

Município de Sapucaia do Sul - RS

Concorrência Pública 03/2023

Objeto: Recurso Administrativo

Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal:

MAIKELLY LOURITA DA CONCEIÇÃO, empresa individual inscrita no CNPJ 46.332.386/0001-30, com sede na Rua Franklim Silva, 225, bairro Jardim, em Sapucaia do Sul, vem respeitosamente perante esta comissão, por sua representante legal, inconformada com a decisão que a inabilitou na Concorrência 03/2023, com fundamento no art. 109, I, "a" da Lei Federal 8.666/93, oferecer **RECURSO ADMINISTRATIVO**, requerendo o recebimento com efeito suspensivo e envio para apreciação de autoridade superior para posterior Provimento, como medida de Justiça!

A empresa recorrente é licitante da Concorrência Pública 03/2023, que tem por objeto a concessão onerosa de uso, de um prédio de alvenaria já existente, para funcionamento de comércio varejista de cafeteria/bar/lanchonete, integrante da área localizada na praça general freitas neste município de Sapucaia do Sul - RS.

Apregoadada habilitação das licitantes, esta recorrente restou inabilitada por decisão divulgada em ata, ao fundamento de não cumprir o exigido no item 7.3.1.2 do edital, que tem a seguinte redação:

7.3.1.2. Tempo de atuação em mercado, com a atividade de cafeteria/bar/lanchonete, de pelo menos 1 (um) ano.

Abertura: 22/11/2023 14:51
Protocolo: 31098/2023 BD445Z4V
Solicitante: MAIKELLY LOURITA DA CONCEICAO
Assunto: RECURSO ADMINISTRATIVO
Subassunto: RECURSO ADMINISTRATIVO
Telefones: (51) 99773-6536

Referida exigência, em tese descumprida pela recorrente, encontrava-se no capítulo 7.3 do edital, que hospedava exigências relacionadas a qualificação técnica das licitantes.

Com efeito, entende a recorrente que a decisão recorrida deve ser reformada, eis que em desconformidade com os princípios do caput do art. 3º da Lei Federal 8.666/93, em especial, com os da vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, e do correlato princípio da supremacia do interesse público.

Inicialmente, **é devido lembrar que ao elaborar o edital, a Administração Municipal deixou de apregoar critério objetivo para comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, mediante a apresentação de atestados técnicos, tal como previsto no art. 30, II, combinado com o § 1 da Lei 8.666/93.**

E neste contexto, convém examinar, ainda que superficialmente, os requisitos elencados na cláusula 7.3 do edital, para concluir que o **Município optou pela ausência de rigidez nos critérios de habilitação técnica, indicando que o objeto licitado não é complexo, harmonizando-se com a orientação da Súmula 263 do TCU** (habilitação compatível com a complexidade), que orienta neste sentido:

SÚMULA TCU 263: Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Porém, ao apreciar a habilitação da recorrente, a decisão contrariou o próprio edital aplicando entendimento divergente ao sentido da exigência da cláusula 7.3.1.2, violando assim o disposto no art. 30, parágrafo 5º da Lei Federal 8.666/93. Vejamos:

O edital contemplou três subitens para a cláusula 7.3:

7.3. Qualificação técnica:

7.3.1. Como requisito de habilitação no processo licitatório a licitante deverá apresentar, além da documentação jurídica e fiscal exigidas em lei:

7.3.1.1. Alvará Municipal ou Declaração de Isenção com a atividade comercial a qual irá exercer quando concessionária do espaço público, estando atualizados e com as mesmas informações constantes em seu CNPJ.

7.3.1.2. Tempo de atuação em mercado, com a atividade de cafeteria/bar/lanchonete, de pelo menos 1 (um) ano.

O subitem 7.3.1 é cláusula inútil, pois não formulou nenhuma exigência específica, apenas informou a necessidade de apresentação de documentos de comprovação de qualificação técnica.

O subitem 7.3.1.1, apregoou "Alvará Municipal ou declaração de isenção", documentos que deveriam constar no capítulo relacionado a habilitação jurídica (e não técnica), tal como previsto no artigo 28, V, da Lei Federal 8.666/93.

Restou, assim, a exigência do subitem 7.3.1.2, que através de redação incompatível com as prescrições do artigo 30 da Lei 8.666/93, buscou aferir o "tempo de atuação no mercado" das licitantes, como espécie de prova de tempo de constituição e registro do CNPJ da empresa, e não como constou na decisão recorrida, que ampliou indevidamente o sentido e o alcance da exigência. **Repita-se que a comprovação de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos deve ser demonstrada através de atestados técnicos, documentos estes que não foram exigidos no edital, logo, dar entendimento extensivo e equivalente à cláusula 7.3.1.2, é notoriamente ILEGAL!**

E a recorrente comprovou, com a juntada de seu CNPJ, que de fato possui “tempo de atuação no mercado” no ramo específico de “lanchonete”, vejamos:

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL		
CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA		
NUMERO DE INSCRIÇÃO 46.332.386/0001-30 MATRIZ	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA 10/05/2022
NOME EMPRESARIAL MAIKELLY LOURITA DA CONCEICAO		
TITULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) *****		PORTE ME
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 56.11-2-03 - Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares		

O certame iniciou em 30.10.2023, quando a empresa recorrente já havia sido constituída e registrada na JUCIS há 17 (dezessete) meses, ou seja, houve atendimento do requisito “tempo de atuação no mercado”, tal como exigido na cláusula 7.3.1.2 do edital.

E repita-se que qualquer sentido diverso a literalidade da redação do edital patrocina julgamento baseado em “critério ou fator sigiloso”, em desacordo com o art. 44, § 1º da LF 8.666/93¹, tal como constou na decisão ora recorrida, **aplicando-se conduta vedada no artigo 30, § 5º da Lei 8.666/93, que proíbe, especialmente, exigir “comprovação de atividade ou de aptidão com limitação de tempo ou de época”**, vejamos:

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

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais

¹ § 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

A recorrente ostenta tempo de constituição, registro e atuação no mercado condizente com a exigência do edital, de modo a tornar a decisão recorrida violadora dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, através de interpretação distorcida e ilegal da redação da cláusula 7.3.1.2 do edital. **Não houve exigência de apresentação de atestados, tampouco de qualquer outro documento semelhante.**

Qual a prova poderia servir ao atendimento da cláusula 7.3.1.2? Fotos, declarações unilaterais, notas fiscais de vendas de produtos? Responde-se: Nenhuma delas poderia ser exigida no julgamento da habilitação, pois que não foram previamente elencadas no edital!

Não obstante, impõe-se indagar qual interesse público reside na decisão recorrida, que somente promoverá o fracasso da licitação? Certamente que nenhum, pois tanto o edital quanto o termo de referência informaram à sociedade os licitantes acerca de suas futuras obrigações, além de advertir-lhes do direito da Administração em sancionar faltas ou descumprimentos contratuais.

Nesta toada, convém observar reiterada jurisprudência do TCU, reafirmando a vedação contida na cláusula 30, § 5º da Lei 8.666/93, para elidir definitivamente o entendimento aplicado na decisão recorrida:

É indevido critério de pontuação referente ao tempo de atuação da empresa no mercado. Acórdão 1993/2008-Plenário

Neste contexto, respeitosamente, resta evidente a necessidade de prover o recurso e reformar a decisão para reabilitar a recorrente e abrir o envelope contendo sua proposta de preços, na medida em que uma

redação "aparentemente" defeituosa ou de duplo sentido contida no edital não pode prejudicar a licitante recorrente e o próprio interesse público, tornando fracassado o certame. Tampouco pode ser admitida conduta expressamente vedada no art. 30, § 5º da LF 8.666/93, como ocorreu. A se manter tal decisão, a recorrente demandará seu direito na via judicial, o que não se espera seja necessário.

Diante do exposto, respeitosamente, requer o recebimento, processamento e provimento do presente recurso, na forma do art. 109, § 4º da Lei 8.666/93, para REFORMAR a decisão recorrida e assim declarar a recorrente MAIKELLY LOURITA DA CONCEIÇÃO habilitada nesta concorrência, designando-se data para abertura do envelope de proposta.

Pede Deferimento

Porto Alegre, 21 de Novembro de 2023

MAIKELLY LOURITA DA CONCEIÇÃO - ME
CNPJ 46.332.386/0001-30