



RECURSO ADMINISTRATIVO – PREGÃO PRESENCIAL 035/2021 – PREFEITURA MUNICIPAL DE BRAZOPOLIS-MG

Aos cuidados da pregoeira

Sra Helen Gabriele Ap. de Azevedo Fernandes

ARTEMIS SOLUTIONS GROUP & ATACADISTA EIRELI, inscrita no sob nº 23.789.384/0001-79, neste ato representada pelo seu proprietário o Sr. Fernando Fortes Ribeiro, vem por meio deste interpor RECURSO ADMINISTRATIVO, visando a reforma da decisão proferida pela pregoeira. Requer que o presente recurso seja conhecido e processado para que, em caso de indeferimento, seja julgado na instancia administrativa superior, o que faz com os seguintes fatos e fundamentos jurídicos.

OS FATOS

Trata-se de certame licitatório visando a REGISTRO DE PREÇOS PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA CALCETEIRO, CONFORME TERMO DE REFERENCIA.

O referido processo teve sua sessão inicial declarada em 10/05/2022, conforme constam nos autos. Após abertas e conferidas as propostas, surgiram inúmeras duvidas



quanto as composições de custos apresentadas, devido a essas divergências técnicas a pregoeira suspendeu a sessão visando uma análise conclusiva acerca da aceitabilidade das propostas e remarcou a abertura da sessão para dia 16/05/2022, as 09:00.

Na data de 16/05/22, após início da sessão a pregoeira analisou parecer técnico da análise das propostas, desclassificando-as e classificando para os lances a propostas da empresa ARTEMIS SOLUITONS GROUP E ATACADISTA e ENGEPAN LTDA. Decorrida negociação foi aberto envelope de habilitação da empresa ARTEMIS, sendo neste ato solicitado o original para autenticação dos atestados de capacidade técnica. Ocorre que os documentos estavam em transito de Itajubá para Brazópolis e foi solicitado alguns minutos para que os mesmo fossem apresentados, o que foi rapidamente atendido com a chegada do mototaxista.

Frisa-se que entre a solicitação dos documentos originais e a chegada do motoboy decorreu menos de 10 (dez) minutos.

Devido a não apresentação imediata dos documentos a empresa foi declarada inabilitada.

Cumpre salientar, que na data de 10/05/2022, na sessão inicial do pregão, os originais dos atestados de capacidade técnica foram oferecidos para autenticação, sendo orientado nesse ato a deixar p autenticar depois, ou seja, a empresa foi prejudicada pela não autenticação dos documentos no ato de abertura da sessão.

Outro fato registrado em ata pelo representante da empresa 3 Marias foi que o atestado de capacidade técnica apresentado pela empresa Artemis não comprova aptidão para desempenho da atividade com os atestados apresentados.

DO DIREITO

Os editais visam definir critérios objetivos para participação igualitária das empresas e modos de ação dos pregoeiros e equipe de apoio, não cabendo a discricionariedade da administração nas decisões, contudo, visando obter proposta mais vantajosa, os pregoeiros podem exercer formalismo moderado.



DO FORMALISMO MODERADO

No processo licitatório, os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da legalidade são invocados com frequência pelas comissões de licitação, pregoeiros e licitantes. Além destes, há ainda outro princípio que auferre reconhecimento, qual seja, o do formalismo moderado.[1]

Esse último princípio permitirá que o processo de contratação seja realizado em respeito ao edital de licitação, ao qual a Administração se encontra estritamente vinculada, e que não haja afronta à seleção da proposta mais vantajosa, à isonomia, à legalidade, à impessoalidade, à igualdade e ao julgamento objetivo. [1]

Nesse sentido, o princípio permite que haja competitividade no certame, já que licitantes não podem ser excluídos do processo de contratação por conta de questões irrelevantes, como omissões ou irregularidades formais. [1]

Por vezes, há um excesso de formalismo nas contratações, e os licitantes se veem obrigados a acionar o Poder Judiciário para demonstrar a grave afronta aos princípios da proposta mais vantajosa, competitividade e isonomia no certame. [1]

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, por exemplo, já assegurou a licitante que não houvesse o seu afastamento em razão de detalhes formais: [2]

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA EXCESSIVA

1. É excessiva a exigência feita pela administração pública de que, em procedimento licitatório, o balanço da empresa seja assinado pelo sócio-dirigente, quando a sua existência, validade e eficácia não foram desconstituídas, haja vista estar autenticado pelo contador e rubricado pelo referido sócio.

2. Há violação ao princípio da estrita vinculação ao Edital, quando a administração cria nova exigência editalícia sem a observância do prescrito no § 4º, art. 21, da Lei nº 8.666/93.

3. O procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes, tudo a possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa.



4. Não deve ser afastado candidato do certame licitatório, por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial. (grifo nosso)

5. Segurança concedida” (MS n.º 5631/DF, Relator: Ministro José Delgado, DJ de 17/08/1998)”

O posicionamento do Tribunal de Contas da União – TCU, a seu turno, tem prestigiado a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório. [1]

São frequentes as decisões do Tribunal de Contas da União que prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório. [2]

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. [2]

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

" Falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação da licitante. 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" (Acórdão 357/2015-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS)(grifo nosso)

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.

[2]

"A observância das normas e das disposições do edital, consoante o art. 41, caput, da Lei 8.666/93, deve ser aplicada mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles os da eficiência e da seleção da proposta mais vantajosa. 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 | Relator: VITAL DO RÉGO)

Ao contrário do que ocorre com as regras/normas, os princípios não são incompatíveis entre si. Diante de um conflito de princípios (p. ex., vinculação ao instrumento convocatório x obtenção da proposta mais vantajosa), a adoção de um não provoca a aniquilação do outro. Como exemplo, esse raciocínio pode ser percebido nas seguintes decisões do Tribunal de Contas da União: [2]

"Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências" (Acórdão 2302/2012-Plenário | Revisor: WALTON ALENCAR RODRIGUES)

"O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa" (Acórdão 3381/2013-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO)

Mais alguns exemplos da jurisprudência do TCU a respeito do assunto se encontram a seguir:

"O fato de o licitante apresentar composição de custo unitário contendo salário de categoria profissional

inferior ao piso estabelecido em acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho é, em tese, somente erro formal, o qual não enseja a desclassificação da proposta, podendo ser saneado com a apresentação de nova composição de custo unitário desprovida de erro, em face do princípio do formalismo moderado e da supremacia do interesse público”. (Acórdão 719/2018-Plenário | Revisor: BENJAMIN ZYMLER)

“É ilegal a exigência de autenticação de documentos previamente à abertura dos documentos de habilitação da licitante, em dissonância ao disposto no art. 32 da Lei 8.666/1993, que não estabelece nenhuma restrição temporal. A comissão de licitação pode realizar a autenticação dos documentos apresentados por meio de cópia na própria sessão de entrega e abertura das propostas, em atenção aos princípios do formalismo moderado e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, e em consonância com o art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993”. (Acórdão 2835/2016-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER)

“É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame”. (Acórdão 1795/2015-Plenário | Relator: JOSÉ MÚCIO MONTEIRO)

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. [2]

Vale lembrar que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas. Nas palavras do professor Adilson Dallari:

“licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital”. [2]



Ou seja, utilizando o princípio do formalismo moderado, poderia a pregoeira conceder o prazo de 10 minutos para apresentação dos originais, sem comprometer a vinculação do edital, visto que, na abertura da sessão inicial do certame, os originais foram apresentados para autenticação e não foram feitos, prejudicando desta forma a empresa ARTEMIS SOLUTIONS GROUP E ATACADISTA. Bem como prejudicando o Município de Brazópolis na obtenção da proposta mais vantajosa e no lapso temporal causado pela frustração do procedimento.

DA ECONOMICIDADE

O princípio da economicidade previsto no art. 3º, da Lei nº 8.666/93, estabelece que deve ser selecionada a "proposta mais vantajosa para a Administração".

Para Marçal Justen Filho:

"a economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. (...) envolve o enfoque custo-benefício."

Já para Bugarin, a economicidade é a:

"obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e ou patrimoniais em um dado cenário econômico."

Neste sentido, economizar nas compras públicas consiste em reduzir ao mínimo possível o custo dos recursos utilizados para desempenhar uma atividade a um nível de qualidade apropriado seja no valor do serviço ou no procedimento necessário para sua contratação.

Ao conferir os originais da empresa ARTEMIS SOLUTIONS GROUP E ATACADISTA, e considerar a mesma habilitada, a pregoeira economizaria aos cofres públicos, além do desconto significativo oferecido pela empresa, o tempo e custos com equipamentos, pessoal e publicações de novo procedimento.



DA COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TECNICA

Conforme relatado em ata pela empresa 3 Marias, alega a mesma que o atestado apresentado pela empresa ARTEMIS SOLUTIONS GROUP E ATACADISTA, não comprova a capacidade técnica para prestação de serviço de calceteiro.

Cumpre salientar que o processo em referencia visa contratação de empresa para fornecimento de mão de obra, TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS, evidencia-se que os atestados apresentados pela empresa ARTEMIS SOLUTIONS GROUP E ATACADISTA, são de fornecimento de mão de obra nos mais variados ramos, ou seja o atestado apresentado cumpre inquestionavelmente a exigência contida no item 8.6.A, do edital.

Visando esclarecer o tema, uma leitura rasa no item 8.6.A do edital traz deixa claro o texto “atividade pertinente e compatível”, os atestados em questão de fornecimento de mão de obra, contem, pedreiros, serventes, pintores, ou seja atividades equivalentes.

Para esclarecer melhor a questão de “similaridade de atestados de capacidade técnica” vejamos o posicionamento recente do Tribunal de Contas da União – TCU.

Acórdão 449/2017 – Plenário | Ministro JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

Nas licitações para contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, os atestados de capacidade técnica devem comprovar a aptidão da licitante na gestão de mão de obra, e não na execução de serviços idênticos aos do objeto licitado, sendo imprescindível motivar tecnicamente as situações excepcionais.

Acórdão 361/2017 – Plenário | Ministro Vital do Rego

É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha prestado serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993).

Acórdão 1891/2016 – Plenário | Ministro Marcos Bemquerer



Nas licitações para contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, os atestados de capacidade técnica devem, em regra, comprovar a habilidade da licitante em gestão de mão de obra.

Acórdão 1168/2016 – Plenário | Ministro Bruno Dantas

Nas contratações de serviços de terceirização (serviços contínuos prestados mediante dedicação exclusiva da mão de obra), os atestados de capacidade técnica devem, em regra, comprovar a habilidade da licitante na gestão de mão de obra.

Acórdão 553/2106 – Plenário | Ministro Vital do Rego

Nas licitações para contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, os atestados de capacidade técnica devem comprovar a aptidão da licitante na gestão de mão de obra, e não na execução de serviços idênticos aos do objeto licitado, sendo imprescindível motivar tecnicamente as situações excepcionais.

Com os Acórdãos acima especificados, fica bem claro a posição do TCU sobre este tema, ou seja, os Atestados devem comprovar que a licitante tem aptidão na Gestão da Mão de obra e não especificadamente a cada item do objeto licitado.

DO REQUERIMENTO

REQUER-SE, diante das razões externadas, que a Pregoeira:

- Reveja seu posicionamento, conferindo os originais e autenticando os documentos de habilitação da empresa ARTEMIS SOLUTIONS GROUP & ATACADISTA EIRELI e considerando a mesma HABILITADA.

- Considere validos os atestados apresentados pela empresa ARTEMIS SOLUTIONS GROUP E ATACADISTA, quanto ao desempenho satisfatório de atividade anterior.

Em caso de indeferimento do pedido, que remeta os autos ao órgão/ instância superior, devidamente justificado, a quem caberá conhecer o presente recurso, após analisado, dar provimento a este, habilitando a empresa Artemis pelas razões expostas.



Termos em que

Pede e espera deferimento

Itajubá, 18 de Maio de 2022

Fernando Fortes Ribeiro

ARTEMIS SOLUTIONS GROUP & ATACADISTA EIRELI

CNPJ nº 23.789.384/0001-79

Fontes:

<https://carloscesarmferreira.jusbrasil.com.br/artigos/796631601/formalismo-em-licitacoes>

[1] Fernandes, J. U. Jacoby; Reis Ludimila. Formalismo moderado em licitações públicas. 2017. Acesso em: 30/10/2018.

[2] O LICITANTE. TCU e a aplicação do formalismo moderado em licitações públicas. Acesso em: 30/10/2018.