RESPOSTA AO RECURSO ADMINISTRATIVO

Floresta do Araguaia – PA, 18 de novembro de 2021.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DE Nº 031/2021

PREGÃO ELETRÔNICO DE Nº 026/2021

OBJETO: AQUISIÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS PARA IMPLANTAÇÃO DE UNIDADE AGROINDUSTRIAL DE BENEFICIAMENTO DE FRUTAS NO MUNICÍPIO DE FLORESTA DO ARAGUAIA, CONSTANTE DO CONVÊNIO Nº 08/2021/SEDAP.

RECORRENTE: WEST INDÚSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS EM EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS EIRELI.

I – PRELIMINARES

A licitante WEST INDÚSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS EM EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS EIRELI, inscrita sob o CNPJ: 17.971.417/0001-02, impetrou tempestivamente recurso administrativo contra a habilitação da empresa J B CARDOSO SERVICO DE TRANSPORTE LTDA, inscrita sob o CNPJ: 17.918.110/0001-30, no Pregão Eletrônico nº 026/2020. A empresa J B CARDOSO SERVICO DE TRANSPORTE LTDA se manifestou em sede de contrarrazões, de forma igualmente tempestiva.

II - DA TEMPESTIVIDADE E ADMISSIBILIDADE

O critério de aceitabilidade do recurso exige a manifestação imediata e motivada, da intenção de recorrer, tão logo seja declarado o vencedor do certame, conforme dispõe o art. 44 do Decreto 10.024 de 20 de setembro de 2019:

> Art. 44. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante o prazo concedido na sessão pública, de forma imediata, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer.
>
> § 1º As razões do recurso de que trata o caput deverão ser apresentadas no prazo de três dias.
>
> § 2º Os demais licitantes ficarão intimados para, se desejarem, apresentar suas contrarrazões, no prazo de três dias, contado da data final do prazo do recorrente, assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.
>
> § 3º A ausência de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer, nos termos do disposto no caput, importará na decadência desse direito, e o pregoeiro estará autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor.

Avenida Juscelino Kubitschek, Nº 1962, Centro, Floresta do Araguaia - PA, CEP: 68.543-000,
e-mail: pmfacpl@gmail.com

§ 4º O acolhimento do recurso importará na invalidação apenas dos atos que não podem ser aproveitados.

Assim, a peça recursal e as contrarrazões apresentadas pelas empresas licitantes, cumprem os requisitos de admissibilidade previstos na legislação, pelo que se passa à análise de suas alegações.

III - DO RECURSO

As razões apresentadas pela licitante WEST INDÚSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS EM EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS EIRELI podem ser visualizadas no Portal de Compras Públicas (http://www.portaldecompraspublicas.com.br), as quais seguem abaixo reproduzidas na íntegra:

A Comissão de Licitação da Prefeitura Municipal de Floresta do Araguaia/PA

Ref. Pregão Eletrônico nº. 026/2021 – Processo Licitatório nº. 031/2021

WEST INDUSTRIA COMERCIO E SERVIÇOS EM EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS EIRELI, inscrita no CNPJ: 17.971.417/0001-02, com sede na Rua Jaime Schmitz, 265, Encosta do Sol, CEP 36083-013, Juiz de Fora - MG, neste ato representada por seu representante legal CLAUDIO MARSAIOLI STEIN, vem interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

o que faz pelas razões que passa a expor.

SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de licitação na modalidade Pregão cujo objeto é a aquisição de Máquinas e Equipamentos para Implantação de Unidade Agroindustrial de Beneficiamento de Frutas no Município de Floresta do Araguaia, constante do Convênio nº 08/2021/SEDAP, conforme especificações, segundo quantitativos e demais condições estabelecidas no termo de referência.

Assim, durante o regular trâmite do procedimento licitatório, mais precisamente na fase de lances, houve empate nas propostas apresentadas pela empresa recorrente e a empresa J B CARDOSO SERVICO DE TRANSPORTE LTDA, tendo ambas ofertado o valor de R$109.000,00 (cento e nove mil reais), em lance na modalidade fechado.

Todavia o critério para desempate não foi corretamente observado, segundo os critérios previsto no edital, senão vejamos.

O instrumento convocatório prevê que em caso de empate entre microempresas ou empresas de pequeno porte, será realizado sorteio eletrônico entre as empresas com propostas equivalentes, permitindo a sorteada apresentar a melhor oferta em primeiro lugar, para então após ser ofertado pela segunda empresa seu lance.

Todavia, tendo o ilustre pregoeiro efetivado o sorteio, não foi permitido a nova rodada de lances pelas empresas com propostas equivalentes, não havendo sequer ocorrido a formulação de lance pela empresa J B CARDOSO SERVICO DE TRANSPORTE LTDA. Na verdade foi apenas questionado a referida empresa, já na fase de habilitação, se a mesma não poderia reduzir o valor, tendo ela informado que não.

Assim, resta nítido que o critério de desempate, previsto no artigo 11.27 do edital não restou observado, trazendo nítido prejuízo a empresa recorrente.

Avenida Juscelino Kubitschek, Nº 1962, Centro, Floresta do Araguaia - PA, CEP: 68.543-000,
e-mail: pmfacpl@gmail.com

Ademais, como se não bastasse as informações acima levantas, importante ainda destacar que a empresa J B CARDOSO SERVICO DE TRANSPORTE LTDA não possuía regularidade na documentação exigida pelo edital para sua habilitação, visto que os atestados técnicos não possuem correlação com o objeto licitado, assim como o CNAE da empresa não guarda nenhuma relação com as atividades relacionadas ao objeto licitado.

Neste sentido, restando cabalmente demonstrado o prejuízo sofrido pela empresa recorrente, vez que não foram observados os critérios previstos no instrumento convocatório, assim como diante da incompatibilidade da documentação apresentada pela empresa J B CARDOSO SERVICO DE TRANSPORTE LTDA, interpõe o tempestivo recurso.

DA NECESSÁRIA INABILITAÇÃO DA EMPRESA J B CARDOSO SERVICO DE TRANSPORTE LTDA

Pelo princípio do vínculo ao instrumento convocatório, todos os licitantes devem cumprir rigorosamente as regras previstas no edital, de forma que não há discricionariedade do Pregoeiro em admitir a sua não observância.

No presente caso, referida empresa não atendeu as regras entabuladas no instrumento convocatório ao apresentar documentação irregular, vejamos.

A empresa J B CARDOSO SERVICO DE TRANSPORTE LTDA não possui regularidade na documentação exigida pelo edital para sua habilitação, visto que os atestados técnicos não possuem correlação com o objeto licitado, assim como o CNAE da empresa não guarda nenhuma relação com as atividades relacionadas ao objeto licitado.

Portanto, tais documentos NÃO são hábeis para comprovar a qualificação técnica exigida pelo edital, de forma que não atende os objetivos traçados pela Administração Pública.

Portanto, se trata de inequívoco descumprimento aos termos do edital devendo culminar com a **sua INABILITAÇÃO, conforme precedentes sobre o tema:**

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. REQUISITOS DO EDITAL. INOBSERVÂNCIA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO. 1. **O edital é a lei interna do procedimento licitatório, não pode ser descumprido pela Administração e deve ser observado por todos os licitantes, para que concorram em igualdade de condições.** 2. In casu, a parte agravante, para a comprovação da capacidade técnica-operacional, apresentou atestados (fls. 216/220) em nome da empresa ** com quantitativos insuficientes, bem como atestados em nome da empresa **, não participante do consórcio recorrente, o qual é constituído apenas pelas empresas ***. 3. **O descumprimento das cláusulas constantes no edital conduz à inabilitação da licitante, pois, do contrário, estar-se-iam afrontando os princípios norteadores da licitação, expressos no art. 3º da Lei 8.666 /93.** AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70077112092, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 29/08/2018). #4061942
>
> ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. AJUSTE DE PLANILHA. REDUÇÃO DO PREÇO OFERTADO NO ITEM. NULIDADE. CARACTERIZADA. 1. O edital faz lei entre as partes e vincula a Administração, mostrando-se inadmissível modificação das condições pré-estabelecidas no curso da licitação.2. De acordo com o art. 3º da Lei nº 8.666/93, a licitação destina-se garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Da mesma forma, disciplina o pregão revisto na Lei nº 10.520/2002, modalidade de licitação, em relação a qual se aplicam subsidiariamente as disposições da Lei nº 8.666/93. **Não basta, pois, obter-se a proposta mais vantajosa para a administração, devendo-se, na verdade, garantir a efetiva igualdade de condições entre os licitantes e o respeito às demais regras e princípios jurídicos, em especial aqueles que orientam as ações da Administração**.3. A alteração das cotações de itens individuais em pregão

Avenida Juscelino Kubitschek, Nº 1962, Centro, Floresta do Araguaia - PA, CEP: 68.543-000,
e-mail: pmfacpl@gmail.com

> eletrônico visando o ajuste do valor total configura conduta inaceitável em pregões cujo o valor global é formado pelos lances individuais de cada item, pois confere vantagem indevida ao licitante que trabalha os lances de todos os itens sem a pressão dos concorrentes (seja por estarem muito acima ou muito abaixo do preço de mercado) e implica em desvantagem para as outras licitantes, frustrando os princípios norteadores das licitações públicas, além de aumentar o risco de ocorrência de jogo de planilha.4. (...)(TRF4, AC 5049112-45.2017.4.04.7100, Relator(a): LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, QUARTA TURMA, Julgado em: 19/09/2018, Publicado em: 21/09/2018)

Afinal, se a empresa não concordasse com a exigência editalícia, caberia a ela realizar a impugnação ao edital previamente. Não o fazendo e concordando com a disposição do edital, deve se vincular a ele:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO.LICITAÇÃO. ESTACIONAMENTO ROTATIVO. ÍNDICES UTILIZADOS NA PROPOSTA QUE DIFEREM DO EDITAL. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. Havendo a empresa apresentado taxa de ocupação diversa do edital convocatório, afigura-se correta a decisão administrativa que inabilitou a agravante no certame. Inteligência dos arts. 41 e 44 da Lei nº 8.666 /93. E**ntendendo possível maiores taxas de ocupação, deveria a parte ter atacado o edital de licitação, e não apresentar proposta em desacordo com a previsão nele contida, e ao qual estava vinculada.** Precedentes desta Corte. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70076602291, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 09/05/2018).

Motivo que deve culminar em sua imediata inabilitação.

DOS OBJETIVOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA - DO VÍNCULO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

A Licitação pública tem como finalidade atender um **INTERESSE PÚBLICO**, de forma que seus critérios devem ser observados por todos os participantes em estado de **IGUALDADE**, para que seja possível a obtenção da **PROPOSTA MAIS VANTAJOSA**.

Portanto, ao deixar de aplicar os dispositivos editalícios em isonomia entre os competidores há grave afronta a tais princípios, além de ferir o próprio **PRINCÍPIO DA FINALIDADE**.

Pelo princípio do vínculo ao instrumento convocatório, a Comissão Julgadora não pode criar novos critérios de julgamento sem observância ao disposto no edital.

O instrumento convocatório prevê que em caso de empate entre microempresas ou empresas de pequeno porte, será realizado sorteio eletrônico entre as empresas com propostas equivalentes, permitindo a sorteada apresentar a melhor oferta em primeiro lugar, para então após ser ofertado pela segunda empresa seu lance.

Todavia, tendo o ilustre pregoeiro efetivado o sorteio, não foi permitido a nova rodada de lances pelas empresas com propostas equivalentes, não havendo sequer ocorrido a formulação de lance pela empresa J B CARDOSO SERVICO DE TRANSPORTE LTDA. Na verdade foi apenas questionado a referida empresa, já na fase de habilitação, se a mesma não poderia reduzir o valor, tendo ela informado que não.

Assim, resta nítido que o critério de desempate, previsto no artigo 11.27 do edital não restou observado, trazendo nítido prejuízo a empresa recorrente.

O princípio do vínculo ao instrumento convocatório materializa o princípio da legalidade no processo licitatório e vem expressamente positivado na Lei 8.666/93, nos seguintes termos:

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

Avenida Juscelino Kubitschek, Nº 1962, Centro, Floresta do Araguaia - PA, CEP: 68.543-000,
e-mail: pmfacpl@gmail.com

A observância ao edital efetiva o princípio inscrito dentre os demais princípios que regem a Administração Pública, disposto no caput do artigo 37 da Carta Magna:

> ***Art. 37.*** *A administração pública direta e indireta de qualquer do Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de* ***legalidade****, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).*

O princípio da legalidade é a base de todos os demais princípios, uma vez que instrui, limita e vincula as atividades administrativas, conforme refere Hely Lopes Meirelles:

> *"A legalidade, como princípio de administração (CF, art.37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.*
>
> *A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da lei9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.*
>
> *Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'poder fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'."(in Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros, 27ª ed., p. 86),*

No mesmo sentido, leciona Diógenes Gasparini:

> *"O Princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade do seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal ou que exceda o âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo o que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situação excepcional (grande perturbação da ordem, guerra)" (in GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo, Ed. Saraiva, SP, 1989, p.06)*

Portanto, uma vez demonstrado o descumprimento aos critérios de desempate previsto no edital, tem-se por inequívoca a nulidade do ato administrativo.

CONCLUSÃO

ISTO POSTO, diante da plena comprovação de atendimento ao edital, REQUER, o recebimento do presente recurso, em **seu efeito suspensivo**, nos termos do art 109, § 2º, da Lei 8.666/93;

Ao final, julgar totalmente procedente o presente recurso, declarando a inabilitação da empresa J B CARDOSO SERVICO DE TRANSPORTE LTDA e, eventualmente, declarada a nulidade **de todos os atos praticados a partir da fase de lances, sendo garantido a empresa recorrente a observância dos critérios de desempate previstos no instrumento convocatório.**

Não alterando a decisão, **requer o imediato encaminhamento à Autoridade Superior nos termos do art. 109, §4º da Lei 8.666/93.**

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Juiz de Fora, 08 de novembro de 2021.

WEST INDUSTRIA COMERCIO E SERVIÇOS EM EQUIPAMENTOS EIRELI

Avenida Juscelino Kubitschek, Nº 1962, Centro, Floresta do Araguaia - PA, CEP: 68.543-000,
e-mail: pmfacpl@gmail.com

IV – DAS CONTRARRAZÔES

A licitante recorrida J B CARDOSO SERVIÇOS DE TRANSPORTES LTDA apresentou contrarrazões, que podem ser visualizadas no Portal de Compras Públicas (http://www.portaldecompraspublicas.com.br), as quais seguem abaixo reproduzidas na íntegra:

A Comissão de Licitação da Prefeitura Municipal de Floresta do Araguaia/PA

Ref. Contrarrazão do Recurso do Pregão Eletrônico nº. 026/2021 – Processo Licitatório nº.

031/2021

A empresa **J B CARDOSO SERVIÇOS DE TRANSPORTES LTDA**, inscrita no CNPJ: 17.918.110/0001-30, com sede na Av. Três Barras, 483 – Sala 02 – Vilas Boas – Campo Grande – MS, neste ato representada por seu representante legal JEFFERSON BENITES CARDOSO, inscrito no CNPJ 17.918.110/0001-30, vem respeitosamente apresentar nossa contrarrazão referente ao recurso apresentado no certame supra identificado.

Referente a CAPACIDADE TÉCNICA: Primeiramente nos estranha o concorrente querer nos desclassificar nesse critério, pois nossa capacidade técnica atende a compatibilidade dos produtos licitados. Lembrando que ser compatível não necessita de ser igual, pois se fosse dessa forma o edital seria direcionado a somente algumas empresas. Mesmo o pregoeiro nos habilitando, respondemos ao recorrente;

A qualificação técnica tem a finalidade de aferir a aptidão técnica do licitante conferindo segurança à Administração Pública de que o mesmo possui pleno conhecimento técnico para a execução do contrato, caso se sagre vencedor do certame.

Neste sentido, Joel de Menezes Niebuhr descreve que a "Administração Pública, ao avaliar a qualificação técnica dos licitantes, pretende aferir se eles dispõem dos conhecimentos, da experiência e do aparato operacional suficiente para satisfazer o contrato administrativo.

1 - Dentre os documentos arrolados taxativamente pela Lei de Licitações para cobrar dos licitantes para fins de qualificação técnica, existem os atestados de capacidade técnica que estão estipulados no artigo 30, II e § 1º, I, da Lei n. 8.666.

Os atestados de capacidade têm a finalidade de comprovar para a Administração Pública, por intermédio de um documento subscrito por terceiro alheio à disputa licitatória, de que o licitante já executou o objeto licitado em outra oportunidade e a referida execução foi a contento, o que gerará confiança e segurança à Administração licitadora de o aludido licitante possuir expertise técnica.

Marçal Justen Filho enaltece a relevância do atestado ao discorrer que "em todo o tipo de contratação pode cogitar-se da exigência de experiência anterior do licitante como requisito de segurança para a contratação administrativa.

2 - Convém destacar que a interpretação do artigo 30 no que concerne aos atestados, deve ser cautelosa e primar pela finalidade precípua da exigência, qual seja: a demonstração de que os licitantes possuem condições técnicas para executar o objeto pretendido pela Administração caso venha a sagrar-se vencedor.

Portanto, a apresentação de atestados visa demonstrar que os licitantes já executaram, anteriormente, objetos compatíveis em características com aquele definido e almejado na licitação. A finalidade da norma é clara: resguardar o interesse da Administração – a perfeita execução do objeto da licitação -, procurando-se, com a exigência de demonstração de capacidade, preservar a competição entre aqueles que reúnam condições de executar objeto similar ao licitado.

A própria Constituição da República assevera no inciso XXI de seu art. 37, in fine, que somente serão permitidas as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Por todas estas razões, não resta dúvida que os agentes públicos deverão atuar ao examinar os atestados com esteio nos princípios, dentre outros, da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e do formalismo moderado. Não se devem excluir quaisquer licitantes por equívocos ou erros formais atinentes à apresentação do atestado, até porque, relembrando escólios de Benoit, o processo licitatório não é uma

Avenida Juscelino Kubitschek, Nº 1962, Centro, Floresta do Araguaia - PA, CEP: 68.543-000,
e-mail: pmfacpl@gmail.com

verdadeira gincana ou comédia.

3 - Ao se prescrever que a licitação é um processo administrativo formal nos termos do artigo 4º da Lei nº 8.666/1993 não significa formalismo excessivo e nem informalismo, e sim um formalismo moderado.

Como dito por Hely Lopes Meirelles, "a orientação é a dispensa de rigorismos inúteis e a não exigência de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados em licitar. "

4 - Nesta mesma linha de afastar possíveis formalismos excessivos nos atestados o Tribunal de Contas da União tem posicionamento sólido e inclusive determina que havendo qualquer dúvida nos atestados é dever da Administração Pública realizar a competente diligência: Licitação para contratação de bens e serviços: As exigências para o fim de habilitação devem ser compatíveis com o objeto da licitação, evitando-se o formalismo desnecessário.

Conclui, a exigência e a demonstração de capacidade técnica por meio dos atestados têm o escopo de resguardar a Administração Pública de que o licitante possui expertise e aptidão técnica, caso seja o vencedor do certame e venha a ser contratado. Neste prisma, os documentos apresentados no pregão eletrônico em questão sobre a habilitação deverão ser apreciados e interpretados sempre preconizando a teleologia (finalidade) do documento para a consecução do interesse público.

Portanto, observa que nossa capacidade técnica, foram de máquinas entregues para um frigorífico de peixes, produtos pelos quais serão usados na área de alimentação, ou seja, produtos compatíveis com os objetos aqui licitados, como por ex o produto (serra fita industrial) ao qual possui na capacidade técnica e nas notas fiscais em anexo.

Com relação ao CNAE compatível que nosso nobre concorrente alega que não possuímos, conforme podem consultar nosso contrato social, temos sim, e diga-se de passagem, temos os mesmos que o concorrente tem, o que se estranha é como ele pode querer nos desenquadrar, sendo que é o mesmo dele, onde deixa transparecer que não se trata de querer "fazer o certinho" mas acaba deixando a impressão que o intuito é de estar arrumando argumento (incoerente) para tentar desclassificar e tumultuar o certame, em vez que deveria se preocupar em ver a melhor e mais vantajosa proposta para este município.

Com relação ao que nosso concorrente pede, falando que houve uma falha em não abrir para a empresa dele cobrir o lance após a negociação, creio que ele esqueceu de ver, pois nossa empresa também é Microempresa (igual à que ele se enquadra), no entretanto foi procedido CORRETAMENTE o processo da licitação que descreve no Edital, e conforme o item 11.27 foi feita o sorteio conforme consta na ata, "22/10/2021 - 08:52:36 Sistema

Desempate realizado para o item 0003 tem como vencedor o fornecedor com token 2." (Para esclarecimentos, entramos em contato com o atendimento ao fornecedor do Portal de Compras, através do protocolo 204942, onde nos explanou sobre essa última fase do desempate entre as microempresas, onde nos informou que é efetuado via sistema, sem que haja até este momento do sorteio, o conhecimento do nome das empresas, pelo pregoeiro, onde é revelado o nome da empresa vencedora, apenas após esse procedimento, onde ele anuncia o vencedor do item, onde novamente o pregoeiro foi corretíssimo em seus procedimentos e observância ao edital.)

Temos a certeza que por estarmos atendendo rigorosamente ao edital, acreditamos que esse Pregoeiro manterá nossa habilitação, pois o mesmo procura sempre o melhor preço para administração pública, seguindo o princípio da razoabilidade, sem excesso de formalismo por parte deste e o mesmo manterá sua decisão inicial de habilitação.

Sem mais, nos colocamos a disposição para quaisquer outras dúvidas ou informações.

Campo Grande-MS, 11 de novembro de 2021.

Jefferson Benites Cardoso

J B Cardoso Serviços de Transportes Ltda

Avenida Juscelino Kubitschek, Nº 1962, Centro, Floresta do Araguaia - PA, CEP: 68.543-000,
e-mail: pmfacpl@gmail.com

V - DA ANÁLISE

Inicialmente, cumpre informar que o certame foi conduzido de maneira imparcial e isonômica pelo Pregoeiro. Este tem o dever de agir, visando o interesse público e a proposta mais vantajosa, além de obedecer rigorosamente a todos os princípios que regem o universo licitatório, dentre eles a vinculação do instrumento convocatório.

No entanto, mediante algumas afirmações feitas pela recorrente, os pontos merecem ser analisados.

Pugna a recorrente pelo conhecimento do recurso a fim de que a decisão seja reformada, alegando, em síntese, que houve erro de procedimento por parte do pregoeiro ao realizar o sorteio para desempate de preços entre as licitantes, e que a licitante J B CARDOSO SERVIÇOS DE TRANSPORTES LTDA não cumpriu com os requisitos de habilitação, por apresentar atestados de capacidade técnica sem correlação com o objeto licitado e por não possuir CNAE relativo ao objeto licitado.

Em análise ao primeiro ponto apontado pela recorrente em referência ao procedimento adotado pelo pregoeiro para o desempate de lances apresentados pelas licitantes concorrentes, nota-se que a recorrente fez tremenda confusão ao interpretar o edital e a legislação vigente, visto que levou em consideração apenas a leitura do item 11.27 do edital, ignorando que este item é continuidade dos itens anteriores e que tratam especificamente do empate ficto previsto na Lei Complementar 123/2006, sendo que o item 11.27 citado pela recorrente tem relação direta com o Inciso III do Art. 45 da mencionada lei.

Vejamos o que diz o edital e a legislação sobre o tema:

Edital:

> *"**11.24 No caso dos itens de ampla participação, será assegurada como critério de desempate, a preferência de contratação para as Microempresas – ME, Empresas de Pequeno Porte - EPP ou Cooperativas, conforme a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e que tenham declarado que se enquadram nessas categorias, conforme itens 11.1 e 11.2 deste capítulo.***
>
> *11.25 Entende-se por empate quando as propostas apresentadas pelas Microempresas – ME, Empresas de Pequeno Porte – EPP ou Cooperativas sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superiores à proposta mais bem classificada.*
>
> *11.25.1 O critério de empate (5%) deverá ser aferido segundo o preço obtido após a negociação prevista neste capítulo ou, se esta não surtir efeito, deve-se considerar o lance mais vantajoso.*
>
> ***11.26 Ocorrendo o empate, a Microempresa - ME, Empresa de Pequeno Porte – EPP ou Cooperativa melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado.***
>
> *11.26.1 A proposta deverá ser apresentada no prazo máximo de 05 (cinco) minutos a partir da solicitação do pregoeiro, sob pena de preclusão.*
>
> ***11.27 No caso de equivalência dos valores apresentados pelas Microempresas - ME, Empresas de Pequeno Porte – EPP ou Cooperativa, será realizado sorteio eletrônico entre elas para que se identifique àquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.***

Avenida Juscelino Kubitschek, Nº 1962, Centro, Floresta do Araguaia - PA, CEP: 68.543-000,
e-mail: pmfacpl@gmail.com

11.28 Não ocorrendo à contratação da Microempresa - ME, Empresa de Pequeno Porte – EPP ou Cooperativa, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese do item 11.20 deste capítulo, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito.

11.29 Na hipótese de não contratação nos termos previstos nos item 11.22 deste capítulo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame, ou seja, da empresa que não se enquadra como microempresa ou empresa de pequeno porte que apresentou a melhor proposta.

11.30 Não ocorrerá o empate se a proposta mais bem classificada já for de Microempresas - ME, Empresas de Pequeno Porte – EPP ou cooperativa (enquadrada dentro do faturamento limite, previsto em lei).

11.31 O Sistema de Compras Eletrônicas informará às empresas que se enquadrarem no item 11.1 e 11.2 deste Capítulo." (Grifo nosso).

Lei Complementar 123/2006:

"Art. 44. *Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. (Vide Lei nº 14.133, de 2021)*

§ 1o Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2o Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1o deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma: (Vide Lei nº 14.133, de 2021)

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

Avenida Juscelino Kubitschek, Nº 1962, Centro, Floresta do Araguaia - PA, CEP: 68.543-000,
e-mail: pmfacpl@gmail.com

§ 1o Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2o O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3o No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão." (Grifo nosso).

Decreto Federal nº 10.021/2019:

*"**Critérios de desempate***

Art. 36. *Após a etapa de envio de lances, haverá a aplicação dos critérios de desempate previstos nos art. 44 e art. 45 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, seguido da aplicação do critério estabelecido no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, se não houver licitante que atenda à primeira hipótese.*

Art. 37. Os critérios de desempate serão aplicados nos termos do art. 36, caso não haja envio de lances após o início da fase competitiva.

Parágrafo único. Na hipótese de persistir o empate, a proposta vencedora será sorteada pelo sistema eletrônico dentre as propostas empatadas.

CAPÍTULO IX

DO JULGAMENTO

Negociação da proposta

Art. 38. *Encerrada a etapa de envio de lances da sessão pública, o pregoeiro deverá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado o melhor preço, para que seja obtida melhor proposta, vedada a negociação em condições diferentes das previstas no edital.*

§ 1º A negociação será realizada por meio do sistema e poderá ser acompanhada pelos demais licitantes.

*§ 2º O instrumento convocatório deverá estabelecer prazo de, no mínimo, duas horas, contado da solicitação do pregoeiro no sistema, para envio da proposta e, se necessário, dos documentos complementares, adequada ao último lance ofertado após a negociação de que trata o **caput**.*

Julgamento da proposta

Art. 39. Encerrada a etapa de negociação de que trata o art. 38, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à adequação ao objeto e à compatibilidade do preço em relação ao máximo estipulado para contratação no edital, observado o disposto no parágrafo único do art. 7º e no §

Avenida Juscelino Kubitschek, Nº 1962, Centro, Floresta do Araguaia - PA, CEP: 68.543-000,
e-mail: pmfacpl@gmail.com

9º do art. 26, e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital, observado o disposto no Capítulo X." (Grifo nosso).

Portanto, resta claro que o pregoeiro adotou o procedimento correto em estrita obediência aos ditames legais.

Cabe ainda elucidar que o procedimento adotado pelo pregoeiro após a realização do sorteio eletrônico para o desempate dos lances oferecidos pelas concorrentes (ambas microempresas), não se trata de nova fase de lances para disputa de preços, e sim de procedimento de negociação de preços conforme previsto no Art. 38 do Decreto Federal de nº 10.024/2019, a fase de disputa já havia se esgotado em momento anterior quando todos os participantes tiveram a oportunidade de ofertar seus preços e cobrir as ofertas de seus concorrentes, o que deveria ter sido feito pela recorrente já que alega ter condições de ofertar menor valor para sua proposta, porem não o fez em tempo oportuno, restando claro simples insatisfação por perder a disputa por falta de habilidade do operador.

No segundo ponto atacado, a recorrente alega que a sua concorrente deixou de cumprir com os requisitos para a sua qualificação técnica ao apresentar atestado de capacidade técnica de fornecimento de produtos incompatíveis com o objeto licitado, porém como pode ser verificado por quem interessar a empresa atacada J B CARDOSO SERVIÇOS DE TRANSPORTES LTDA, apresentou atestado emitido em seu favor pelo Município de Dois Irmãos do Buriti – MS, onde comprova o fornecimento de máquinas e equipamentos industriais, existindo similaridade com o objeto licitado.

Vejamos o que diz o edital:

"QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:

13.4.1. No mínimo 01 (um) atestado de capacidade técnica, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado com assinatura reconhecida em cartório, que comprove que a licitante executou ou está executando a contento, atividade pertinente e compatível em características com os objetos licitados."

Cabe esclarecer que o fato dos produtos relacionados no atestado apresentado pela licitante não ser exatamente iguais aos produtos licitados, não a desabilita. Desabilitar a licitante por esse motivo seria claramente um excesso de formalismo, o que fere o principio da razoabilidade.

No terceiro e derradeiro apontamento a recorrente alega que a empresa atacada não possui CNAE relacionado ao objeto da licitação. Porém ao analisar a documentação apresentada pela empresa J B CARDOSO SERVIÇOS DE TRANSPORTES LTDA, verificou-se que em seu contrato social (consolidação), precisamente na página 4, consta no rol de suas atividades a atividade: COMERCIO ATACADISTA DE MAQUINAS E EQUIPAMENTOS PARA USO INDUSTRIAL, PARTES E PEÇAS, portanto compatível com o objeto da licitação que é a aquisição de máquinas e equipamentos para a agroindústria.

É sabido que as atividades de uma empresa na qual ela tenha permissão de atuar, são aquelas atividades que constam no Contrato Social e suas alterações.

Portanto, até por motivo de espaço, mesmo que o CNAE (Objeto Licitado) não esteja no Cartão do CNPJ, porém esteja no Contrato Social, é expressamente proibido a sua desclassificação.

Vejamos o que diz a Receita Federal sobre esse assunto:

*"Diante disso, ressalta-se que não haveria a priori lesão e motivo para a exclusão da empresa por não apresentar todas as informações sobre a sua CNAE. Além disso, a empresa também poderá comprovar que **possui especialização no ramo da atividade licitada por meio do seu contrato***

Avenida Juscelino Kubitschek, Nº 1962, Centro, Floresta do Araguaia - PA, CEP: 68.543-000,
e-mail: pmfacpl@gmail.com

> ***social*** *(Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre – 6ª Turma. Portal Fazenda do Governo Federal." (Grifo nosso)*

O Tribunal de Contas da União -TCU, tem o mesmo entendimento conforme consta do Acórdão 1.203/2011 – plenário.

Nesse entendimento, o CNAE é um código identificador para a Receita Federal (sob a égide do IBGE), enquanto o Contrato Social determina quais as atividades, realmente a empresa possa atuar.

Sendo assim, é entendido que mesmo que o CNAE apresentado no CNPJ não seja compatível com o objeto licitado, porém o Contrato Social demonstra que esta atividade tem sido agraciada, não há nada a fazer, senão HABILITAR a empresa licitante.

É importante frisar, que havendo alguma omissão nos documentos de habilitação e/ou na proposta, há um poder-dever por parte do Pregoeiro e Equipe de Apoio em julgar, superando-se o dogma do formalismo excessivo e prestigiando a razoabilidade e a busca pela eficiência, ampliação da competitividade e a proposta mais vantajosa para a Administração.

São frequentes as decisões do Tribunal de Contas da União que prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado.

Resumidamente, o formalismo moderado se relaciona a ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Nesse sentido, orienta o TCU no acórdão 357/2015-Plenário:

> *"No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados."*

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do *caput* do art. 41 da lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do edital. Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios.

Nesse sentido, orienta o TCU no acórdão 119/2016-Plenário:

> *"Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios." (Acórdão 119/2016-Plenário).*

Ao contrário do que ocorrem com as regras/normas, os princípios não são incompatíveis entre si. Diante de um conflito de princípios (p. ex., vinculação estrita ao instrumento convocatório x obtenção da proposta mais vantajosa), a adoção de um não provoca a aniquilação do outro.

Nessas hipóteses, a análise deve considerar a importância de cada princípio no caso concreto, e realizar a ponderação entre eles a fim de determinar qual prevalecerá, sem perder de vista os aspectos normativos. Por esse motivo, as soluções não respeitam fórmulas prontas, podendo variar de um caso para outro.

Avenida Juscelino Kubitschek, Nº 1962, Centro, Floresta do Araguaia - PA, CEP: 68.543-000,
e-mail: pmfacpl@gmail.com

No caso em questão, derrubadas as demais alegações, a empresa J B CARDOSO SERVIÇOS DE TRANSPORTES LTDA não merece ser inabilitada no certame, pois a mesma atingiu o objetivo do edital ao apresentar atestado de capacidade técnica de fornecimento de máquinas e equipamentos industriais e possuir em seu contrato social atividade compatível ao objeto da licitação.

Vale lembrar que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas.

V - CONCLUSÃO

Diante dos fatos contidos na análise, recomendo à Autoridade Competente, pelo reconhecimento do recurso interposto pela empresa WEST INDÚSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS EM EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS EIRELI, e pelo seu julgamento **IMPROCEDENTE**, mantendo assim, a decisão que declarou vencedora no certame a empresa J B CARDOSO SERVIÇOS DE TRANSPORTES LTDA.

Em obediência ao art. 17, VII, Decreto 10.024/19, encaminha-se os autos à autoridade superior para sua análise, consideração e decisão do Recurso Administrativo em pauta.

DIVAILTON MOREIRA DE SOUZA:82660808287
Dados: 2021.11.18 13:46:28 -03'00'

DIVAILTON MOREIRA DE SOUZA
PREGOEIRO
DECRETO Nº 189/2021

Avenida Juscelino Kubitschek, Nº 1962, Centro, Floresta do Araguaia - PA, CEP: 68.543-000,
e-mail: pmfacpl@gmail.com