

Pregão/Concorrência Eletrônica

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRA RAZÃO:

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA - ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Pregão Eletrônico nº 131/2022
Processo Administrativo nº 11.562/2022

ÔMEGA ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS ESPECIALIZADOS S/A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 58.981.366/0001-79, com sede na Rua Novik, nº 163, Distrito Industrial, Salto/SP, CEP: 13.329-620, vem, respeitosamente perante Vossa Senhoria, por meio de seu administrador, na forma do Estatuto Social, apresentar CONTRARRAZÕES ao RECURSO ADMINISTRATIVO, interposto pelas empresas RBX ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., em face da habilitação da empresa recorrida, o que o faz pelas razões que de fato e de direito doravante passa a expor:

I SÍNTESE FÁTICA:

A Prefeitura Municipal de Volta Redonda, Estado do Rio de Janeiro, promove o Pregão Eletrônico nº 131/2022, no escopo de realizar a contratação de empresa especializada no preparo e fornecimento de alimentação escolar, para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Educação, conforme especificação detalhada no Termo de Referência - Anexo I.

Após a empresa Recorrida sagrar-se vencedora, a ora Recorrente interpôs recurso administrativo visando a sua inabilitação, alegando, em síntese (a) que a Recorrida estaria impedida de licitar, face a penalidade aplicada à empresa Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A., (b) a ausência de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e (c) ausência de capacidade técnica operacional.

Ocorre que, como veremos adiante, as razões do recurso interposto não deve prosperar, inexistindo qualquer fato impeditivo ao direito de licitar da Recorrida Ômega, sobretudo, diante de sua autonomia negocial frente aos sócios e inexistir qualquer penalidade perante o Município de Volta Redonda, seja com relação as empresas apontadas, quanto aos respectivos sócios que a compõe.

Não obstante, ainda, quanto a suposta irregularidade da Recorrida não merece prosperar, visto que consoante documentação apresentada em sede de habilitação, o expediente apresentado segue válido e eficaz, sendo totalmente incabível negar fé ao respectivo documento que ainda vigente, na forma das resoluções do Tribunal Superior do Trabalho.

Ainda, consoante se demonstrará, fica prejudicada a alegação, na medida em que a Recorrida emitiu nova certidão, no escopo de satisfazer as exigências editalícias, de modo que a empresa mantém sua regularidade trabalhista, na forma estabelecida no instrumento convocatório.
Passa-se a contrarrazão.

II DA CONTRARRAZÃO AO RECURSO ADMINISTRATIVO:

(a) Da Regularidade da Habilitação da Recorrida Ômega Alimentação e Serviços S/A. Da Inexistência de Fato Impeditivo do Direito de Licitar. Empresa Idônea. Ausência da Incidência de Qualquer Sanção ou Penalidade:
A Recorrente alega que a empresa Recorrida existe unicamente para fins de fraude, aduzindo que os sócios desta empresa, são também acionistas de empresas diversas, entre elas, a Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A., que por sua vez possui sanção de Impedimento de Contratar com a Administração Pública, requerendo, portanto, que tal penalidade seja aplicada estendida em sede administrativa a ora licitante.

Inicialmente, cumpre informar que os sócios da empresa Recorrida são os Sr. Ignácio de Moraes Junior e o Sr. Gerson Jonas Pittorri, sendo que inexistente qualquer penalidade ou sanção registrado em seus nomes perante os cadastros municipais, estaduais e federais que lhes tolha o direito de licitar ou contratar com a administração pública.

A Recorrente baseia suas alegações no fato do Sr. Ignácio Moraes Junior e o Sr. Gerson Jonas Pittorri também serem acionistas da Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A., empresa que supostamente estaria impedida de licitar e contratar com a administração pública do município de São Paulo.

Todavia, arditosamente a Recorrente maquia a verdade dos fatos, no escopo de induzir em erro a administração pública do município de Volta Redonda, uma vez que que afirmam falaciosamente que a Recorrida foi constituída para burlar a sanção aplicada a empresa diversa, bem como que eventual impedimento de contratar e licitar impediria que a empresa celebrasse contrato para com este ente público municipal.

Cumpre informar que a sanção imposta à empresa Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A. aplicada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE produz eficácia exclusivamente perante o Município de São Paulo, conforme já reconhecimento em decisão proferida nos autos de nº 1031238-83.2022.4.01.0000, pelo Desembargador Federal Carlos Augusto Brandão, do Tribunal Regional Federal da 01ª Região, veja-se:

Ademais, não obstante a limitação territorial da sanção aplicada e da distinção entre as empresas, em decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE restou reconhecida que a responsabilidade pelos atos ali objeto de punição, dizem respeito unicamente a pessoa jurídica da Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A., eximindo de responsabilidade administrativa e civil os acionistas Ignácio Moraes Júnior e Gerson Jonas Pittorri:

Desta feita, as alegações da Recorrente são duplamente falaciosas, primeiramente pela independência das empresas Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A. e a Recorrida, bem como inexistência de qualquer fato impeditivo de licitar e contratar com a administração pública de Volta Redonda imposta contra os sócios.

Sem embargo, a existência de sócios em comum entre a empresa Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A. e a Recorrida e a inexistência de responsabilização dos sócios, obsta qualquer tipo de transferência de tal punição a Recorrida, sobretudo, diante do princípio da individualidade da pena, estabelecido no artigo 5º, inciso XLVI, da C. Federal.

A inexistência de fatos impeditivos do direito de licitar e/ou contratar com a administração pública em geral dos sócios pode ser consultado e comprovada mediante pesquisa no SICAF, atestando, desta forma a inexistência de qualquer tipo de sanção imposta em nome dos sócios:

No tocante a alegação de abuso da personalidade jurídica por parte da Recorrida, que – supostamente – estaria sendo utilizada em caráter fraudulento, as alegações nascem natimortas, visto que a ora licitante foi constituída há aproximadamente 20 (vinte) anos, sendo que desde sua constituição atua no mesmo ramo empresarial, com efeito a exploração da atividade empresarial no ramo de alimentos precede a aplicação de qualquer penalidade a empresa Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A., que datam do ano de 2021, em contrapartida a constituição e atuação daquele que datam de 01 de fevereiro de 2003:

Deste modo, os argumentos levantados pela Recorrente beiram o absurdo e má-fé, se prestando exclusivamente para induzir em erro a administração pública municipal e tumultuar o procedimento licitatório, em prejuízo dos princípios perscrutados pela administração pública municipal no procedimento licitatório.

Em relação a empresa Alimentare, inexistente qualquer punição, sendo que o Recorrente traz o nome desta, unicamente para tumultuar o processo, sem qualquer motivação lógica para tal, sobretudo, diante da ausência de maiores provas de qualquer relação ou imposição de penalidade contra a empresa.

Salienta-se, não existe contra a Recorrida qualquer punição ou restrição de qualquer sentido, portanto, devidamente válida a sua habilitação no presente certame, de modo sua habilitação e classificação seguiu estritamente o princípio da legalidade.

Evidente no caso, que a Recorrente superficialmente requer a desconsideração da personalidade jurídica da Recorrida, contudo, neste ponto é imprescindível que haja a demonstração da prática de ato com intuito de frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação, bem como abuso da personalidade jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica somente é possível quando verificar o desvio de finalidade, caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudes terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial.

No caso dos autos por sua vez, restou demonstrado que a constituição da Recorrida ocorreu muito antes da aplicação de qualquer penalidade a empresa Nutriplus, bem como, não houve qualquer responsabilização dos sócios. Apenas para elucidar a questão, traz-se o entendimento doutrinário do professor Marçal Justen Filho :

Quando a pessoa jurídica for a via para realização da fraude, admite-se a possibilidade de superar-se sua existência. Essa questão é delicada, mas está sendo enfrentada em todos os ramos do Direito. Nada impede sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo, desde que adotadas as cautelas cabíveis e adequadas. Não se admite que se pretenda ignorar a barreira da personalidade jurídica sempre que tal se revele inconveniente para a Administração. A desconsideração da personalidade societária pressupõe a utilização ilegal, abusiva e contrária às boas práticas da vida empresarial. E a desconsideração deve ser precedida de processo administrativo específico, em que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório a todos os interessados. (g.n.)

Desta forma, eventual reconhecimento de abuso e a conseqüente aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, só poderiam ocorrer após a conclusão de um processo administrativo, sob pena de nulidade, com a efetivação do devido processo legal e realização de diligências.

Importante destacar que a Lei Federal nº 8.666/93, prevê claramente em seu art. 9º os casos em que determinadas empresas não possam participar das licitações, sendo certo que qualquer restrição de participação das supra previstas é inequivocadamente exagerada e desprovida de previsão legal.

Ademais, o Tribunal de Contas da União há muito tem se manifestado pela possibilidade de participação em certames de empresas que detenham os mesmos sócios, afastando qualquer tipo de ilicitude, de modo que se empresas que detenham os mesmos sócios podem participar de um mesmo certame, inequivocamente não há que se falar em extensão das penalidades administrativas de uma empresa à outra:

A participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação não afronta a legislação vigente e somente merece ser considerada irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes, como nos casos de: a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra.

Informativo de Licitações e Contratos 143/2013

A vedação de participação em licitações sob a modalidade concorrência de empresas com sócios comuns é ilícita, apesar de poder constituir indício que, somado a outros, conforme o caso concreto, configure fraude ao certame.

Informativo de Licitações e Contratos 78/2011

Por sua vez, a nova Lei de Licitações em seu art. 160, prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, porém, deixa claro que diante da gravidade da medida, deve obrigatoriamente haver o contraditório, ampla defesa e análise jurídica, veja-se:

Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores

e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

É certo que sendo a Recorrida constituída pretérita a qualquer aplicação de penalidade, gozando inclusive de capacidade técnica posterior, o que demonstra a sua autonomia patrimonial e operacional, fica nítido que inexistente abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, nos termos do artigo 160 da N. Lei de Licitações.

Em relação a jurisprudência, destaca-se o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que sobre o tema assim decidiu:

"inaplicável a descon sideração da personalidade jurídica no presente caso. Não foram apurados indícios de fraude, nem constatado o intuito de criação de nova pessoa jurídica para burlar o procedimento administrativo". (...) Com fundamento nesses argumentos, foi negado provimento aos recursos, mantendo a sentença em reexame necessário para permitir que a empresa impetrante participe do certame. (Grifamos.) (TJ/PR, ACRN nº 1567056-9)

Assim, inexistente no caso qualquer indício de fraude, ou comprovação de que a Recorrida tenha sido criada unicamente para este fim, devendo ser o pedido negado e mantida a habilitação da Recorrida, sobretudo, pois constituída muito antes do que qualquer penalidade aplicada à empresa Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A., que não houve responsabilização dos sócios desta, que inexistente processo/procedimento que busque a responsabilização dos sócios ou da empresa Recorrida e nem da Alimentare.

Outrossim, requer desde logo seja julgado totalmente improcedente as alegações da Recorrente, fim de manter a habilitação da empresa Recorrida, diante da ausência de qualquer fato impeditivo do direito de licitar ou contratar com a administração pública municipal, nos termos do artigo 5º, inciso XLV, inciso LIV e inciso LV da C. Federal c/c artigo 160 da N. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

(b) Da Regularidade da Certidão de Débitos Nacionais Trabalhista. Certidão Válida e Eficaz. Nova CNDT. Negativa com Efeitos de Positiva. Artigo 27, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/1993:

Afirma a Recorrente que a Recorrida deve ser inabilitada, pois em tese, possui Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas, com cinco apontamentos, dos quais apenas dois possuem efeitos de negativa, pelo que não satisfaria as exigências estabelecidas no Edital, sem qualquer razão, contudo.

Contudo, a Certidão Negativa de Débitos Trabalhista apresentada no momento da fase de habilitação lances pela Recorrida atesta a inexistência de débitos trabalhistas de qualquer natureza, tendo sido emitida em 19 de agosto de 2022, com validade até 15.02.203, ou seja, dentro do prazo legal de 180 (cento e oitenta) dias consoante Ato 01/2022 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho:

Cabe destacar que referida certidão é regulamentada especificamente pelo Tribunal Superior do Trabalho, que fixou o prazo de validade da mesma em 180 dias, exatamente como está prescrito na legislação, pelo que é evidente que estando o documento dentro do seu prazo de validade, não cabe a administração ou qualquer outra pessoa, dar entendimento contrário, negando fé ao documento, nos termos do artigo 19, inciso II, da C. Federal.

Deste modo, a certidão apresentada cumpre de forma cabal o disposto em edital, sendo que a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas apresentada e dentro da validade, confirma a situação da Recorrida, inexistente justificativa lícita para obstar sua validade.

Nesse mesmo sentido, cumpre ressaltar o entendimento já sedimentado pela jurisprudência em julgamento de mandado de segurança pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, que reconhecer a ilegalidade do não conhecimento da CNTD dentro do prazo de validade, veja-se:

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS - CNDT. LEI 12.440/2011. PRAZO DE VALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO POR DELIBERAÇÃO ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PROVIMENTO DA APELAÇÃO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. 1 - A Lei nº 12.440/2011 alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, instituindo a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), com previsão de prazo de validade de 180 (cento e oitenta) dias, incluindo o documento como prova de regularidade fiscal para os efeitos previstos na Lei nº 8.666/1993. 2 - Em ato administrativo interno, a administração superior da CONAB determinou que em cada uma das operações de venda de produtos realizada por aquela empresa pública fosse realizada consulta à base de dados do TST para verificar a situação de regularidade da empresa participante relação ao disposto no artigo 642-A, afastando a validade de certidão negativa que fosse apresentada, mesmo que dentro de prazo de validade em conformidade com os termos da lei que a instituiu. 3 - Não observa o princípio da legalidade a sentença que afirma ser possível edital de licitação estipular regras que deixam de observar os termos de legislação vigente que são com ela incompatíveis, mesmo que a justificativa da Administração seja a busca de proteção ao interesse público pela utilização de informação mais atualizada, argumento que não pode justificar a mitigação do texto legal. 4 - Existindo expressa previsão de prazo de validade da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas expedida em conformidade com o que dispõe a Lei nº 12.440/2011, a Administração deve admitir sua validade para todos os efeitos, em conformidade com o que determina o artigo 3º do diploma legal. 5 - Estando patente a ilegalidade do ato impugnado, concede-se a segurança pleiteada para reconhecer que o prazo de validade da CNDT é o estipulado na lei, devendo a Administração aceitar como válido o instrumento que lhe é apresentado e está dentro do prazo de validade para os efeitos de comprovação de regularidade trabalhista previstos na Lei 8.666/1993. 6 - Apelação provida. (TRF1, AC 0015595-39.2012.4.01.3400 DF, Quinta Turma, Rel. Des. Selene Maria de Almeida, DJ: 25.03.2013)

Assim, incontroverso no caso, que a CNTD apresentada deve ser considerada plenamente válida, com o improvimento do recurso administrativo, uma vez que qualquer entendimento contrário, afronta a C. Federal, que determina a proteção ao ato jurídico perfeito no seu art. 5º, inciso XXXVI, sendo manifestamente ato abusivo e ilegal.

Deste modo, pugna-se pelo desprovimento integral do recurso, com o reconhecimento da validade da CNTD apresentada, haja vista que emitida dentro do prazo de cento e oitenta dias e comprova a boa situação da empresa, cumprindo integralmente com o edital.

Contudo, tendo em vista que a Recorrente indica que a Recorrida possui cinco apontamentos em sua CNDT faz-se necessário esclarecer que em 10/01/2023 foi emitida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com Efeitos de Negativa, em que se verificam três apontamentos, sendo que em dois destes a exigibilidade está suspensa e no outro o débito está garantido por depósito, bloqueio numerário ou penhora de bens suficientes:

Portanto, em hipótese alguma poderia a Recorrente aduzir que esta empresa está inadimplente para com a Justiça do Trabalho, pois o próprio documento comprova o contrário, a dívida está garantida, ou seja, esta empresa já apresentou para o Juízo valores, bloqueio de seus valores ou já indicou bens à penhora, de modo que basta executá-los ou aguardar decisões de recursos pendentes para executá-los.

Com efeito, a Resolução Administrativa 1470 de 24 de agosto de 2011, que regulamenta a expedição da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT e dá outras providências, em seu artigo 6º, §2º, dispõe que:

“Suspensa a exigibilidade do débito ou garantida a execução por depósito, bloqueio de numerário ou penhora de bens suficientes, devidamente formalizada, expedir-se-á Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com os mesmos efeitos da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, observado o modelo constante do Anexo III”, nos termos do artigo 642-A, § 2º da CLT. “Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. § 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)”

Ou seja, esta empresa só poderia ser considerada inadimplente se não houvesse efetivado o pagamento do débito ou descumprisse obrigação de fazer ou não fazer o determinado em sentença condenatória, acordos judiciais trabalhistas ou execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia:

Art. 1º É instituído o Banco Nacional de Devedores Trabalhistas – BNDT, composto dos dados necessários à identificação das pessoas naturais e jurídicas, de direito público e privado, inadimplentes perante a Justiça do Trabalho quanto às obrigações:

I – estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado ou em acordo judiciais trabalhistas; ou

II – decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

§1º para os fins previstos no caput, considera-se inadimplente o devedor que, devidamente cientificado, não pagar o débito ou descumprir obrigação de fazer ou não fazer, no prazo previsto em lei.

Portanto, os artigos mencionados traduzem-se pela observância do cumprimento do artigo 1º, § 1º da mesma resolução, já que a Recorrida não pode ser considerada inadimplente, uma vez que devidamente cientificada, garantiu totalmente o débito ou cumpriu obrigação de fazer ou não fazer, no prazo previsto em lei, mediante determinação judicial expressa.

Cabe ressaltar que, se esta empresa estivesse inadimplente a Certidão seria Positiva de Débitos Trabalhistas, conforme previsto no artigo 6º, §1º da Resolução 1470, de 24 de agosto de 2011 do TST:

Art. 6º A Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT não será obtida quando constar do Banco Nacional de Devedores Trabalhistas o número de inscrição no CPF ou no CNPJ da pessoa sobre quem deva versar.

§1º na hipótese prevista no caput, expedir-se-á certidão positiva de débitos trabalhistas – CPDT, observado o modelo constante do anexo ii.

Por fim, numa hipótese remota deste órgão acatar a tese absurda apresentada pelas Recorrentes, requer-se pela realização de diligência para sanar quaisquer dúvidas que por ventura permaneçam sobre o (in)adimplemento da Recorrida perante a Justiça do Trabalho. Conforme entendimento já esposado pelo STJ:

“A promoção de diligência é uma faculdade da Comissão de licitação, constituindo, portanto, medida discricionária do administrador” (REsp 102.224/SP, 2ª T., rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 5.4.2005, DJU 23.5.2005).

Cabe apresentar o entendimento doutrinário que entende ser a diligência um dever e não discricionariedade:

“Em primeiro lugar, deve destacar-se que não existe uma competência discricionária para escolher entre realizar ou não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações nele contidas envolverem pontos obscuros de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados -, a realização de diligências será obrigatória. Ou seja, não é possível decidir a questão (seja para desclassificar o licitante, seja para reputar superada a questão) mediante uma escolha de mera vontade. Portanto, a realização da diligência será obrigatória se houver dúvidas relevantes” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª Ed., São Paulo:Dialética, 2008, p. 556).

Assim, a argumento da empresa Recorrente de que a Certidão Nacional Trabalhista Débito apresentada pela Recorrida é inválida, não merece prosperar, uma vez que é possível aos pregoeiros realizar consulta atualizada e verificar a situação atual da empresa, que se encontra dentro das condições de habilitação estabelecidas pelo edital e consoante estabelecido no artigo 27, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/1993.

Outrossim, diante do exposto, visando comprar a sua boa-fé, a Recorrida junta neste momento, Certidão Nacional Positiva de Débitos Trabalhistas com Efeito de Negativa, dentro da validade e expedida em 10.01.2023, pelo que requer desde logo seja julgado totalmente improcedente as alegações da Recorrente diante da satisfação das exigências estabelecidas no Item 2.3.7, do anexo II do e Edital e artigo 27, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/1993.

(c) Ausência Da Capacidade Técnica

Ainda, alega a Recorrente, sem qualquer fundamento, que os atestados técnicos apresentados são insuficientes, já que violariam o prazo mínimo de um ano de duração e não comprovariam o quantitativo mínimo necessário, de modo que de forma equivocada entende que a empresa deveria ser inabilitada, face ao disposto no Item 12.5.1 do Edital:

A Recorrente questiona o fato de não haver prazo de término em vários atestados apresentados, contudo, por se tratarem de serviços que continuam sendo prestados às referidas empresas, evidente que não há data de término,

de modo que referidos serviços seguem sendo prestados sem interrupção e/ou previsão de encerramento.

Repise-se que os contratos celebrados decorrente dos respectivos atestados constituem contratos de prazo indeterminado, tendo em vista que estão submetidos ao regime de contratação da iniciativa, de modo que vigoram até que as partes de comum acordo, ou unilateralmente deliberem pela resolução do negócio jurídico, nos termos do artigo 475 do C. Civil.

Nesse sentido observa-se dos atestados citados que em todos a nutricionista responsável atestou que a Recorrida vem desempenhando suas funções em perfeitas condições até a data da emissão dos atestados, não havendo que prosperar o argumento de que estes seriam inválidos apenas por não constar a data de término.

Com efeito, em diligência realizada, a Recorrida Omêga Alimentação e Serviços Especializados S/A. apresentou todos os contratos, notas fiscais e documentos operacionais necessários a corroborar as alegações, demonstrando de forma inequívoca para a administração pública municipal sua capacidade técnico operacional para executar os serviços.

Ainda, questiona a Recorrente o fato de que estariam sendo contabilizadas pequenas refeições enquanto grandes refeições, contudo, não há qualquer menção a tal conversão no Edital, de modo que busca estabelecer interpretação restritiva do edital, em prejuízo ao disposto no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/1993.

Note-se que a Recorrida apresentou diversos Atestados para fins de comprovação da sua qualidade técnica operacional e profissional, com efeito, o fornecimento de refeições ficou amplamente demonstrado, consoante estabelecido no artigo 30, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993:

"Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á 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;" (grifo nosso)

Não obstante, ainda, é certo que referidas disposições legais ainda estabelecem que 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, consoante disposição literal estabelecida no artigo 30, inciso II e §3º, da Lei nº 8.666/1993:

"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; (...)

§ 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." (grifos nossos)

Conforme se observa, não há como sustentar que a Recorrida não comprovou capacidade técnica operacional e profissional para os serviços indicados em Edital, visto inclusive que os cálculos realizados pela administração pública municipal consideraram as particularidades dos atestados apresentados.

Foram apresentadas as respectivas Certidões de Acervo Técnico, quanto a capacitação técnico-profissional do responsável técnico, com serviços nitidamente prestados por período muito superior a um ano, atingindo o quantitativo mínimo exigido, comprovado de forma inequívoca que a Recorrida prestou serviços em quantidade e complexidade superiores ao objeto da licitação, na forma do estabelecido pelo respectivo conselho.

A Recorrida comprovou de forma inequívoca a sua qualificação técnica e a capacitação técnico-profissional dos responsáveis técnicos indicados, nos termos do edital vigente e da legislação pátria, inexistindo, qualquer justificativa lícita que justifique a inabilitação pretendida pelas Recorrentes, consoante disposição literal estabelecida no artigo 30, §3º, da Lei nº 8.666/1993.

Ao que consta, em última análise, a Recorrida participou da presente concorrência com o entendimento exposto pelo próprio Tribunal de Contas da União de que a experiência técnica deveria ser analisada sob o aspecto da compatibilidade ou semelhança e não da igualdade de experiência anterior, o que atenta para os julgados do órgão quando a análise da capacidade técnica das empresas e que não pode levar ao extremo de considerar a empresa inabilitada por ter apresentado melhor preço no referido Pregão.

Conforme provado pelos diversos atestados juntados, o acervo de serviços prestados realizados em todos os contratos anteriores, devidamente atestados pelos responsáveis e apresentados pela Recorrida, comprovam notório know-how e plena comprovação de capacidade técnica operacional e profissional, nos termos do Item 12.5 do Edital.

Reitera-se, cabe aos licitantes comprovarem a execução de atividade similar ou superior complexidade pertinente ao objeto da licitação, é inquestionavelmente aceito na legislação vigente, bem como no edital, consoante disposto no artigo 30, da Lei nº 8.666/1993.

Portanto, a mera alegação de que não restou comprovada a prestação de serviço pelo prazo mínimo estabelecido e que não teria alcançado o quantitativo mínimo indiscutivelmente comprovadas pela Recorrida é uma falácia utilizada de forma temerária, visto que pode ferir à competitividade do certame e a igualdade de condições a todos os concorrentes, mormente que a finalidade é a mesma, sendo, desta forma semelhantes, na forma estabelecida no artigo 30, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993:

§ 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;

Ademais, negar a capacidade técnica da Recorrida, mormente diante da sua ampla experiência para execução dos serviços licitados consiste em excesso de formalismo, o que não se mostra crível, consoante disposto no § 1º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, que veda aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.

Dessa forma, qualquer exigência qualitativa ou quantitativa que, de algum modo, sob qualquer ângulo, restrinja a competitividade deve ser rechaçada, sobretudo, pois as exigências de qualificação técnica e econômica devem se restringir ao estritamente indispensável para garantia do cumprimento das obrigações, consoante disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Destarte, as alegações da Recorrente, não obstante ferirem as disposições estabelecidas no Edital, é certo que violam ainda as disposições legais e constitucionais, mormente, que comprovado que a Recorrida possui capacidade técnica para execução do objeto licitado.

Nesse sentido, o Poder Judiciário já reconheceu por diversas oportunidades que a exigências da comprovação da capacitação técnica deve ser realizada por meio de serviços similares ou congêneres, nunca idênticos, ou específicos, sob pena de violar a concorrência:

"3. A experiência anterior está restrita a serviços similares ou congêneres e não a idêntico. Art. 30, § 3º, da Lei nº 8.666/93. Afigura-se, portanto, ilegal desconsiderar atestado para provar a execução de galeria pluvial cuja obra empregou tubos de concreto no lugar de aduelas de concreto. Havendo prova da execução de serviço similar em quantidade superior à exigida no edital é de ser confirmada a sentença remetida." (Apelação e Reexame Necessário Nº 70056366719, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 14/11/2013)

Ainda, cabe invocar a Súmula nº 263 do Tribunal de Contas da União, a qual estabelece que apesar de lícita a exigência da comprovação da capacidade técnica, é certo que ela deve ser realizada se estabelecendo a comprovação de serviços com características semelhantes:

Súmula 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.

Sem embargo, ainda, o Tribunal de Contas da União estabelece que a exigência técnica deve ser fixada dentro dos são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, não sendo dessa forma admitidas exigências sem relação com o objeto licitado:

Acórdão 1.417/2008 – Plenário

Capacidade técnica – pertinente ao objeto licitado, o TCU determinou: '9.2.2. ao inserir nos editais de licitação exigência de comprovação de capacidade técnica, seja a técnico-profissional ou técnico-operacional, como critério de pontuação de proposta técnica ou como requisito indispensável à habilitação de licitantes, consigne expressa e publicamente os motivos dessa exigência e demonstre, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado' (TCU. Processo TC-007.535/2005-6. Acórdão 1.417/2008 – Plenário).

Desta forma, os atestados apresentados revelam a experiência anterior da Recorrida na execução de objetos similares ao licitado, em características, quantidades e prazos. A lógica que baseia a qualificação técnica, conforme já esclarecido, envolve uma presunção de capacidade. De acordo com a lei que rege o certame, se reconhece que o sujeito que comprovar já ter realizado um objeto equivalente ao licitado será presumido "apto" para desenvolver o objeto da licitação.

Outrossim, diante do exposto, bem como face a diligência realizada pela Comissão de Licitação, bem como atestados de capacidade técnico operacional apresentados, com a satisfação integral das exigências estabelecidas no Edital, requer desde logo que seja julgado improcedente o recurso manejado pela Recorrente, mantendo-se a habilitação da Recorrida, diante da comprovação dos requisitos técnicos estabelecidos no instrumento convocatório, nos termos do Item 12.5.1 do Edital c/c artigo 3º c/c artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/1993.

III DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS FINAIS:

Diante do todo exposto, requer seja recebido a presente contrarrazões ao Recurso Administrativo, no escopo de que seja integralmente julgado improcedente o recurso manejado pela Recorrente, nos termos que doravante seguem:

a. requer desde logo seja julgado totalmente improcedente as alegações da Recorrente RBX Alimentação e Serviços Ltda., fim de manter a habilitação da empresa Recorrida Omêga Alimentação e Serviços Especializados S/A., diante da ausência de qualquer fato impeditivo do direito de licitar ou contratar com a administração pública municipal, nos termos do artigo 5º, inciso XLV, inciso LIV e inciso LV da C. Federal c/c artigo 160 da N. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

b. Ainda, diante do exposto, visando comprar a sua boa-fé, a Recorrida junta neste momento, Certidão Nacional Positiva de Débitos Trabalhistas com Efeito de Negativa, dentro da validade e expedida em 10.01.2023, pelo que requer desde logo seja julgado totalmente improcedente as alegações da Recorrente RBX Alimentação e Serviços Ltda. diante da satisfação das exigências estabelecidas no Item 2.3.7, do anexo II do Edital e artigo 27, inciso IV,

da Lei Federal nº 8.666/1993; e

c. Ainda, face a diligência realizada pela Comissão de Licitação, bem como atestados de capacidade técnico operacional apresentados, com a satisfação integral das exigências estabelecidas no Edital, requer desde logo que seja julgado improcedente o recurso manejado pela Recorrente, mantendo-se a habilitação da Recorrida, diante da comprovação dos requisitos técnicos estabelecidos no instrumento convocatório, nos termos do Item 12.5.1 do Edital c/c artigo 3º c/c artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/1993.

Termos em que, pede deferimento.

Salto/SP, 12 de janeiro de 2022.

ÔMEGA ALIMENTAÇÃO SERVIÇOS ESPECIALIZADOS S/A.
CNPJ nº 58.981.3666/0001-79

Fechar