PROCESSO ADMINISTRATIVO N.° 01.1301-00106-00/2014

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA ELABORAÇÃO DE PROJETO BÁSICO E EXECUTIVO E EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENNHARIA , MONTAGEM, REALIZAÇÃO DE TESTES E OPERAÇÃO ASSISTIDA PARA A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DA CIDADE DE PORTO VELHO/RO - SISTEMA SUL.

DESPACHO DECISÓRIO CIRCUNSTANCIADO

I – do Relatório

O feito em destaque versa acerca de procedimento administrativo destinado a contratação de empresa *especializada para implantação do sistema de esgotamento sanitário da Cidade de Porto Velho/RO, mais especificamente Sistema Sul.*

Ademais, por seguinte a instrução da comissão de licitação (fls. 16.380 a 16.395) e oitiva/sindicânciada Procuradoria Jurídica do Estado (fls. 16.397 a 16.405), aportam-se os presentes autos ao Gabinete desta Superintendência para que, na forma regimental, seja exarada decisão acerca dos recursos e contrarrazões ora interpostos pelos participantes do procedimento prefalado[1].

[1] Conforme invocou o Despacho da lavra da Procuradoria Geral do Estado as fl. 16.398, tem-se que que o *Regulamento do Regime Diferenciado de Contratação no âmbito do Poder Executivo do Estado de Rondônia, Decreto n°. 18.251/2013, em seu artigo 16, IV, narrou a competência da AUTORIDADE COMPETENTE para julgar os recursos interpostos pelas recorrentes caso a Comissão de Licitação mantenha a decisão outrora proferida. Assim reza o presente inciso:*

Art. 16. São competências da comissão de licitação:
(...)

Nessa esteira, registre-se, vestibularmente, que constam nos autos as razões recursais do CONSÓRCIO AUGUSTO VELLOSO/ENFIL/MELHOR FORMA, CONSÓRCIO GEL-MCEN E da EMSA - EMPRESA SUL AMERICANA DE MONTAGENS S. A, bem como as contrarrazões apresentadas pelos consórcios susomencionados.

Dito isto, em breve síntese acerca das manifestações protocolizadas, invoca-se que o CONSÓRCIO AUGUSTO VELLOSO/ENFIL/MELHOR FORMA - irresignado com a decisão que o inabilitou - interpôs 02 peças recursais, sendo a primeira pleiteando a sua habilitação, tendo em vista o atendimento das disposições editalícias, e o segundo, pugnando pela desconsideração da habilitação do CONSÓRCIO GEL-MCEN.

Por outro lado, o CONSÓRCIO GEL-MCEN elenca a mantença das razões que inabilitaram o consórcio acima mencionado, uma vez que resta comprovado o não preenchimento das condições previstas no Edital do RDC Eletrônico n° 005/2015/CPLO/SUPEL/RO.

De outro giro, por sua vez, a EMSA em sua peça recursal requer a inabilitação do CONSÓRCIO GEL-MCEN.

Neste diapasão, a Comissão Permanente de Licitação de Obras - CPLO ao analisar os recursos e contrarrazões e por meio de ata de reunião (fls. 16.380 a 16.395), decidiu por manter o status anterior, ou seja, o CONSÓRCIO AUGUSTO VELLOSO/ENFIL/MELHOR FORMA inabilitado e classificado em primeiro lugar a proposta apresentada pelo CONSÓRCIO GEL-MCEN.

VI - receber recursos, apreciar sua admissibilidade e, se não reconsiderar a decisão, encaminhá-los à autoridade competente;

Por sua vez, a Procuradoria Geral do Estado foi instada a se manifestar acerca do julgamento dos recursos proferido pela comissão retrocitada. Em resposta, aquela procuradoria, por intermédio de despacho (fls. 16.397 a 16.405), elencou que, no que tange as matérias jurídicas presentes, a decisão – da comissão de licitação - atendeu a legislação em vigor.

Eis o relatório necessário, passa-se a decisão.

II- Da Análise

Sem incorrer em manifestação ociosa, nos parágrafos que se seguem proceder-se-á o cotejamento das manifestações insculpidas pela comissão de licitação e o órgão de assessoria jurídica do Estado no intuito de formular juízo decisório por parte desta Superintendência.

Assim, e de pronto, corrobora-se de maneira assaz as ilações da douta procuradoria geral do estado no que tange: *a) perfeita oportunização do contraditório e da ampla defesa*[2]*, bem como a b) observância do devido processo legal pela comissão de*

[2] Conforme colaciona Despacho da Douta Procuradoria Geral do Estado (fl.16.400), *[Nota-se que a decisão proferida pela comissão de* ***Licitação atendeu à legislação em vigor, enfrentando ponto a ponto todos os argumentos apresentados pelas recorrentes, seja em suas razões recursais, seja em suas contrarrazões,*** *num evidente respeito ao Principio constitucional do Devido Processo Legal, onde as partes tiveram oportunidade ampla em apresentar suas irresignações, com a juntada de documentos objetivando comprovar o alegado por cada uma, e que tais questionamentos foram enfrentados pela Comissão.]*

licitação em relação a ordem e fidedignidade do procedimento instrutório[3].

Pois bem, quanto ao mérito da análise decisória do recurso em voga, disserta-se de início que o CONSÓRCIO AUGUSTO VELLOSO/ENFIL/MELHOR FORMA[4], quando da apreciação dos documentos apresentados, este foi considerado inabilitado, sob os argumentos de: *i) Certidão atestando a distribuição de duas ações de Pedido de Falência, Concordata, Recuperações Judiciais e Extrajudiciais; ii)Apresentação de atestado de capacidade técnica operacional e profissional incompatível com o objeto licitado; e iii) Apresentação de Patrimônio líquido inferior a 20% (vinte por cento) do valor estimado (quanto a este ponto iii), a própria comissão de licitação já reconsiderou sua decisão antes mesmo da interposição do recurso o que, por certo, descabido torna-se a análise revisional por parte desta Superintendência vez que inexiste controvérsia de direito público passível de reformação).*

Por seguinte, e quanto ao item i) - que se refere a inabilitação da *Certidão atestando a distribuição de duas ações de Pedido de Falência, Concordata, Recuperações Judiciais e Extrajudiciais- corrobora-se com a decisão da comissão de licitação pelo argumento de que* a providência tomada no intuito de diligenciar[5] a verdade material acerca do ato administrativo enunciativo apresentado foi considerada razoável, quanto a

[3] De igual modo, tambem as fls. 16400, a douta procuradoria ventila que *[**Não se pode olvidar que o processamento desta licitação foi conduzido com a máxima observância dos preceitos legais, da doutrina, da jurisprudência e principalmente dos princípios gerais que norteiam sua atuação.** O Conceito de licitação traz em si, de forma intrínseca, a busca sempre pela proposta mais vantajosa para a Administração, sem afastar, contudo, a observância da legislação e das normas editalícias]*

[4] o licitante que apresentou a melhor proposta na sessão realizada no dia 15 de maio de 2015.

[5] Após recomendação da PGE/RO, a CPLO, com fulcro no art. 43, §3°, da Lei 8.666/93, diligenciou junto ao Cartório Distribuidor do Estado de São Paulo/SP e, como resultado, houve a confirmação de que a empresa integrante do consórcio continha certidão positiva de falência, recuperação judicial ou extrajudicial, expedida pelo distribuidor judicial da sede da licitante.

oportunidade de exerce-lo, e fidedigno, quanto ao provimento de manter a inabilitação, conforme excerto da Procuradoria Geral do Estado tecido às fl. 16.402[6].

De outro giro, quanto a inabilitação do Consorcio em destaque quanto ao fato de *Apresentar atestado de capacidade técnica operacional e profissional incompatível com o objeto licitado verte-se:*

a) que a comissão de licitação manteve a inabilitação sob argumento de acatar o parecer técnico de engenharia exarado por comissão de Avalição nomeada para analisar as razões e contrarrazões ofertadas;
b) A PGE salientou que - como órgão de assessoria jurídica do Estado -, não possui capacidade técnica operacional para avaliar os questionamentos apresentados.

Acerca tal ponto litigioso administrativo, compartilha-se *in totum* com o entendimento da procuradoria no sentido de que inexiste a possibilidade de tal órgão de assessoria, e de igual modo, a superintendência de licitação no presente juízo recursal, de se discutir/contestar/revisar o mérito do provimento técnico de engenharia, este copiosamente exarado pela comissão de avaliação as fls. 16.321 a 16.351.

[6] Por fim, importante salientar também que na data de 15/05/2015, em registro no sistema COMPRASNET, o consórcio recorrente declarou a inexistência de fatos supervenientes que os impedisse de participar do certame, ficando posteriormente comprovada a situação irregular contrária ao declarado pela empresa.
Por isso, a desatenção à norma editalícia, no que concerne ao item 15.1.3.1 (distribuição de processo de falência, recuperação judicial e extrajudicial), após a diligência realizada pela comissão, no entendimento deste parecerista, restou devidamente comprovada nos autos, onde a inabilitação do consorcio é medida que se impõe.

Entretanto, ocorre que não obstante a comissão ter inabilitado o consorcio supra, sob a ótica de acatar o juízo do parecer, esta superintendência diverge de tal baila.

De pronto, *exara-se que em nenhum momento diverge e/ou discorda do posicionamento do parecer técnico quanto a divergência de tecnologia apresentada. Posicionamento este que, assim como a PGE, corrobora-se de maneira assaz*.

Ocorre que dizer que o sistema de esgotamento apresentando pelo Consorcio recorrente é divergente do parametrizado no instrumento convocatório, entendimento este que compartilho e não censuro, por si mesmo não tem o condão de inabilitar a licitante tendo em vista que – na verdade - o bem jurídico a ser tutelado no presente caso é condição necessária e suficiente para a legitimidade do uso da própria modalidade do RDC na forma integrada.

Assim, verte-se que não prospera inabilitar a licitante com base no parecer exarado pela comissão de avaliação técnica, no caso concreto, pois:

***A uma*)** preliminarmente, Parecer é ato enunciativo, não obstante ter um núcleo imutável de mérito - este não passível de controle por parte desta sindicância tendo em vista não extrapolar os limites legais técnicos e razoabilibidade - possui como todo ato elemento a possibilidade de controle de legitimidade tendo vista que, no caso concreto a sua forma/conformidade, são discutíveis no plano das regras de direito público a serem discutidas a seguir, especialmente por ser um elemento vinculado de tal ato, passível, portanto, de exame de autotutela;

***A duas*)** o que deve balizar para a habilitação ou inabilitação técnica de um licitante na licitação RDC em sua forma integrada não é comparabilidade de tecnologias, muito pelo contrário, a essência do feito e sua condição necessária e suficiente para que se justifica ser na forma integrada é justamente a abertura de soluções e inovações tecnológicas desconhecidas ou não planejadas pela administração que caso esta tivesse domínio – com certeza - adotaria outra forma de RDC com projeto básico/executivo preterindo, assim, a forma integrada;

***A três*)** Vale elucidar que a inferência acima não é um argumento que possibilita adotar qualquer tecnologia para a investida administrativa multicitada, isso por certo inexiste, ocorre que cesurar como incapaz de atender a demanda por não ser esta **igual ao de referência** pode descortinar uma incoerência com o instituto do RDC integrado. Por outro lado, entendimento diverso teria essa superintendência caso ficasse expresso o não atendimento de tal tecnologia a padrões mínimos de desempenho a serem cotejados[7] como premissas de eficiência do objeto (vazão /pureza/remoção previstos no edital, por exemplo. Dessa estreia, dizer que Estação de Tratamento de Esgoto (ETI) por "decantadores secundários tipo DAFA" não é o mesmo que Estação de Tratamento de Esgoto (ETI) tipo "lagoas aeradas e de decantação", por si só, não da materialidade suficiente para afigurar o julgamento do presente recurso com segurança jurídica que possa concluir que a tecnologia além de não ser igual ao previsto, esta **também** não atenderia ou executaria objeto licitado. Ou seja, não seria forma mais vantajosa para a administração, pois a abertura do RDC de forma integrada teria possibilitada a oferta técnica que não executaria

[7] Como exemplo, a PGE frisou as fls. 16.404, que na análise do corpo técnico, houve a reconsideração da comissão quanto ao item operação assistida de estação de tratamento de esgoto com tratamento a nível primário e secundário, com eficiência de tratamento de remoção de DBO >70% e remoção de coliformes fecais>90% e vazão >=1.285,00 l/s.

o exigido. O axioma de julgar *apenas* por não ser igual ao exigido como parâmetro em preterição a comparabilidade mínima de desempenho na peça técnica, poderia até – sob tal viés - alijar da disputa tecnologia superior;

***A quatro*)** entender de maneira diversa não caracterizaria justeza no procedimento licitatório tendo em vista que a cesura de possíveis tecnologias que poderiam atender contrariariam as justificativas[8] constantes as fls. 14.814 a 14.888. Desta forma, caso considere os atos licitatórios por seguintes de natureza administrativa, tem-se que julgar no presente momento de maneira diversa não demonstraria fidedignidade processual ou ofensa aos motivos determinantes que deram causa.

***A cinco*)** procedendo a uma esforço evolutivo e interpretativo das leis e estatuto de licitações aplicáveis a obras no ordenamento jurídico pátrio tem-se que o art.37, XXI, prevê –em sua ultima parte – que as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Vale lembrar que esse ponto sensível já foi abordado diversas vezes pelo Tribunal de Contas da União e já tem inclinado – sob égide do texto da Lei n. 8.666/93 - ao posicionamento dissertado nos parágrafos anteriores. Exemplo disso é o acordão 2.992/2011 – Plenário, da relatoria do ministro Valmir Capelo:

> [9.3determinar à Infraero que, com base no art. 43, Inciso I, da Lei 8.443/92 d no art. 250 , inciso II, do Regimento Interno do Tribunal:
> 9.3.1 Verifique a estrita necessidade de solicitar atestados de capacidade técnico-operacional e

[8] Itens 3 e 4 do Termo de Referência

> profissional para a comprovação de experiência dos licitantes em serviços ou itens específicos da obra, limitando tais exigências, as situações ordinárias, à expertise na execução de obras similares ou equivalentes tidas como um todo, por desnecessária restrição à competitividade do certame, em respeito ao art. 33, paragrafo 1, inciso I, da Lei 8.666/93]

Por sua vez, como o advento do RDC, especialmente na sua forma integrada como o caso em destaque. A questão dos atestados de capacidade técnica deve ser julgada levando em considerações as disposições e realidade jurídica desse novo estatuto.

Para tanto, cita-se a baixo trecho publicado na revista Infraestrutura urbana (ed. Pini, maio de 2013):

> [De se registrar que a mais nova Lei de Licitacões – o RDC – apresenta entre seus objetivos, no art. 1., incentivar a inovação tecnológica, que é a Administração Pública o principal catalisador do desenvolvimento de diversas áreas, pois é ela que contrata grandes obras como rodovias, aeroportos e hidrelétricas.]

Continua o mesmo estudo aduzindo que:

> [são diversos os novos materiais e as novas tecnologias[9] que surgem a cada ano, especialmente nos países desenvolvidos].

[9] Mesmo artigo colaciona que [Tomem-se como exemplo as pontes de embarque (ou fingers) dos terminais aeroportuarios. Era prática a Infraero exigir atestado técnico relative a sua implantacao em seus editais. Ocorre que , há nao muitas décadas, elas simplesmente

Pois bem, de tais ilações, tem-se que é inegável que o ventilado acima se coaduna com as boas formas de intepretação das normas licitatórias e regras editalícias do presente feito. Vez que interpretar e balizar o julgamento de maneira diversa, além dos motivos já expostos, não gravitariam sob o perfeito aparato de direito público disponível.

Em tal baila, tendo em vista a especificidade de da matéria, o juízo exarado – ainda que em sede administrativa – requer o uso de ***métodos* e *princípios* interpretativos** existentes no ordenamento jurídico vigente e que acima de tudo recorrem ao caso concreto de maneira *adequada e contemporânea*.

De tal feita, somando aos métodos interpretativos acima prefalados - **Normativo-Estruturante**[10] e **Hermenêutico-Concretizador**[11], discorre-se que da justificativa da contratação as fls.14.814 a 14.888 (sub-itens 3.2/3.3-T.D.R.) da clausula editalicia 15.2.4 (fls. 14.901), do disposto no artigo 9° da Lei 12.462/11(RDC), tem-se não considerar o atestado técnico apto **causaria dicotomia em face dos seguintes princípios interpretativos de normas constitucionais:**

---

nao existiam no Brasil. Alguém teve que implantá-las uma, primeira, uma segunda e Terceira vez até que tivésemos algumas construtoras possuidoras de atestado de service. Se, desde o princípio, fosse o respective atestado exigido, seria dificil as empresas nacionais passarem dete-lo, pois só conseguiriam consorciando-se com as esrageiras ou executando obras correlatas no exterior. Situação semelhante ocorre com asfalto modificado por polímeros, que apenas recentemente passou a aparecer nas especificacões de obras do DNIT].

[10] "em síntese, no dizer do próprio Muller, o teor literal de qualquer prescrição de direito positivo é **apenas a ponta do iceberg**; todo o resto, talvez a parte significativa, que **o intérprete-aplicador deve levar em conta para realizar o direito**". I.M. Coelho, interpretação...p.93.

[11] "O **método hemeneutico-concretizador** parte *da norma constitucional para o problema*". destacando os seguintes pressupostos: **pressupostos subjetivos:** o intérprete vale de suas *pré-compreensões sobre o tema para obter o sentido da norma*, **pressupostos objetivos:** o interprete atua como mediador entre a norma e a situação concreta, tendo como **"pano de fundo' a realidade social; circulo hermenêutico**: é o movimento de ir e vir do subjetivo para o objetivo, até que o intérprete chegue a uma compreensão da norma. Pedro Lenza. Obra cit. p.14

i. Ao **princípio da justeza ou conformidade funcional**, *que em razão do qual o intérprete final da norma constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema* ***organizatório-funcional*** *constitucionalmente estabelecido (EHMKE)*[12]*- não pode portanto haver dualismo de entendimento;*

ii. Ao **princípio do efeito integrador** 'na resolução dos **problemas jurídico-constitucionais** deve dar-se **primazia** aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração **política e social'**[13];

iii. Ao **princípio da máxima efetividade**, que salienta **que as normas** constitucionais deve ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social[14] (quesito da exigência apenas do aspecto dispensável de qualificação, art. 37, inciso, XXI, da CF-última parte);

iv. **Principalmente princípio da razoabilidade e proporcionalidade, que ao expor** a doutrina de karl Larenz[15], esclarece que é utilizado ordinariamente para aferir a legitimidade das restrições de direitos - **muito embora possa aplicar-se**, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou **benefícios** - já para COELHO consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição do excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, **inclusive em**

[12] J.J.G.Canotilho, Direito constitucional e teoriada Constituição, . ed., p. 227.
[13] J.J.G.Canotilho, Direito constitucional e teoriada Constituição, . ed., p. 227.
[14] J.J.G.Canotilho, Direito constitucional e teoriada Constituição, . ed., p. 227.
[15] K. Larenz, Metodologia da Ciência do direito, 1998, p. 585-586.

> **âmbito constitucional;** e ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo ordenamento jurídico[16]"

Quanto a este ponto, um último comentário, o fato de concordar integralmente com o parecer exarado pela equipe de avaliação no que tange a diferença de sistemas, frisa-se que a discordância é com relação ao **julgamento da comissão de licitação em face as informações contidas em tais pecas.**

O cuidado e zelo tomado por este gesto se justifica tendo em vista a jurisprudência recente do Tribunal de Contas da União:

> AC 206/2007-P [3. O parecer jurídico e técnico não vincula o gestor, que tem a obrigação de examinar a correção dos pareceres, ate mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração e, portanto, não afasta, por si só, a sua responsabilidade por atos considerados irregulares pelo Tribunal de Contas da União.]

E mais especificamente traz-se a colagem também:

> AC 2330/2013 – P (Pelos vícios ocorridos em procedimento licitatório cabe a responsabilização solidaria da autoridade que homologa o certame, exceto se as irregularidades decorrerem de vícios ocultos, dificilmente perceptíveis na analise procedida por essa autoridade).

Por sua vez, quanto aos demais recursos houve também a interposição de recurso pugnando pela inabilitação do CONSÓRCIO

[16] I.M Coelho, Interpretação Constitucional,p.109.

GEL-MCEN, questionando a veracidade dos atestados de capacidade técnica apresentados.

Todavia, mais uma vez e conforme entendimento da PGE, a Comissão, utilizado do DEVER JURÍDICO, que lhe confere a lei, diligenciou junto a Companhia de Saneamento de Minas Gerais e ao Departamento Municipal de Água e Esgoto de Porto Alegre, o qual atestou a veracidade de tais documentos, com a juntada de documentos.

Continuando a apreciação dos recursos, a EMPRESA SUL AMERICANA DE MONTAGENS – EMSA questiona a decisão da comissão ao habilitar o CONSÓRCIO GEL-MCEN. Os argumentos trazidos à baila já foram enfrentados pela Comissão técnica e pela CPLO, cuja comprovação da capacidade técnica operacional e profissional, após diligencias, foram devidamente atestadas.

III- da Conclusão

Em face do exposto, e sob a orientação e saber da Procuradoria do Estado, no que se refere ao parecer de fls. 16.397 a 16.405, **DECIDO:**

1) Conhecer e julgar improcedente o recurso interposto pela Licitante Empresa Sul Americana de Montagens S.A. - EMSA nos termos decididos pela Comissão de Licitação;

2) Conhecer e julgar parcialmente procedente o recurso interposto pelo Consórcio GEL-MCEN, tendo em vista o acolhimento dos requerimentos, exceto no que se refere ao pedido da mantença da inabilitação do Consórcio AUGUSTO VELLOSO/ENFIL/MELHOR FORMA quanto aos requisitos de qualificação técnica;

3) Conhecer e julgar parcialmente procedente o recurso interposto pelo Consórcio AUGUSTO VELLOSO/ENFIL/MELHOR FORMA, acolhendo os termos ilustrados na decisão da Comissão de Licitação, exceto quanto ao não atendimento dos requisitos do subitem 15.2.4 do Edital.

Em consequência ao conteúdo aqui exposto, **mantenho a decisão da Comissão Permanente de Licitações e Obras**, modificando-a apenas na parte que se refere à qualificação técnica do Consórcio AUGUSTO VELLOSO/ENFIL/MELHOR FORMA – haja vista as razões retrocitadas.

Despacho o processo à Comissão Permanente de Licitações e Obras para: publicar as decisões, dar ciência aos interessados, e cumprir as demais formalidades processuais aplicáveis à espécie.

Porto Velho/RO, 08 de julho de 2015.

MÁRCIO ROGÉRIO GABRIEL
Superintendente/SUPEL