

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO MIGUEL DA BOA VISTA SENHOR VILMAR SCHMAEDECKE, POR INTERMÉDIO DA SRA. PREGOEIRA

Pregão Presencial n.º 15/2019

PROT. COLO - RECEBIDO
Em: 03/19
Ass: [assinatura]
Nome: [assinatura]
Card: 13:54

DDS COMÉRCIO DE LIXEIRAS E PLACAS LTDA EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 05.299.150/0001-61, com sede localizada na Rua Rio de Janeiro, n.º 1195-D, Bairro Presidente Médici, Chapecó/SC, CEP 89.802-211, por seu representante legal já devidamente credenciada e qualificada neste certame, comparece de modo respeitoso a Vossa Senhoria para com fundamento no art. 4.º inciso XVIII da Lei 10.520/02, apresentar suas:

RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO

Que interpõe em face da decisão da Sra. Pregoeira Municipal que durante a sessão pública do Pregão Presencial n.º 15/2019, decidiu por classificar e habilitar a empresa Gesul Comercial LTDA de forma incoerente, o que fez sob fundamento equivocado, tudo como passamos a expor ao longo das presentes razões.

1. Das questões preliminares

Antecipadamente ao enfrentamento do mérito recursal, importante se faz trazer à discussão questões preliminares relevantes ao desenvolvimento lícito do presente certame e que merecem ser conhecidas antecipadamente.

1.1 Do efeito suspensivo recursal

Inobstante ao teor do item 7.4 do edital, pedimos vênia para que a Administração observe que embora o art. 11, inciso XVIII do Decreto n.º 3.555/2000, expresse que “o recurso contra decisão do pregoeiro não terá efeito suspensivo”, o fato é que na prática tal redação pode levar a equívocos interpretativos viciando todo o procedimento licitatório, além de atentar em face dos princípios da administração pública.

Explicamos.

Diversamente ao que consta expresso no art. 11, XVIII do Decreto n.º 3.555/00, o recurso administrativo possui efeito suspensivo na medida em que a Administração é legalmente impedida de contratar com o licitante declarado vencedor até que ocorra o julgamento definitivo do recurso manejado. Tal disposição encontra-se expressa no inciso XX do mesmo art. 11 do Decreto n.º 3.555/00, bem como no art. 4.º, inciso XXI da Lei n.º 10.520/02. *In verbis*:

XXI – decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

Portanto, em respeito à legislação vigente, bem como para se evitar nulidades futuras, pugnamos para que ao presente recurso seja atribuído efeito suspensivo, impedindo a adjudicação dos objetos, homologação da licitação e contratação até que não definitivamente decidido o presente recurso.

Com o intuito de complementar a fundamentação de nosso raciocínio, citamos a doutrina abalizada de Jessé Torres Pereira Junior:

O Decreto nº 3.555/2000 veio declarar que o recurso contra ato do pregoeiro não terá efeito suspensivo (art. 11, XVIII). Inócua declaração. Se, de um lado, a interposição do recurso não impede a adjudicação pelo pregoeiro, impede, de outro lado, a homologação do procedimento pela autoridade, que, antes, terá de julgar o recurso. Mesmo que o pregoeiro adjudique o objeto ao proponente que classificou em primeiro lugar, a Administração não poderá contratá-lo enquanto não houver a homologação pela autoridade competente, e esta somente poderá homologar se julgar improcedente o recurso. Entre a adjudicação e a contratação, o procedimento estará paralisado à espera do julgamento do recurso e da homologação. Logo, o recurso tem, sim, eficácia suspensiva da contratação, a despeito do que afirma o decreto regulamentador.

Ainda intrigante é a dicção do mencionado art. 11, XVIII, do Regulamento porque, adiante, o inciso XX descreve que, 'decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos procedimentais, a autoridade competente homologará a adjudicação para determinar a contratação'. Infere-se que enquanto a autoridade não decidir sobre os recursos e, após, não homologar o certame, não se passa à contratação. Logo, o recurso paralisa o procedimento, impedindo



a prática dos atos subseqüentes à adjudicação – homologação e contratação – enquanto não for julgado. A isto se chama de eficácia suspensiva do recurso. E ainda haverá a hipótese, ladeada pelo inciso XX, de, dado provimento ao recurso, ordenar-se a repetição ou a revisão dos atos recorridos, ou mesmo, se for o caso, a anulação do pregão desde o seu início. Gratuita, destarte, a negativa da suspensividade. O recurso é desta portador, necessariamente. (cf. in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 8ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2009, p. 1071).

Assim, reiteramos pela concessão de efeitos suspensivos ao presente recurso.

1.2 Da desvinculação do ato convocatório na classificação da proposta da empresa Gesul Comercial LTDA

O segundo ponto preliminar ao conhecimento do mérito recursal está afeto a completa retratação por parte da municipalidade, pois o que ocorre em razão da classificação da empresa GESUL COMERCIAL LTDA é o descumprimento do ato convocatório ao implementar em sua proposta um produto em desacordo ao requerido em edital. O produto ofertado pela Gesul Comercial LTDA faz menção a **um produto produzido pelo processo de ROTOMOLDAGEM e não INJETADO como requer o edital.**

Explicamos.

O termo de referência do edital concebe a especificação do objeto e determina que ele seja:

"Contêiner capacidade mínima de 1.000 litros para coleta de lixo, com tampa, em conformidade com a norma NBR 15911-3, **fabricado em polietileno de alta densidade injetado**, resistente a ação de raios ultravioleta, com 04 rodízios giratórios com capacidade para resistir a carga especificada e os impactos decorrentes da operação (deslocamentos, estabilidade e rolagem), sendo que pelo menos duas com freios de estacionamento. O contêiner deverá dispor dos dispositivos que possibilitem a operação e elevação (basculamento) de forma eficiente e segura. Deve conter também munhão, par de eixos

situados nas laterais do contentor, receptor frontal (ranhuras na parte frontal do contentor para encaixe dos pentes. Dimensões mínimas do contêiner: 1325 mm de altura, 1370mm de largura, 1077mm de profundidade. Com dispositivo de drenagem. Com espaço publicitário na parte frontal conforme padrão a ser definido pelo município. Contêiner nas cores marrom (lixo orgânico) ou amarelo (lixo reciclável), conforme solicitação do município". (GRIFOS NOSSOS, EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL N. 15/2019)

A Administração ao lançar o processo administrativo para compra/serviço de determinado objeto trás as implicações das determinações do produto pautados em critérios objetivos e na razoabilidade da busca pela proposta mais vantajosa, considerando para isso a vinculação ao ato convocatório. Ou seja,

[...] procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse. (*Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 428)

Indiscutivelmente, o processo licitatório tem, justamente, essa função e, ainda, o objetivo de permitir à Administração contratar com a proposta mais vantajosa. Que no presente caso, **coaduna-se com a proposta de nossa empresa que ofertou um produto que atende inteiramente o ato convocatório.** Há diferenças toantes em um produto rotomoldado para o injetado. Para além do processo de fabricação, o contentor rotomoldado trás como matéria o POLIETILENO DE **MÉDIA** DENSIDADE (PEMD), sendo que o exigido em edital é a resina POLIETILENO DE **ALTA** DENSIDADE (PEAD). Em contato com o calor intenso a resina em média densidade acaba por se tornar mais maleável que a alta densidade, que em alguns casos poderá vir dificultar o basculamento do produto. Observamos nessa toada e considerando as questões climáticas do verão em Santa Catarina que o contentor injetado atende de melhor forma ao interesse público da Administração Municipal além de nosso produto vincular-se ao exigido pela Administração no ato convocatório.



Da violação ao art. 40, VII da Lei 8.666/93

Diante do princípio da concentração da defesa, nos cumpre indicar que se porventura mantida a classificação da recorrida ofenderá o art. 40, VII da Lei 8.666/93, pois eis que trará em seu bojo critério de julgamento obscuro e ensejador de dúvidas.

Explicamos.

Toda a regulamentação do certame esta edificada de modo a assegurar à administração as mais amplas prerrogativas. Contudo, dentre o mínimo que dela se exige é que venha o edital com os critérios de julgamento e com suas disposições totalmente claras e coesas com parâmetros objetivos de julgamento. Nesse sentido é o art. 40, VII da Lei de Licitações:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

VII - **critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos**; (grifo nosso)

Condição esta que foi observada no instrumento convocatório. Afinal a forma como foi construído o item 1, do Anexo II, do edital, trás claramente o tipo de objeto que Administração pretende adquirir. Por essa razão, considerando que a recorrente cumpre com esmero a todas as disposições do edital, espreitando analiticamente o objeto ofertado, entendemos que não possa ser mantida a classificação da empresa Gesul Comercial LTDA pois a proposta trás uma inconformidade e não cumpre com o ato convocatório, sob pena de se ensejar grave nulidade ao feito por afronta ao art. 40, VII da Lei 8.666/93.

Da violação ao princípio do instrumento convocatório



Sobre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório cumpre citar sua **previsão legal**, disposta no art. 3.º, da Lei 8.666/93:

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. (grifo nosso).

O art. 41, da Lei 8.666/93, por sua vez, expõe o *sentido* e o *alcance* de aludido princípio. Vejamos:

Art. 41. **A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.**
(grifo nosso)

Portanto, a Administração não pode manter classificada a recorrida sob o argumento de que sua proposta cumpre com os requisitos do edital por ser tal pressuposto ilegal, justamente, por afrontar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Eis que o edital apresentou-se de forma clara e objetiva o objeto. Assim agindo, a Administração acabará por ofender os artigos 3.º e 41, ambos da Lei 8.666/93, o que requeremos a reconsideração da classificação da empresa Gesul.

Vale salientar que o item 4.7, do edital, trás que "Serão desclassificadas as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório", o que não ocorreu com a empresa Gesul, pois o produto não atende na totalidade o ato convocatório, anexo II, motivo que poderia ser realizado a diligência por parte da Administração no ensejo de questionamentos ou dúvidas sobre a conformidade do objeto ou propostas.

Portanto, a decisão que poderá classificar a recorrida é **verdadeiramente ILEGAL** e merece ser retratada por esta Administração, dado o seu poder/dever de autotutela, eximindo-se assim, de eventual controle judicial dos atos administrativos.

Assim, em prol da estrita legalidade exigida do ato vinculado, circunstancia que certamente pactuaremos com esta Administração, verificamos que a exigência



constante no Termo de Referência do edital trás que o contentor necessita ser injetado. Ou seja, um produto que atenderá as necessidades da Administração de acordo com o edital.

1.3 Da inabilitação da empresa Gesul

Oportunamente, indicamos que conforme a ata de sessão pública, observou-se que a empresa Gesul foi classificada e habilitada erroneamente. A empresa Gesul **deixou de apresentar a certidão negativa municipal** exigida no item 5 e anexo I. Além da não apresentação do documento não manifestou no ato do credenciamento a irregularidade do documento como requer o ato convocatório e a Lei Complementar n. 123/2006: "5.2 As empresas enquadradas nos regimes de ME, e EPP, com alguma restrição nos documentos fiscais deverão apresentar junto do credenciamento a solicitação de abertura de prazo para regularização conforme lei pertinente, sob pena de inabilitação no caso da empresa não manifestar formalmente a abertura de prazo".

A RESTRIÇÃO que fala a Lei Complementar 123/2006 faz menção a possibilidade de reapresentação do documento em até 5 (cinco) dias, mas isso não exclui a apresentação do mesmo, mesmo que com restrição, das Certidões de Regularidade Fiscal na sessão pública, envelope 2. A ausência ou não apresentação do documento gera inabilitação da empresa por descumprimento da exigência do ato convocatório que prevê no Anexo I "Para o presente Processo Licitatório, **serão necessários a apresentação dos documentos abaixo relacionados**, que deverão ser apresentados em original ou devidamente autenticados por Cartório ou por servidor público municipal".

Segundo leciona Celso Antonio Bandeira de Mello, a licitação pressupõe duas fases fundamentais, quais sejam: "uma, a da demonstração de tais atributos, chamada habilitação, e outra concernente à apuração da melhor proposta, que é o julgamento". (MELLO, 2006, p. 493).

Portanto, o licitante deve preencher os requisitos legais (habilitação jurídica, técnica, fiscal, econômico-financeira) e oferecer melhor proposta à Administração. Deste modo, será declarado vencedor da licitação e poderá adjudicar seu objeto, conforme disposto no Edital.



Conforme esposado no artigo 48, § 3º, tanto na hipótese de *desclassificação*, que nada mais é senão a “(...) exclusão de proposta desconforme com as exigências necessárias para sua participação no certame”. (MELLO, 2006, p. 560) ou *desqualificação* (não preenchimento de habilitação jurídica, técnica, econômico-financeira, fiscal). Dessa forma, o cumprimento das exigências de habilitação se faz necessário, mesmo que possua alguma restrição. A não apresentação da exigência gera inabilitação pela falta de documento comprobatório do exigido.

A proposta que não atender aos requisitos do Edital será desclassificada ou desqualificada, conforme o caso (art. 48, I). Neste contexto, a segunda melhor proposta será chamada para ser apreciada pela autoridade julgadora.

Do mérito

Em que pese termos a certeza de que a questão preliminar exposta no item 1.2 deste é suficiente para conduzir a reforma da decisão recorrida, seja por reconsideração, seja por decisão da autoridade superior competente, temos em razão do princípio da concentração da defesa, o dever de trazer para o presente procedimento as razões de mérito que justificam a pretensa reforma da decisão. O que fazemos pelos fundamentos de fato e de direito que passamos a expor.

2. Dos pedidos e requerimentos finais

Diante do exposto, requer-se:

- a) Seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso; *subsidiariamente*, requer-se que nenhuma contratação seja realizada até o julgamento definitivo deste recurso;
- b) Seja desclassificada a empresa Gesul Comercial LTDA, pois o produto não atende ao ato convocatório;
- c) Seja inabilitada a empresa Gesul Comercial LTDA pela não apresentação do Comprovante de regularidade para com a Fazenda Municipal, mesmo que irregular;
- d) No mérito, pugnamos pela reconsideração da decisão que classificou a empresa Gesul é o que requeremos pelos fundamentos expostos no presente recurso.
- e) Caso a decisão não seja reconsiderada requeremos que o presente recurso ascenda para apreciação e julgamento pela autoridade superior competente,

desde já pugnando a recorrente pelo seu provimento e reforma da decisão de modo a classificar a recorrente e declara-la vencedora do certame, adjudicando-lhe o seu objeto;

- f) Caso este recurso não seja provido, requer-se a obtenção de cópia integral do procedimento licitatório a fim de instruir procedimento judicial e de representação ao ministério público pela aparente prática de atos de improbidade administrativa.
- g) Para provar o alegado a recorrente pretende se valer de prova documental, pericial e testemunhal.

Nestes termos,
Pedimos deferimento.

Chapecó/SC, 08 de março de 2019.



Siméia Tussi Jacques

DDS Comércio de Lixeiras e Placas Ltda
Siméia Tussi Jacques

Representante devidamente credenciada no Certame de Pregão Presencial n.
15/2019.

