

**CONSIDERAÇÕES SOBRE O RECURSO APRESENTADO PELO
CONSÓRCIO CLEAR SÃO SIMÃO E SOBRE AS CONTRARRAZÕES DE
RECURSO APRESENTADAS PELO CONSÓRCIO SÃO SIMÃO
SANEAMENTO**

**EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 003/2021
PROCESSO Nº 917/2021**

I – DOS FATOS

O Edital de Concorrência nº 003/2021 (“Edital”) tornou-se público no dia 26 de outubro de 2021 e, na data de 04 de fevereiro de 2022, ocorreu a entrega dos envelopes pelas licitantes interessadas, ocasião em que o Consórcio Clear São Simão, composto pelas empresas Engeform Engenharia Ltda., Limp City Valorização de Resíduos Ltda. e Senha Engenharia & Urbanismo SS, e o Consórcio São Simão Saneamento, composto pelas empresas Orbis Ambiental S/A e Vital Engenharia Ambiental S/A., apresentaram os envelopes de Garantia de Proposta e Documentos de Representação (1), de Proposta Comercial (2) e de Documentos de Habilitação (3).

O Envelopes 1 foram abertos e analisados pela Comissão Permanente de Licitação, com o apoio da B3, estando ambas as licitantes aptas para participar da abertura dos Envelopes 2.

Em 11 de fevereiro de 2022, em sessão pública realizada na B3, em São Paulo, os Envelopes 2 dos dois consórcios foram abertos, tendo apresentado a menor tarifa o Consórcio São Simão Saneamento. Em ato contínuo, foi aberto o Envelope 3 desse consórcio, classificado em primeiro lugar, contendo os documentos de habilitação. A sessão de abertura dos envelopes ocorreu no mesmo ambiente da B3, na presença de todos que permaneceram no recinto e, portanto, com livre acesso aos presentes que tivessem interesse em acompanhar a abertura.

A análise dos documentos de habilitação do Consórcio São Simão Saneamento ocorreu posteriormente pela Comissão Permanente de Licitação, tendo o resultado da análise dos documentos de habilitação do Consórcio São Simão

Saneamento sido publicado em 24 de março de 2022, no sentido de habilitação do Consórcio São Simão Saneamento.

Diante da decisão de habilitação dada pela Comissão Permanente de Licitação, o Consórcio Clear São Simão, que teve a sua proposta comercial classificada em segundo lugar, apresentou Recurso Administrativo contra a referida decisão.

A Comissão Permanente de Licitação abriu prazo para a manifestação do primeiro colocado – Consórcio São Simão Saneamento, que apresentou Contrarrazões ao Recurso Administrativo.

II – DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ADMINISTRATIVO

A publicação da decisão de análise dos documentos de habilitação apresentados pelo Consórcio São Simão Saneamento ocorreu em 24 de março de 2022, sendo que, a partir dessa data, o Consórcio Clear São Simão tinha 5 dias úteis para apresentar o Recurso Administrativo contra a referida decisão, de acordo com o art. 109, I, a), da Lei nº 8.666/1993 (“Lei de Licitações”).

Considerando que o Recurso Administrativo foi apresentado pelo Consórcio Clear São Simão no dia 31 de março de 2022, ele é tempestivo, devendo, portanto, ser processado e analisado.

Por sua vez, no dia 01 de abril de 2022 foi comunicado ao Consórcio São Simão Saneamento pela Comissão Permanente de Licitação a interposição Recurso Administrativo, abrindo-se prazo para a apresentação de suas contrarrazões, o que ocorreu em 07 de abril de 2022, sendo assim, também tempestivo.

Passa-se, assim, à análise do Recurso Administrativo, levando em conta das razões do Recorrente e do Recorrido, em suas Contrarrazões ao Recurso Administrativo.

III – DA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DO RECURSO

1. Argumento de ausência de documento que comprove a relação de distribuidores cíveis do Município

Alegações do Recorrente e do Recorrido

Resumidamente, o Recorrente defende que o Consórcio São Simão Saneamento (ou Recorrido) deveria ser inabilitado por ter apresentado, apenas em diligência promovida pela Comissão Permanente de Licitação, a relação de distribuidores cíveis do Município onde a Orbis Ambiental S/A está sediada, para fins de cumprimento do item 111, d), do Edital.

Isso porque, pelo Recorrente, a diligência, conforme art. 43, §3º, da Lei de Licitações, e itens 146 e 147 do Edital, não comportaria a apresentação de documentos que já deveriam constar dos envelopes entregues pelo Consórcio São Simão Saneamento.

Já nas Contrarrazões, o Recorrido afirma que a certidão negativa de falência e concordata do Tribunal de Justiça de Minas Gerais já atestava, além da inexistência da distribuição de feitos relacionados à concordata, falência e recuperação judicial, que a referida certidão contemplava os registros de toda a comarca do Município de Nova Lima. Não se faria necessário, de acordo com o Recorrido, apresentar outro documento que contivesse a mesma informação exigida no Edital, sendo que o documento apresentado na diligência apenas ratificava informação que já constava nos documentos de habilitação (a própria certidão).

Análise

Assiste razão ao Recorrido, uma vez que, pelas explicações dadas em diligência, ficou esclarecido que a certidão negativa de falência e concordata do Tribunal de Justiça de Minas Gerais continha, de fato, a informação de que tal certidão abrangia os registros da comarca de Nova Lima.¹

Destaca-se que a exigência contida no Edital de apresentação de documento que comprovasse a relação de distribuidores cíveis do Município onde for sediada a licitante tem como objetivo evitar o risco da existência de processos

¹ Na parte inicial da certidão juntada, consta o seguinte: "CERTIFICO que, revendo os registros de distribuição de ação de NATUREZA CÍVEL nesta comarca, até a presente data, nas ações específicas de Concordata Preventiva/Suspensiva, Falência de Empresários, Sociedades Empresariais (sic), Microempresas, e Empresas de Pequeno Porte, Recuperação Extrajudicial Recuperação Judicial, NADA CONSTA em tramitação contra: [...]" (destacamos)

de falência, concordata ou recuperação judicial em trâmite em outras varas não abrangidas pela certidão.

E a informação de que a Comissão Permanente de Licitação necessitava, qual seja, que a certidão negativa abrangia todas as varas da comarca de Nova Lima, constava do Envelope 3.

O documento juntado em diligência, de fato, ratificou a informação que constava na própria certidão negativa de distribuição, trazendo maior segurança de que a Administração Pública não teria surpresas quanto a eventual processo de concordata, falência ou recuperação judicial em face das empresas membros do Consórcio São Simão Saneamento.

Portanto, fica comprovado o cumprimento da qualificação econômico-financeira pelo Consórcio São Simão Saneamento.

2. Argumento de ausência de atestado de atendimento dos usuários

Alegações do Recorrente e do Recorrido

Em seu Recurso Administrativo, o Recorrente sustenta que os atestados juntados pelo Recorrido, em nome das empresas Águas do Imperador S/A e Águas do Paraíba S/A, para fins de comprovação da sua qualificação técnica, não atendem o disposto no item 106, a), iv, do Edital, que é o seguinte:

106. A qualificação técnica da LICITANTE será comprovada mediante apresentação de:

a) atestado(s) de capacidade técnico-operacional, emitido(s) em nome da LICITANTE ou de consorciada (se a LICITANTE for consórcio), fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que demonstre(m) experiência nos seguintes serviços, considerados como parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da LICITAÇÃO:

[...]

iv. operação e manutenção de sistema de gestão comercial, incluindo as atividades de leitura de hidrômetro, faturamento, cobrança e atendimento ao público em sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário, que atenda, no mínimo, 10.000 (dez mil) habitantes.

Conforme o Recorrente, os referidos atestados não atenderiam o Edital porque, apesar de descreverem a experiência com cobrança direta ao público, não fazem referência ao atendimento aos usuários, como exigido no item 106, a), iv do Edital.

Ainda de acordo com o Recorrente, "tendo em vista que os serviços de saneamento admitem prestação por mais de um operador, a teor da norma do art. 12 da Lei de Saneamento, não é possível presumir que o fato de uma empresa ser concessionária implica, inexoravelmente, no atendimento direto ao público e que o "Poder Concedente pode modelar o contrato de forma a reter, para si, o atendimento aos usuários. Isso é bastante comum em PPPs, mas pode ocorrer em concessões."

Já o Recorrido afirma que estamos diante de duas concessões plenas de água e esgoto, que abrangem a implementação e operação de todas as atividades necessárias à adequada prestação de serviços e que ambos os atestados preveem atividades que pressupõem o atendimento ao usuário:

- Atestado da COMDEP (Águas do Imperador S/A) – "leitura de hidrômetros implementadas com cálculo e emissão simultânea; verificação de consumo (releitura/vistoria técnica); corte no hidrômetro; religação no hidrômetro; recuperação; corte no ramal; religação no ramal; recuperação; corte total; religação total; e recuperação total (fls. 226-228 do Envelope 3)".

- Atestado da Prefeitura Municipal de Campos dos Goytacazes (Águas do Paraíba S/A) – "atividades de gestão, operação, estudos e implantação de melhorias operacionais e controle de perdas, conservação, manutenção, modernização, ampliação, exploração e cobrança direta aos usuários dos serviços, através de sistema abrangendo ainda projetos e serviços de engenharia, estudos técnicos, serviços e obras necessárias (fl. 266 do Envelope 3). Ainda, os seguintes serviços de gestão comercial estão elencados no seu item 07 (fl. 270 do Envelope 3): leitura de hidrômetros implementada; revisão de consumo/revisão de leitura; corte no hidrômetro; religação no hidrômetro; corte no ramal; religação no ramal; corte na rede; religação na rede; corte total; religação total."

Nessa linha, para o Recorrido, não seria possível prestar os serviços acima sem a existência de atendimento direto aos usuários.

Análise

Pela Lei nº 8.987/1995, a concessão de serviço público consiste na "delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na



modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;" (art. 2º, inciso II).

A delegação dos serviços públicos implica, então, que a prestação será exercida pela concessionária em seu próprio nome e por sua conta e risco, como confirma a doutrina:

1. Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo poder público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários dos serviços. (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 717/718)

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a administração pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, 28ª edição, São Paulo: Atlas, 2015, p. 340)

A prestação dos serviços públicos em nome próprio pressupõe o atendimento aos usuários. Isso porque é a própria concessionária que se apresenta aos usuários como prestadora dos serviços e deve, nessa condição, atendê-los. Qualquer exceção de atendimento aos usuários deveria estar expressa no respectivo contrato de concessão ou no atestado, e não o contrário.

No caso dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, é bem verdade, como afirmado pelo Recorrente, que pode haver concessão parcial desses serviços; todavia, no caso das duas empresas prestadoras dos serviços, a elas foram concedidos ou subconcedidos ambos os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, sendo razoável concluir que o atendimento dos usuários é inerente.

O atendimento dos usuários dá-se pelas atividades destacadas pelo Recorrido em suas Contrarrazões ao Recurso Administrativo, as quais estavam descritas nos atestados do Envelope 3, mas também por meio de mecanismos e centrais de atendimento virtuais e físicos.

Basta acessar o site de ambos os prestadores citados nos atestados para se perceber, logo na primeira página, que é realizado o atendimento do público:



<https://www.grupoaguasdobrasil.com.br/aguas-imperador/> e
<https://www.grupoaguasdobrasil.com.br/aguas-paraiba/>. Nessas primeiras páginas, é possível verificar que estão disponíveis o atendimento ao público de forma virtual e de forma presencial.

Em suma, não faria sentido que a Águas do Imperador S/A e a Águas do Paraíba S/A prestassem os serviços públicos de abastecimento de água mais os serviços públicos de esgotamento sanitário, incluindo as atividades de gestão comercial relacionadas nos atestados, e apenas o atendimento ao público não fosse prestado por essas empresas. Novamente, essa exceção deveria estar expressa no contrato de concessão e no atestado correspondente.

3. Argumento de ausência das publicações exigidas pela Lei nº 6.404/1976

Alegações do Recorrente e do Recorrido

Em seu recurso, o Recorrente alega que, de acordo com o item 99, d), do Edital, para que o estatuto fosse considerado em vigor, deveria ser demonstrada “a observação das exigências previstas na referida lei, tal como o registro na junta comercial e publicações exigidas na legislação de regência das sociedades anônimas.”

Adicionalmente, o Recorrente transcreve o art. 94 da Lei nº 6.404/1976², que, segundo ele, “evidencia a necessidade de arquivamento e publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima de capital fechado para o seu regular funcionamento.”

Em suas Contrarrazões, o Recorrido afirma que foi atendida a regra prevista e o objetivo pretendido no art. 28, inciso III, da Lei de Licitações, na medida em que foram apresentados os atos constitutivos e eleição de administradores das empresas integrantes do Consórcio São Simão Saneamento, devidamente registrados na Junta Comercial correspondente.

Adicionalmente, o Recorrido alega que apesar de não ser necessária a apresentação das publicações, a Comissão Permanente de Licitação pode

² Art. 94. Nenhuma companhia poderá funcionar sem que sejam arquivados e publicados seus atos constitutivos.



realizar diligência para atestar condição preexistente à data da apresentação dos envelopes, trazendo entendimento recente do Tribunal de Contas da União.

Ainda assim, apesar do entendimento do Recorrido, ele apresentou tais publicações com vistas a demonstrar que elas já haviam sido providenciadas por ambas as empresas.

Análise

Em primeiro lugar, a respeito desse item em discussão, temos que o disposto no item 99, d), do Edital, deve ser analisado à luz das regras que regem as licitações públicas. Nesse sentido, a Lei de Licitações prevê o seguinte no art. 28, inciso III:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

[...]

III-ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

Note-se que, mesmo quanto às sociedades por ações, a Lei de Licitações confirma que a documentação relativa à habilitação jurídica consistirá em estatuto social devidamente registrado, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores, não mencionando a publicação de atos societários.

Isso porque o objetivo que se busca com a exigência prevista no art. 28, inciso III, da Lei de Licitações, é o de comprovar que a licitante foi efetivamente constituída, por meio da aprovação dos seus atos constitutivos, e de que ela possui representantes com os devidos poderes para atuarem em nome da sociedade. E isso já é, de fato, possível aferir a partir dos documentos registrados no registro de comércio competente, como exigido no referido art. 28, inciso III, da Lei de Licitações.

Tanto é assim que a Lei nº 8.934/1994 regula, no seu art. 36, o prazo para o arquivamento de atos de constituição das empresas nas Juntas Comerciais (e não a sua publicação), definindo que esses atos "deverão ser apresentados a arquivamento na junta, dentro de 30 (trinta) dias contados de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento; fora desse prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir do despacho que o conceder."

A partir do disposto na Lei de Licitações, a regra do item 99, d), do Edital deve ser a seguinte: deve-se verificar se a Lei nº 6.404/1976, que dispõe sobre as sociedades anônimas, traz alguma exigência a respeito de publicações para fins licitatórios (a esse respeito, não é demais lembrar que há normas esparsas que trazem regras sobre licitações e contratações públicas, a exemplo da Lei nº 10.192/2001 – Lei de medidas complementares do Plano Real – que, no seu art. 3º, determina como os contratos celebrados pela Administração Públicas devem ser reajustados).

Em outras palavras, o mandamento do item 99, d), do Edital é o de que, caso a Lei nº 6.404/1976 previsse, na data de entrega da documentação pelas licitantes, regras específicas acerca de publicações de atos das sociedades anônimas para fins de licitações públicas, as licitantes na forma de sociedades anônimas deveriam observar tais regras, com a apresentação de tais publicações. Ocorre que, até a data de entrega da documentação, 4 de fevereiro p.p., não havia, na Lei nº 6.404/1976, obrigatoriedade quanto a publicações para fins de comprovações em licitações públicas.

A interpretação do item 99, d), do Edital não pode ser ampla, genérica e extensiva para qualquer publicação, extrapolando os limites das normas que regem as licitações públicas, sob pena de se alijarem licitantes das licitações públicas e não se obter a proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Não obstante o exposto acima, mesmo que a intenção da Administração Pública, com o item 99, d), do Edital, fosse de mencionar as publicações de forma geral, essas publicações não poderiam ser consideradas essenciais, porque a comprovação da constituição das empresas consorciadas e da existência de administradores eleitos para atuarem em nome das empresas – ou seja, a comprovação da habilitação jurídica - conforme exigido no art. 28, inciso III, da Lei de Licitações, foi feita por meio dos documentos apresentados pelo Consórcio São Simão Saneamento.

Ainda que, por hipótese, o item 99, d), do Edital se referisse à publicação dos atos constitutivos das licitantes de forma geral, o art. 94 da Lei nº 6.404/1976, mencionado pelo Recorrente, regula a condição de início de funcionamento das companhias. As empresas consorciadas não juntaram os seus atos constitutivos originários (isso é, atos iniciais de constituição para o início do funcionamento), uma vez que elas já existiam. Diversamente, as empresas juntaram alterações

dos estatutos sociais, os quais foram, em seguida, consolidados pela Assembleia Geral de Acionistas. Então, não há que se falar em descumprimento do art. 94 da Lei nº 6.404/1976, porque ele não seria aplicável ao caso concreto.

Por fim, mesmo que o art. 94 da Lei nº 6.404/1976 fosse aplicável aos documentos juntados, o que não seria possível dado o que o dispõe o art. 28, inciso III, da Lei de Licitações, e a explicação sobre o próprio art. 94, elas são documentos complementares, de fácil acesso e que podem ser verificadas por qualquer pessoa, mediante acesso às versões eletrônicas dos jornais. As publicações acessadas e juntadas pelo Recorrente confirmam situação preexistente à data de apresentação dos Envelopes 3 pelas licitantes.

Reitere-se o entendimento recente do Tribunal de Contas da União trazido pelo Recorrido, e que parece ser tendência, no sentido de que “a vedação à inclusão de novo documento prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou proposta”. (TCU, AC 1211/2021).

Não se justifica, assim, a inabilitação do Consórcio São Simão Saneamento se a publicação dos atos arquivados, que foram juntados no Envelope 3, puderam ser verificados por meio de consulta na Internet e demonstraram situação existente na data de apresentação das propostas.

É certo que as licitações não contêm uma finalidade nelas mesmas, mas sim consistem num *meio* para se alcançar o objetivo final, que é a seleção da proposta mais vantajosa. Por isso, o nosso ordenamento jurídico é desenhado de modo que a etapa de habilitação seja revestida de singeleza e objetividade, sem que formalidades venham a ensejar a inabilitação de potenciais interessados em prestar os serviços licitados.

Esse é o entendimento exposto no julgado o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5641805.06.2019.8.09.0000

AGRAVANTE: TVA CONSTRUÇÃO EIRELI

AGRAVADO: PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE ANÁPOLIS



LITISC. PAS.: UNIDA ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA
CASTELO CONSTRUÇÕES E ADMINISTRAÇÕES DE OBRAS LTDA
RELATOR: DESEMBARGADOR CARLOS ESCHER
CÂMARA: 4ª CÍVEL

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA LIMINAR. LICITAÇÃO PARA CONSTRUÇÃO DE OBRA PÚBLICA. IRRESIGNAÇÃO COM EDITAL. FORMALISMO MODERADO. PONDERAÇÃO ENTRE A EFICIÊNCIA A SEGURANÇA JURÍDICA. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

1- O agravo de instrumento é recurso *secundum eventum litis*, razão pela qual o órgão ad quem deve limitar-se ao exame do acerto ou desacerto da decisão agravada, sendo defeso analisar questões meritórias ou mesmo de ordem pública nela não abarcadas, sob pena de supressão de instância.

2- Nos termos do art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009, o deferimento da medida liminar, em mandado de segurança, está adstrito à coexistência da relevância do fundamento invocado pelo impetrante e o perigo da ineficácia da medida, caso deferida ao final.

3- Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso (art. 41, § 2º, da Lei nº 8.666/93).

4- Na fase de habilitação, deve-se evitar exigências ou rigorismos inúteis valorizando-se o objetivo maior da licitação que é garantir à administração a possibilidade de adquirir bens e serviços de qualidade, de acordo com a proposta mais vantajosa e conveniente. Portanto, quanto maior número de licitantes aptos a prestar o serviço, melhor será para a administração.

5- O princípio do formalismo moderado permite a correção de falhas ao longo do processo licitatório, sem desmerecer o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Busca-se, assim, uma ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações, a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

6- Age com acerto o magistrado que denega medida liminar com a finalidade de suspender o certame, quando inexisterem no edital exigências, omissões ou ilegalidades bastantes a autorizar a medida. (grifamos). **AGRAVO DESPROVIDO**

MANDADO DE SEGURANÇA N. 5002711.03

AGRAVANTE: FUNEV- FUNDAÇÃO UNIVERSITÁRIA EVANGÉLICA

AGRAVADOS: SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DE GOIÁS

RELATOR: DES. GUILHERME GUTEMBERG ISAC PINTO

REDATOR: DES. MARCUS DA COSTA FERREIRA

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. INSTRUMENTO DE CHAMAMENTO PÚBLICO. GERENCIAMENTO DO

HOSPITAL ESTADUAL DE URGÊNCIAS DE ANÁPOLIS DR. HENRIQUE SANTILLO. HUANA. INABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DECRETO DE QUALIFICAÇÃO COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL EM SAÚDE. BUROCRACIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. QUALIFICAÇÃO COMO OS EM SAÚDE POUCOS DIAS APÓS O SESSÃO DE HABILITAÇÃO.

PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO. PONDERAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA A DA SEGURANÇA JURÍDICA. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

IMPOSSIBILIDADE DE INABILITAÇÃO COM BASE EM FORMALISMO EXCESSIVO.

1. Na fase de habilitação, deve-se evitar exigências ou rigorismos inúteis. Não se pode olvidar que o objetivo maior da licitação é garantir que a administração possa adquirir bens e serviços de qualidade, de acordo com a proposta mais vantajosa e

conveniente. Portanto, quanto maior número de licitantes aptos a prestar o serviço, melhor será para a administração.

2. O princípio do formalismo moderado permite a correção de falhas ao longo do processo licitatório, sem desmerecer o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Busca-se, assim, uma ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

3. A licitação não é um fim em si mesma. Por óbvio, as formalidades existem para proteger a essência, a finalidade da licitação, a fim de que não se ultrapassem princípios, direitos e valores importantes na consecução do seu fim. Sendo assim, formalmente é suficiente a verificação se a proposta contém aquilo que é obrigatório e não omitiu aquilo que é proibido.

4. Concorrente que sagrou-se vencedora no certame, o que demonstra a necessidade de privilegiar a supremacia do interesse público sobre a lei editalícia.

5. Não se mostra razoável e coerente, excluir do certame o concorrente que, a despeito de vício já sanado (decreto de habilitação em OS em saúde) ofereceu a melhor técnica, ainda mais se tratando de gestão de hospital estadual que notoriamente vem enfrentando crise financeira.

6. Inviável inabilitação, com base em formalismo excessivo na interpretação do edital, sob pena de afastamento de proposta mais vantajosa à Administração Pública. **SEGURANÇA CONCEDIDA.**

O professor Adilson Abreu Dallari ensina que a Administração Pública deve priorizar o objetivo da fase da habilitação, que é verificar se o proponente tem efetivamente idoneidade para a prestação do objeto a ser contratado:

A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo desta é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isso é o fundamental), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas.

Portanto, existem claras manifestações doutrinárias e já há jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva, deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isso não pode ser colocado como excludente do licitante. **Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; convém ao interesse público que haja o maior número possível de participantes.**

Claro que para um participante interessa excluir o outro. Quem faz licitação sabe que, nesse momento, há uma guerra entre os participantes; mas a Administração Pública não se pode deixar envolver pelo interesse de um proponente (que é adversário dos outros proponentes e está defendendo legitimamente o seu interesse em obter o contrato), e não pode confundir esse interesse com o interesse público. Este está na amplitude do cotejo, na possibilidade de verificação do maior número de propostas.

(Aspectos Jurídicos da Licitação-Atualizada de acordo com as Leis n. 11079/2004 e 11.107/2005, 7ª ed., Saraiva, p. 137 - grifamos)

Não se verifica, no caso em tela, risco à Administração Pública quanto à contratação de pessoa que não possua as condições de habilitação jurídica necessárias ao cumprimento do objeto do Edital.

Pelas razões acima, a alegação de inabilitação apresentada pelo Recorrente não merece ser acatada.

4. Argumento de ausência de SPED

Alegações do Recorrente e do Recorrido

Como defende o Recorrente, a Vital Engenharia Ambiental S/A está submetida ao Sistema Público de Escrituração Digital-SPED, porque é tributada pelo lucro real, de acordo com a legislação vigente. Nessa linha, consta no Recurso Administrativo que **“o Consórcio vencedor deve ser inabilitado, pois uma das empresas é sujeita à tributação pelo lucro real e, portanto, está obrigada ao SPED, mas não apresentou a respectiva documentação.”**

O Recorrido, por sua vez, defende que, pelo Edital, os balanços aprovados e publicados poderão ser substituídos pelos documentos referidos no item 111, b), do Edital, que se referem ao SPED.

Análise

O item 111, b), do Edital prevê o seguinte:

111. ...

....

b) Nas situações em que a LICITANTE estiver submetida ao Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, o balanço patrimonial e demais demonstrações contábeis previstos no item 111.a) **poderão** ser substituídos por:

i. recibo de entrega do livro contábil com o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis exigíveis na forma da lei;

ii. comprovantes da assinatura digital do livro contábil pelo diretor responsável e por profissional de contabilidade habilitado e devidamente registrado no Conselho Regional de Contabilidade-CRC, comprovando a sua regularidade perante o respectivo conselho;

iii. cópia dos termos de abertura e encerramento do respectivo livro contábil. (grifamos)

Então, a regra é a apresentação dos documentos listados no item 111, a), do Edital, sendo que, para aquelas empresas submetidas ao SPED, os documentos do referido item 111, a) **podem** (e não devem) ser substituídos pelos documentos listados no item 111, b) do Edital. Trata-se de faculdade do licitante (submetido ao SPED) apresentar os documentos no item 111, a) ou do item 111, b).

Na situação concreta, a Vital Engenharia Ambiental S/A optou pela apresentação dos documentos listados no item 111, a), do Edital, não podendo ser inabilitada por não apresentar documento opcional.

5. Argumento sobre irregularidades procedimentais relacionadas à abertura do Envelope 3 e demora na divulgação dos documentos de habilitação

Alegações do Recorrido e do Recorrente

A primeira irregularidade supostamente ocorrida, segundo o Recorrente, foi que a publicação do dia 9 de fevereiro de 2022, informando que duas licitantes estariam aptas a ter as suas propostas abertas, não divulgou os nomes das licitantes aptas a participar da sessão de abertura dos envelopes, sendo que esse fato vai contra a transparência e publicidade que devem existir nas licitações públicas.

Ademais, alega o Recorrente que a abertura do Envelope 3 do Recorrido não ocorreu na sessão pública do dia 11 de fevereiro e que esperava a convocação para a sessão pública específica de abertura, na qual o Recorrente poderia rubricar os documentos de habilitação constantes do Envelope 3. Teria sido descumprido, assim, a regra prevista no art. 43, §2º, da Lei de Licitações, segundo a qual “todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão”.

Por fim, o Recorrente sustenta que houve indícios de falta de transparência por parte da Comissão Permanente de Licitação porque houve demora entre a sessão ocorrida na B3, em 11 de fevereiro de 2022, e a divulgação do resultado da habilitação do Recorrido (que se deu em 24 de março).

O Recorrente conclui afirmando que as irregularidades apontadas “terminaram por violar garantias indispensáveis ao resguardo da segurança jurídica e da moralidade administrativa.”

O Recorrido, resumidamente, defente que o procedimento administrativo seguiu o rito descrito no Edital e que o Recorrente não foi impedido de rubricar os documentos do Envelope 3 do consórcio vencedor, sendo que “**o Consórcio Clear não invocou tais argumentos em outros momentos oportunos**, como

no pedido de esclarecimentos, em impugnação ao Edital, nem mesmo na sessão pública de abertura dos Envelopes 2 e 3 - ocasião em que não apenas não procurou rubricar o Envelope 3, como não fez constar em ata sua suposta insurgência”.

Análise

Quanto à primeira suposta irregularidade procedimental indicada pelo Recorrente, a B3, que já vem acumulando experiência na condução de processos licitatórios para entidades da Administração Pública federal, estadual e municipal, acompanhou o recebimento dos envelopes pelas duas licitantes, auditando e dando legitimidade às ações da Comissão Permanente de Licitação.

Especificamente no que se refere à publicação do resultado da análise dos Envelopes 1, nenhuma das duas licitantes foi prejudicada, podendo participar normalmente e sem contratempos da sessão de abertura dos Envelopes 2; ainda, se qualquer pessoa tivesse interesse em saber quais eram as licitantes aptas, bastaria questionar a Comissão Permanente de Licitação ou a própria B3.

A segunda irregularidade indicada pelo Recorrente não se verificou de fato, uma vez que o Envelope 3 do licitante vencedor foi aberto no próprio dia 11 de fevereiro, no mesmo espaço da B3, na presença de todos que permaneceram no recinto e que, portanto, podia ser acessado por todos os presentes que tivessem interesse em acompanhar a abertura, incluindo o Recorrente. Naquela ocasião, o Recorrente poderia ter solicitado a rubrica dos documentos.

Então, foi cumprida a etapa do item 138 do Edital, que determina que “na data prevista no cronograma, na sede da B3, em sessão pública, será aberto o Envelope nº 03 da LICITANTE classificada em primeiro lugar, a fim de se verificar o cumprimento das exigências de habilitação contidas neste EDITAL”.

Finalmente, com relação à terceira irregularidade apontada, o Edital não estabelecia prazo para a análise dos documentos da habilitação do primeiro colocado. De acordo com o cronograma constante do item 124 do Edital, a última data que deveria ser cumprida era dia 11 de fevereiro de 2022 (item 9 do cronograma). A partir disso, não havia data definida para os demais atos. No caso da análise dos documentos de habilitação, nem poderia haver prazo,

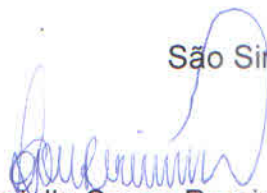
porque havia muitos documentos a serem analisados, com a possibilidade de realização de diligência, como, de fato, ocorreu.

Então, não se configuraram as irregularidades do procedimento licitatório apontadas pelo Recorrente, não havendo que se falar em nulidade do procedimento, nulidade essa solicitada em caráter subsidiário, apenas na hipótese de não acolhimento do pedido de inabilitação do primeiro colocado.

IV – CONCLUSÃO

Diante do exposto, a Comissão de Licitação decide por conhecer do recurso administrativo e, no mérito, não reconsiderar a decisão, e manter sua decisão acerca da habilitação e declaração do CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO, formado pelas empresas ORBIS AMBIENTAL S/A e VITAL ENGENHARIA AMBIENTAL S/A, como vencedor da Concorrência nº 003/2021. Cabendo, portanto, nos termos do item 152 do Edital, fazer subir ao Prefeito Municipal.

São Simão-GO, 13 de abril de 2022.



Gracielle Souza Pereira

Presidente da Comissão de Licitação

