MANIFESTAÇÃO Nº 003/2020/CPL/SENAR-AR/MT

Pregão Presencial nº 021/2020/SENAR-AR/MT

Processo nº 159672/2019

Objeto: Registro de Preços para futura e eventual contratação de empresa especializada na prestação de serviços de **CONFECÇÃO DE BONÉS,** para atender ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural Administração Regional do Estado de Mato Grosso – SENAR-AR/MT.

Assunto: Recurso Administrativo.

Recorrentes: DISTRIBUIDORA LILIAN EIRELI – EPP e **FIBRATEX COMERCIAL LTDA - ME**

Trata-se de Recurso Administrativo interposto pela empresa DISTRIBUIDORA LILIAN EIRELI – EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 16.804.425/0001-93, com sede na Rua Segundo Costenaro, Q. 01, Lote 04, nº 85, Bairro Parque Ind. Domingos Massa, Jandaia do Sul/PR – CEP 86.900-000, telefone: (43) 3432-4904, e-mail: licitadl@gmail.com, em face da decisão tomada pela Comissão Permanente de Licitação do SENAR-AR/MT na sessão pública de realização do Pregão Presencial nº 021/2020/SENAR-AR/MT, encaminhado para análise.

I. DOS FATOS

No dia 12/05/2020, às 08h30min, foi realizada a abertura da sessão pública do Pregão Presencial nº 021/2020/SENAR-AR/MT, no espaço foyer do auditório Antônio Ernesto de Salvo, Andar Térreo da sede do SENAR-AR/MT, localizado na Rua Engº. Edgard Prado Arze, s/n, Quadra 01, Setor A, Centro Político Administrativo, Cuiabá/MT, cep 78.049-015, para analisar e julgar os elementos de licitação, constantes das propostas de preços e documentos de habilitação das empresas interessadas em participar do processo licitatório epigrafado.

Serviço Nacional de Aprendizagem Rural de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Apresentaram documentos para participar do certame as seguintes empresas:

Proponente	CNPJ	Representante
BLEND BR COMERCIO DE ARTIGOS PROMOCIONAIS E SERVIÇOS DE TRANSPORTE EIRELI	10.414.625/0001-53	GUILHERME ALVES MENDES
DISTRIBUIDORA LILIAN-EIRELI EPP	16.804.425/0001-93	MARCOS HENRIQUE SODRÉ MARQUES
ERVA DOCE BRINDES, PRESENTES E SERVIÇOS LTDA	28.274.979/0001-05	RINALDO DONIZETI LEITE DE OLIVEIRA
FIBRATEX COMERCIAL LTDA ME	02.889.493/0001-98	MARCUS MACULAN SODRE
INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA	12.021.137/0001-01	FABIA DANIELA FAVERO
NININHA COMUNICAÇÃO VISUAL LTDA ME	03.068.282/0001-57	CELSO ORTEGA DIAS
SM GIUSTTI DE ARRUDA & CIA LTDA EPP	08.711.005/0001-34	JAMIM BENEDITO DE ARRUDA
ZS TEXTIL INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES EIRELLI	19.292.314/0001-33	SERAFIM DOS SANTOS MARCHI

Na sequência, abriram-se os envelopes de habilitação contendo a documentação das licitantes, ao passo que, com exceção da empresa ZS TEXTIL INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES EIRELI, as demais foram habilitadas.

Ato contínuo, a CPL procedeu a abertura dos envelopes com as propostas comerciais das empresas participantes, cuja classificação foi a seguinte:

Proponente	Proposta	Situação	Observação
INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA	R$ 320.000,00	Classificado	
DISTRIBUIDORA LILIAN-EIRELI EPP	R$ 330.000,00	Classificado	
FIBRATEX COMERCIAL LTDA ME	R$ 384.000,00	Class. Limite de 3	Classificado devido a falta de participantes dentro do limite de 15% sobre a proposta de melhor valor.
ERVA DOCE BRINDES, PRESENTES E SERVIÇOS LTDA	R$ 420.000,00	Fora do Limite	
NININHA COMUNICAÇÃO VISUAL LTDA ME	R$ 497.000,00	Fora do Limite	
BLEND BR COMERCIO DE ARTIGOS PROMOCIONAIS E SERVIÇOS DE TRANSPORTE EIRELI	R$ 508.000,00	Fora do Limite	
SM GIUSTTI DE ARRUDA & CIA LTDA EPP	R$ 680.000,00	Fora do Limite	
ZS TEXTIL INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES EIRELLI	R$ 400.000,00	Desclassificado	A referida empresa deixou de apresentar as Notas Fiscais pertinentes aos Atestados de Capacidade Técnica, conforme preconiza o item 7.2.2.1, bem como ainda apresentou a Prova de Regularidade perante o Fundo de Garantia por Tempo Serviço, mediante apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS vencida, cosoante o item 7.2.3.2 do instrumento convocatório.

Denote-se que foram classificadas para participar do certame as empresas INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA, com o menor valor ofertado de R$ 320.000,00; DISTRIBUIDORA LILIAN-EIRELI EPP, com o valor ofertado de R$ 330.000,00, e; FIBRATEX COMERCIAL LTDA ME, com o valor ofertado de R$ 384.000,00, para compor o rol mínimo de 3 (três) participantes, devido à falta de participantes dentro do limite de 15% sobre a proposta de melhor valor.

Nessa esteira, após a classificação das propostas de preços para a fase de lances verbais conforme os itens 10.2 e 10.3 do edital em apreço, o Pregoeiro convidou as empresas classificadas

Serviço Nacional de Aprendizagem Rural de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

a ofertarem novos preços, iniciando pela empresa FIBRATEX COMERCIAL LTDA – ME que apresentou a proposta de maior valor.

Nesse ínterim, questionada sobre a intenção de ofertar lance, a empresa FIBRATEX, de plano, declinou do mencionado direito.

Na sequência, a empresa DISTRIBUIDORA LILIAN EIRELI – EPP foi indagada para ofertar novo lance, a qual mesma primeiramente se manifestou pelo declínio do referido direito, solicitando em seguida o benefício da Lei Complementar nº 123/2006.

Por conseguinte, o Pregoeiro questionou a aludida empresa para se manifestar qual era a sua melhor oferta, a qual a mesma ofertou o valor de R$ 319.000,00.

Entretanto, a Comissão Permanente de Licitação analisando detidamente as disposições contidas nos itens 10.6 e 10.6.1.1., e valendo-se do direito de rever os seus atos, entendeu por retornar a fase de lances, indagando novamente as empresas classificadas quanto a intenção de ofertar lance, onde ocorreu da seguinte forma:

I- A empresa FIBRATEX COMERCIAL LTDA ME declinou do direto de dar lances;

II – A empresa **DISTRIBUIDORA LILIAN EIRELI - EPP também declinou do direito de ofertar lance**, e solicitou os benefícios da Lei Complementar 123/2006;

III – Concernente a empresa INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA, considerando que o valor apresentado na proposta inicial estava dentro do percentual de 5% (cinco por cento), o pregoeiro oportunizou a empresa ofertar novo lance para cobrir o percentual autorizado pela lei, ao passo que a mesma ofertou o primeiro lance no valor de R$ 292.000,00 (duzentos e noventa e dois mil Reais).

Nesse compasso, considerando que o primeiro lance ofertado pela licitante INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO cobriu a diferença de 5% garantido pela lei, retirando assim o direito da empresa DISTRIBUIDORA LILIAN EIRELI - EPP exercer a prerrogativa dada pela Lei Complementar nº 123/2006, o Pregoeiro partiu para a negociação com a aludia empresa, inquerindo a mesma sobre a melhor oferta, onde ofertou mais um lance no valor de R$ 280.000,00, visando assim alcançar o valor mais vantajoso para a instituição.

Após a etapa, obteve-se o seguinte resultado:

Proponente	Lance	Situação	Observação
Propostas Escritas			
INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA	R$ 320.000,00	Lance Válido	
DISTRIBUIDORA LILIAN-EIRELI EPP	R$ 330.000,00	Lance Válido	
FIBRATEX COMERCIAL LTDA ME	R$ 384.000,00	Lance Válido	
1a. Rodada de lances			
FIBRATEX COMERCIAL LTDA ME	R$ 384.000,00	Parou Lances	
DISTRIBUIDORA LILIAN-EIRELI EPP	R$ 330.000,00	Parou Lances	
INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA	R$ 292.000,00	Lance Válido	
2a. Rodada de lances			
INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA	R$ 280.000,00	Lance Válido	

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

3a. Rodada de lances			
INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA	R$ 280.000,00	Vencedor	

Prosseguindo, o CPL declarou a empresa INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA vencedora do certame em epígrafe, com o final de R$ 280.000,00 (duzentos e oitenta mil Reais).

Após declarada a vencedora do certame, as empresas DISTRIBUIDORA LILIAN EIRELI – EPP e FIBRATEX COMERCIAL LTDA - ME, irresignadas, manifestaram a intenção de interpor recurso aduzindo que:

> Empresa DISTRIBUIDORA LILIAN-EIRELI EPP:
>
> *"Desejo recorrer da decisão do pregoeiro de retornar a fases de lances permitindo lance da INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA após a empresa Distribuidora Lilian ter encerrado os seus lances e ter solicitado o direito de empresa de pequeno porte"*.
>
> Empresa FIBRATEX COMERCIAL LTDA ME:
>
> *"solicitou que constasse em ata que, durante a fases de lances, a empresa Distribuidora Lilian declinou de ofertar lances e em seguida solicitou seu direto de preferência previsto na Lei 123/2006, tendo ofertado um lance de R$ 319.000,00, após permissão do pregoeiro. Posteriormente a Comissão de licitação decidiu não considerar o lance da empresa distribuidora Lilian, permitindo a empresa Industria de Confecções Canção a realização de novo lance"*.

Conquanto todas as empresas participantes da licitação em apreço tenham sido notificadas acerca da interposição do recurso administrativo, com exceção das licitantes acima mencionadas, nenhuma outra se manifestou dentro do prazo legal.

É o relatório.

II. DO DIREITO AO RECURSO

Nos termos do item 12.2 do instrumento convocatório, *"os recursos contra as fases de julgamento das propostas de preços e dos documentos de habilitação somente serão aceitos em um único momento, ou seja, na divulgação do resultado final do certame, dirigidos ao Presidente do Conselho Administrativo do SENAR-AR/MT, por intermédio da CPL, por escrito, no prazo de 02 (dois) dias úteis, a contar da intimação da decisão, pela licitante que se julgar prejudicada"*.

Desta feita, reveste-se de tempestividade o recurso interporto pela empresa DISTRIBUIDORA LILIAN-EIRELI EPP, tendo em vista que foi protocolado no dia 14/05/2020, conforme instrui o Edital, no subitem 12.2.

Uma vez que atendidos os pressupostos recursais, entende-se pelo conhecimento das razões de recurso apresentadas pela empresa DISTRIBUIDORA LILIAN EIRELI – EPP, para análise de mérito.

Por oportuno, é importante esclarecer que embora a empresa FIBRATEX COMERCIAL LTDA – ME tenha se manifestado a intenção de interpor recurso na sessão licitatória, a mesma não protocolou as razões do recurso.

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

III. DAS RAZÕES DE RECURSO

A empresa DISTRIBUIDORA LILIAN EIRELI - EPP apresentou tempestivamente as razões de recurso, da seguinte forma:

A empresa **DISTRIBUIDORA LILIAN - EIRELI - EPP**, inscrita no CNPJ: 16.804.425/0001-93, com endereço na Avenida Senador Souza Naves, ne 500, sala 18 – Centro –Jandaia do Sul – PR, CEP: 86.900-000, neste ato representada por seu procurador a Sr. MARCOS HENRIQUE SODRÉ MARQUES, portador da cédula de identidade n. 6758776-IE/GO e CPF sob o nº 014.760.261-06 (Carta de Credenciamento anexada aos autos), e que ao final assina, com fulcro no inciso XVIII, do art. 4º, da Lei Federal nº. 10.520/02, subsidiariamente ao inciso I, do artigo 109, da Lei Federal 8.666/93, conjugado com o subitem 12.2 do Edital vem tempestiva e respeitosamente a ilustre presença de Vossa Senhoria, interpor:

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face do ato administrativo errôneo e ilegal proferido pelo Pregoeiro Sr. José Paulo Souza Santos, que concedeu ilegalmente o privilégio do benefício da Lei Complementar Federal nº 123/2006 (Microempresas e Empresas de Pequeno Porte) á empresa **INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA.**, portadora do CNPJ nº 12.021.137/0001-01, prejudicando de sobremaneira essa recorrente, que é enquadrada como ME/EPP, declinando os motivos e fundamentos de seu inconformismo, conforme fatos e argumentos a seguir expostos:

PRELIMINARMENTE:

I - DA TEMPESTIVIDADE:

O art. 4º, inc. XVIII, da Lei n° 10.520/2002, bem como cláusula 12.2 do edital, fixa o prazo de 02 (dois) dias úteis, para apresentação das razões do recurso, conforme:

"12.2. Os recursos contra as fases de julgamento das propostas de preços e dos documentos de habilitação somente serão aceitos em um único momento, ou seja, na divulgação do resultado final do certame, dirigidos ao Presidente do Conselho Administrativo do SENAR-AR/MT, por intermédio da CPL, por escrito, no prazo de 02 (dois) dias úteis, a contar da intimação da decisão, pela licitante que se julgar prejudicada."

A decisão em face da qual se interpõe o presente Recurso se deu no dia 12/05/2020, desta forma, o prazo se encerrará no dia 14/05/2020, concluindo-se, portanto, pela tempestividade e legalidade do presente Recurso.

Serviço Nacional de Aprendizagem Rural de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

II – DA SINTESE FÁTICA:

O Serviço Nacional de Aprendizagem Rural - Administração Regional do Mato Grosso – SENAR-AR/MT tornou público que, na data 12/05/2020 realizaria a licitação na modalidade **PREGÃO PRESENCIAL**, do tipo **MENOR PREÇO POR ITEM,** conforme especificações deste Edital e seus respectivos Anexos.

O objeto da presente licitação é o Registro de Preços para futura e eventual contratação de empresa especializada na prestação de serviço de **CONFECÇÃO DE BONÉS**, para atender ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural Administração Regional do Estado de Mato Grosso – SENAR-AR/MT, conforme condições, quantidades e especificações constantes neste Edital e seus anexos.

Desta feita, na data de 12/05/2020, aconteceu o Pregão Presencial, onde foram realizados todos os procedimentos legais, com o credenciamento dos representantes, fase de lances e a habilitação da empresa supostamente vencedora.

De acordo com o estabelecido expressamente no edital da presente licitação, em especial ao **item 6.6 e item 6.6.1** as empresas beneficiárias da Lei 123 Lei Complementar Federal nº 123/2006, deveriam fazê-lo no momento do Credenciamento, comprovando sua condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, através de um dos seguintes documentos, abaixo:

a) *Declaração, nos termos do modelo constante do Anexo VI deste Edital, firmada pelo representante legal da empresa, ratificando não haver nenhum dos impedimentos previstos no art. 3º, §4º, da referida Lei.*

b) *Prova de inscrição no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, emitida pela Secretaria da Receita Federal, ou;*

c) Certidão de Breve Relato, emitida pelo Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, ou;

d) Certidão de Inteiro Teor da Declaração de Enquadramento, emitida pela Junta Comercial.

Pois bem, conforme se comprova pela cópia da Ata da Sessão Pública, bem como da cópia dos documentos apresentados no credenciamento pela empresa **INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA (cópia do RG da Credenciada; Carta de Credenciamento; 6ª Alteração Contratual e Procuração), a mesma não comprovou sua condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porto, desta forma optou por não utilizar os benefícios previstos na Lei Complementar nº 123/2006.**

Serviço Nacional de Aprendizagem Rural de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Passada a fase de credenciamento das empresas, conforme acima mencionado, iniciou-se a etapa de lances onde a empresa **INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA ofertou o seu último lance e posicionou-se nem primeira classificada e declinou de ofertar novos lances (conforme se verifica pela própria Ata da Sessão Pública). Em seguida, sendo esta recorrente enquadrada como Empresa de Pequeno Porte e estando dentro da margem dos 5% teve a chance de exercer o seu benefício e ofertou proposta de preço no valor menor do que o ofertado pela a empresa INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA enquadrada como EMPRESA DE GRANDE PORTE e ISENTA dos benefícios da Lei 123 Lei Complementar Federal nº 123/2006. Desta forma, a empresa DISTRIBUIDORA LILIAN - EIRELI – EPP tornou-se a arrematante (vencedora) do pregão.**

Tal benefício acima mencionado além de estar previsto no art. 44, § 2º e Art. 45, inc. I da Lei Complementar Federal nº 123/2006, também encontra-se expresso no edital do **PREGÃO PRESENCIAL Nº 021/2020/SENAR-AR/MT, item 10.6; 10.6.1 e 10.6.1.1, a qual deveria ser assegurado** como critério de desempate, a preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, entendendo-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superiores à proposta melhor classificada e desde que a melhor oferta inicial não seja de uma microempresa ou empresa de pequeno porte. Ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma: ***A Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado.***

10.6. Será assegurado, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, entendendo-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superiores à proposta melhor classificada e desde que a melhor oferta inicial não seja de uma microempresa ou empresa de pequeno porte.

10.6.1. Ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

10.6.1.1. A Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 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.

Serviço Nacional de Aprendizagem Rural de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Art. 45. *Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:*

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;

... (grifo nosso)

Ocorre que, após esta recorrente utilizar-se do benefício de desempate assegurado as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e passar a ser a vencedora do certame por ter oferecido a menor proposta final, a representante da empresa **INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA, inconformada, iniciou um verdadeiro tumultuo na sessão de lances exigindo que a "sua" empresa também fosse beneficiada por ser ME ou EPP, mesmo que ASSIM NÃO TIVESSE SIDO COMPROVADO NO MOMENTO DE CREDENCIAMENTO CONFORME EXIGIDO EM EDITAL.**

Pois bem, surpreendentemente mesmo depois da empresa DISTRIBUIDORA LILIAN - EIRELI – EPP ter utilizado do benefício e ofertado proposta de preço inferior àquela considerada do certame, e então, tornar-se a primeira classificada e arrematante, o Sr. Pregoeiro, diante do tumultuo causado pela Sra. Fábia, credenciada da empresa "CANÇÃO", ignorou os preceitos legais contidos em edital e deu a empresa de Grande Porte que já havia tacitamente declinado de dar lances o benefício de a mesma cobrir a proposta da Empresa de Pequeno Porte. PASMEM!

Desta feita, a empresa *Canção* teve a si dada, ILEGALMENTE, a prerrogativa de poder ofertar um novo lance a qual conferiu o menor valor proposto e, depois de aberto o envelope nº 2 e conferida toda a documentação de habilitação, foi ILEGALMENTE decretada como a arrematante do pregão.

Ilustre Sr. Presidente do Conselho Administrativo do SENAR AR/MT, o ato do Pregoeiro agir totalmente em confronto ao que encontra-se estabelecido expressamente em edital no **item 6.6 e item 6.6.1** referente aos documentos necessários a ser apresentados no momento do Credenciamento para que as empresas pudessem vir a utilizar-se dos benefícios de desempate da Lei Complementar Federal nº 123/2006 CAUSOU UM GRANDE PREJUIZO A EMPRESA REQUERENTE, uma vez que a mesma teve o seu direito de desempate por ser enquadrada comprovadamente como Empresa de Pequeno Porte, estabelecido no item **10.6; 10.6.1 e 10.6.1.1 do edital,** suprimido por completo!

Serviço Nacional de Aprendizagem Rural de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Acontece que, a atitude do Pregoeiro acima relatada contraria diversos princípios constitucionais no que tange as licitações, além dos previstos na Lei 8.666/93, com grave desrespeito ao PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, pois em nenhuma legislação vigente, nem no ato convocatório, é expresso que o pregoeiro poderia agir conforme vontade própria, atribuindo procedimento divergente do que o disposto no instrumento convocatório e na lei, atribuindo privilégios tendenciosos a determinado licitante.

O erro/equívoco do pregoeiro não pode ser de forma alguma ser mantido, sob pena de caso não seja revisto e anulado, invocar-se de forma judicial para que seja revertido ao último ato administrativo válido legalmente, qual seja, decretar a sessão de lances encerrada após a empresa **DISTRIBUIDORA LILIAN - EIRELI - EPP**. ter utilizado o benefício de desempate e tornado a arrematante do item.

Portanto, mediante as ilegalidades no procedimento, resta necessária a verificação do ato por parte da Administração, restando assim garantida a continuidade do procedimento administrativo da forma salutar preterida.

Pelo fato acima exposto, vem por meio desta dispor seus motivos que justificam a **ILEGALIDADE DA ATITUDE DO PREGOEIRO EM ATRIBUIR A *EMPRESA INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA* O BENEFÍCIO SOMENTE CONCEDIDO A EMPRESAS ENQUADRADAS COMO ME/EPP MESMO SENDO EMPRESA DE GRANDE PORTE**, aduzindo para tanto o que segue:

II.I – DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

Conforme o princípio da legalidade no Direito Administrativo, em qualquer atividade, a Administração Pública **está estritamente vinculada à lei. Assim, se não houver previsão legal, nada pode ser feito.**

O ato do Sr. Pregoeiro José Paulo Souza Santos em DESCONSIDERAR o lance final dado como benefício de desempate por enquadrar-se como Empresa de Pequeno Porte pela empresa DISTRIBUIDORA LILIAN - EIRELI - EPP, beneficiando ilegalmente a empresa INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA não está previsto em nenhuma legislação, logo, contraria o princípio da legalidade, visto que Pregoeiro tomou a decisão sem embasar em nenhuma norma.

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Além disso, a atitude afronta diversos outros princípios no que tange as licitações, em especial ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

Dessa feita, em se tratando de regras constantes de instrumento convocatório, deve haver vinculação a elas. É o que estabelecem os artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei nº 8.666/1993, *verbis*:

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.

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

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
[...]
XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
[grifos acrescidos]

Trata-se, na verdade, de princípio inerente a toda licitação e que evita não só futuros descumprimentos das normas do edital, mas também o descumprimento de diversos outros princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo.

Nesse sentido, vale citar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[2]:

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 avalição 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 inabitados 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).

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Quando a Administração estabelece, no edital, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital.

No mesmo sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho[3]:

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto.

Como se vê, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos princípios da igualdade, impessoalidade, publicidade, moralidade e probidade administrativa, preceitua que o julgamento das propostas seja o mais objetivo possível, nos exatos termos das regras previamente estipuladas. Isso sem contar a necessidade de perpetuação de tal vinculação durante toda a execução do contrato.

Como bem destaca Fernanda Marinela[4], o principio da vinculação ao instrumento convocatório leva à assertiva de que o edital é a lei interna da licitação:

Como princípio específico da licitação, tem-se a vinculação ao instrumento convocatório. O instrumento, em regra, é o edital que deve definir tudo que é importante para o certame, não podendo o Administrador exigir nem mais nem menos do que está previsto nele. Por essa razão, é que a doutrina diz que o edital é lei interna da licitação, ficando a ele estritamente vinculada, conforme previsto no art. 41 da lei. [grifos acrescidos]

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

No mesmo sentido, ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo[5]:

A vinculação da Administração aos estritos termos do edital de convocação da licitação é exigência expressa do art. 41 da Lei nº 8.666/1993. Esse artigo veda à Administração o descumprimento das normas e condições do edital, "ao qual se acha estritamente vinculada".

Segundo Hely Lopes Meirelles, o edital "é lei interna da licitação" e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu. [grifos acrescidos]

Demais disso, as Orientações e Jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre Licitações e Contratos são bastante elucidativas no que se refere à necessidade de vinculação não só do certame, mas também do próprio contrato e de sua execução ao instrumento convocatório:

Vinculação do Contrato ao Ato Convocatório

É obrigatória vinculação do contrato à proposta do contratado e aos termos da licitação realizada, ou aos termos do ato de dispensa ou de inexigibilidade de licitação.

Nos termos do art. 41 da Lei nº 8.666/1993 a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Acórdão 1060/2009 Plenário (Sumário)

Observe, no que se refere a eventuais alterações propostas, o dever de manutenção do vínculo e compatibilidade estabelecidos inicialmente entre o ato convocatório, o cronograma físico-financeiro e a execução da obra.

Acórdão 1932/2009 Plenário

Abstenha-se de aceitar propostas de bens com características diferentes das especificadas em edital, em respeito ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório, consoante o art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

Acórdão 932/2008 Plenário

Faça constar dos termos de contratos cláusula que estabeleça sua vinculação ao edital de licitação, conforme o art. 55, XI, da Lei no 8.666/1993.

Acórdão 2387/2007 Plenário

Observe rigorosamente o princípio da vinculação ao edital, previsto nos arts. 3º e 41, da Lei nº 8.666/1993, abstendo-se de efetuar prorrogações de contratos não previstas.

Acórdão 1705/2003 Plenário

Observe que o instrumento de contrato vincula-se aos termos da licitação, conforme disposto no art. 54, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, não podendo acrescentar direitos ou obrigações não previstos no instrumento convocatório.

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Acórdão 392/2002 Plenário

Observe a obrigatoriedade de vinculação entre o edital e o contrato prevista no art. 41 da Lei nº 8.666/1993.

Acórdão 286/2002 Plenário

Deve ser cumprido o disposto no art. 54, § 1º, da Lei no 8.666/1993, no que tange à conformidade entre os contratos assinados com os termos das respectivas licitações e propostas a que se vinculam.

Decisão 168/1995 Plenário

Abstenha-se de modificar, mediante tratativas com as empresas participantes do certame, a natureza e as características do objeto licitado, em atendimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, estabelecido no art. 3º da Lei no 8.666/1993.

Acórdão 3894/2009 Primeira Câmara

Observe, na elaboração dos contratos, os termos da licitação e da proposta a que se vinculam, bem assim do ato que autorizou a dispensa ou inexigibilidade e respectiva proposta, conforme disposto no art. 54 da Lei nº 8.666/1993.

Decisão 107/1995 Segunda Câmara

[grifos acrescidos]

Por derradeiro, importante salientar que, em se tratando de norma constante de Edital, deve haver vinculação ao instrumento convocatório, sob pena de afronta ao próprio princípio da segurança jurídica. Do contrário, seriam permitidas inúmeras alterações dos critérios de julgamento e da própria execução de seu objeto, perpetuando-se total insegurança de seus termos.

Concluindo, em vista do exposto, é forçoso concluir que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório tem extrema importância, na medida em que além de impor que as normas nele estipuladas devem ser fielmente observadas pela Administração e pelos administrados, assegura o cumprimento de inúmeros outros princípios atinentes ao certame: transparência, igualdade, impessoalidade, publicidade, moralidade, probidade administrativo, julgamento objetivo e segurança jurídica.

Demais disso, tal princípio evita qualquer burla às normas fixadas no instrumento convocatório durante a execução do contrato por aquele que logrou êxito no certame.

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Isso sem contar que, com regras claras e previamente estipuladas, é perfeitamente possível a qualquer cidadão fiscalizar seu efetivo cumprimento.

Desse modo, demonstrada a importância do princípio, vale salientar também a importância de que haja, seja por parte da Administração, seja por parte dos administrados em geral, a fiscalização do efetivo cumprimento deste princípio, para que diversos outros e o próprio certame também sejam preservados.

Deste modo, a única alternativa a ser tomada diante da situação de ERRO efetuado pelo pregoeiro é a ANULAÇÃO do ato a qual conferiu ilegalmente a empresa INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA a possibilidade de dar lances mesmo depois de já ter declinado a sua participação na sessão de lances e, retornar ao momento em deverá decretar a empresa DISTRIBUIDORA LILIAN - EIRELI – EPP como sendo a ofertante do menor valor para o item único deste pregão e, consequentemente, passar para a fase de abertura do envelope de habilitação da mesma.

Portanto, de acordo com já mencionado Princípio da Vinculação ao Instrumento Público, não há espaço para que o aplicador da norma **inove ou interprete de modo extensivo** o que tanto o edital de licitação quanto a Lei Federal 8.666/93 e Lei Complementar Federal 123 prevê, como é o caso de atribuir-se o benefício de desempate tão somente a empresas que atenderam todas as exigências contidas em edital e comprovaram tal condição previamente, tal ato emitido por este Orgão, beneficiando ilegalmente a empresa "Canção", **gerou um ambiente de insegurança jurídica e parcialidade.**

Vale destacar o que preceitua o art. 3º da Lei de Licitações, Lei 8.666/93, in verbis:

"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".*

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Portanto, verifica-se no caso em tela, que o ato proferido por este Órgão em atribuir a empresa **INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA** vários benefícios ilegais precisam ser revistos, visando-se assim a LEGALIDADE E SEGURANÇA jurídica da contratação.

Como pode ser verificado por tudo o que foi exposto em linhas antecedentes, está havendo um grande equívoco principalmente no âmbito jurídico em alguns atos administrativos emanados pelo departamento de licitações deste Órgão, em especial ao fato de conceder privilégios ilegais a empresa licitante "Canção" neste processo em específico. Ora Ilustres, a Constituição Federal e a Lei de Licitações foi criada para serem cumpridas e regulamentar todo o processo licitatório, sob pena de os responsáveis pelo descumprimento responderem por crime de improbidade administrativa. O presente processo está repleto de vícios jurídicos que precisam ser senados para que se reestabeleça a ordem jurídica.

IV - DO DIREITO:

Com a devida vênia, a decisão do ilustre Pregoeiro em permitir com que a empresa **INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA** desse novo lance mesmo depois de ter declinado o direito de lances (e o que é pior, ter concedido ilegalmente á ela o direito ao benefício de ME/EPP mesmo sem a mesma ter apresentado qualquer documentos que comprovasse o fato) e ainda, e mais, mesmo depois de a empresa Distribuidora Lilian já ter utilizado do benefício de desempate por se enquadrar como Empresa de Pequeno Porte é insustentável, senão vejamos:

Conforme o princípio da legalidade no Direito Administrativo, em qualquer atividade, a Administração Pública está estritamente vinculada à lei. Assim, se não houver previsão legal, nada pode ser feito.

A diferença entre o princípio genérico e o específico do Direito Administrativo tem que ficar bem clara. Naquele, a pessoa pode fazer de tudo, exceto o que a lei proíbe. Neste, a Administração Pública só pode fazer o que a lei autoriza, estando engessada, na ausência de tal previsão.

Seus atos têm que estar sempre pautados na legislação, sendo também quando não houver previsão legal pautar os atos discricionários pelos princípios do direito administrativo.

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Versa o art. 50 da Lei Federal de Processo Administrativo (9.784/99):

"Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

(...)§ 1º A **motivação deve ser explícita, clara e congruente**, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato." (Grifo nosso)

O legislador foi claro ao apontar que os atos do administrativo que AFETEM DIREITOS, como o do caso apresentado, onde a empresa perdeu o direito de beneficiar-se pelo desempate por erro advindo do pregoeiro devem ser motivados de forma explícita, clara e congruente, características que não podem ser observadas nas medidas tomadas pelo mesmo, que nem sequer tentou sanar o seu erro na sessão de lances, e agiu sem embasamento em nenhuma norma.

Vale destacar o que preceitua o art. 3º da Lei de Licitações, Lei 8.666/93, in verbis:

"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".

A constituição Federal, no art. 37, instituiu princípios destinados à orientação do administrador, na prática dos atos administrativos, de molde a garantir a boa administração que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos, no interesse coletivo, com o que também assegura aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas. (Cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 561) (sem grifos no original).

Frisa-se que, a Lei n. 8.666/93, prevê em seu art. 3º, que 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".

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Merece, pois, pacificar, que os princípios e leis a todo tempo mencionado são dispositivos aplicáveis às licitações, subsidiariamente podem instruir a atividade administrativa nos certames públicos, visando Corrigir atos equivocados tanto por parte da Administração Pública, como por parte de particulares.

Ademais, caso não sejam tomadas as medidas legais ao caso concreto, não restará outra alternativa à empresa **a não ser protocolar uma Representação junto ao Tribunal de Contas da União e do Estado do Mato Grosso, bem como recorrer as medidas legais na esfera Judiciais, afim de se verificar as ilegalidades acometidas e restabelecer a Justiça**.

Pelos ensinamentos acima dispostos, restou claro que o ato do pregoeiro está enraizado de vícios e totalmente ilegal, desta forma, a recorrente vem por meio deste, requer a verificação dos atos já praticados, sendo que tais atos ferem o direito alheio, para que desta forma seja reformulada a decisão praticada pela comissão licitante em fase de lances do certame, e que seja anulado o último lance ofertado pela empresa **INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA** e, consequentemente, decretada como sendo vencedor o último lance de menor valor ofertado pela empresa **DISTRIBUIDORA LILIAN - EIRELI - EPP** (empresa enquadrada como EPP, beneficiária da Lei Complementar Federal 123).

V - DO PEDIDO:

Diante o exposto, com fundamento nas razões precedentemente aduzidas, requer-se o provimento do presente recurso, atribuindo-lhe o EFEITO SUSPENSIVO, para que seja **revista e anulada a decisão de decretar como primeira classificada na etapa de lances a empresa INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA e retornar o pregão ao momento em que deveria ter sido a empresa DISTRIBUIDORA LILIAN - EIRELI – EPP a vencedora da etapa de lances e proceder com a abertura do envelope de "Documentos de Habilitação" da mesma,** para que desta forma seja restabelecido os princípios constitucionais que regem o procedimento licitatório, por ser medida de inteira justiça.

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada de isso não ocorrer, faça este subir, devidamente informados, à autoridade superior, em conformidade com o § 4°, do art. 109, da Lei n° 8666/93, observando-se ainda o disposto no § 3° do mesmo artigo.

Todo o alegado se prova através dos documentos anexos a este recurso.

Termos em que,
Pede Deferimento
Jandaia do Sul-PR, 14 de maio de 2020.

MARCOS HENRIQUE SODRÉ MARQUES
RG n. 6758776-IE/GO e CPF nº 014.760.261-06
Procurador

Estas são as razões

Passa-se às contrarrazões.

IV. DAS CONTRARRAZÕES AO RECURSO

Consoante o item 12.3 do edital em exame, *"Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo, no prazo de 02 (dois) dias úteis, contados da comunicação da interposição do recurso"*.

Dessa forma, foram encaminhadas as razões recursais para a empresa declarada vencedora do certame, INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA – ME, para conhecimento e, querendo, apresentar contrarrazões de recurso no prazo preconizado no item supracitado.

A empresa INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA – ME apresentou contrarrazões em tempo hábil, conforme determina o subitem 12.3. do Edital, nas quais contesta as argumentações da recorrente e requerendo, ao final, a manutenção da decisão tomada pela CPL na sessão pública do certame licitatório.

Passa-se ao exame do mérito.

V. DO EXAME DE MÉRITO

1. QUANTO A NÃO APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DA SINTESE RECURSAL

Cumpre inicialmente registrar, antes de adentrarmos a matéria e rebater os tópicos aventados pela recorrente, que o legislador distinguiu o ato de motivar a intenção de recorrer, da efetiva apresentação das razões do recurso.

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Acerca das peculiaridades da fase recursal em âmbito licitatório, preleciona com clareza JORGE ULYSSES JACOBY, nos seguintes termos:

> *"Quando questionada a intenção dos licitantes em recorrer, caberá a manifestação afirmativa. A lei não exige forma especial para manifestação, bastando que seja inequívoca. A norma exige, porém, o cumprimento de dois requisitos:* ***o prazo, imediato; a apresentação da motivação.***
>
> ***Não basta, portanto, declarar o interesse em recorrer; é indispensável que o licitante indique expressamente o motivo, a razão do seu inconformismo; o erro ou a ilegalidade que o pregoeiro ou a equipe de apoio cometeu****.*
>
> ***O legislador distinguiu motivar a intenção de recorrer de apresentar as razões do recurso. O primeiro, é a indicação sucinta do ponto em que se funda a contrariedade do licitante; o segundo, é a fundamentação, as razões que buscam convencer o pregoeiro em favor da motivação já apresentada****.*
>
> *(...)*
>
> *Observe-se, que, sendo a fase recursal no pregão única, todos os vícios do certame somente podem ser argüidos nesse momento.*
>
> *As questões que deveriam ser versadas na impugnação do edital, contudo, não podem ser objeto de recurso, como, por exemplo, as regras pertinentes à descrição do objeto, porque estas já ficaram preclusas.*
>
> *As alegações genéricas, evasivas, que não atendam aos requisitos mínimos da linguagem, como a clareza e a objetividade, equivalem à ausência de motivação."*

Note-se que, de acordo com o autor, não basta declarar o interesse em recorrer, sendo indispensável que o licitante indique expressamente o motivo, a razão do seu inconformismo, o erro ou a ilegalidade que o pregoeiro ou a equipe de apoio cometeu.

Segundo o autor, a intenção de recorrer deve observar dois requisitos essenciais, quais sejam, o prazo (manifestação imediata) e a apresentação da motivação.

Denote-se, também, que, segundo o autor, **motivar a intenção de recorrer** é a indicação sucinta do ponto em que se funda a contrariedade do licitante**. Já a apresentação das razões do recurso,** é a fundamentação, as razões que buscam convencer o pregoeiro em favor da motivação já apresentada.

No presente caso, a empresa FIBRATEX COMERCIAL LTDA - ME manifestou imediatamente a intenção de recorrer, entretanto, não apresentou as razões de recurso no prazo legal.

A esse respeito, também ensina o jurista JORGE ULYSSES JACOBY, *in verbis*:

> *"Podem ocorrer, na fase recursal, as seguintes situações:*
>
> - ***o licitante não manifesta intenção de recorrer, mas no prazo legal, ingressa com as razões do recurso.***

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Em verdade o direito de recorrer decaiu. A Administração Pública não tem o dever de examinar o recurso, podendo simplesmente não conhecer, informando ao interessado. A expressão não conhecer é utilizada em matéria recursal para indicar que o recorrente não satisfez os requisitos processuais que autorizam o ingresso do recurso.

É de boa técnica processual, porém, e até inibe eventual pretensão a demanda judicial, que o pregoeiro não conheça do recurso, mas de ofício examine a questão posta.

(...)

- ***o licitante manifesta intenção de recorrer, mas no prazo legal não ingressa com as razões do recurso.***

Nessa hipótese o direito de recorrer não decaiu. Ao apresentar a motivação na sessão, o recorrente externou o seu inconformismo. Deve o pregoeiro, mesmo que no prazo legal não sejam juntadas as razões, examinar a questão e decidir fundamentadamente."

Assim, constata-se da Ata da Sessão Pública do certame em apreço, que a empresa FIBRATEX COMERCIAL LTDA - ME manifestou intenção de recorrer, mas no prazo legal não ingressou com as razões do recurso. Entretanto, ao apresentar a motivação na sessão, a recorrente externou o seu inconformismo em relação aos atos praticados pela Comissão Permanente de Licitação na condição dos trabalhos.

Destarte, em observância ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, será analisada a síntese recursal apresentada pela licitante ao final da sessão licitatória, com base nos argumentos expendidos pela mesma, em virtude do que passa-se a combater as alegações declinadas ponto a ponto, conforme a seguir:

2. DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS ME/EPP

Inicialmente, cabe informar que o SENAR-AR/MT utiliza a Lei Geral de Licitações apenas de forma subsidiária, para colmatar eventuais lacunas existentes no ordenamento, porém, possui regulamento próprio de licitações e contratos, ao qual se encontra vinculado.

Pois bem, cumpre registrar que a Administração Pública e demais instituições privadas estão adstritas aos contornos da lei, por imposição constitucional, a qual consagrou o princípio da legalidade, consoante prescreveu o art. 37 da Constituição da República de 1988.

Nessa ótica, o processo licitatório e a estrita observância às suas regras têm por fim assegurar a impessoalidade, necessária para efetivação do interesse público em detrimento do particular, mediante a inibição de favoritismos e de perseguições, e propiciar a maior vantagem à Administração Pública.

A par desses direcionamentos, o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte emerge diretamente da CF/88 (Arts. 170, inciso IX e 179), com a tentativa de impulsionar a atuação das pequenas empresas no mercado.

À luz do mandamento constitucional, o legislador ordinário editou a Lei Complementar 123/06, que trouxe em seu bojo diversos dispositivos garantidores ao tratamento favorecido às

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), sobretudo quando da participação em procedimentos licitatórios, previsto em seus artigos 42 ao 49.

Desta forma, o novo Estatuto das ME e EPP, adentrou na esfera do direito administrativo, sobretudo por promover uma série de alterações nas regras gerais das licitações.

Por essa razão, a LC estabeleceu uma série de normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às ME e EPP, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que devem, independente de normativa própria, aplicar as regras constantes nesse estatuto em suas contratações.

Esse tratamento diferenciado e favorecido incide tanto na fase de habilitação dos certames como na fase de julgamento das propostas.

Destarte, um dos mecanismos de preferência criados pela Lei Complementar se trata do empate ficto, que tem o intuito de oportunizar às micro e pequenas empresas, que estejam classificadas dentro de uma certa margem, o oferecimento de nova proposta de preço inferior ao da melhor classificada, quando esta tenha sido apresentada por uma média ou grande empresa. "Para efetivar esta preferência, a lei cria uma ficção jurídica adotando um conceito legal de empate, diverso do seu conceito jurídico".[1]

Nessa linha, traz-se à colação a inteligência do art. 44 da LC 123/06, o qual garante às empresas de pequeno porte o chamando "empate ficto", senão vejamos:

> *"**Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte**.*
>
> *§ 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.**" [g. n.]*

Analisando o art. 44 e seus parágrafos, definem-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas ME ou EPP sejam de valor até 10% (dez por cento) superior à proposta mais bem classificada, mas essa porcentagem é reduzida quando trata-se da aplicação na modalidade pregão, reduzindo o patamar para 5%, visto que, **entende que nesta modalidade em decorrência da disputa através de lances**, já se reduziu bastante o valor do produto/serviço a ser contratado.

No entendimento de Jonas Lima[2]:

> *"Não se trata de uma situação de "empate", mas sim de uma verdadeira possibilidade para que a Microempresa ou a Empresa de Pequeno Porte possa, se desejar, exercer a "faculdade"*

[1] SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 96.

[2] LIMA, Jonas. Licitações para pequenas empresas – novidade da década de 40. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC. Ano XIV. Nº 162. Curitiba: Zênite, 2007.

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

de "cobrir" a oferta da outra empresa, não enquadrada na lei".

Segundo Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães[3]:

> *"Ficto porque ele não é real; é um empate imaginado, inventado, fingido, falso ou simulado. Mas, válido porque a ordem jurídica assim estabeleceu".*

Nos casos do empate ficto, a preferência para o desempate será dado as ME e EPP, conforme disciplina o art. 45 da LC nº 123/06, *in verbis*:

> *"Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:*
>
> *I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada* ***poderá apresentar proposta de preço inferior <u>àquela considerada vencedora do certame</u>****, 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.*
>
> *§ 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.*
>
> ***<u>§ 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.</u>*** [g.n.]

Da leitura do dispositivo legal, percebe-se que no pregão, o empate ficto deve ser verificado após a conclusão da fase de lances, momento em que o pregoeiro deve promover a classificação dos proponentes, examinando se a proposta vencedora se enquadra ou não como ME ou EPP e se é o caso de aplicação do empate ficto, o qual se configura naquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 5% superiores à proposta mais bem classificada (e apresentada por uma média ou grande empresa) após a fase de lances.

Nesse caso, a ME ou EPP mais bem classificada terá o direito de apresentar, dentro do prazo de cinco minutos, nova proposta de preço inferior à primeira colocada. Nas palavras de

[3] SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. Licitações e o Novo Estatuto da pequena e microempresa: Reflexos práticos da LC nº 123/06.1. Ed. Belo Horizonte: Fórum Ltda, 2007, p. 40 - 41.

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Marçal Justen Filho, *"será facultado à microempresa ou empresa de pequeno porte formular lance de desempate"*.[4]

Vale destacar, por sua vez, que esse tratamento somente será concedido a ME ou EPP se a melhor proposta inicial for de uma média ou grande empresa, ou seja, não ME ou EPP, ao passo que se não restar configurado, não há que se falar em empate ficto (§ 2º- Art. 45).

Nesse sentido dispõe James Marins e Marcelo M. Bertoldi[5]:

> *"Não ocorrerá a contratação imediata da proposta apresentada pela pequena empresa nos moldes ofertados inicialmente; a regra deste dispositivo confere a faculdade de alteração do valor inicial da proposta da pequena empresa em relação àquele apresentado pela outra empresa"*.

No tocante à matéria em testilha, Julieta Mendes Lopes Vareschini em sua obra sobre licitações e contratos no âmbito do Sistema "S", assevera que:

> *"O art. 44 da LC nº 123/2006 prevê que, em caso de empate, deverá ser dada preferência à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.*
>
> *A Lei criou um mecanismo de empate, considerando as situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta melhor classificada, sendo que, na modalidade pregão, tal percentual será de 5% (cinco por cento). Em tal caso, impõe-se a preferência de contratação para essas empresas (art. 44, § 1º e § 2º).*
>
> *(...)*
>
> *Infere-se, portanto, que, na hipótese de empate (ficto), a microempresa ou empresa de pequeno porte não será, de plano, declarada vencedora do certame.* ***O que a Lei prescreve é a possibilidade de a micro ou empresa de pequeno porte reduzir sua proposta em montante inferior ao apresentado pela licitante classificada em primeiro lugar.*** *Por evidente, se a licitante melhor classificada for microempresa ou empresa de pequeno porte, tal critério não será aplicado, sendo ela declarada vencedora da licitação.*
>
> *Caso várias pequenas empresas se encontrem na margem de 10%, ou 5% para o pregão, a preferência será da melhor classificada. Se existirem propostas idênticas, deverá ser realizado um sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar a melhor oferta.*
>
> *Realizado sorteio, a pequena empresa selecionada poderá oferecer nova oferta, sendo declarada vencedora do certame, caso apresente proposta mais vantajosa do que a apresentada pelo primeiro colocado e cumpra as demais condições disciplinadas no edital.*
>
> *Somente se esta não exercer seu direito de preferência ou não for, por qualquer motivo, contratada é que se cogita a convocação das pequenas empresas remanescentes para o*

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2013, p. 114.

[5] MARINS, James; BERTOLDI Marcelo M. Simples Nacional: Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte comentado.1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 210 - 214.

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

exercício do mesmo direito de preferência.

Essa ressalva se faz necessária em virtude de a redação do art. 45, inciso III, ao prescrever que será realizado sorteio entre as pequenas empresas que apresentarem valores equivalentes, a fim de verificar quem primeiro poderá apresentar melhor oferta, induzir à interpretação de que poderia ser feita uma disputa entre elas.

Portanto, na hipótese de a contratação não se efetivar, serão convocadas as micro e pequenas empresas remanescentes que porventura se enquadrarem nas hipóteses dos §§ 1º e 2º do art. 44 da Lei, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito e, se nenhuma delas conseguir cobrir a melhor proposta apresentada, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente classificada em primeiro lugar.

Por fim, o § 3º prevê que, em caso de pregão, o lapso temporal para a microempresa ou empresa de pequeno porte, melhor classificada, apresentar nova proposta será de, no máximo, 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Nota-se, portanto, que, no pregão, o direito de preferência é aplicável somente depois de concluída a fase de lances, e não quando da apresentação das propostas escritas.

Como a LC nº 123/2006 não prevê qual será o prazo máximo para apresentação de nova proposta para modalidades diversas do pregão, caberá ao ato convocatório regulamentar a questão, considerando-se sempre a complexidade do objeto licitado."[6] [grifamos]

Na mesma linha, o Tribunal de Contas da União se manifestou no seguinte sentido:

"[VOTO]

Embora no presente caso não tenha havido a participação das empresas coligadas no mesmo certame, resta caracterizado o usufruto indireto dos benefícios previstos na Lei Complementar 123/2006 por uma empresa de maior porte (Fast Security), utilizando uma EPP (Fast Help), que deles não necessita.

A Fast Help Informática Ltda. – EPP foi a vencedora dos grupos 1 e 2, do Pregão Eletrônico 5/2016, promovido pela AGU, com o lance de R$ 2.895.025,78 para o primeiro grupo e de R$ 1.270.548,08 para o segundo (peça 2, p. 107).

A empresa DFTI apresentou lance de R$ 3.021.500,00 para o grupo 1 e de R$ 1.296.160,00 para o grupo 2 (peça 23, p. 9), ou seja, dentro do limite de 5% previsto no artigo 44, §2º, da Lei Complementar 123/2006, para a ocorrência de "empate ficto".

Caso a Fast Help não ostentasse a qualidade de EPP no aludido certame (art. 45, §2º, da LC 123/06), tanto a empresa DFTI, como outra ME ou EPP, desde que posicionada no intervalo de 5% acima da proposta vencedora, poderia ser chamada para ofertar valor inferior ao menor lance.

Portanto, ao contrário do que argumenta a Fast Help, é perfeitamente possível uma ME ou EPP classificada em terceiro lugar no grupo ser chamada a apresentar lance vencedor, desde que respeitada a ordem de classificação, nos termos do artigo 45, da Lei Complementar.

[6] VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Licitações e Contratos no Sistema "S". 7. ed. Curitiba: Editora JML, 2017, p. 597-599.

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Assim, não há dúvidas de que a Fast Help se beneficiou, efetivamente, de sua condição de EPP no certame.

Essa sociedade argumenta, ainda, que a sua proposta negociada representa uma economia de 8,19% em relação à apresentada pela representante no grupo 1 (peça 52, p. 11). ***Todavia, a verificação da ocorrência do "empate ficto" (art. 44, §§1º e 2º, LC 123/06) deve considerar os melhores lances dados antes da negociação, em respeito ao princípio da isonomia.***

Corrobora esse entendimento a norma prevista no artigo 45, §3º, da Lei Complementar 123/2006, no sentido de que, em um pregão, a ME ou EPP mais bem classificada deve apresentar lance vencedor no prazo máximo de 5 minutos após o encerramento dos lances, antes, portanto, da negociação com o pregoeiro.*"*[Grifo nosso]

Vale trazer a tona, o comentários do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema no Recurso Especial *in fine*:

"[...]

A irresignação não merece acolhida. Com efeito, a Corte local entendeu pela configuração do empate ficto em licitação na modalidade pregão eletrônico, amparada nos seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 172/173 e 175): A divergência entre as partes cinge-se em qual proposta a ser considerada: se a primeira ofertada, ainda que desclassificada, ou a reputada válida para efeitos de disputa (exequível). In casu, os 02 (dois) primeiros lances foram desclassificados, restando como proposta válida aquela apresentada pela Mercantil Brasil Ltda. O parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 123/2006 resolve a questão, quando dispõe que a situação de empate considera a "proposta mais bem classificada", ***por óbvio excluindo aquelas desclassificadas, a exemplo dos primeiros e segunda lugares, considerando este caso concreto****. Absorvida a premissa, denota-se a efetiva ocorrência do empate ficto entre a terceira colocada, a Mercantil Brasil Ltda. e a empresa Comercial Brasil Alimentos e Limpeza EIRELI, cuja diferença entre os lances indicados não ultrapassou o limite assentado no § 2º do art. 44 da Lei nº 123/2006. Cumpre no momento registrar que seria descabido, senão desarrazoado, se inferir que as primeira e segunda propostas funcionariam como paradigmas de empate, notadamente porque, além de desclassificadas, e por tal razão inválidas, a primeira empresa licitante afirmou que o valor foi equivocadamente inserido no certame, o que motivou seu pedido de desistência. [...]* ***Nesse contexto, forçoso é reconhecer a violação ao direito líquido e certo da impetrante arrematar o lote, com base no direito ao empate ficto, legalmente previsto na Lei Complementar nº 123/2006 e expressamente previsto no item 8.1 do Edital, a seguir transcrito: 8.1 - Após a fase de lances, se a proposta mais bem classificada não tiver sido apresentada por ME, EPP ou COOP, e houver proposta de ME, EPP ou COOP que seja igual ou até 5% (cinco por cento) superior a essa proposta, proceder-se-á da seguinte forma: 8.1.1 - A ME, EPP ou COOP mais bem classificada poderá, no prazo decadencial de 5 (cinco) minutos, ofertar novo lance, inferior ao lance vencedor, e, se atendidas as exigências deste Edital, passar a ser a arrematante do lote****. [...]5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 522.193/MG, Rel. Ministro VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em*

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

9/6/2015, DJe 15/6/2015) Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015, não conheço do recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 06 de agosto de 2018. Ministro Og. Fernandes Relator. (STJ - REsp: 1579896 RN 2016/0020189-1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Publicação: DJ 10/08/2018)".

Vê-se, portanto, que a interpretação adotada pela doutrina especializada e pelos precedentes dos Tribunais, os quais nos filiamos, converge ao entendimento de tomar como parâmetro de aferição da ocorrência ou não de empate ficto garantido às MEs e EPPs, a proposta que for declarada vencedora – esta caracterizada somente após a fase de lances e habilitação ou após o interregno recursal -, e não àquela inicial e provisoriamente mais bem classificada.

Cumpre salientar que, a fim de se valer desses privilégios, a licitante precisa atender, basicamente, a duas condições: enquadrar-se nos limites estabelecidos pelos incisos I ou II do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 123/06 e não incidir nas situações previstas nos incisos do § 4º desse mesmo artigo.

Ademais o edital é a lei interna da licitação, verifica-se que esta restrição fundamenta-se no princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO, sustenta que:

"O que o dispositivo pretende é determinar que todo o ato convocatório de uma licitação diferenciada explicite satisfatoriamente os critérios e requisitos de participação e de julgamento. Em outras palavras, será nula a licitação se o ato convocatório não preencher tais requisitos; a aplicação dos critérios legais depende da sua previsão e regulamentação no edital. Não se trata de um pressuposto de aplicação ou de exclusão da licitação diferenciada, mas de um requisito de sua validade. De todo o modo, caberá à legislação regulamentadora dos dispositivos estabelecer os critérios que deverão ser observados pela autoridade administrativa que elaborará o edital."

Em suma, para que as empresas ME e EPP façam jus ao tratamento diferenciado, devem apresentar a documentação pertinente na fase do credenciado, haja vista que se não o fizerem nesse momento, o seu direito estará precluso.

3. DO PODER-DEVER DO PREGOEIRO REVER OS ATOS ADMINISTRATIVOS

A comissão permanente, como seu próprio nome sugere, é um colegiado formado de maneira não eventual, ou seja, é a comissão instituída para conduzir as licitações promovidas pela Administração de um modo geral.

Desta feita, a comissão de licitação é órgão colegiado instituído para conduzir a fase externa da licitação, cabendo-lhe, nos termos genéricos da Lei, a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

Ainda lhe cabe exercer o poder de polícia nos locais onde se realizam os trabalhos, de modo que esses não sejam perturbados, bem como praticar outras atividades que lhe forem

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

atribuídas pela autoridade competente em ato próprio.

Nesse compasso, a comissão designada tem o dever de cumprir as regras previamente estabelecidas no instrumento convocatório, bem como ainda de observar os princípios básicos atinentes às licitações públicas, em especial o **princípio da vinculação ao instrumento convocatório; da isonomia; da publicidade; da transparência; da economicidade; do julgamento objetivo; da competitividade; da proposta mais vantajosa; da legalidade, da impessoalidade e dos que lhes são correlatos**.

Nesse contexto, como forma de assegurar a moralidade, a imparcialidade e a impessoalidade que deve revestir as licitações, afastando, também, julgamentos de exceção, é que se entende que poderá o pregoeiro invocar o Poder-Dever pertinente à Administração Pública, o qual possibilitará rever seus atos a qualquer tempo, justificadamente, mantendo a transparência do certame.

Não se trata de mera análise de mérito, mas de um ato administrativo equivocado e corrigido em tempo hábil. Uma decisão equivocada não só poderá trazer morosidade ao certame como também colocar em dúvida a lisura dos atos do condutor, ao que numa situação vinculada a Pregão Presencial, é possível encontrar dúvidas recorrentes nos atos seguintes.

Resta claro que estando diante de um ato que resulte em ilegalidade cabe à Administração anulá-lo em benefício do interesse público e no caso específico da licitação pública em benefício aos princípios aplicáveis, quais sejam: vinculação ao instrumento convocatório, isonomia, economicidade, legalidade, publicidade e transparência.

O tema de anulação de fases em certames licitatórios já foi objeto de discussão no âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU, o qual prevê a anulação parcial do certame quando diante de vício de ilegalidade:

> *"Consulta. Licitação. Anulação. É possível a anulação parcial de procedimento licitatório eivado por vicio que não prejudique a totalidade do certame, aproveitando-se os atos praticados regularmente e não afetados pelas falhas observadas. Resposta ao consulente. [ACÓRDÃO Nº 1904/2008 - TCU – Plenário - Processo nº TC 006.035/2007-0].*
>
> *SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO, COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. SUPOSTAS IRREGULARIDADES OCORRIDAS EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, RELACIONADAS À DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA DE LICITANTE COM PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. VÍCIO INSANÁVEL NO MOTIVO DETERMINANTE DO ATO DE DESCLASSIFICAÇÃO. NULIDADE. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA.(...) 11. Observa-se que a representada reconheceu o equívoco, mas que não houve má-fé por parte dos seus servidores, tendo o vício do ato de desclassificação da representante ocorrido apenas por um equívoco, o qual o instituto já se prontificou em corrigir. 12. Registre-se, ainda, que, conforme argumentaram os representantes do IFPE, não há necessidade de que todo o pregão seja anulado, mas apenas, o ato eivado de ilegalidade e os que dele decorrerem. [ACÓRDÃO Nº 255/2014 – TCU – Plenário - Processo nº TC 034.299/2013-0]".*

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Também não é outro o entendimento da doutrina a respeito da obrigatoriedade de anulação por parte da Comissão de Licitação de atos eivados de ilegalidade no certame. O renomado jurista Hely Lopes Meirelles deixa claro sobre a possibilidade de anulação de atos ilegais pela Comissão de Licitação:

> *"A competência para anular ou revogar é, em princípio, da autoridade superior que autorizou ou determinou a licitação, mas, tratando-se de ilegalidade no julgamento, a Comissão que o proferiu poderá anulá-lo no recurso próprio, ao reexaminar sua decisão. A anulação da licitação, por basear-se em ilegalidade no seu procedimento, pode ser feita em qualquer fase e a qualquer tempo, antes da assinatura do contrato, desde que a Administração ou o Judiciário verifique e aponte a infringência à lei ou ao edital. (...) A Comissão é o órgão julgador da concorrência e, por isso mesmo, nenhuma autoridade pode substituí- la na sua função decisória, estabelecida por lei federal. Se ocorrer irregularidade ou erro no julgamento, a autoridade competente poderá apenas anular a decisão, através de recurso ou ex officio, determinando que a Comissão corrija o erro ou proceda a novo julgamento em forma regular".*

Portanto, em razão do princípio da autotutela, do que prevê a legislação sobre processo administrativo, é possível a anulação de atos ilegais ou equivocados no curso do processo licitatório a qualquer tempo, antes da assinatura do contrato ou instrumento equivalente.

4. DO EXAME DO CASO CONCRETO

In casu, a recorrente alega em sua defesa, que foi concedido o tratamento diferenciado a empresa INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA vencedora do certame em epígrafe, asseverando que após a referida empresa ter **declinado tacitamente** do seu direito de ofertar lances, foi oportunizado a mesma o benefício de cobrir o valor da empresa DISTRIBUIDORA LILIAN.

Ora pelo que podemos constatar da documentação constante dos autos do processo administrativo em evidência, e dos termos da Ata da Sessão Pública do Pregão Presencial em apreço, os fatos ocorreram sobre outra ótica.

Nesse sentido, no caso sub examine, observa-se da documentação de credenciamento das empresas participantes da pretensa licitação, que apenas a empresa INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA não requereu os benefícios da LC 123/06.

Imprescindível trazer a tona, que o instrumento convocatório no subitem 6.6, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*, estabeleceu os documentos que as empresas deveriam apresentar no momento do credenciamento, para comprovação do enquadramento como ME ou EPP, e assim estarem aptas a usufruir do tratamento diferenciado estabelecido pela lei supracitada.

Mais descabido ainda o alegado pela recorrente, que a empresa vencedora teria solicitado o declínio e posteriormente ofertou novo lance.

Consoante ficou registrado na ata da sessão, somente as empresas DISTRIBUIDORA LILIAN – EIRELI EPP e FIBRATEX COMERCIAL LTDA – ME, após questionadas pelo pregoeiro, de início

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

declinaram do direito de ofertar novos lances e de concorrerem com a licitante ganhadora do certame. Logo, tal afirmação não procede.

Irresignada a empresa DISTRIBUIDORA LILIAN EIRELI, ora recorrente, traz várias alegações expressas de forma confusa, dentre as quais extraímos o seguinte trecho:

> "Passada a fase de credenciamento das empresas, conforme acima mencionado, iniciou-se a etapa de lances onde a empresa **INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA ofertou o seu último lance e posicionou-se nem primeira classificada e declinou de ofertar novos lances (conforme se verifica pela própria Ata da Sessão Pública). Em seguida, sendo essa recorrente enquadrada como Empresa de Pequeno Porte e estando dentro da margem de 5% teve a chance de exercer o seu benefício e ofertou proposta de preço no valor menor do que o ofertado pela a empresa INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA enquadrada como EMPRESA DE GRANDE PORTE e ISENTA dos benefícios da Lei 123 Lei Complementar Federal nº 123/2006. Desta forma, a empresa DISTRIBUIDORA LILIAN – EIRELI – EPP tornou-se a arrematante (vencedora) do pregão.**
>
> **(...)**
>
> **Pois bem, surpreendentemente mesmo depois da empresa DISTRIBUIDORA LILIAN – EIRELI – EPP ter utilizado do benefício e ofertado proposta de preço inferior àquela considerada do certame, e então, tornar-se primeira classificada e arrematante, o Sr. Pregoeiro, diante do tumultuo causado pela Sra. Fábia, credenciada da empresa "CANÇÃO", ignorou os preceitos legais contidos em edital e deu a empresa de Grande Porte que já havia tacitamente declinado de dar lances o benefício de a mesma cobrir a proposta da Empresa de Pequeno Porte. PASMEM!**
>
> **Desta feita, a empresa *Canção* teve a si dada, ILEGALMENTE, a prerrogativa de poder ofertar um novo lance a qual conferiu o menor valor proposto e, depois de aberto o envelope nº 2 e conferida toda a documentação de habilitação, foi ILEGALMENTE decretada como a arrematante do pregão."** (sic)

Nesse ponto, cabe esclarecer que no caso de empate ficto a microempresa melhor classificada na fase final de lances até o percentual de 5% acima do menor valor tem direito de preferência, razão pela qual, quando questionada, deve manifestar acerca do interesse em cobrir a menor oferta.

Ora, ao iniciar-se a fase de lances tanto a empresa FIBRATEX COMERCIAL LTDA ME quanto a empresa DISTRIBUIDORA LILIAN-EIRELI EPP, ambas recorrentes, declinaram do direito de dar lances, mesmo sem ter ofertado nenhum lance.

Assim sendo, denote-se que a empresa recorrente declinou do direito de dar lances ainda no início da etapa de lances verbais, sem, contudo, ofertar nenhum lance. Portanto, mencionada fase ainda não havia se encerrado, e, na modalidade pregão, o tratamento diferenciado deve ser concedido apenas após o encerramento da fase de lances.

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Perceba-se que a lei não estabelece que a microempresa vai ser declarada vencedora de plano, mas ela tem, tão somente, o direito de preferência, caso ela consiga cobrir a oferta da empresa melhor classificada, apresentando um valor inferior ao da menos proposta e atenda as condições de habilitação ela será declarada vencedora.

A partir do momento em que a empresa declinou do direito de lances sem cobrir a oferta da empresa melhor classificada, abdicou do seu direito de usufruir do benefício concedido pela Lei Complementar.

No presente caso, consoante a norma expendida acima, não seria razoável e isonômico, quando da primeira sessão da fase de lances, se o pregoeiro tivesse declarado a empresa DISTRIBUIDORA LILIAN como vencedora, sem dar oportunidade a licitante INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES CANÇÃO LTDA de ofertar lances.

Pelo contrário, analisando tal situação e com base no princípio da autotutela, a atitude do pregoeiro ao retornar a fase de lances diante do equívoco percebido, objetivou colocar todas os licitantes em pé de igualdade, oportunizando novamente que as mesmas ofertassem lance, corrigindo assim em tempo um vício sanável, para que dessa forma cumprisse as regras editalícias e os princípios basilares da licitação.

Nessa esteira, para que a recorrente fizesse jus ao tratamento diferenciado, a mesma deveria ter buscado preservar a diferença de 5% ao longo da etapa de lances, o que, no caso em testilha, conforme se pode constatar da ata da sessão, não ocorreu, uma vez que a mesma declinou do seu direito, e consequentemente a grande empresa ofertou um lance superior a margem estatuída pela lei.

Assim a Lei conferiu direito de preferência às pequenas empresas, não proibindo, porém, que as grandes empresas ofertem lances que superem o percentual de 5%. Essa prerrogativa é inerente à competitividade do certame. Cada licitante tem liberdade para decidir o valor proposto no lance, desde que seja exequível e respeite os critérios definidos na legislação e no edital.

Sendo assim, o interesse público não pode ser comprometido em prol do interesse privado.

Portanto, diante de todo o exposto, entende-se que a síntese recursal expressa pela empresa FIBRATEX COMERCIAL LTDA – ME na sessão pública do Pregão Presencial nº 021/2020/SENAR-AR/MT e pelas razões de recurso interposto pela licitante DISTRIBUIDORA LILIAN – EIRELI EPP merecem ser **conhecidos**, por serem tempestivos, para no mérito **negar provimento**.

IV. DA DECISÃO

Diante de todo o exposto, tendo-se por fundamento os dispositivos constantes do Regulamento de Licitações e Contratos do SENAR, os termos do instrumento convocatório, os princípios gerais que regem as licitações públicas, as orientações do controle externo, a

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

jurisprudência pátria e a melhor doutrina, **DECIDE-SE:**

1. **CONHECER** a síntese recursal expressa pela empresa FIBRATEX COMERCIAL LTDA – ME na sessão pública do Pregão Presencial nº 021/2020/SENAR-AR/MT e as razões de recurso interposto pela licitante DISTRIBUIDORA LILIAN – EIRELI EPP, por serem tempestivos, para no mérito **NEGAR PROVIMENTO**, mantendo-se inalterada a decisão tomada pela Comissão de Licitação do SENAR-AR/MT na sessão pública do Pregão Presencial nº 021/2020/SENAR-AR/MT.

Destarte, submete-se a presente Manifestação à apreciação do Presidente do Conselho Administrativo do SENAR-AR/MT, para retificação ou manutenção da decisão.

Cuiabá (MT), 27 de maio de 2020

(Original assinado)
JOSÉ PAULO SOUZA SANTOS
Presidente da Comissão Permanente de Licitação
SENAR-AR/MT

(Original assinado)
ANA CRISTINA CIGERZA SILVA
Membro da Comissão Permanente de Licitação
SENAR-AR/MT

(Original assinado)
ALINE ANNE MOREIRA LIMA
Membro da Comissão Permanente de Licitação
SENAR-AR/MT

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br

Pregão Presencial nº 021/2020/SENAR-AR/MT

Processo n°: 159672/2019

Assunto: Decisão em Recurso Administrativo.

Da decisão.

Acolho a Manifestação nº 003/2020/CPL/SENAR-AR/MT, exarada pela Comissão Permanente de Licitação do SENAR-AR/MT, razão pela qual resolvo **CONHECER** a síntese recursal expressa pela empresa FIBRATEX COMERCIAL LTDA – ME na sessão pública do Pregão Presencial nº 021/2020/SENAR-AR/MT e as razões de recurso interposto pela licitante DISTRIBUIDORA LILIAN – EIRELI EPP, por serem tempestivos, para no mérito **NEGAR PROVIMENTO**, mantendo-se inalterada a decisão tomada pela Comissão de Licitação do SENAR-AR/MT, na sessão pública do Pregão Presencial nº 021/2020/SENAR-AR/MT.

Atendidos os requisitos legais, confeccione-se o instrumento competente.

É como decido.

Dê ciência aos interessados.

Cuiabá/MT, 27 de maio de 2020

(Original assinado)
NORMANDO CORRAL
Presidente do Conselho Administrativo
SENAR-AR/MT

Serviço Nacional de
Aprendizagem Rural
de Mato Grosso

Rua Engº. Edgard Prado Arze
SN, Qd 01, Setor A - Centro Político Administrativo
CEP 78.049-015 - Cuiabá/MT
65 3928 4800 | www.senarmt.org.br