

Juiz de Fora, 07 de agosto de 2023.

PARECER N.º 176/2023 - PRJ/CESAMA

Para: Diretor Presidente

Assunto: Análise de recurso contra habilitação/inabilitação de licitante – LE n.º011/23.

Referência: Processo Administrativo Dataged 0045/2023

EMENTA: Administrativo. Parecer Jurídico. Licitação Eletrônica. Análise de recurso em face de decisão da Comissão de Licitação quanto a inabilitação do licitante. Procedência do recurso, revogação da inabilitação bem como atos posteriores.

I – Relatório

Veio para análise jurídica o julgamento do recurso administrativo quanto a decisão da Comissão de Licitação interposto pela empresa **Engelab Informática e Serviços Eireli**, em face da decisão que **desclassificou a licitante sob o fundamento de que seu objeto social não ser compatível com o objeto da licitação**.

O processo foi encaminhado a esta PRJ pela Agente de Licitação, de forma eletrônica pelo sistema Dataged, com os seguintes documentos relevantes para a análise, já relacionados em p. 1931/1932, na forma seguinte:

- Requerimento de instauração de licitação (pág. 4 e 5);
- Termo de Referência Inicial (pág. 6 a 61);
- Especificação técnica (pág. 62 a 392);
- Provisionamento financeiro (pág. 403);
- 1º edital (pág. 414 a 896);
- 1ª aprovação do edital (pág. 897 e 898);
- 1º parecer jurídico (pág. 908 a 927);
- 2º termo de referência (pág. 930 a 983);
- Atendimento às recomendações jurídicas (pág. 984);
- 2º edital (pág. 990a1.473);
- 2ª aprovação do edital (pág. 1.474 e 1.475);

Companhia de Saneamento Municipal – Cesama
Avenida Barão do Rio Branco, 1843/10º andar - Centro
CEP: 36.013-020 | Juiz de Fora - MG | Telefone: (32) 3692-9176

- 2º parecer jurídico (pág. 1.486 a 1.489);
- Autorização "ad referendum" (pág. 1.495);
- Subscrição do edital - DRDE (pág. 1.498);
- Publicação do Aviso de licitação (pág. 1.507 a 1.511);
- Deliberação autorizativa da DE (pág. 1.514);
- 1º Questionamento (pág. 1.522 a 1.524);
- 2º Questionamento (pág. 1.535 e 1.536);
- Declarações art. 38 e 44 (pág. 1.542 a 1.545);
- Email GEXP recusa da proposta Engelab (pág. 1.547 a 1.550);
- Parametrizada Engelab (pág. 1.551 a 1.553);
- Proposta Engelab (pág. 1.554);
- Diligência Engelab (pág. 1.555 a 1.670);
- Email GEXP aceitação da proposta Elane (pág. 1.671 a 1.672);
- Parametrizada Elane (pág. 1.673 a 1.676);
- Proposta Elane (pág. 1.677);
- Habilitação Jurídica Elane (pág. 1.679 a 1.688);
- Email GEFC aprovação da Qualificação econômico-financeira (pág. 1.689 a 1.692);
- Qualificação econômico-financeira (pág. 1.693 a 1.729);
- Email GEXP aprovação da Qualificação técnica (pág. 1.730 a 1.732);
- Habilitação técnica (pág. 1.733 a 1.882);
- Vista documentos Elane (pág. 1.883);
- CEIS Elane (pág. 1.887);
- Declarações Comprasnet (pág. 1.888 e 1.889);
- Ata Comprasnet (pág. 1.890 a 1.894);
- Resultado por fornecedor Comprasnet (pág. 1.895);
- Publicação do resultado (pág. 1.901 e 1.902);
- Recurso Engelab (pág. 1.903 a 1.906);
- Contrarrazões Elane (pág. 1.907);
- Manifestação técnica do recurso (pág. 1.914 a 1.916);

- Julgamento do recurso - agente de licitação (pág. 1.917 a 1.929);
- Julgamento do recurso Comprasnet (pág. 1.930);

Na sequência houve o encaminhamento à PRJ, p. 1931/1932.

Este o breve resumo dos atos, passo à análise.

II – Análise

2.1- Alegações das licitantes e decisão do Agente de Contratação

Tomando os recursos apresentados temos que a empresa recorrente Engelab Informática e Serviços Eireli, com razões apresentadas no sistema comprasnet (pág. 1903/1907), alega, em síntese, que:

- foi fundada em 2003 e cumpre regularmente suas obrigações.
- foi desclassificada sob fundamento de que seu objeto social não seria compatível com o objeto da licitação, que sua capacidade técnica se restringe as atividades dispostas em seu contrato social, não contemplando execução de obras civis e de edificações.
- o ato é ilegal, pois consta de seu objeto social atividades que já eram compatíveis com o objeto da licitação, 42.13-8-00 – obras de urbanização - ruas, praças e calçadas - 42.21-9-02 - Construção de estações e redes de distribuição de energia elétrica - 42.21-9-04 - Construção de estações e redes de telecomunicações - 43.22-3-01 - Instalações hidráulicas, sanitárias e de gás - 43.30-4-99 - Outras obras de acabamento da construção e 81.30-3-00 - Atividades paisagísticas. Além do que “acrescentou” em seu CNPJ a atividade de construção de edifícios.
- que o edital, no item 3.1 e 6.1.5 prevê a participação de empresas com ramo pertinente ao objeto e a comprovação da habilitação técnica se dará por certidão do CREA ou CAU.
- que comprovou pelos documentos que é capacitada a execução das obras, sendo que o técnico responsável possui cadastro no CAU/BR com atribuições compatíveis com o objeto da licitação, conforme art. 2º, da Lei 12.378 e art. 2º da Resolução 21 do CAU.

- a legislação exige como princípio a ampla concorrência e a limitação imposta fere este princípio prejudicando a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração.

- que não teve a oportunidade de apresentar a alteração em seu contrato social que comprova a inserção do objeto de construção de edifícios.

- a nova lei de licitações (Lei 14.1333/2021) exige somente a comprovação de existência da pessoa jurídica (art. 66) para sua habilitação.

- exige-se apenas uma conexão entre a atividade da empresa e o objeto da licitação, não se exigindo uma ‘correspondência literal’ entre o objeto social e o objeto da licitação.

- o TCU já decidiu que é indevida a desclassificação de licitante em razão de ausência de informação na proposta, sem que antes tenha sido tomada diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução, veda a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. (Acórdão 2873/2014-Plenário).

- a razão de ser do formalismo licitatório é o atendimento do interesse público e este se perfaz com a seleção da melhor proposta possível, sendo o formalismo um meio não um fim em si mesmo.

Conclui afirmando que não descumpriu qualquer exigência do edital, devendo ser habilitada novamente no processo.

Já a empresa recorrida Elane Balbina Moraes Máximo Ltda. - Ebramax, apresentou contrarrazões ao recurso (pág.1908/1909), onde argumenta que:

- a recorrente pretende induzir o órgão ao erro ao apresentar uma Certidão do CAU que não a qualifica para a execução de obras de engenharia, especificamente a construção de casas

- houve a tentativa da ENGELAB de inserir atividades de construção de edifícios em seu contrato social e CNPJ após a realização da licitação conforme datas dos Comprovantes CNPJS;

- a recorrente não conseguiu comprovar a compatibilidade de suas atividades com o objeto da licitação, infringindo claramente os requisitos estabelecidos no edital.

- por outro lado afirma que sua empresa cumpriu devidamente com todos os requisitos exigidos pelo edital, apresentando comprovação de capacidade técnica e expertise compatíveis com o objeto da licitação. Sua proposta foi considerada a mais vantajosa para a Administração, garantindo assim o atendimento adequado às necessidades do projeto de construção das moradias unifamiliares.

Terminou requerendo a confirmação da empresa Elane como vencedora do certame são fundamentais para garantir a lisura, transparência e eficiência do processo licitatório, assegurando assim o melhor resultado para a CESAMA.

Em apoio fez juntar cartões de CNPJ da empresa recorrente (Engelab) emitidos em data de 04/07/23 e 28/07/2023.

Foi juntada manifestação da área técnica, Gerência de Expansão (pág.1914/1916), onde foi feita a análise dos pontos questionados e foi informado que:

Sob esta ótica, avaliamos os atestados e certidões apresentados pela recorrente, entendendo que a habilitação técnica definida no item 6.1.5 do Edital foi atendida a partir da comprovação dos serviços referentes a Certidão de Acervo Técnico 321511 junto ao CAU.

(...)

Trata-se, no entanto, de uma análise meramente técnica do recurso apresentado, devendo ser complementada sob os aspectos formais e jurídicos em relação aos fatos apresentados

O Agente de Contratação, em cumprimento ao regulamento analisou o recurso apresentado, conforme razões de p. 1917/1929, tendo verificado o não preenchimento dos requisitos e formalidades, uma vez que não fora observada a formalidade prevista no item 9.3, do edital, mas mesmo assim prosseguiu na análise dos fundamentos do recurso, tendo concluindo “*que a empresa ENGELAB INFORMATICA E SERVICOS LTDA comprovou ser do ramo pertinente ao objeto desta licitação passível de aceitação de sua proposta comercial.*”, opinando por ser ACATADO o recurso com o deferimento da habilitação da recorrente.

Assim, remeteu à decisão nos termos do art. 53 do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Cesama.

2.2- Manifestação necessária

Assim, relacionados os atos e fatos relevantes, temos que o processo veio para manifestação desta Procuradoria da Cesama.

Cumpra registrar que os procedimentos previstos no edital, conforme capítulo 9º, exigem que o licitante cumpra certos requisitos, conforme se observa do item 9.3 que se transcreve:

9.3 O recurso e respectivas contrarrazões deverão obedecer todos os seguintes requisitos, sob pena de não serem conhecidos:

a) ser dirigido Diretor Presidente da CESAMA, aos cuidados da Comissão Permanente de Licitação no prazo de 5 (cinco) dias úteis, conforme estabelecido no item 9.2;

b) ser remetido através de uma das seguintes formas: encaminhado digitalizado (escaneado) para o e-mail licita@cesama.com.br ou protocolizado na sala do Departamento de Licitações e Assessoria de Contratos;

c) ser datilografado ou emitido por computador e conter: razão social, número do CNPJ e endereço da empresa, rubricado em todas as folhas e assinado pelo representante legal ou credenciado do licitante, acompanhado de cópia do documento de identificação e CPF do signatário e comprovante do poder de representação legal;

d) ser registrado tempestivamente em campo próprio do Portal de Compras do Governo Federal;

Temos que o recurso apresentado fora efetivado através registro no sistema eletrônico, conforme pág. 1903/1907, efetivadas no portal compras. Contudo, não fora cumprido o requisito de envio, conforme a regra contida no item 9.3, alínea “b” de *“ser remetido através de uma das seguintes formas: encaminhado digitalizado (escaneado) para o e-mail licita@cesama.com.br ou protocolizado na sala da Assessoria de Licitações e Contratos”*.

Assim, o recurso apresentado não cumpriu a forma exigida no edital.

Quanto ao mérito, temos que a alegação da recorrente Engelab Informática e Serviços Eireli é que sua desclassificação não atende aos princípios da licitação e limitaria a competitividade do certame, uma vez que o fundamento de sua exclusão é de que o objeto social não seria compatível com o objeto da licitação.

Certo é que o objeto social previa como atividades compatíveis com o objeto da licitação, como se colhe das seguintes: 43.22-3-01 - Instalações hidráulicas, sanitárias e de gás, 43.30-4-99 - Outras obras de acabamento da construção; e -81.30-3-00 - Atividades paisagísticas, entre outras.

Certo, também, que houve acréscimo do objeto social através da alteração contratual, que como informado foi efetivada em data de 11/07/2023, ou seja, quando já em curso a licitação, uma vez que o certame fora aberto em data de 03/07/2023, quando apurada como primeira colocada a empresa **Carplan Engenharia e Projetos Ltda**, que não encaminhou a proposta comercial quando solicitado via chat pela agente de licitação, tendo sido desclassificada em data de 04/07/2023.

Certo, ainda, que em 07/07/2023, após a área técnica da Cesama analisar os documentos da empresa ENGELAB INFORMATICA E SERVICOS LTDA enviados após diligência, concluiu:

“Com base no item 3.1 do Edital, o objeto social da empresa, não é compatível com o objeto da licitação. Vale ressaltar que não cabe nesta fase a análise da capacidade técnica da empresa (Operacional) bem como do RT (profissional). No entanto, o Registro da Empresa no CREA, encaminhado após a diligência, consta que a capacidade técnica da Empresa se restringe exatamente as atividades dispostas em seu contrato social, não contemplando execução de obras civis e de edificações. Desta forma, entendemos que as atividades da empresa são incompatíveis com o objeto.”

Logo, o acréscimo da atividade de construção de edifícios, **somente ocorreu em data de 11/07/2023**, quando já havia ocorrido sua desclassificação, **não podendo ser tido como aceite como fundamento para a habilitação posterior.**

Assim, a análise do recurso não pode passar pela elaboração de alteração do contrato social com a inclusão de nova atividade, esta específica em relação ao objeto da licitação. Pois não se pode admitir que após a inabilitação, a empresa pudesse alterar o contrato social, como burla aos atos anteriores.

Desta forma, a análise do recurso deve se limitar à previsão do que consta no contrato social à época em que aberta a seção, que o recurso alega serem compatíveis com o objeto da licitação, bem como aos argumentos de que o edital, no item 3.1 e 6.1.5 prevê a participação de empresas com ramo pertinente ao objeto e a comprovação da habilitação técnica se dará por certidão do CREA ou CAU, não pelo contrato social e também de que seria capacitada a execução das obras, tanto que apresentou técnico responsável e possui cadastro no CAU/BR com atribuições compatíveis com o objeto da licitação e comprovação de atestados de capacidade técnica para execução do objeto.

De início, temos que segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, “só considera viável a inabilitação de licitante cujo objeto social seja incompatível com o da licitação” (Acórdão nº 487/2015 - Plenário e Acórdão nº1021/2007 - Plenário), e que "o objeto social da empresa delineado no contrato social devidamente registrado comprova não apenas o exercício da atividade empresarial requerida na licitação, mas também que a empresa o faz de forma regular". (Acórdão nº 642/2014 – Plenário).

O enunciado do Acórdão 466/2014-TCU-Primeira Câmara, Relator Benjamin Zymler, que reproduz entendimento firmado no Acórdão 571/2006-TCU-Segunda Câmara, Relator Marcos Bemquerer diz que:

'Se uma empresa apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, não é razoável exigir que ela detalhe o seu objeto social a ponto de prever expressamente todas as subatividades complementares à atividade principal.'

Disto resulta que o que deve ser avaliado é se o particular atua na área do objeto licitado.

A existência de previsão, ainda que genérica, compatível com a atividade licitada, é suficiente para atender os requisitos de habilitação jurídica impostos pela Lei de Licitações, que tem como um dos seus princípios basilares o da ampla concorrência.

Desta forma, não se deveria impedir uma empresa de participar do certame com base exclusivamente na CNAE cadastrada na Receita Federal, pois isso seria levar a norma a limites muito além dos necessários. A classificação CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) é uma forma utilizada pela Receita Federal para padronizar os códigos de atividade econômica no país com a finalidade de melhor administrar as questões tributárias.

A exigência de um código CNAE específico também limita o caráter competitivo de uma licitação, impedindo a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública, ferindo os princípios que norteiam a licitação pública, o que configura grave irregularidade.

Segundo o TCU, "é certo que esse cadastro é uma imposição legal e deve estar atualizado, porém em nenhum momento há previsão legal de impedir uma empresa de participar em virtude de uma discrepância desse cadastro" (Acórdão nº 1203/2011).

Portanto, a análise entre compatibilidade do objeto social da empresa licitante com o objeto da licitação não deve conter tal zelo que extrapole o que determina a lei nem restrinja a participação de empresas do ramo, como se colhe de precedentes do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

É obrigatória a compatibilidade entre a atividade empresarial do licitante e a pretensão contratual administrativa, com fundamento na proporcionalidade e na busca da proposta mais vantajosa, mas não é válida a exigência de exatidão na correspondência entre o objeto da licitação e o objeto social da empresa licitante, com fulcro na competitividade.

(TCE-MG - Denúncia nº 1047986/2021 – Primeira Câmara)

Entende-se que não há na Lei n. 8.666/1993 nem no ordenamento jurídico pátrio a exigência de que a descrição da atividade contida no ato constitutivo

da empresa seja idêntica à descrita no edital de licitação e que, em prol do princípio da ampla concorrência, basta que haja uma compatibilidade, ainda que genérica, do ramo de atividade desenvolvido pela empresa com o objeto licitado, para seja atendida a exigência de habilitação jurídica prevista na Lei n. 8.666/1993.

(TCE-MG - Denúncia nº 1007909/2019. 1ª Câmara)

Inexiste a exigibilidade legal de que a atividade específica, objeto da licitação, esteja expressamente prevista no contrato social das licitantes, cabendo à Administração aferir se as atividades dispostas nos documentos constitutivos da empresa são compatíveis, de maneira geral, com os serviços licitados.

(TCE-MG - Denúncia nº 1088799/2021. 1ª Câmara)

A busca da maior competitividade possível deve ser um objetivo nas contratações públicas, mas, obviamente, deve se esperar da licitação que a melhor proposta seja efetivada, aquela que importe no melhor preço, mas que afaste o risco de se contratar uma empresa que não detenha condição de executar o objeto a ser entregue, com potencial prejuízo ao erário e à consecução dos objetivos que o órgão pretende com a contratação.

O TCU em diversos julgados, entende que a exigência dos atestados não é obrigatória, mas sim uma discricionariedade do gestor uma barreira mínima que permita aferir a experiência pretérita e a qualidade dos serviços prestados deve ser aferida durante a fase de qualificação técnica, como se observa:

'A exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência a mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados.'

(Enunciado do Acórdão 891/2018-TCU-Plenário - Relator José Múcio Monteiro)

'As exigências na fase de habilitação devem guardar proporcionalidade com o objeto licitado, de sorte a proteger a Administração Pública de interessados inexperientes ou incapazes para prestar o serviço desejado.

(Enunciado do Acórdão 7329/2014-TCU-Segunda Câmara - Relator André de Carvalho)

Isto posto, temos que após a apresentação de recurso e contrarrazões o processo foi encaminhado para avaliação técnica (pág. 1914/1916), concluiu:

Por outra vertente, o recorrente cita em seu recurso Marçal Justen Filho: “ (...) *se uma pessoa jurídica apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, a ausência de previsão expressa desta mesma atividade em seu contrato social não pode ser empecilho a sua habilitação.*”

Sob esta ótica, avaliamos os atestados e certidões apresentados pela recorrente, entendendo que a habilitação técnica definida no item 6.1.5 do Edital foi atendida a partir da comprovação dos serviços referentes a Certidão de Acervo Técnico 321511 junto ao CAU.

Alie-se essa questão ao fato de que o objeto foi definido de maneira objetiva, sendo que foram definidos como requisitos técnicos e funcionais mínimos da solução, conforme pode se verificar nos itens seguintes do termo de referência (TR) (pág.1072/1073):

17.4. Comprovação de aptidão para desempenho da empresa (atestado técnico operacional) e do responsável técnico (atestado técnico profissional), feita através de atestado(s) de execução de serviços compatíveis com o objeto da licitação e especificação, fornecido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrado no CREA, no caso de atestado profissional.

17.4.1. Quanto à capacitação técnico- operacional: apresentação de um ou mais atestados de capacidade técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado devidamente identificada, em nome da licitante, relativo à execução de obra ou serviço de engenharia, com área mínima de 200,00m², valor correspondente a 50% da área de projeto das 3 PNR.

17.4.2. Será admitida a apresentação de diferentes atestados de serviços executados de forma concomitante;

17.5. Comprovação da capacitação técnico-profissional, mediante apresentação de Certidão de Acervo Técnico – CAT, expedida pelo CREA ou CAU da região pertinente, nos termos da legislação aplicável, em nome do(s) responsável(is) técnico(s) e/ou membros da equipe técnica que participarão da obra, que demonstre a Anotação de Responsabilidade Técnica – ART ou Registro de Responsabilidade Técnica – RRT, relativo à execução de obra ou serviço de engenharia, compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da presente contratação.

17.6. A exigência da atestação técnico operacional e técnico profissional está compatível com a complexidade e porte do objeto deste certame, apresentado no Anexo I - Especificação Técnica, garantindo para a CESAMA e EXERCITO a certeza de contratação de uma empresa experiente que possa executar a obra dentro dos padrões estabelecidos em projeto e normas técnicas.

Em outras palavras, o documento diz precisamente os requisitos operacionais e funcionais, em quais quantidades e em qual prazo, não se limitando a definições genéricas e imprecisas.

Assim, chega-se à conclusão de que a licitação, nos moldes em que está formatada, permite segurança de que a adjudicação do objeto seja realizada por empresa, com experiência, que comprove, possuir solução para atender ao objeto do edital.

Desta forma, se conclui, ainda, que o objeto social da empresa guarda compatibilidade com o objeto da licitação, sendo que não se exige que a atividade específica esteja expressamente prevista no contrato social da licitante, cabendo-se aferir se as atividades dispostas nos documentos constitutivos da empresa são compatíveis, de maneira geral, com os serviços licitados, tendo se concluído adequação da habilitação técnica da empresa recorrente.

III – Conclusão

Diante do exposto, esta Procuradoria Jurídica manifesta no sentido de que se conheça do recurso apresentado, apesar de formalmente não cumprir todos os requisitos, uma vez que apresentado regularmente dentro do sistema com autenticação da empresa recorrente e com razões formais, sendo que para a manutenção dos princípios que regem a atuação administrativa, a exemplo da Supremacia do Interesse Público, da Impessoalidade, da Transparência, da Legalidade e da Moralidade, deve-se por dever analisar o recurso, por reconhecer que a matéria trazida se enquadra como questão de ordem pública e, como tal, revestida de interesse público.

No mais, entendemos que o ato de inabilitação da recorrente deve ser anulado, bem como os atos posteriores, inclusive da declaração de vencedor do certame, consagrando-se, assim, o exercício do poder de autotutela administrativa, e se recomenda que sejam acatadas suas fundamentações **deferindo o recurso**, pois restou

demonstrada a existência de compatibilidade entre o objeto da licitação e atividades exercidas pela empresa recorrente, além de, pela afirmativa técnica, os atestados demonstram a comprovação da experiência adequada e suficiente para a execução do objeto.

Eis o parecer, que segue para decisão.

Maximiliano Fernandes Lima
OAB/MG 61.671