

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE
ESPINOSA/MG**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO 117/2023
PREGÃO PRESENCIAL Nº 35/2023**

A MIXX CONSTRUÇÕES E LOCAÇÕES EIRELI, CNPJ nº 39.420.376/0001-900, com sede na Rua Dalva Negreiro, nº 199 – Bairro Vaquejada – Serrinha/BA - CEP: 48.700-000 E-mail: mixx.construcoes@hotmail.com, neste ato representado por **JOSÉ GENILDO ROSEIRA SANTOS NETO**, brasileiro, empresário, escrito no CPF sob nº. 013.287.295-16, vem, mui respeitosamente a presença de Vossa Senhoria, tempestivamente, com fundamentos nos art. 5º, incisos XXXIV, alínea “a” e LV, da Constituição Federal, inciso XVIII, Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993 e Edital de Licitação, interpor

**RECURSO ADMINISTRATIVO
COM EFEITO SUSPENSIVO**

contra ato decisório do **PREGOEIRO**, que deixou de credenciar a recorrente para participar do certame, sob alegação que deixou de apresentar a declaração exigida no item 5.6 do Edital, pelas razões de fatos e direito, que passa a expor:

DOS FATOS

A recorrente adquiriu o edital do Pregão Presencial 35/2023, Processo ADM nº 117/2023, para a construção das condições mínimas exigíveis, tendo por objetivo subsidiar o processo licitatório, com o escopo de promover a **“CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PINTURA PREDIAL COM FORNECIMENTO DE MATERIAL, OBJETIVANDO A MANUTENÇÃO/REPARAÇÃO DE IMÓVEIS DA ADMINISTRAÇÃO, CONFORME ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA DO TERMO DE REFERÊNCIA, CONFORME CONDIÇÕES, QUANTIDADES E EXIGÊNCIAS ESTABELECIDAS NESTE EDITAL E SEUS ANEXOS”**.

No ato do credenciamento a ora recorrente teve o seu direito de participar do certamente pela sob alegação que deixou de apresentar a declaração exigida no item 5.6 do Edital:

5.6. Deverão, ainda, no ato do credenciamento, apresentar, sob pena de desclassificação, a declaração da licitante dando ciência de que cumpre plenamente os requisitos de habilitação ao presente processo licitatório (modelo –Anexo VII).

O não credenciamento da recorrente por supostamente não apresentar declaração que cumpre todos os requisitos de habilitação beira o absurdo, ferindo o caráter competitivo do certame, haja vista trata de um ato que pode ser sanado com declaração de próprio punho no momento da licitação, conforme requereu a recorrente.

DO DIREITO

Tal decisão de não credenciar a recorrente fere todos os princípios que rege o procedimento licitatório em especial o da legalidade, contrariando o critério de julgamento de melhor preço para contratação dos serviços.

A recorrente ampara sua pretensão nos princípios básicos contidos no art. 37, XXI, da Constituição Federal, bem como na preservação dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e demais princípios correlatos às licitações públicas:

“Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Cumpre ressaltar, que os atos praticados, pelo Pregoeiro fere a Lei nº 8.666/93, e, especial no inciso I do § 1º, do art. 3º da Lei de Licitação nº 8.666/93, com a seguinte redação:

“Art. 3º 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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;”

No que diz respeito a não juntada da declaração houve um equívoco no momento do credenciamento, razão pela qual data venia máxima requer que seja aceita no presente recurso a correção em fase de diligência, sendo que tal pedido foi feito para o Pregoeiro no momento da seção, ato que deveria ser aceita e dado prosseguimento ao certame.

A decisão do pregoeiro em relação afronta os princípios da seleção da proposta mais vantajosa e do formalismo exagerado, admitindo, expressamente é uma única vez, a complementação da documentação exigida no edital para habilitação no certame, em prazo que não comprometa a sua celeridade, quando no julgamento da proposta for constatada a ausência de parte da documentação obrigatória, podendo ter sido sanado com uma declaração de próprio punho pela recorrente.

Entende-se perfeitamente que a norma, como posta, possa acarretar tais problemas em detrimento do fornecedor detentor da proposta mais vantajosa, em face de um formalismo exagerado, como bem anotado no pronunciamento. No modo como está positivada, pode

realmente privilegiar mais o aspecto procedimental em detrimento do resultado. Não obstante, no vislumbre desta unidade técnica, a problemática apontada não se resolve com contornos normativos, acomodações ou emprego de paralelismos a dispositivos que embora haja animus de que tenham vestes de saneamento de todos os atos do processo, não as têm.

Isso porque admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim), conforme acórdão nº 1211/2021 – Plenário do TCU:

NÚMERO DO ACÓRDÃO

ACÓRDÃO 1211/2021 - PLENÁRIO

RELATOR

WALTON ALENCAR RODRIGUES

PROCESSO

018.651/2020-8 launch

ASSUNTO

Representação acerca de possível irregularidade em pregão eletrônico destinado à contratação de serviços técnicos especializados de desenvolvimento/manutenção de sistemas e soluções de tecnologia da informação. Análise da oitiva.

SUMÁRIO

*REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO
REGIDO PELO DECRETO 10.024/2019.
IRREGULARIDADE NA CONCESSÃO DE*

NOVA OPORTUNIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO AOS LICITANTES, NA FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, SEM QUE O ATO TENHA SIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DO CERTAME. MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA PREJUDICADA. CIÊNCIA AO JURISDICIONADO ACERCA DA IRREGULARIDADE. OITIVA DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA SOBRE A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS NO SISTEMA COMPRASNET. *Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim). O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea "b"; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo 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 da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

Sopesando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e do formalismo excessivo em conjunto com os princípios do formalismo moderado, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade pública, indisponibilidade do interesse público, vantajosidade e economicidade, não podendo o certame prosseguir sem disputa, causando/ prejuízo ao Município de Espinosa.

Também não podemos desconsiderar o fato de que seja uma irregularidade meramente formal e que seja invocado o princípio do formalismo moderado, da razoabilidade e da proporcionalidade. Entretanto, como ao administrador cabe o cumprimento dos dispositivos estabelecidos há de se considerar que há motivo e fundamento no instrumento editalício para o não credenciamento da recorrente com base na inverdade de pelo menos um dos documentos apresentados.

Corroborando com entendimento a Jurisprudência:

DENÚNCIA. PROCESSO LICITATÓRIO. NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO EXIGIDO NO EDITAL. MERA FORMALIDADE. FORMALISMO MODERADO E RAZOABILIDADE. PROPOSTAS VENCEDORAS MAIS VANTAJOSAS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA. 1. A ausência de apresentação de documento que configura mera exigência formal não pode ser capaz de desclassificar os licitantes com proposta mais vantajosa. 2. Verificada observância dos princípios da razoabilidade, formalismo moderado e seleção da proposta mais vantajosa para

a Administração Pública. Segunda Câmara 35ª Sessão Ordinária – 06/12/2018 (TCE-MG - DEN: 1053919, Relator: CONS. GILBERTO DINIZ, Data de Julgamento: 06/12/2018, Data de Publicação: 07/02/2019)

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS. DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA DE LICITANTE EM RAZÃO DE FALHA FORMAL QUE PODERIA SER SOLUCIONADA MEDIANTE DILIGÊNCIA. OITIVA PRÉVIA. ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. NOVA OITIVA. REFERENDO DO PLENÁRIO. (TCU - RP: 19202020, Relator: MARCOS BEMQUERER, Data de Julgamento: 22/07/2020)

Corroborando com o entendimento de que a Administração não pode agir de forma que contrária a legislação, a Professora Dora Maria de Oliveira Ramos, em seu artigo ensina que:

"não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame. Assim, se a fixação de quantitativos em parâmetros de tal forma elevados reduzir drasticamente o universo de licitantes, dirigindo a licitação a um único participante ou a um universo extremamente reduzido deles, ilegal será a exigência, por violação ao art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93" (Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Malheiros, 4ª ed., 2000, p. 139)."

Na esteira dessa afirmação, HELY LOPES MEIRELLES, ensinou que:

A orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis e a não exigência de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados em licitar (“Licitação e Contrato Administrativo”, RT, 10ª ed., p. 127).

A respeito desse ponto, Marçal Juste Filho, ensina sobre a necessidade de:

“Interpretar as exigências da lei e do ato convocatório como instrumentais em relação à satisfação do interesse público. Mesmo vícios formais – de existência irrefutável – podem ser superados quando não importar prejuízo ao interesse público ou aos dos demais licitantes. Não se configura lesão ao interesse de outro licitante restrito apenas à questão de ser derrotado. É imprescritível evidenciar que os defeitos ou vícios da proposta ou documentação traduzem frustração ao espírito competitivo...”

No procedimento de licitação o Nobre Pregoeiro tem que se atentar de forma especial ao Princípio da Legalidade, como princípio basilar, como ensina Marçal Justen Filho:

“No procedimento licitatório, desenvolve-se atividade vinculada. Isso significa ausência de liberdade (como regra) para a autoridade administrativa. A lei define as condições da atuação dos agentes administrativos, estabelecendo a ordenação (seqüência) dos atos a serem praticados e impondo condições excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas.” COMENTÁRIOS A LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Celso Antônio Bandeira norteia que violar um princípio é:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer.

A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas ao específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada...” CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 16.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 818

Nobre julgador não pode o Pregoeiro ao seu bel prazer, com a vontade de selecionar licitante, excluindo as demais em benefício de empresa de sua escolha, fazendo que a licitação não tenha a sua verdadeira essência de escolher a melhor preposta, cometendo ilegalidade que venha trazer prejuízos ao patrimônio público, sob pena de ser responsabilizados civil e criminal.

Cumpra ressaltar, que não pode Poder Público estabelecer exigências restritivas sem que sejam indispensáveis para o melhor atendimento do interesse público, eliminando competidores que seriam capazes de executar o objeto. Deve-se, portanto, sempre garantir os princípios da competitividade, da economicidade e da indisponibilidade do interesse público.

Cumpra ressaltar, que não pode Poder Público estabelecer exigências restritivas sem que sejam indispensáveis para o melhor atendimento do interesse público, eliminando competidores que seriam capazes de executar o objeto. Deve-se, portanto, sempre garantir os princípios da competitividade, da economicidade e da indisponibilidade do interesse público.

Conforme depreende o edital não trouxe regra clara acerca do quantitativo a serem apresentadas pelas empresas licitantes, portanto não pode deixar de credenciar, sob pena está afrontando a legislação de regência das licitações, bem como o Edital o qual está vinculado.

Nobre julgador não pode a Comissão de Licitação ao seu bel prazer, com a vontade de selecionar licitante, excluindo as demais em benefício de empresa de sua escolha, fazendo que a licitação não tenha a sua verdadeira essência de escolher a melhor preposta, cometendo ilegalidade que venha trazer prejuízos ao patrimônio público, sob pena de ser responsabilizados civil e criminal.

Por fim requer a juntada da declaração dando por sanado qualquer irregularidade.

DOS PEDIDOS

Conforme os fatos e argumentos apresentados neste **RECURSO**, solicitamos como lúdima justiça que:

A – A peça recursal da recorrente seja conhecida para, **no mérito, ser DEFERIDA INTEGRALMENTE**, pelas razões e fundamentos expostos, com o **CREDENCIAMENTO** da ora recorrente e prosseguimento do certame;

B – Seja reformada a decisão do Pregoeiro, que deixou de credenciar a recorrente, **conforme motivos consignados neste Recurso, tendo em vista o cumprimento das normas do edital;**

C – Caso o Douto Pregoeiro opte por não manter sua decisão, **REQUEREMOS** que, com fulcro no Art. 109, III, § 4º, da Lei 8666/93, e no Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, seja remetido o processo para apreciação por autoridade superior competente, para apreciação do presente recurso e posteriormente seja **JULGADO TOTALMENTE PROCEDENTE** para declarar **CREDENCIADA** a ora recorrente, por cumprir todos os requisitos do edital, por medida de **JUSTIÇA**.

Por fim requero que seja enviado cópia integral do procedimento administrativo para eventuais medidas necessárias a serem tomadas em outras esferas de controle.

Serrinha, 05 de fevereiro de 2024

Nesses termos,

Pede e espera deferimento

MIXX CONSTRUÇÕES E LOCAÇÕES EIRELI

CNPJ: 39.420.376/0001-90