



PREF. MUNIC. DE TENENTE PORTELA/RS
PROTOCOLO MUNICIPAL

RECIBO DE PROTOCOLO

Número: 004126

Data: 21/03/2016

Cidadão: KSB CONSTRUTORA LTA

Localidade: CENTRO

Tipo Pedido: 0107 REQUERIMENTOS

Descrição do pedido: -

Agenda:

INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONCORRÊNCIA 01/2016 PROCESSO LICITATÓRIO 28/2016.

TENENTE PORTELA, 21 de Março de 2016.

026238 KSB CONSTRUTORA LTA
15263773000138

Protocolista

Entrega de documentos mediante apresentação deste protocolo

À
Prefeitura Municipal de Tenente Portela - RS
Setor de Licitações
Presidente da CPL

Assunto: Interposição de Recurso Concorrência 01/2016 Processo Licitatório 28/2016.

Prezada Presidente da CPL

KSB CONSTRUTORA LTDA EPP, empresa privada, inscrita no CNPJ sob n. 15.263.773/0001-38, com sede no município de Palmitinho - RS, neste ato representada por seu sócio administrador, Silmar Riva, brasileiro, casado, empresário, CPF 002.406.630-39, vem por meio deste, respeitosamente, apresentar RECURSO das decisões tomadas em ata pela CPL no presente processo licitatório, pelos fatos e fundamentos abaixo:

DOS FATOS

1 Constou em ata lavrada aos 18/03/2016 que a empresa foi considerada desclassificada por "NÃO atender a mesma cláusula (6.3.4) e por possuírem o mesmo sócios (Douglas Riva) participando do processo pela KSB CONSTRUTORA LTDA EEP e CONTR. 2D LTDA;

2 Em pedido de vista, constatou-se que a empresa KSB CONSTRUTORA LTDA EPP ao contrário do que afirma a CPL, atende às exigências do item 6.3.4 em sua totalidade, pois, apresentou ATESTADO e CERTIDÃO DE ACERVO TÉCNICO em metragem superior à exigida, qual seja, 4.661,94m² e com complexidade também superior à exigida ao edificar por intermédio de seu RT o Prédio do Foro Regional da Tristeza, no município de Porto Alegre/RS obra com vários pavimentos e com valor contratado em 2008 superior a 5MM de Reais. (doc. 1);

3 Quanto à composição societária da empresa, foi solicitado constar em ata que Douglas Riva detém apenas 1% da empresa KSB conforme contrato social, que não possui qualquer poder de gestão junto à empresa de acordo com a Cláusula Décima do já citado contrato, que não dividem a mesma sede de empresa, não possuem portanto centro administrativo conjunto ou qualquer outra relação exceto a participação mínima de um na empresa de outro. (doc. 2) o que de fato não ocorreu;

DOS FUNDAMENTOS

1 Com efeito, a cláusula 6.3.4 foi integralmente atendida como faz prova os documentos acostados no processo licitatório, e comprovado pela simples vista dos documentos pela CPL. Trata-se portanto de equívoco na interpretação, vez que o RT



pertence ao quadro de contratados da KSB e que este comprova através de certidão e atestado sua capacidade técnica para execução da obra pleiteada.

2 De fato, a existência de sócios comuns deve ser repudiada sempre que configurar fraude à licitação, sempre que configurar conluio entre os licitantes para lesar a competitividade e isonomia do procedimento licitatório.

3 No âmbito do Tribunal de Contas da União, as situações de conluio deram azo à formulação de recomendação ao MPOG, no sentido de que os sistemas de informática fossem aprimorados para alertar os servidores da ocorrência de sócios comuns nas empresas participantes de licitação, *in verbis*:

Contratações públicas: 1 – Licitação com a participação de empresas com sócios em comum e que disputam um mesmo item prejudica a isonomia e a competitividade do certame

Auditoria realizada pelo Tribunal na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - (MPOG), com o objetivo de verificar a consistência e a confiabilidade dos dados constantes do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - (Siasg) e do sistema Comprasnet, principais instrumentos gerenciadores das licitações e compras no âmbito do Governo Federal. A partir dos procedimentos efetuados, foram identificadas empresas com sócios em comum e que apresentaram propostas para o mesmo item de determinada licitação na modalidade pregão, o que poderia caracterizar, na opinião da unidade técnica, indício de conluio, com o propósito de fraudar o certame. Para ela, *“se houver a existência de sócios em comum de empresas que disputam o mesmo item de um mesmo certame, há evidente prejuízo à isonomia e à competitividade da licitação”*.

Como consequência, ainda para unidade técnica, *“é possível que existam empresas atuando como ‘coelho’, ou seja, reduzindo os preços a fim de desestimular a participação de outros licitantes na etapa de lances, desistindo posteriormente do certame para beneficiar a outra empresa que esteja participando do conluio, que, por sua vez, acaba sendo contratada sem ter apresentado a melhor proposta, provocando, assim, prejuízo para a Administração”*. Para minimizar a possibilidade da ocorrência desses conluios, seria recomendável, então, que os pregoeiros e demais servidores responsáveis pela condução dos procedimentos licitatórios, tomassem ciência da composição societária das empresas participantes dos certames, mediante alerta por intermédio do

Comprasnet, a partir de modificações no sistema a serem feitas pela SLTI, o que foi sugerido pela unidade técnica ao relator, que acolheu a proposta, a qual foi referendada pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 1433/2010 e 2143/2007, ambos do Plenário. Acórdão n.º 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011

4 Essa recomendação (Acórdão nº 1.793/2011-Plenário) tem por objetivo resguardar os princípios da isonomia e da competitividade inerentes às licitações públicas.

5 Para a Corte de Contas, a existência licitantes com sócios em comum pode configurar evidente prejuízo à isonomia e à competitividade do certame, demandando do pregoeiro maior atenção nas condutas praticadas pelas licitantes.

6 Por outro lado, no Acórdão nº 297/2009 – Plenário, o TCU estabeleceu objetivamente que ofende a competitividade a participação de licitantes com sócios comuns quando se tratar de:

i. convite;

ii. contratação por dispensa de licitação;

iii. existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; e

iv. contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra.

7 Observa-se que o Tribunal de Contas da União tem se posicionado no sentido de que a existência de licitantes com sócio em comum, **por si só, não configura fraude** à licitação. Há que existir outros elementos ou indícios de conluio tendentes a frustrar a isonomia e a competitividade.

8 Nesse sentido, por meio do Acórdão nº 2.341/2011 – Plenário, a Corte de Contas da União considerou restritiva à competitividade cláusula editalícia que proibia a participação concomitante de licitantes com sócios em comum.

9 Para o Tribunal, tal cláusula apresenta leitura objetiva e apriorística da lei de licitação (ofensiva, portanto, ao princípio da legalidade e da competitividade), na medida em que considera de forma inarredável que a ocorrência de sócios em comum configura fraude à licitação.

10 Dessa forma, vale a transcrição de parte do Voto do Ministro Relator Augusto Narde, seguido por unanimidade pelos demais Ministros do TCU, no qual enfatiza que a coincidência de sócios apresenta-se como situação de risco à competitividade. Mas,

isto, por si só, não pode ser fato configurador (objetivamente verificável) de circunstância de conluio e de fraude à licitação. Veja-se:

“17. A toda prova, portanto, que no caso da recomendação da CGU, trazida aos autos pelos agravantes, bem como nas situações similares, em que houve a atuação desta Corte de Contas, o que se pretendeu foi alertar os responsáveis pelos certames licitatórios sobre uma situação de risco, configurada pela participação, no processo, de empresas com sócios em comum.”

18. Tal risco, conforme bem expresso na recomendação do Acórdão nº 1.793/2011-TCU-Plenário, deve ser mitigado, mediante identificação das empresas que se enquadrem nessa situação e de outros fatores que, em conjunto, e em cada caso concreto, possam ser considerados como indícios de conluio e fraude à licitação.

19. As situações expostas, portanto, são bem diversas da que se verifica nos presentes autos, em que se fez uma vedação a priori, ao arrepio da legislação aplicável, impedindo, sem uma exposição de motivos esclarecedora ou outros indícios de irregularidades, que empresas participassem do certame, ferindo, sem sombra de dúvidas, os princípios da legalidade e da competitividade, a que estão sujeitas as entidades do sistema ‘S’.”

11 Esse raciocínio guarda compasso com a presunção de boa-fé dos licitantes e com o princípio do devido processo legal. **É que toda imputação de ofensa à lei deve ser precedida da devida demonstração material de sua ocorrência, garantindo, por evidente, o contraditório e a ampla defesa aos licitantes.**

12 No caso em tela, devem ser verificados outros elementos que legitimam concluir pela ocorrência de conluio entre as empresas. Deve ser avaliada qual é a participação do sócio (em comum) em cada uma das licitantes; **se trata-se de sócio gerente que detenha poderes decisórios.**

13 A rigor, deve o Pregoeiro avaliar se a presença do sócio nas duas empresas é suscetível de frustrar a competitividade da licitação. Caso contrário, não havendo elementos outros que demonstrem a ocorrência de fraude, não será dado ao pregoeiro inabilitar as licitantes. Verificamos que somente neste certame, 12 empresas apresentaram propostas e que nenhum outro elemento foi trazido como argumento de maneira a evidenciar o prejuízo causado ao processo licitatório.

14 Desse modo, a existência, por si só, de licitantes que possuam sócio em comum não dá azo à inabilitação. Como visto, para o Tribunal Contas União, essa ocorrência

configura situação de risco, que implica para a Administração Pública atenção redobrada no procedimento, a fim de evitar ofensa à isonomia e à competitividade.

15 Dessa forma, com a atenção redobrada deve o Pregoeiro observar se há outros elementos que apontam para a existência de conluio entre as licitantes. Do contrário, em não havendo outros elementos, **não será permitido a inabilitação das licitantes.**

16 Portanto, se analisarmos rigorosamente o mandamento legal E DESDE QUE NÃO HAJA conduta dolosa visando restringir a competitividade ou lesar o erário, entendemos que a participação de duas pessoas jurídicas que tenham sócio ou sócios em comum no mesmo certame, não transgredir o sistema normativo vigente.

17 Nenhum apontamento normativo existe no sentido proibitivo, tão somente a orientações de redobrar os cuidados quanto aos licitantes.

18 O princípio da legalidade, dispositivo constitucional restaria prejudicado com tal decisão. Vejamos:

De acordo com o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. O que se extrai do dispositivo é um comando geral e abstrato, do qual concluímos que somente a lei poderá criar direitos, deveres e vedações, ficando os indivíduos vinculados aos comandos legais, disciplinadores de suas atividades.

Em outras palavras, podemos dizer que o princípio da legalidade é uma verdadeira garantia constitucional. Através deste princípio, procura-se proteger os indivíduos contra os arbítrios cometidos pelo Estado e até mesmo contra os arbítrios cometidos por outros particulares. Assim, os indivíduos têm ampla liberdade para fazerem o que quiserem, desde que não seja um ato, um comportamento ou uma atividade proibida por lei.

Como aponta o professor Pedro Lenza, no âmbito das relações particulares, pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia de vontade. O particular tem então, autonomia para tomar as suas decisões da forma como melhor lhe convier, ficando apenas restrito às proibições expressamente indicadas pela lei.

O princípio da legalidade é corolário da própria noção de Estado Democrático de Direito, afinal, se somos um Estado regido por leis, que assegura a participação democrática, obviamente deveria mesmo ser assegurado aos indivíduos o direito de expressar a sua vontade com liberdade, longe de

empecilhos. Por isso o princípio da legalidade é verdadeiramente uma garantia dada pela Constituição Federal a todo e qualquer particular.

O princípio da legalidade também deve ser observado sob a ótica do Direito Administrativo. Consoante art. 37, caput do texto constitucional *“a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”*.

Enquanto o particular tem liberdade para fazer “quase” tudo o que ele quiser, a Administração Pública, ao contrário, somente pode fazer o que for expressamente autorizada pela lei. Desta forma, toda e qualquer atividade da Administração deve estar estritamente vinculada à lei, **não cabendo aos agentes públicos realizarem atos ou atividades sem previsão legal.**

Essa obrigatoriedade está intimamente ligada ao princípio da indisponibilidade do interesse público: o administrador não pode agir como ele quiser dentro da Administração. Por este princípio, os bens, serviços e interesses da coletividade devem ser resguardados pelo administrador. Dentro da Administração não há que se falar em “vontade do administrador”, a única vontade que deve prevalecer é a “vontade da lei”, não podendo o administrador dispor dos interesses coletivos como se estivesse dispondo dos seus próprios interesses particulares.

O trato com a coisa pública exige respeito por parte de toda a Administração, em quaisquer dos níveis da Federação. Os agentes públicos de forma geral não têm a liberdade que o princípio da legalidade conferiu aos particulares, devendo a sua conduta, além de estar pautada na lei, ser respeitadora dos diversos princípios que regem as atividades administrativas.

Concluimos então, que o princípio da legalidade tem um campo de aplicação diversificado a depender do seu destinatário. Ora confere liberdade ao particular, onde este poderá fazer tudo o que a lei não proibir, ora confere limitação à atuação administrativa, visto que a Administração Pública está sujeita durante a toda a sua atuação funcional aos ditames da lei. Traduzimos essa liberdade x limitação da seguinte forma: Para os particulares, vigora a legalidade “ampla”. Para a Administração, vigora a legalidade “estrita”.

19 Ressaltamos outra ofensa que seria cometida, desta feita ao princípio da competitividade:

LICITAÇÃO – LEI 8666 de 1993

O art. 37, caput da CF/1988, obriga o administrador público a agir com impessoalidade e ainda dispõe que, exceto os casos previstos em lei, obras, serviços, compras e alienações serão contratadas por licitação que assegure igualdade de condições entre os licitantes, obrigação de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, tudo nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica que são indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Tem-se ainda o art. 175 da CF/1988 que determina ao poder público a prestação de serviços e assim se o fizerem indiretamente, por meio de concessão ou permissão, sempre será por meio de licitação. A lei 8666/1993(modificada pela lei 8883/1994 e 9648/1998), rege todo tipo de licitação, mas existem licitações com características próprias, como por exemplo, as leis 8997/1995, 11079/2004 e a lei 10520/2002 que não serão objetos deste estudo, limitando-nos a lei 8666/1993.

A licitação é o requisito que antecede o contrato firmado entre o privado e a administração pública, sendo o contrato em si, um requisito cronológico, lógico e conseqüente da licitação. A licitação ainda pode ser definida como um procedimento ou sucessão de atos da administração pública que é obrigatório para todas as entidades governamentais que buscam promover uma concorrência, uma disputa entre particulares que com a administração pública buscam iniciar e manter relações de cunho patrimonial.

As finalidades principais da licitação são escolher a proposta mais vantajosa para atender às necessidades públicas e o resguardo dos direitos dos possíveis licitantes. Todavia, a administração não é obrigada a contratar, mas se o fizer, terá que fazê-lo com o vencedor da licitação.

Assim como preceitua o art. 3º da lei 8666/1993, “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento

convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos tanto da administração (edital, recebimento de propostas, julgamento, revogação e etc.) como do licitante (retirada do edital, proposta, desistência, garantia, impugnações e etc.).

Para Maria Sylvia Zanella de Pietro, “licitação é o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas entre as quais se selecionará a mais convincente para celebração do contrato.”

Lembrando que a expressão ente administrativo no exercício da função administrativa, justifica-se pelo fato de que mesmo as entidades privadas devem realizar licitação, desde que estejam no exercício da função pública.

A licitação como todo ato administrativo, pode ser passiva de anulação ou revogação (art. 49, lei 8666/93). A autoridade competente somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público, comprovando que os motivos decorrem de fato supervenientes, pertinentes e relevantes para justificar tal conduta.

Todavia, deve anular a licitação quando houver ilegalidade, fazendo-o de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. Na anulação por motivo de ilegalidade, que pode ser em qualquer fase da licitação e antes da assinatura do contrato, não gera a obrigação de indenizar, excepcionado aquilo que o contratado houver executado até a data em que a licitação for declarada nula (isso se o contratado não houver contribuído para tal nulidade). “A competência para anular ou revogar é, a princípio da autoridade que autorizou a licitação, mas no caso de ilegalidade no julgamento, a comissão pode em recurso próprio anulá-la, ao reexaminar sua decisão.” Meirelles, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 37ª Edição, Malheiros Editores, 2011.

A anulação também pode acontecer pela via judicial e produz em todo caso, efeitos ex tunc, diferentemente da revogação que é privativa da administração pública e produz efeitos ex nunc.

“Os princípios que regem a licitação, qualquer que seja sua modalidade, resumem-se nos seguintes preceitos: procedimento formal, publicidade de seus atos, igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação das propostas, vinculação ao edital ou convite, julgamento objetivo, adjudicação compulsória ao vencedor e probidade administrativa.” Meirelles, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 37ª Edição, Malheiros Editores, 2011, pág. 286. Embora a lei destaque os princípios mais específicos, outros princípios constitucionais também são aplicáveis a matéria veja alguns:

Indisponibilidade do interesse público – Rege que empresas estatais, embora norteadas pelo direito privado, submetem-se a licitação, uma vez que a administram recursos públicos.

Julgamento objetivo – O julgamento deve apoiar-se em fatores concretos pedidos pela administração no edital, é o critério indicado no edital.

Probidade administrativa – A administração pública, ao coordenar as fases do procedimento licitatório, deve atuar com honestidade, respeito à lei e a ética, objetivando sempre o interesse público.

Legalidade – Todas as suas fases devem ser totalmente vinculadas à lei 8666/93 e outras correlatas. Além do princípio da competitividade (art. 3º, § 1º, I), indistinção (art. 3, § 2º, I e II), inalterabilidade do edital (art. 44, § 2º).

DOS PEDIDOS

1 Ante ao exposto REQUER:

- a) O recebimento do presente recurso e os documentos que acompanham;
- b) A Habilitação da empresa quanto ao item 6.3.4 do edital, na íntegra, pela simples vista dos documentos acostados e já rubricados por todos os participantes no ato de apresentação realizado em 18/03/2016 reconhecendo-se o equívoco na lavratura da ata.
- c) A Habilitação da empresa pelo fato de que o sócio Douglas Riva não possui poder de gestão junto à KSB CONSTRUTORA LTDA EPP; que não existe outro motivo que justifique a decisão da CPL quanto aos possíveis prejuízos que possa causar ao erário aos demais participantes e ao próprio certame; que as empresas possuem sedes diferentes, estruturas administrativas distintas, responsáveis técnicos distintos e já foram bem sucedidas em outros certames em que se verificou igual situação, tudo em respeito à lei e aos princípios da legalidade e da competitividade;

c) Resposta de maneira fundamentada na lei e nos princípios constitucionais de maneira esclarecedora e que indique objetivamente as irregularidades constatadas, remetida ao endereço da empresa, de modo a instruir o competente Mandado de Segurança caso entenda a CPL pela manutenção das decisões contrárias proferidas em ata.

Nestes Termos

Pede Deferimento

Palmitinho, 21 de Março de 2016.



KSB CONSTRUTORA LTDA EPP

Silmar Riva