considerar-se-á o percentual de responsabilidade de cada empresa no consórcio. Desse modo, o que se conclui é que, se uma empresa realizou uma obra em consórcio com outras empresas, cada uma delas poderá atestar experiência quanto à obra toda, desde que não haja discriminação expressa da responsabilidade de cada uma pela execução de partes distintas da obra. Note-se que essa posição da Comissão de Licitação foi ratificada ao responder à questão nº 56 do FAX 7/2007, quando deixou de acolher a argumentação didaticamente exposta na referida pergunta, mantendo a orientação firmada na pergunta nº 50 do FAX 6/2007.

[...]

10. Quanto ao caráter vinculante dos esclarecimentos prestados, ressalta o doutrinador Marçal Justen Filho que "é prática usual, fomentada pelo próprio art. 40, inc. VIII, que a Administração forneça esclarecimentos sobre as regras editalícias. A resposta formulada administrativamente apresenta cunho vinculante para todos os envolvidos, sendo impossível invocar o princípio da vinculação ao edital para negar eficácia à resposta apresentada pela própria

Administração". Acrescenta, ainda, que "a força vinculante da resposta ao pedido de esclarecimento envolve as hipóteses de interpretação do edital. Ou seja, aplica-se quando há diversas interpretações possíveis em face do ato convocatório. Se a Administração escolhe uma ou algumas dessas interpretações possíveis e exclui outras (ou todas as outras), haverá vinculação" ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos". 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, pp. 402/403).

11. Sobre o assunto, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "a resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital" (REsp 198.665/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 3.5.1999).

[...]

16. Segurança concedida para anular o Despacho do Sr. Ministro de Estado da Integração Nacional que homologou o Parecer CONJUR 1.255/2007 e o Parecer da Comissão Especial de Licitação que deu provimento ao recurso administrativo interposto pela Construtora Norberto Odebrecht S/A., reconhecendo-se o direito líquido e certo das demandantes, em consórcio, de participarem da próxima fase do certame.

(MS 13.005/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2007, DJe 17/11/2008)

ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONSULTA.

A resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital.

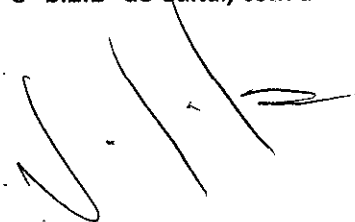
Hipótese em que, havendo dissídio coletivo pendente de julgamento, a resposta à consulta deu conta a todos os licitantes de que os reajustes salariais dele decorrentes seriam repassados para o preço-base;

irrelevante o argumento de que o dissídio coletivo assegurou reajuste salarial não previsto em lei, porque prevalece, no particular, a decisão do Superior Tribunal do Trabalho, que se presume conheça e aplique a lei, de que é o intérprete definitivo no seu âmbito de competência. Recurso especial não conhecido.

(REsp 198.665/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/1999, DJ 03/05/1999, p. 137)

Como se vê, os esclarecimentos prestados pela CPL passam a integrar o edital, conferindo-se força cogente às interpretações fixadas pela Administração, de modo que não se pode divulgar a interpretação de uma determinada regra editalícia e deixar de aplicá-la no momento do julgamento da habilitação das propostas, sob pena de violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Dessa forma, imperioso que se dê provimento ao presente recurso, a fim de que seja adotada a interpretação fixada na CT nº 011/2018 para as cláusulas 8.5.1, alíneas "b.1" e "b.2.1" do edital, com a consequente declaração de habilitação da recorrente.



IV - A NATUREZA INSTRUMENTAL DA LICITAÇÃO. EXCESSO DE FORMALISMO E RESTRIÇÃO À COMPETIÇÃO.

A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante às exigências encartadas nas licitações, é seu objetivo, tão somente, verificar se os interessados que pretendem contratar têm ou não condições mínimas para prestar o serviço cuja contratação é almejada pelo Poder Público (essa é a essência, isto é, o fundamental).

Interessa, pois, para a Administração exigir o atendimento a condições mínimas e essenciais, visando a receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas. A ensinança da doutrina autorizada está bem representada por Hely Lopes Meirelles:

"A orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis (...). É um verdadeiro estrabismo público, que as autoridades superiores precisam corrigir, para que os burocratas não persistam em suas distorções rotineiras de complicar aquilo que a legislação 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. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13ª ed.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, pág. 240).

Em sua doutrina, Adilson Abreu Dallari, (*in Aspectos Jurídicos da Licitação*), ressalta a necessidade de preservação do caráter competitivo do certame, quando da fixação de condições no edital:

"Ele deve ser interpretado em seu espírito, em consonância com o texto constitucional [art. 37, inciso XXI], ou seja, no sentido de que a regra geral é a participação do maior número possível de licitantes, devendo o edital ser parcimonioso e criterioso ao fixar requisitos, pois são proibidas as condições impertinentes, inúteis ou desnecessárias".

Nesse sentido, vê-se desde já que, como ponto básico na realização de licitações, a Administração deve, antes de tudo, se dispor a receber o maior número de propostas possíveis para, dentre elas, escolher a mais vantajosa aos seus interesses, e não ao interesse de um e outro, sejam eles administradores ou administrados.

Em segundo, porém, ao órgão licitante não interessa receber qualquer proposta, mas tão somente as daquelas pessoas que demonstrem serem e estarem aptas a executar o objeto licitado. Para tanto, os elementos caracterizadores do *discrímen* entre habilitados e inabilitados, classificados e desclassificados, não podem conter rigorismos inúteis, sob pena de violação dos mais mezinhos princípios reitores da atividade pública.

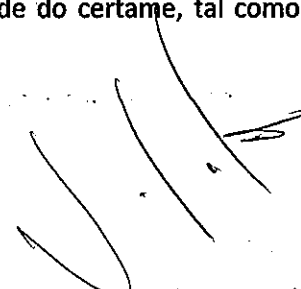
Tal compreensão melhor consulta à eficácia jurídico-social da norma ínsita no art. 37, inciso XXI, de nossa Carta Magna.

Portanto, existem claras definições constitucionais, manifestações doutrinárias e firme jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação e julgamento das propostas, não deve haver rigidez excessiva. Deve, isso sim, haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação ou de julgamento das propostas; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes e propostas.

A inobservância dessa orientação resulta, invariavelmente, em situações em que a Administração se depara com a possibilidade de reduzir desnecessariamente a consulta de preços, sem qualquer justificativa plausível. Tais precedentes dão conteúdo ao que aqui pretende se demonstrar, pois a decisão proferida em meo ao recurso hierárquico terminou, indiretamente, por desvirtuar os preceitos que governam as licitações, com a inclusão de exigências e restrições não previstas no instrumento convocatório.

Nesse instante, é preciso ter-se em mente que os procedimentos licitatórios, conforme dispõe o art. 3º da Lei de Licitações, buscam fundamentalmente *"a seleção da proposta mais vantajosa para a administração"*, de modo que, dentre as várias interpretações das cláusulas do edital, deve-se privilegiar aquelas que permitam a participação do maior número de concorrentes.

Por conseguinte, da mesma maneira que é vedado ao agente público, a teor do inc. I do §1º do art. 3º da Lei nº. 8.666/93, *"admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo"*, é de se proibir também a adoção de interpretação restritiva do edital que frustre a competitividade do certame, tal como já assentado pela jurisprudência da 1ª Seção do STJ a respeito do tema:



ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. MANDADO DE SEGURANÇA.

1. A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo.

(MS 5779 / DF, Rel. Min.: José Delgado, órgão julgador: 1ª Seção, DJ 26/10/1998 p. 5)

Ainda, há de ser trazida aqui decisão proferida pelo E. Tribunal de Contas da União, que se refere especificamente ao absurdo ínsito à exigência de rigorismos inúteis:

"[Declaração de Voto]

[...]

35. Por oportuno, considero pertinente transcrever alguns trechos dos argumentos da unidade técnica que a levaram ao entendimento supra (grifos acrescentados):

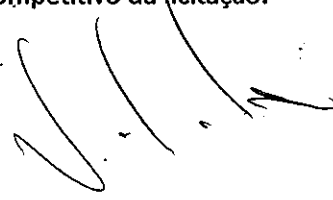
"É certo que se o edital de uma licitação fixa determinado requisito, deve-se considerar importante tal exigência. Esse rigor, contudo, não pode ser aplicado de forma a prejudicar a própria Administração ou as finalidades buscadas pela licitação. A licitação possui como objetivos primordiais: assegurar a igualdade de oportunidades entre os interessados e proporcionar a escolha da proposta mais vantajosa para o Poder Público. E, para tanto, rege-se por diversos princípios, entre eles o do procedimento formal, insculpido no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993.

Entende-se por procedimento formal a vinculação do certame licitatório principalmente às leis e aos editais que disciplinam todos suas fases e atos, criando para os participantes e para a Administração a obrigatoriedade de observá-los. O rigor formal, todavia, não pode ser exagerado ou absoluto. O princípio do procedimento formal não quer dizer que se deva anular o procedimento ou julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar propostas diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes.

Esta necessidade de atenuar o excessivo formalismo encontra expressa previsão legal no § 3º do artigo 43 da Lei 8.666/1993, que faculta 'à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da concorrência, a promoção de diligência, destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo'. Adotando-se essa medida, evita-se a inabilitação de licitantes ou a desclassificação de propostas em virtude de pequenas falhas, sem reflexos importantes, e preserva-se o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa.

(TCU, Acórdão nº. 2.302/2012, Rel. Min.: Raimundo Carreiro, órgão julgador: Plenário, Sessão em: 29/08/12)

No caso em apreço, a inabilitação da SCAVE, fundamentada em interpretação mais restritiva das cláusulas 8.5.1, alíneas "b.1" e "b.2.1" do edital do que aquela assentada pela própria Comissão de Licitação na CI nº 011/2018, prejudicará sobremaneira o interesse público, pois a DESO deixará de conhecer a proposta comercial de mais um licitante, frustrando o caráter competitivo da licitação.



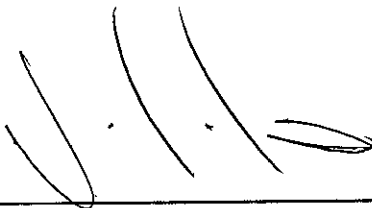
V – REQUERIMENTOS.

Ao fim das razões acima delineadas, esta empresa requer seja conhecido e provido o presente recurso, a fim de julgar habilitada a SCAVE Serviços de Engenharia e Locação LTDA., reconhecendo o cumprimento de todos os requisitos de habilitação exigidos pelo Edital.

Caso assim não entenda, nos termos do mesmo art. 109, §4º, da Lei de Licitações, postula-se seja encaminhado à autoridade superior, dirigindo-se o presente recurso ao Presidente da Companhia de Saneamento de Sergipe – DESO/SE, nos termos do item 12.4, do edital, a quem se requer a reforma da decisão recorrida, conforme fundamentação explicitada no presente recurso administrativo.

Pede deferimento.

Recife, 27 de março de 2018.



SCAVE SERVIÇOS DE ENGENHARIA E LOCAÇÃO LTDA.
ENG.º CIVIL WALDIR MARTINS JÚNIOR