

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE CABO FRIO - RJ

Ref.: PROCESSO nº 44.034/2022/SEME

EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO 002/2023/SEME - **REGISTRO DE PREÇOS**

PROMIX COMERCIAL LTDA, sociedade limitada, inscrita no CNPJ sob o nº 36.112.657/0001-98, com sede no endereço localizado a Rua Genciano Riscado da Motta, nº 45 Loja, Célio Sarzedas, Casimiro de Abreu/RJ, neste ato, regularmente representada por sua sócia, **Renata Bochud Félix**, brasileira, Casada, empresária, RG 215382953 DETRAN/RJ, CPF 151.446.837-97, tempestivamente, vem à presença de Vossa Senhoria, com fundamento no Artigo 4º, inciso XVIII da Lei 10.520/2002, Decreto Municipal 5.926/2018, Decreto Municipal 6.279/2020 e subsidiariamente no Artigo 109 da Lei 8.666/93, a fim de interpor.

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da decisão dessa digna Comissão de Licitação que julgou habilitada a licitante **H&M UNIFORMES E EPIs EIRERLI**, inscrita no Cadastro de Pessoas Jurídicas nº 27.674214/0001-08, estabelecida à Rua Joaquim Messias de Oliveira, S/Nº, lote 06 lote 07, Bairro Ajuda, Macaé/RJ, CEP: 27.971-681, apresentando no articulado as razões de sua irresignação.

I - DA TEMPESTIVIDADE

É o presente Recurso Administrativo plenamente tempestivo, uma vez que a ciência da Decisão Administrativa, ora atacada, se deu em 08/03/2023. Sendo o prazo legal para a apresentação da presente medida recursal de 03 (três) dias úteis, são as razões ora formuladas plenamente tempestivas, uma vez que o termo final do prazo recursal na esfera administrativa se dará em data de 13/03/2023, razão pela qual deve essa respeitável Comissão de Licitação conhecer e julgar a pre-

sente medida, nos termos do Artigo 50 do Decreto Municipal nº 6.279/2020 e o item 13 do edital em comento.

II - DOS FATOS SUBJACENTES

O procedimento licitatório foi processado na modalidade PREGÃO ELETRÔNICO 002/2023/SEME, para a futura e eventual aquisição, por meio de REGISTRO DE PREÇOS, de uniforme escolar com a finalidade de atender os alunos da Rede Municipal de Ensino, foi instruído nos autos do Processo nº 44.034/2022/SEME.

A inauguração da fase externa se deu em 23/02/2023, com sessão agendada para o dia 08/03/2023, às 09h30min, no Portal de Licitações da Plataforma LICITANET - <http://www.licitanet.com.br>, licitação na modalidade PREGÃO, na forma ELETRÔNICA, com critério de julgamento menor preço por item., com Modo de Disputa ABERTO.

Acudindo ao chamamento dessa Instituição para o certame em epígrafe, a **Recorrente**, dele veio participar. Sucede que, após a análise da documentação apresentada pelos licitantes, a Comissão de Licitação culminou por julgar habilitada e vencedora de seus respectivos itens, a empresa **H&M UNIFORMES E EPIS EIRERLI**, ao arrepio das normas editalícias.

III - DAS RAZÕES DA REFORMA

De acordo com Edital da licitação em apreço, estabelecido ficou, entre outras condições de participação, que as licitantes deveriam apresentar a seguinte documentação técnica:

11.4. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

11.4.1. Apresentar um ou mais atestado (s) de Capacidade Técnica Operacional da Empresa, em nome da licitante, expedido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, devendo comprovar aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com as características, quantidades e prazos do objeto licitado, ou com o item pertinente a proposta apresentada, onde se atesta que a empresa executou, de forma satisfatória, fornecimento de natureza semelhante ao objeto desta licitação, com complexidade operacional de **no mínimo 10% (dez por cento) ou superior ao objeto desta licitação, bem como condizente;**

11.4.1.1. O(s) atestado(s) apresentado pela licitante para comprovação de sua qualificação técnica, além de possuir informações técnicas e operacionais suficientes para qualificar o escopo realizado, deverá conter dados que possibilitem o CONTRATANTE, caso julgue necessário, confirmar sua veracidade junto ao cedente emissor.

11.4.1.2. O objeto social descrito no ato constitutivo da Empresa deverá possuir ramo de atividade compatível ao objeto licitado;

11.4.1.3. Somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou se decorrido, pelo menos, 06 (seis) meses do início de sua execução;

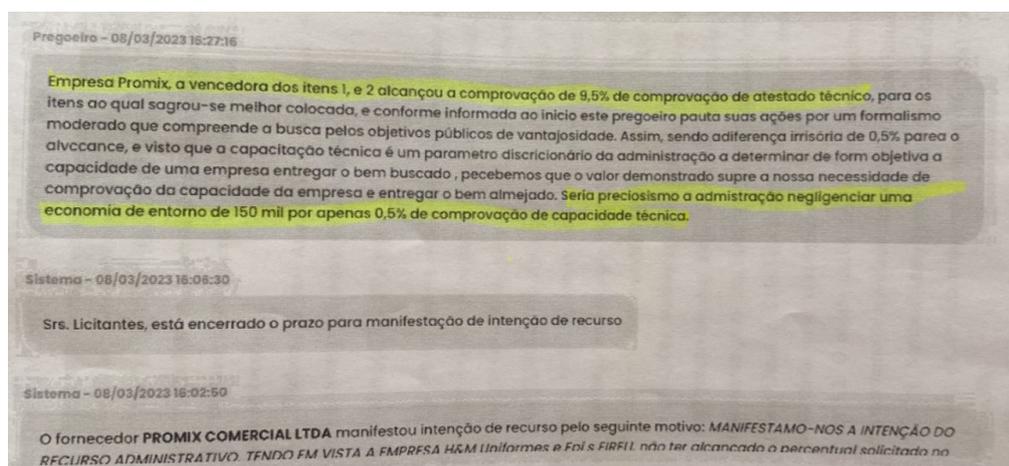
Essa documentação se apresenta de suma importância para a comprovação da ca-

pacidade técnica da licitante, na conformidade do subitem 11.4.1, do Edital em epígrafe.

Com isso, analisando a habilitação da proponente **H&M UNIFORMES E EPIs EIRERLI** para os itens 1 e 2 da proposta de Preços, percebemos que a mesma não logrou êxito com o Atestado de capacidade apresentado, vez que o percentual contida no documento não atende ao previsto no edital, restringindo-se a trazer ao certame a soma dos Atestados com a capacidade Técnico comprovada do fornecimento de 2.300 unidades ao total do vestuário entregues às contratantes Secretária Municipal de Segurança Pública do Município de Búzio e Secretária Municipal de Gestão e Ordem Pública do Município de Rio Bonito, ao passo que para o atendimento das regras editalícias o quantitativo mínimo representa 3.201 unidades, no entanto, o somatório dos atestados apresentados somam a quantidade de 2.300, não sendo passível de aceitação, para o cumprimento da exigência do subitem supramencionado.

Restou claro que a documentação apresentada não poder convalidada pelo Pregoeiro, para que seja atendida a integralidade das exigências para os itens em questão.

A Comissão de Licitação, sem maiores considerações, acabou por habilitar a empresa, reputando cumprida a exigência de que se cogita. E, ainda, quando questionada pela Recorrente se prestou a dar o esclarecimento via chat, com a seguinte redação:



Como muito bem salientado pelo Ilustríssimo Senhor Pregoeiro, a habilitação da empresa vencedora dos itens 1 e 2 não atendeu às exigências do edital, ocorre que a sua decisão se distanciou do critério de julgamento objetivo do certame, estar-se-ia falando o pregoeiro de um critério subjetivo para a análise da comprovação da exigência do subitem 11.4.1, vez que sua decisão está vinculada em seus preceitos pessoais e não no edital.

A questão aqui é puramente matemática, não há como se escusar da conta que se apresente exata, não havendo margens para entendimentos dúbios, não existem aqui margem para o se esquivar da exigência do instrumento Convocatório, pois tal atitude fere gravemente a Segurança Jurídica das relações oriundas da Vinculação estrita ao Instrumento Convocatório.

Não podemos deixar de mencionar que ao contrário do que afirma o nobre julgador, na troca de mensagens via chat com a Recorrente, restou cristalino e óbvio que houve a desvinculação do Princípio do Julgamento Objetivo da Licitação.

Insculpido no art. 3º, CAPUT, da Lei Federal N. 8666/93, o princípio do julgamento objetivo **vincula a Administração, na apreciação das propostas e demais documentos, aos critérios estabelecidos previamente no Edital**, de modo que, no curso do procedimento licitatório não poderá a Administração utilizar de critérios desconhecidos para aferir a aceitabilidade das propostas e da documentação de habilitação.

No presente caso, acredita-se que a conduta da zelosa comissão de licitação foi de primar pelo Menor Preço, conquanto, hoje já se tem um posicionamento predominante na jurisprudência e Doutrina que a Proposta tem que ser a mais vantajosa para a administração Pública. A regra encontra-se insculpida já no art. 3º da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

“Art. 3º – A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a **seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional, 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.”

Portanto, o Pregoeiro precisa saber analisar com eficiência um Edital, observar as exigências contidas no mesmo, para emitir sua decisão vinculado ao mesmo, nos termos do Artigo 16 do Decreto 6.279/2020, in verbis:

Art. 16. Caberá ao pregoeiro, em especial:

I - conduzir a sessão pública

II - receber, examinar e decidir as impugnações e os pedidos de esclarecimentos ao edital e aos anexos, além de poder requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração desses documentos;

III - verificar a conformidade da proposta em relação aos requisitos estabelecidos no edital;

IV - coordenar a sessão pública e o envio de lances;

V - verificar e julgar as condições de habilitação;

VI - sanear erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos de habilitação e sua validade jurídica;

VII - receber, examinar e decidir os recursos e encaminhá-los à autoridade competente quando mantiver sua decisão; VIII - indicar o vencedor do certame;

IX - adjudicar o objeto, quando não houver recurso;
X - conduzir os trabalhos dos demais membros da Comissão de Pregão; e
XI - encaminhar o processo devidamente instruído à autoridade competente e propor a sua homologação.

Parágrafo único. O pregoeiro poderá solicitar manifestação técnica da assessoria jurídica ou de outros setores do órgão ou da entidade, a fim de subsidiar sua decisão. Art. 17. Caberá aos membros da Comissão de Pregão auxiliar o pregoeiro nas etapas do processo licitatório.

Ao analisar a mensagem via chat, colacionada anteriormente, percebe-se que o pregoeiro incorreu no flagrante desrespeito ao Princípio do Julgamento Objetivo, bem como o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, o que causa a insegurança jurídica de sua decisão guerreada no presente recurso.

Notadamente, a decisão foi subsidiada pelo Princípio da Proposta mais vantajosa para a administração Pública, ocorre que houve por parte da empresa a simulação, induzindo o Pregoeiro ao erro, pois o menor preço apresentado pela empresa, faz uma suposta alusão a vantajosidade para a administração, não obstante que também induz à simulação, vejamos o que prediz o edital no subitem 5.6.2, *ipsis litteris*:

5.6.2. Independentemente de declaração expressa, a simples apresentação de proposta implica submissão a todas as condições estipuladas neste Edital e seus Anexos, sem prejuízo da estrita observância das normas contidas na legislação mencionada em seu preâmbulo;

E, ainda, o subitem

5.4. Como requisito para participação no PREGÃO ELETRÔNICO o Licitante deverá manifestar, em campo próprio do Sistema Eletrônico, que cumpridamente os requisitos de habilitação e que sua proposta de preços está em conformidade com as exigências do instrumento convocatório, bem como a descritiva técnica constante do ANEXO I do TERMO DE REFERÊNCIA;

5.5. A declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação e proposta sujeitará o licitante às sanções previstas no edital e Leis Federais nº 10.520/02 e 8.666/93;

Não há como aceitar o citado documento visando a comprovação do subitem 11.4.1 do edital, pois caso a administração Pública mantenha a decisão de habilitação da empresa **H&M UNIFORMES E EPIs EIRERLI**, estar-se-ia menosprezando as cláusulas editalícias de seu instrumento Convocatório, sendo certo que a conduta da licitante é passível de punição, visto que está configurado o dolo na conduta da mesma, quando da manifestação de sua Declaração que **cumpridamente os requisitos de habilitação e da apresentação de um documento que sabe que não comprova a capacidade Técnica Operacional exigida, configurando uma declaração falsa relativa aos requisitos de sua habilitação.**

O que também causa um espanto é a flagrante inobservância das cláusulas do edi-

tal, visto que o mesmo está pautado nos Princípios basilares da Licitação, quais sejam:

“Art. 37 da CF/88. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”(g.n)

A lei de licitações, ainda vigente, também menciona os princípios na qual as licitações devem ser baseadas, no Caput do Art. 3º. Vejamos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.(g.n)

O Decreto 10.024/2019, que regulamenta a lei 10.520/2002 responsável por instituir a modalidade denominada Pregão, menciona em seu Art. 2º:

Art. 2 O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.

Não há margem para dúvidas, bem como não existem quaisquer brechas que autorize à administração adotar um julgamento subjetivo. Muito pelo contrário, eis que tal eventualidade é taxativamente rechaçada ao longo do texto legal, impossibilitando aos agentes públicos adotarem critérios que conduzam entendimento contrário, vejamos o prevê a Lei Federal 8.666/1993:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

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

Como se pode depreender dos preceitos legais e normativos, qualquer decisão a ser proferida no âmbito da licitação está adstrita aos Princípios mencionados, não havendo margem para a inobservância dos mesmos, no entanto, a clara mensagem do pregoeiro pôs em risco a condução do certame, quando ficou registrada que a decisão foi levada a termo com o desrespeito ao Instrumento Convocatório, causando a insegurança jurídica das relações estabelecidas entre as partes, pois todos os envolvidos no procedimento licitatório são obrigados a respeitar o edital, isso é obrigação da Administração Pública promotora do certame e todos os interessados em participar da licitação, **denominados licitantes.**

Neste aspecto a Comissão está subjugada a obedecer a seus instrumentos convocatórios de forma vinculante e as proponentes estão obrigadas ao estrito cumprimento de todas as condições norteadoras para o julgamento objetivo, na conformidade dos subitens 7.4 e 11.3 do citado edital.

Entendo pertinente trazer à tona uma breve consideração a respeito dos Princípios da Melhor proposta e de Vinculação ao Instrumento Convocatório. Estes encontram previsão no caput do art. 41, da Lei de Licitações e Contratos, verbis:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

A regra também se encontra insculpida já no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Destaca-se, por relevante, julgado do O TCU, no Acórdão nº 8.430/2011 – 1ª Câmara, determinou a um de seus jurisdicionados que **“o edital deve estabelecer, com a necessária objetividade, a forma de comprovação da aptidão para o desempenho de atividades pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação; b) o edital deve estabelecer os elementos que devem constar dos atestados de capacidade técnica para fins de comprovação da realização de serviços compatíveis com os descritos no objeto do certame”**.

Em outra oportunidade, Acórdão nº 2630/2011-Plenário, o TCU ratificou esse entendimento. Nesse sentido, veja-se excerto extraído do Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 81:

“Mediante auditoria realizada nas obras de implantação do perímetro de irrigação Araras Norte – 2ª etapa, no Estado do Ceará, sob responsabilidade do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas – (DNOCS), uma das irregularidades apuradas por equipe do Tribunal consistiu no estabelecimento, como critério para a habilitação técnica dos licitantes, da apresentação de atestados que comprovassem a execução de um conjunto de serviços considerados de maior relevância e valor significativo na obra em contratação. No edital, entretanto, não haveriam sido definidos os quantitativos mínimos que os atestados deveriam comprovar, e, quando da avaliação da qualificação técnica dos licitantes, o DNOCS arbitrara quantidades mínimas dos referidos serviços para verificar se os licitantes atenderiam aos critérios de habilitação. De tal situação, teve-se como resultado a inabilitação de seis dos oito licitantes, o que, para o relator, evidenciaria que o critério de qualificação técnica adotado não observara o princípio de vinculação ao instrumento convocatório, tendo sido decisivo para a inabilitação da maioria dos licitantes. Por conseguinte, por considerar que a irregularidade seria grave, votou o relator por que o Tribunal ouvisse em audiência o chefe da divisão de licitações do DNOCS, sem prejuízo do encaminhamento de outras determinações à instituição. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência.”

Para elucidar a questão, vejamos a conceituação de Critério de Julgamento do Edital. Segundo o Doutrinado Marçal Justem Filho¹, in verbis:

“as regras sobre os critérios de julgamento são de extrema relevância. O conceito de critério de julgamento deve ser construído de modo sistemático, pela interpretação conjugada de dispositivos constitucionais e legais. Impera o princípio do julgamento objetivo, excluindo-se discricionariedade da seleção da proposta mais vantajosa. Para viabilizar um julgamento objetivo, faz-se necessária a existência de critérios definidos. (...). Ao eleger os critérios de julgamento, ato convocatório condiciona todo curso da licitação”.

A preservação do julgamento objetivo, portanto, demanda a existência de cláusula clara e precisa quanto ao conteúdo dos atestados a serem apresentados, à luz do efetivamente necessário à avaliação da qualificação técnica do licitante para bem executar o objeto licitado, no caso em comento houve a delimitação de no mínimo 10% (dez por cento) ou superior ao objeto desta licitação, previsto expressamente no subitem 11.4.1 do edital, no entanto o critério para a habilitação foi estranho e desconhecido ao instrumento convocatório, configurando a insegurança jurídica da decisão do nobre pregoeiro, a presente manifestação visa demonstrar que as razões recursais estão baseadas na jurisprudência, na Doutrina e na lei, de forma a oportunizar o Pregoeiro , nesta fase da licitação, proceder com o seu juízo de reconsideração, visando a observância dos Preceitos legais mencionados.

Para concluir, importante ressaltar que o Princípios da Vinculação aos termos do edital e da proposta mais vantajosa não se contrapõe. Pelo contrário, se complementam, pois este é precedido por aquele. Vale dizer, portanto, que somente haverá melhor proposta se os requisitos previstos no edital restarem cumpridos quando da sua elaboração.

Frisa-se que o Edital torna-se lei entre as partes tornando-o imutável, eis que, em regra, depois de publicado o Edital, não deve mais a Administração alterá-lo até o encerramento do processo licitatório. Trata-se de garantia à Moralidade e Impessoalidade administrativa e a Segurança Jurídica.

De pronto, não há como se falar em proposta mais vantajosa no caso em comento, pois a habilitação não está em consonância com as normas do edital e os princípios que regem a licitação. Assim, veremos pontualmente que a **H&M UNIFORMES E EPIS EIRERLI** não pode

¹ Marçal Justem Filho - Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Ed. Dialética – 13ª Edição – 2009 – São Paulo;

ser considerada como aquela que apresentou a proposta mais vantajosa, uma vez que não atendeu as exigências do edital. Nesse sentido, destacamos as lições da ilustre Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no art. 3º da Lei n 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender as exigências concernentes a proposta, serão desclassificados (artigo 48, inciso I).”³ (grifamos).

Em nenhum momento houve por parte da Recorrente a presunção de contrariar o Pregoeiro e a Equipe de Apoio, visto que, não há como a Administração pública se distanciar da legalidade ou do Direito, razão pela qual, a decisão precisa ser revista.

Além disso, importante ressaltar, ainda, que para buscar a contratação mais vantajosa ao interesse público, toma-se necessária à segurança atribuída aos habilitantes, vinculando-os ao edital e este ao processo que o antecedeu, conforme o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Isto posto, percebe-se que o presente recurso merece prosperar, e, por conta disso, o Douto Pregoeiro deve reformar sua decisão e inabilitar a licitante **H&M UNIFORMES E EPIs EIRERLI**, por conta do desatendimento da exigência contida no subitem 11.4.1 do edital em epígrafe.

IV - DO PEDIDO

De sorte que, com fundamento nas razões precedentemente aduzidas, requer-se o provimento do presente recurso, com efeito para que seja reformada a decisão em apreço, na parte atacada neste, declarando-se a empresa **H&M UNIFORMES E EPIs EIRERLI** inabilitada para prosseguir no pleito, nos limites do atendimento do subitem 11.4.1 do edital.

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e, na inesperada hipótese de provimento contrário, solicito abertura de

procedimento para a apuração dos fatos, arrimada na presunção de Declaração falsa apresentada pela empresa **H&M UNIFORMES E EPIs EIRERLI**, na conformidade do previsto nos subitens 5.6.2 e 7.4, pois tal conduta trouxe um prejuízo ao regular trâmite processual, bem como serviu para induzir ao pregoeiro à uma decisão contrária aos Princípios da Licitação, visto que o conhecimento das regras do edital foi desprezado pela Licitante que sabendo das exigências burlou a fase de lances, para conseguir nortear a decisão favorável ao seu pleito na fase de habilitação, visando a utilização somente no Princípio da Proposta mais Vantajosa, mas que não cumpriu o edital, tendo a sua participação no certame uma suposta falsidade ideológica, pois a declaração de habilitação foi falsa.

A Recorrente requer também que o Pregoeiro faça este subir, devidamente informado, à Autoridade Superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei nº 8666/93, observando-se ainda o disposto no § 3º do mesmo artigo.

Nestes Termos, Pede Deferimento.

Casimiro de Abreu, 13 de março de 2023.

Renata Bochud Félix
Representante Legal da empresa
PROMIX COMERCIAL LTDA