ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE FLUMINENSE (UENF)- ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

REF : Edital de Pregão Eletrônico nº 001/2014.

Processo Administrativo nº E-26/009/3800//2013.

HORTO CENTRAL DE MARATAIZES LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ de nº 39.818.737/0001-51, sediada na Rodovia ES-490 Safra x Marataízes, s/nº, Muritiba, Candéus e Duas barras, Itapemirim, ES, CEP 29.345-00, por seu representante legalmente habilitado, que a esta subscreve, vem, respeitosamente, com fulcro no artigo 5º, XXXIV da Constituição da República, art. 4º, XVIII da Lei 10.520/2002 c/c art. 26 do Decreto 5.450/2005, e no item 13 do Edital acima mencionado, apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra decisão do Pregoeiro da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF), proferida no Julgamento referente ao Pregão Eletrônico nº 001/2014, lavrada em 12/05/2014, pelas razões que passa a externar:

A empresa RECORRENTE em razão do edital de Pregão Eletrônico nº 001/2014, supra referenciado, se fez presente no processo licitatório, objetivando a contratação *"SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO PREDIAL*", instruindo sua proposta com toda documentação necessária e pertinente a sua participação, objetivando então, ser classificada/habilitada, mas, tendo sido surpreendida pela decisão do Pregoeiro que a INABILITOU, vem pelo presente REQUERER a sua habilitação, pelos motivos aos quais submete à apreciação de V. Sra.

Felipe Buffa Souza Pinto, advogado inscrito na OAB/ES sob o nº 10.493, com endereço à Praça Jerônimo Monteiro, nº 57, sala 401, Ed. San Pablo, Centro, Cachoeiro de Itapemirim, ES. Tele/fax: (28) 3517-4332. E-mail: felipesouzxapinto@yahoo.com.br

I – DA TEMPESTIVIDADE

Foi declarada vencedora do certame, a empresa FERTHYMAR EMPREEENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA no dia 12 de maio de 2014, durante a sessão pública ***registrada no sistema Compras RJ.***

Imediata e motivadamente, após, foi manifestada pela Recorrente, sua intenção de recorrer.

Assim, resta clara a tempestividade das presentes razões de recurso, na forma do artigo 4º, inc. XVIII da Lei n 10.520/02, art. 26 do Decreto nº 5450/2005 c/c artigo 110 da Lei nº 8.666/93 e item 13.1 do Edital de Pregão Eletrônico nº 001/2014.

Ultrapassada a questão preliminar, passaremos a expor os motivos pelos quais a empresa recorrente deve ser habilitada.

II – BREVE RELATO DOS FATOS

Segundo consta registrado no documento intitulado "HISTÓRICO DO CHAT", a empresa ora recorrente foi inabilitada, porque *"Da análise da documentação técnica, a Prefeitura/ASMAN , se pronunciou, após realizadas as diligências e verificação dos atestados apresentados, cientificando que a empresa HORTO CENTRAL MARATAÍZES LTDA não atendeu o item 12.5.a do Edital, tendo em vista que, conforme exposto no parecer e verificado por meio de diligência, o tipo de edificação da área citada no atestado emitido pela empresa COMPACTA CONTRUTORA não está compatível com o objeto da licitação"***.**

Em seguida aduz que *"considerando a análise e parecer emitido pela Assessoria de Manutenção/Prefeitura do Campus, atentando que a documentação de qualificação técnica encaminhada pela empresa HORTO CENTRAL MARATAÍZES LTDA não atende o edital, o pregoeiro, juntamente com a equipe de apoio, decide pela INABILITAÇAO da empresa HORTO CENTRAL MARATAÍZES LTDA."*

Ou seja, a única motivação apresentada pelo Sr. Pregoeiro para inabilitar a recorrente, de acordo com o que esta expresso no documento acima mencionado, foi que a mesma não atendeu o item 12.5.a do edital, de acordo com parecer realizado por meio de diligência *in loco* da Administração.

O referido parecer, por sua vez, emitido pela Assessoria de Manutenção/Prefeitura do Campus, relativamente ao atestado emitido pela empresa COMPACTA CONSTRUÇÕES, se fundamenta nas seguintes premissas:

> *"1 – A sede da empresa é um escritório com duas salas medindo aproximadamente 40 metros quadrados.*
>
> *2 - O somatório das áreas ocorre em vários locais, onde se tem um deposito de material de construção (fechado), uma pousada (fechada), os dois juntos somam aproximadamente 2.000 metros quadrados.*
>
> *3 – Apesar da área ter os 9350 metros quadrados, não áreas totalmente edificadas, são galpões onde funcionam duas marmorarias.*
>
> *4 – Os galpões não são compatíveis com o objeto, pois a maior área apresentada trata-se de uma marmoraria cujo piso é de saibro, descaracterizada como edificação, pois não possui em sua área na totalidade cimentada ou correspondente.*
>
> *CONCLUSÃO:*
>
> *Concluímos que a empresa HORTO CENTRAL MARATAÍZES LTDA, não atende ao Objeto do Edital 001/2014, mesmo tendo apresentado atestado, em visita ao local, constatou-se que o tipo de edificação não esta compatível com o OBJETO."*

Sem embargo, o parecer citado equivoca-se quanto aos motivos apresentados para a inabilitação da Recorrente, os quais não falsos.

De forma que a exclusão da recorrente do certame, que apresentou a proposta vantajosa para a Administração, é absolutamente ilegal, posto que viola diversos princípios e normas jurídicas, inclusive com sede constitucional.

Com efeito, a fundamentação da decisão de inabilitação do recorrente fornecida pelo Sr. Pregoeiro é bastante simplória, e não resiste à uma análise mais profunda do tema, como passamos a demonstrar.

III - DO EFETIVO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS HABILITATÓRIOS PELA RECORRENTE –VIOLAÇÃO AOS PRÍNCIPIOS DA VINCULAÇAO AO INTRUMENTO CONVOCATÓRIO, DO JULGAMENTO OBJETIVO E DA RAZOABILIDADE.

A decisão de inabilitação da recorrente deve ser anulada ou reformada, posto que, além de inválida, a SUPOSTA motivação apresentada pelo Sr. Pregoeiro é falsa, na medida em que a documentação apresentada pela recorrente, de fato, atende aos requisitos habilitatórios previstos no edital.

Com efeito, o desatendimento ao edital, expressamente elencado pelo Pregoeiro, refere-se à falta de atendimento ao item 12.5.a do Edital, o qual é assim redigido:.

> *"12.5 – Todos os licitantes, inclusive as microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas, cadastradas ou não no RCF deverão apresentar* ***comprovação de aptidão*** *para desempenho de atividades pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto deste Pregão, limitadas estes às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto desta licitação conforme disposto no item "a.1" abaixo, através da apresentação de no mínimo 01 (um) atestado de desempenho anterior, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado".*
>
> ***a.1) Serviços de Limpeza e Conservação em edificações cujo somatório de áreas seja de, no mínimo, 10.000 metros quadrados"***

Portanto, o que o edital requer é a comprovação de experiência operacional pregressa, da empresa licitante, no desempenho de atividades pertinentes e compatíveis em características e quantidades com os "Serviços de Limpeza e Conservação em edificações cujo somatório seja de no mínimo, 10.000 metros quadrados.

O parecer, emitido pela Assessoria de Manutenção/Prefeitura do Campus, adotado como motivação pelo Pregoeiro para o ato de inabilitação da recorrente admite expressamente que a área constante do atestado fornecido pela empresa COMPACTA CONSTRUÇÕES possui de fato 9.350 metros quadrados, (que, somados aos 4.000 metros quadrados atestados pela empresa ÁUREA PUBLICIDADE E PROPAGANDA seriam mais do que suficientes para cumprimento do item 12.5 c/c seu a.1).

Contudo, considera que a área não seria toda edificada, dado que embora existam dois locais que se enquadrariam no conceito de edificação (pousada e depósito) os galpões onde funcionam duas marmorarias não se enquadrariam nesta definição (edificação), na exata medida em que a ***maior área apresentada trata-se de uma marmoraria cujo piso é de saibro,***

descaracterizada como edificação, pois não possui em sua área na totalidade cimentada ou correspondente.

Diante disso, visto que a controvérsia reside no fato de poder ser considerado ou não, um galpão em que funciona uma marmoraria como edificação, cabe-nos apurar qual o real conceito desta.

Neste passo, em pesquisa efetuada junto ao site Wikipédia (disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Edif%C3%ADcio) pode-se observar que o conceito de edificação é genérico, dentro do qual se enquadra, obviamente, o galpão. Senão vejamos:

> "Edifício
>
> Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.
>
> Um **edifício** (ou popularmente **prédio**) é uma construção com a finalidade de abrigar atividades humanas. Cada edifício caracteriza-se pelo seu uso: habitacional, cultural, de serviços**, industrial**, entre outros.
>
> **Conceito de edificação**: **São construções de uma forma geral**: casas, prédios, apartamentos, **galpões**, viadutos, igrejas, ginásios de esportes, fortes, aeroportos, torres de comando, farol sinalizador, posto de gasolina, usinas hidroelétricas, usinas nucleares, indústrias, estações de tratamento de água e etc. **Enfim, é a forma genérica de se referir a qualquer das instalações / obras acima."**

Já no *Vocabulário Jurídico, 15º edição, Editora Forense,* do consagrado De Plácido e Silva o conceito de edificação encontra-se assim redigido:

> **"EDIFICAÇÃO.** Derivado do latim *aedificatio*, de *aedificare* (construir), é empregado mais propriamente para indicar a *construção* que vai se executar.
>
> Exprime, neste caso, todas as obras e serviços em prática para a construção de um *edifício* ou *casa* projetada, ou de qualquer outro empreendimento ou obra de engenharia que *deva ser erguida.*
>
> E assim se diz porque as *construções,* que não tenham o fim de *erguer* obra acima do solo, não tomam a siginificação.
>
> As rodovias, em regra, não se dizem *edificadas.* São construídas. As *pontes* são edificadas e não são casas. É uma excessão."

No mesmo sentido, o Código de Segurança Contra Incêndio e Pânico (COSCIP) do Estado do Rio de Janeiro, onde se situa a Universidade organizadora do certame, emitido através do DECRETO N.º 897, DE 21 DE SETEMBRO DE 1976, estebelece expressamente o "galpão" como espécie do gênero edificação, ao classificar esta última. Senão vejamos o seu artigo 9º:

> "CAPÍTULO III
>
> Da Classificação das Edificações
>
> Art. 9º - Quanto à determinação de medidas de Segurança Contra Incêndio e Pânico, as edificações serão assim classificadas:
>
> VIII- Garagem (edifícios, **galpões** e terminais rodoviários);"

Da mesma forma o Decreto Municipal do Rio de janeiro nº 6.997/87 define galpão como edificação.

Assim também o CÓDIGO DE SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIO E PÂNICO PARA O ESTADO DE PERNAMBUCO, conforme artigo 7º, inc. XIV:

> "CAPÍTULO II
>
> Da Classificação das Ocupações
>
> Art.7º. Para a determinação das exigências de sistemas de segurança contra incêndio e pânico, **as edificações** serão classificadas pelas ocupações seguintes:
>
> (...)
>
> XIV - Tipo N **Galpão ou Depósito**; "

Em síntese, inúmeras outras legislações e regulamentos defime galpão como uma espécie de edificação, sendo desnecessário a citação e transcrição de mais exemplos.

Diante disso, observa-se facilmente, o conceito de edificação, já consagrado na literatura de engenharia e nos diplomas legais é genérico e abrange uma construção que se ergue do solo com as mais diversas finalidades, inclusive

industriais. Sendo assim, não há nenhuma possibilidade de não se reconduzir o conceito de galpão indutrial ao de edificação.

De forma que não há que se falar, à luz dos conceitos supra, como quer o parecer elaborado pela Assessoria de Manutenção/Prefeitura do Campus, que os galpões da empresa COMPACTA, apenas por possuírem a maior parte do piso em saibro, estariam **descaracterizados como edificação.**

Ora, galpões são construções de engenharia que se erguem do solo, com projeto hidráulico, elétrico, escritórios, podendo haver inclusive paredes com alvenaria, enfim, como qualquer edificação.

O próprio parecer, depois, na conclusão incorre em evidente contradição quando aduz que "em visita ao local, constatou-se que o **tipo de edificação** não esta compatível com o OBJETO".

Ou seja, num dado momento o parecer afirma que os galpões da empresa COMPACTA estariam descaracterizados como edificação, para depois admitir que se trata de um tipos de edificação.

O fato, Senhores Julgadores, é que o sub item a.1 do item 12.5, ao definir as parcelas de maior relevância e valor significativo, como determina o artigo 30, § 2º da Lei nº 8.666/93, se referiu apenas à "***Serviços de Limpeza e Conservação em edificações".***

Em outras palavras, o edital, objetivamente, não distinguiu o tipo de edificação pelo qual os licitantes deveriam comprovar terem realizado serviços de limpeza, mas apenas se preocupou com a questão quantitativa, isto é, que tivessem sido prestados serviços em metragem mínima de 10 mil metros quadrados.

Ou seja, não se preocupou a Administração, quando elaborou e publicou o edital, esgotando sua discricionariedade naquele momento, com a questão qualitativa a respeito dos tipos de edificações em que se deveria comprovar a execução dos serviços.

Nesse diapasão, ao assim cabe referir que andou bem a Administração da UENF, dado que o Anexo I do Edital, denominado Caderno de Especificações Técnicas onde estão detalhados os serviços a serem prestados pelo licitante vencedor, prevê a limpeza a ser executada numa série de diferentes tipos de edificações e superfícies, externas e internas, das diversas instalações da UENF.

A título ilustrativo, a leitura do Anexo I nos permite elencar os seguintes locais a serem exercidas atividades de limpeza pelo contratado:

- Nas áreas internas:

SALAS DE AULA, LABORATÓRIOS E OFICINAS:

ÁREAS DE CIRCULAÇÃO, ENTRADA PRINCIPAL, PORTARIAS DE ENTRADA, GINÁSIO, AUDITÓRIOS, BIBLIOTECA:

SALAS E ÁREAS À DISPOSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO:

BANHEIROS, SANITÁRIOS E VESTIÁRIOS (MASCULINO E FEMININO):

QUADRAS E PISCINA

VEÍCULOS OFICIAIS

Nas áreas externas (item 4.1.2):

PÁTIO/CALÇAMENTO E RUAS.

PÁTIO/CALÇAMENTO, QUIOSQUES E QUADRAS ESPORTIVAS.

CALÇADAS, ÁREAS DE CIRCULAÇÃO e RUAS

E mais, as atividades, especialmente na área externa, elencadas no Anexo I, são definidas, entre outras, como: Varrição e Limpeza de Ruas e calçadas, terrenos, quadras esportivas etc..

O que se quer dizer é que são diversos os tipos de edificações a serem executados os serviços, e não apenas em *áreas totalmente cimentadas*, como refere o parecer que sugeriu a inabilitação da recorrente.

Ademais, dentro da própria área interna estão previstos uma série de serviços que também são executados, necessariamente, dentro de uma galpão industrial, tais como limpeza de banheiros, recolhimento de lixo, de salas e escritórios, vasculhamento de teto, etc...

Ou se poderia concluir que num galpão industrial não existem banheiros, lixeiras, escritórios e portas e serem limpas?

Em suma, o edital, em nenhum momento, determinou a comprovação de execução de Serviços de Limpeza em área totalmente cimentada, como argüido do parecer, mas tão somente "***Serviços de Limpeza e Conservação em edificações".***

Ora a licitante comprovou efetivamente a prestação de serviços de limpeza em edificações com metragem bem superior à área requerida no edital. E era isto que bastava para atendimento ao item 12.5, e sub item a.1 do edital.

Diante disso, o Senhor Pregoeiro, ao adotar a fundamentação exposta no parecer elaborado pela Assessoria de Manutenção/Prefeitura do Campus, para fundamentar a inabilitação da recorrente violou o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, dado que utilizou-se de conceito não objetivamente constante do edital para motivar a exclusão da empresa.

As ações administrativas devem ser determinadas por termos objetivos, da forma mais transparente possível, garantindo, assim, a observância dos princípios consagrados pelo art. 37 do CF/88, sobretudo o da impessoalidade.

Vale lembrar os escólios do jurista Jessé Torres Pereira Júnior, que assim preleciona:

> '*De enfatizar-se que **o princípio do julgamento objetivo** também preside o exame da proposta sob o prisma de **sua eventual desclassificação**, o que importa em dizer que o reconhecimento da **desarmonia entre edital ou carta-convite e proposta resultará, sempre, de apreciação objetiva**, ou seja, aquela que se fará mediante aplicação estrita dos termos do ato convocatório, tal como enunciados.'* (in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 6.ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pág. 497).

No mesmo sentido, é a jurisprudência do TCU (Tribunal de Contas da União), como se observa na fundamentação da seguinte decisão:

> *"2.9.5.2. Com efeito, da leitura das cláusulas dos instrumentos convocatórios, **constata-se a ausência de parâmetros para aferição da exeqüibilidade das propostas**. O edital fixa apenas o preço mínimo; não estabelece um limite acima do qual as propostas seriam consideradas inexeqüíveis, nem especifica as condições que servem de fundamento para análise da viabilidade das ofertas de preços, contrariando o art. 48, inciso II, da Lei n.º 8.666/93. Nesse diapasão, a representante tem razão quando aduz a existência de **subjetivismo**, tendo em vista a*

ausência de critérios objetivos estabelecidos no edital, relativamente à avaliação das propostas.
(...)
2.9.6.4. O essencial, a nosso ver, é que ***os critérios ou parâmetros utilizados para análise da viabilidade das propostas estejam especificados no instrumento convocatório, nos termos do art. 40, inciso X, art. 43, inciso IV, e art. 48, inciso II, da Lei de Licitações****, de forma a garantir a* ***apreciação objetiva das ofertas de acordo com os elementos previamente fixados no edital****, assegurando assim a transparência dos certames e a desclassificação das propostas consideradas inexeqüíveis, segundo os critérios ou parâmetros adotados."* (Acórdão nº 109/2007, 2ª C. rel. Min. Ubiratan Aguiar)

Em outras palavras, se a Administração desejasse que os licitantes comprovassem, por exemplo, a execução de Serviços de Limpeza "***em área totalmente cimentada"***, como quer o Pregoeiro, para fins de habilitação, deveria ter especificado isso no edital ao definir as parcelas de maior relevância e valor significativo.

Mas não isso que constou no edital, o qual, diga-se, foi redigido precisamente, haja vista que, como visto acima, são diversos os tipos de edificações, superfícies a serem limpas, assim, como são diversos os próprios serviços serem executados.

De forma que, de fato, o aspecto quantitativo, ou seja, a metragem dos serviços, era mais importante que o qualitativo, na definição da experiência anterior a ser comprovada. Como ensina com habitual clareza Marçal Justen Filho[1]:

Ou seja, admite-se a exigência de experiência anterior na execução de obras e serviços similares. Isso envolve uma certa dificuldade, pois a similitude envolve tanto questões 'qualitativas' como 'quantitativas'. Pode-se avaliar a experiência anterior quer tendo em vista a natureza (qualitativa) da atividade como também em função das quantidade mínimas ou dos prazos máximos na execução de prestações similares.

In casu, a Administração reputou como relevante, apenas o aspecto quantitativo dos serviços, estabelecendo uma metragem mínima de serviços a ser comprovada pelos licitantes, e utilizando, quanto ao aspecto qualitativo, termos genéricos, tais como "serviços de limpeza" e "edificações".

[1] Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, Ed. Revista do Tribunais, 16ª Ed., pp. 611.

Agindo assim, respeitou o princípio da razoabilidade, devido às diferentes edificações da universidade a serem limpas, além do dispositivo constitucional estabelecido no artigo 37, XXI, que determina que as exigências de qualificação técnica e econômico-financeira, de acordo com o disposto no artigo 37, inc. XXI, da Constituição da República, devem ser aquelas indispensáveis a assegurar o cumprimento do contrato, posto que qualquer outra reduz a competitividade do certame. Esta regra é concretizada ainda pelo artigo 3º, § 1º, inc. I da Lei nº 8.666/93.

Contudo, a discricionariedade da Administração esgota-se na publicação do edital, não cabendo ao Pregoeiro interpretá-lo de acordo com subjetivismos e preferências pessoais.

Ao inabilitar o recorrente pelos motivos citados, a conduta do Sr. Pregoeiro, assim, violou frontalmente os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, e por conseqüência, é nula.

Mister destacar a necessidade primordial do respeito ao princípio basilar do direito administrativo nos processos licitatórios, no que tange à vinculação ao edital. A Administração tem o **dever** de respeitar aquilo que foi estabelecido pelo diploma editalício, não podendo, de forma alguma, esquivar-se das regras preliminarmente estabelecidas.

Tal princípio não é mera conveniência ou simples prerrogativa legal que pode ser facilmente descartada. Jaz aqui a fundamentação exordial de todo e qualquer certame. Jamais poderia se falar no desrespeito a tal princípio, este está atrelado a, praticamente, todos os demais princípios arrolados pela legislação, doutrina e aceitos pela jurisprudência, a Isonomia e o Julgamento Objetivo são exemplos de princípios adstritos diretamente àquele.

O Edital da licitação é o instrumento pelo qual são determinadas as regras a serem cumpridas pelos participantes no processo, sendo que seu conteúdo e exigências estão balizados no artigo 40 da Lei 8.666/93.

É impossível a execução de um certame sem que seja observado o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório. Sem este jamais poderá ser alcançado o Julgamento Objetivo, já que imperará a subjetividade e o *animus contrahendi* do julgador. *Pari passu*, também será impossível atingir o Princípio Constitucional da Isonomia, que estabelece a igualdade de condições entre os participantes.

Nesta matéria, destaca-se o entendimento do mais preclaro de todos os autores desta matéria, o saudoso Prof. Dr. Hely Lopes Meirelles (Licitação e

contrato administrativo, 10 ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 29), que assim nos ensina sobre a vinculação ao edital:

> *"**A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação**, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, as propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, **tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora.**"*
> *"**Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital o modo e forma de participação dos licitantes, bem como as condições para a elaboração das ofertas, e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento ou no contrato se afastasse do estabelecido**, e admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. **É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação."*** (grifou-se)

Interessante, também, é reproduzir o que diz o respeitadíssimo Prof. Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo, 5 ed., São Paulo : Malheiros, 1994, pp. 271 e 272 :

> *"13. **O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame**, como aliás, está consignado no art. 41 da lei 8.666."*
> *"14. O princípio do julgamento objetivo, almeja como é evidente, **impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo**, de sentimentos, impressões ou **PROPÓSITOS PESSOAIS** dos membros da comissão julgadora."* (grifou-se)

O Pregoeiro, para determinar a habilitação ou não de um licitante, deve ater-se ao que está estipulado no edital. De acordo com o eminente conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Dr. Antonio Roque Citadini, Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas, 2. ed – São Paulo: Editora Max Limonad. 1997, pp 319:

> *"Como afirmado, a primeira verificação diz respeito à conformidade das propostas com o ato convocatório, não podendo a Administração se afastar das condições e exigências que fez, igualmente a todos quanto*

se interessassem. ***Não pode, por isso, inovar ou mudar, que acrescentando, quer diminuindo aquelas exigências****. Disto resulta o especial cuidado na elaboração do ato de convocação, o qual não pode ter redação ambígua, que impeça sua correta interpretação, pois, só é aceitável a desclassificação por motivo relevante, do qual se possa, com clareza, demonstrar a afronta a requisito objetivo do ato convocatório".* (grifou-se)

Já Marcos Juruena Villela Souto revela que:

"Sendo o Edital a lei interna da licitação, no qual se expressa o desejo da Administração em relação aos seus proponentes, não se pode fugir aos termos e condições ali propostos; nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital; ali estão fixadas as condições em que devem ser elaboradas as propostas, cabendo, portanto, julgá-las em estrita conformidade com tais condições.

Se a Administração não observa o edital, enseja a correção da anomalia através de recurso hierárquico, ou mesmo a invalidação do procedimento através do controle externo, via 'Tribunal de Contas ou Poder Judiciário.

(...)

É no edital que vai se buscar o julgamento objetivo, isto é, impessoal e criterioso, isento de qualquer subjetivismo; um dos princípios da licitação é propiciar igualdade nas oportunidades de contratar com o Poder Público, o que significa não só o conhecimento prévio e completo do desejo da Administração e das condições de participação no certame..." (Direito Administrativo Contratual, p.199/200, Lumem Júris, Rio de Janeiro – 2004.)

Como já afirmado, o desprezo ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3° da Lei 8.666/93) é condenado pela totalidade da doutrina:

"A vinculação ao instrumento convocatório cumpre triplo objetivo. De um lado, aferra a Administração ao direito, na medida em que a sujeita ao respeito aos seus próprios atos. De outro, impede a criação de etapas ad hoc ou a eleição, depois de iniciado o procedimento, de critérios de habilitação ou julgamento destinados a privilegiar licitantes. Por fim, evita surpresas para estes, que podem formular suas propostas com inteira ciência do que deles pretende o licitador. Após o início da

*licitação, a única surpresa para os licitantes deve ser quanto ao conteúdo das propostas de seus concorrentes." (*Carlos Ari Sundfeld - Licitação e Contrato Administrativo, p. 21, Malheiros, 2ª ed., SP - 1995)

As situações aqui retratadas apenas demonstram que o Sr. Pregoeiro não esteve atento para bem zelar pelos princípios da igualdade e vinculação ao instrumento convocatório, favorecendo a Recorrente para a sua pretensão anulatória. Dado que a vinculação ao instrumento convocatório é um dos princípios norteadores da licitação, estando contido no art. 3º, da Lei n. º 8.666/93, e é a garantia do administrador e dos administrados. **Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial**.

Nesse sentido, já que não se pode exigir tratamento não previsto no edital, sob pena de afronta de morte ao princípio da adequação do certame aos estritos termos do edital, igualmente não se pode adotar condição diversa da prevista no certame, sob pena de violação à igualdade entre os concorrentes e lisura do julgamento pela própria administração. Nesse sentido, o Poder Judiciário já se pronunciou:

"EMBARGOS INFRINGENTES – LICITAÇÃO – ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – Não é lícito a Administração fixar no edital a forma e o modo de participação dos licitantes, e no decorrer do processo exigir apresentação de documentação em desacordo com o solicitado, ou que não tenha sido solicitada. Isto porque o princípio da vinculação ao instrumento convocatório previsto no artigo 3º da Lei 8666/93 e reafirmada em seu art. 41 da Lei 8666/93, submete não só os licitantes como a Administração Pública a rigorosa observância dos termos e condições do edital. Embargos acolhidos, por maioria. (TJRS – EMI 70000019711 – 1º G.C.Cív. – Rel. Des. Genaro José Baroni Borges – J. 07.04.2000)

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. MENOR PREÇO. ENVIO DE PLANILHA DE CUSTOS. PRAZO INDETERMINADO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. VIOLAÇÃO.
1. Constitui violação aos princípios da isonomia, impessoalidade e eficiência, a utilização de expressões indeterminadas na fixação de prazo para o envio da planilha de custos em procedimento licitatório na modalidade de pregão eletrônico, mormente quando para alguns licitantes foi fixado prazo certo (art. 37CF/88 e art. 5.(do Decreto n.(5.450/05) 2. Apelação parcialmente provida. (TRF-4ª Região –

REOMS 95557 RN 0010909-72.2005.4.05.8400 – Quarta Turma – Rel. Des. Federal Amanda Lucena (Substituto)– J. 11.11.2008)

Pouco importa, na licitação, a intenção absolutamente obscurecida de quem tem limitações ao uso do vernáculo, não sabe escrever o que pensa ou informar o que deve. Na licitação vale o que está escrito. O Pregoeiro deve agir dentro dos rigores da lei.

O interesse público só está protegido quando cumpridas as regras previamente estabelecidas, sendo unicamente permitido (poder/dever) ao Pregoeiro inabilitar empresa detentora de documentação em desacordo com o edital (art. 48 da Lei nº 8.666/93). Neste sentido:

Administrativo. Mandado de Segurança Licitação. Vinculação ao Edital. Afastamento de Critério Subjetivo na Apreciação de Recurso Administrativo. Ilegalidade do Ato Inabilitador de Concorrente. Constituição Federal. Arts. 5º, II, 37 e incs. XXI e LV, 84, III. Lei 6404/76. Lei 8666/93. Lei 8883/94. Lei 8987/95. Súmula 473/STF.

1 - Habilitação técnica reconhecida pela via de critérios objetivos não pode ser derruída por afirmações de índole subjetiva, contrapondo-se às avaliações vinculadas às disposições editalícias. A legislação de regência louva os critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório (§ 1º, art. 44, Lei 8666/93; art. 14, Lei 8987/95).

2 - O processo licitatório inadmitindo a discriminação, desacolhe ato afrontoso ao princípio da isonomia, numa clara proibição do abuso de poder por fuga à vinculação ao Edital. Ato, decorrente de expressas razões recursais, desconhecendo-as para fincar-se em outras de caráter subjetivo, fere o princípio da legalidade. No caso não se compõe a discricionariedade sob os albores do interesse público, conveniência e oportunidade.

3 - Segurança concedida parcialmente.

Por unanimidade, conceder parcialmente o mandado de segurança. (MS 5289/DF - 1997/0053243-7 - DJ de 21/09/1998 - p. 42 - RSTJ: 112/25 - Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA - Decisão: 24/11/1997 Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO – texto primitivo sem os grifos)

Nesta toada, o parecer emitido pela Assessoria de Manutenção/Prefeitura do Campus e adotado como motivação pelo Pregoeiro para o ato de inabilitação

da recorrente equivoca-se por completo quando conclui que em visita ao local, constatou-se que o tipo de edificação não esta compatível com o objeto.

A uma, porque, como visto, o edital não distinguiu nenhum tipo de edificação.

A duas, porque os galpões, embora contenham parte do piso em saibro, **não podem ser considerados substancialmente diferentes de diversas edificações e superfícies previstas no Anexo I do Edital**, tais como ruas, quadras e calçadas.

Quanto à este ponto, ressalte-se que a lei apenas admite a comprovação de experiência em serviços que sejam "compatíveis" em complexidade tecnológica e operacional ao do objeto da licitação, conforme visto acima. Vale dizer, não precisa ser comprovada a experiência do licitante em serviços idênticos aos do edital, mas apenas compatíveis. E a capacitação técnica apresentada pela recorrente não é apenas compatível, mas superior à exigida no edital.

Sobre o tema vejamos a lição precisa de Marçal Justen Filho[2]:

> *"Ora essa concepção apenas pode ser aplicada se a experiência anterior exigida do sujeito envolve os aspectos **problemáticos, diferenciados, complexos de que se revista o objeto licitado**. Isso produz duas ordens de efeitos distintos.*
> *Em primeiro lugar, não há cabimento para impor a exigência de que o sujeito tenha executado **serviço idêntico ao objeto da licitação**. Parece evidente que o sujeito que executou obra ou serviço idêntico preenche os requisitos para disputar o certame e deve ser habilitado. Mas também se deve reconhecer que a idoneidade para executar o objeto licitado **pode ser evidenciada por meio de execução de obras ou serviços similares, ainda que não idênticos**. Em outras palavras, a Administração **não pode exigir que o sujeito comprove experiência anterior na execução de um objeto exatamente idêntico àquele licitado** – a não ser que exista alguma justificativa lógica, técnica ou científica que dê respaldo para tanto."*

Ora, em que difere, substancialmente a limpeza de um piso de saibro, de uma rua, calçada, ou mesmo de um piso cimentado? Ou dito de outra forma, qual a especificidade que impede aquele que limpou um piso de saibro de uma rua, calçada, quadra ou piso cimentado?

[2] Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, Ed. Dialética, 14ª Ed., pp. 336, 337 e 441

Obviamente, nenhuma, já que todos exigem, igualmente varrição e mão-de-obra para limpeza.

Ademais, em que difere substancialmente, a limpeza de um galpão, de um ginásio, ou de uma quadra ou laboratório. Todos possuem paredes, portas, tetos, banheiros, salas, etc... Não há critério razoável para justificar a distinção feita pelo parecer emitido pela Assessoria de Manutenção/Prefeitura do Campus.

Neste sentido, confira-se novamente a autorizada lição de Marçal Justen Filho[3]:

> *"É impossível deixar de remeter à avaliação da Administração a fixação dos requisitos de habilitação técnica. Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes, tal como já exposto acima. A Administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de objeto* ***similar****. Vale dizer, sequer se autoriza a execução de objeto* ***idêntico****.*
> *(...)*
> *Também não se admitem requisitos que, restritivos à participação no certame, sejam* ***irrelevantes*** *para a execução do objeto licitado. Deve-se considerar a* ***atividade principal*** *e essencial a ser executada,* ***sem maiores referências a especificações ou detalhamentos****. Isso não significa afirmar que tais peculiaridades sejam irrelevantes. São significativas para a execução do objeto, mas não para a habilitação.*
> *(...)*
> *"Daí se segue que a Administração deverá identificar os aspectos mais complexos e diferenciados do objeto licitado, para efeito de exigência de experiência anterior.* ***É evidente que não teria cabimento subordinar a participação à comprovação da execução de atividade secundária ou irrelevante que o objeto licitado apresente****."*
> *(...)*
> *Não é possível inabilitar licitante que, não tendo executado anteriormente objeto similar ao licitado, apresentar experiência* ***de maior complexidade****. Assim, por exemplo, aquele que já executou diversos edifícios de grande porte não pode ser inabilitado para executar certo prédio por ausência de experiência em certo sistema de condicionamento de ar."*

[3] Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, Ed. Dialética, 11ª Ed., pp. 336/337.

Ora, a exigência de capacitação técnico operacional visa avaliar, dentre outras coisas, se a empresa tem experiência anterior na prestação de serviços de características compatíveis, como encontra-se expresso no artigo 30, § 1º inc. I, como forma de avaliar tem condições materiais e técnicas de cumprir satisfatoriamente a obrigação que eventualmente for adjudicada à licitante a qual encontra-se vinculado.

Os atestados que constam nos autos do procedimento licitatório comprovam a experiência da empresa recorrente em atividade não apenas compatível em complexidade tecnológica e operacional, mas bastante superior**,** excedendo em muito o que requer o objeto da licitação. Isto, portanto, de acordo com a expressa norma editalícia citada, é o que basta para fins de comprovação da qualificação técnica, consequentemente, a inabilitação do recorrente, como requerido na peça recursal é que violaria frontalmente o princípio da vinculação ao instrumento convocatório expresso no artigo 41, *caput* da Lei nº 8.666/93.

Neste diapasão, resta claro que os atestados de capacidade técnica apresentados pela licitante HORTO CENTRAL DE MARATAIZES comprovam a experiência da empresa na realização anterior de serviços compatíveis e de características e quantidades superiores aos requeridos no Pregão Eletrônico nº 001/2014, conforme exige o item 12.5 e seu sub item a.1.

Disso resulta que o parecer elaborado pela Assessoria de Manutenção/Prefeitura do Campus está equivocado quanto à premissa utilizada como motivo para inabilitação da recorrente.

Com efeito, o motivo é um dos elementos fundamentais para a própria regularidade e existência do ato administrativo. Se ele inexiste ou for falso, o próprio ato é nulo de pleno direito. Senão vejamos o entendimento da Doutrina mais autorizada a respeito do tema, primeiramente na lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro:,

> *"a **ausência de motivo** ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo".* (Direito Administrativo, Atlas, 1989, p. 160)

Inclusive porque tais motivos vinculariam de fato a Administração, de acordo com a Teoria dos Motivos Determinantes.E, adiante, assevera a autora:

> *"Ainda relacionada com o motivo, há* a ***teoria dos motivos determinantes, <u>em consonância com o qual a validade do ato se veicula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo</u>***

que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade" (ob. cit., p. 160).

De forma que afigura-se inexplicável e sem fundamento a inabilitação da recorrente pelo Pregoeiro, em flagrante violação aos princípios da competitividade e vantajosidade (artigo 3º da Lei 8.666/93), vinculação ao instrumento convocatório (artigo 41 da Lei nº 8.666/93) e legalidade (arts. 5º e 37 da Constituição).

Ademais, as normas que permeiam os certames licitatórios devem, sempre que possível, serem interpretadas em favor da disputa entre os interessados. As exegeses aqui proferidas são corroboradas pelos entendimentos de nossa doutrina e jurisprudência pátrias, conforme julgados abaixo:

> **4ª Câmara Cível do TJ-MG: Apelação Cível (AC) nº 5874442-89.2009.8.13.0024; rel. Desembargador ALMEIDA MELO:**
> **ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO DE LICITANTE. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. ATENDIMENTO DAS EXIGÊNCIAS DO EDITAL.** Em mandado de segurança, verificado que a documentação apresentada atendeu às exigências e ao objetivo do instrumento convocatório, afasta-se o ato administrativo que inabilitou a Impetrante no procedimento licitatório. **A interpretação dos termos do edital de licitação não pode determinar a prática de atos que contrariem a finalidade do procedimento, restrinjam o número de concorrentes e prejudiquem a escolha da melhor proposta**. Recurso não provido.
> (DJMG 24/11/2010) (sem grifos no original)
>
> **2ª Câmara Cível do TJ-RS: AC nº 7003415948-3, rel. Desembargador ARNO WERLANG:**
> **APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INABILITAÇÃO LICITANTE. ILEGALIDADE CONFIGURADA. PROVA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. EDITAL.CAPACIDADE TÉCNICA SUPERIOR OU IGUAL A DO OBJETO LICITADO. COMPROVADA. RIGORISMOS MERAMENTE FORMAIS. AFASTAMENTO. Tendo sido preenchidos os requisitos para a habilitação, uma vez que apresentado atestado com qualificação superior à exigida, deve a Impetrante ser considerada habilitada no certame licitatório, até porque, como visto, deve a Administração Pública prezar pelo interesse público acima do privado, razão porque deve garantir ao máximo a competitividade no certame, afastando rigorismos meramente formais**. PRELIMINAR REJEITADA, APELAÇÃO DESPROVIDA. (DJERS 15/12/2010). (sem grifos no original)

Por consequência, sob qualquer enfoque que se dê a questão, como já dissemos acima, o ato que inabilitou a empresa **HORTO CENTRAL DE MARATAIZES LTDA.**, emanado pelo Sr. Pregoeiro, esta totalmente **DESCONFORME** aos princípios e normas legais, de acordo com a moderna jurisprudência e doutrina pátrias.

IV – DO PEDIDO:

Diante do exposto, requer se digne esse D. Pregoeiro em receber tempestivo recurso administrativo, determinando seu imediato processamento para que, ao final, reformule sua decisão, habilitando a empresa **HORTO CENTRAL DE MARATAIZES LTDA**, já que a manutenção de sua inabilitação não resistirá aos ataques do Poder Judiciário, quando cuidadosamente acionado.

Requer, finalmente, em sendo indeferido o presente, façam-no conhecer a autoridade superior competente, em conformidade com as disposições legais e editalícias.

Itapemirim, 14/05/2014.

ADEMAR MORAIS DA MATA

Representante Legal da empresa Horto Central Marataízes Ltda.

CNPJ n.º 39.818.737/0001-51