

À Presidente da Comissão Permanente de Licitações – Secretaria Municipal de Compras e Suprimentos da Prefeitura de São Gonçalo/RJ – Ilma. Sra. Thais Teles Gomes Fonseca.

Concorrência Pública nº 003/2023

EMPIA EMPRESA DE PROJETOS INDUSTRIAIS E AMBIENTAIS LTDA - pessoa jurídica de direito privado, inscrita sob o nº CNPJ nº 07.361.133/0001-32, com sede à 11ª Avenida Nº 805 Setor Leste Universitário – Goiânia – GO, por sua representante legal, inconformada com a decisão proferida por esta Comissão, interpor **RECURSO** em face da referida decisão de julgamento da fase de habilitação, com a finalidade de ver declarada sua reconsideração e alteração para o fim de habilitar a recorrente, fazendo-o pelas razões seguintes.

I – TEMPESTIVIDADE

Em preliminares cumpre demonstrar que este Recurso é tempestivo nos termos do artigo 109, I, “a” da Lei 8.666/93, que possibilita a interposição de recurso contra decisão de inabilitação de licitante a ser protocolado no prazo de 5 dias úteis após a ciência do ato que se deu em 19/02/2024.

A Recorrente foi inabilitada na Concorrência Pública, conforme evidencia a Ata de Sessão de Julgamento da Fase de Habilitação, recusando-se na abertura do envelope por ausência de preposto ou representante legal no dia da Sessão.

II - DIREITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Em primeiro plano cumpre salientar que a decisão constante em Ata, nos moldes em que se encontra, conduz a sua total ilegalidade e inconstitucionalidade pois afronta diretamente ao inciso LV, art. 5º da CF e Lei 9784/1999, vez que, da forma como se apresenta, não permite de forma ampla o seu entendimento e os reais pontos que levaram à inabilitação da licitante.

Da decisão apenas se pode apreender que a recorrente não teria comparecido presencialmente na sessão pública descumprimento o constante no item 10.2 do Edital, motivo pelo qual não houve abertura de seu envelope.

Assim, instala-se dúvida quanto o fundamento para inabilitação, se em razão ao Item 3 (CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO), em especial no constante 3.2 e 3.3, condiciona a possibilidade DE EXISTIR OU NÃO A REPRESENTAÇÃO DA LICITANTE no momento de abertura de envelopes, inclusive ressaltando que a não representação da licitante NÃO a inabilitará, sem falar no fato de ter sido esclarecido e convalidado no processo licitatório, pela Presidente da Comissão de Licitação do Município o envio pelo correio dos envelopes e a desnecessidade de um preposto ou representante legal no momento da abertura dos envelopes, fatos exemplificados mais adiante.

Além do mais, é pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência, em respaldo à Lei 8666/93 e 9784/99, que todos os atos administrativos **devem ser motivados corretamente, ou seja, necessitam apresentar a motivação detalhada para sua realização, sob pena de nulidade**, pois a sua ausência impede a amplitude de defesa e que a justifique.

Assim, deve ser reconhecida de plano a ilegalidade da decisão proferida em Ata de Sessão realizada no dia 19/02/2024, anulando-a, para que outra seja proferida, sob pena de ser a mesma declarada nula pelo Poder Judiciário e Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

A decisão erroneamente motivada fere diretamente os dispositivos legais indicados que obrigam a total observância e obediência aos procedimentos do processo administrativo, com base nos princípios do devido processo legal, motivação, contraditório, ampla defesa, legalidade, segurança jurídica, entre outros.

Assim, face a flagrante ilegalidade, deve ser anulado o ato de inabilitação, devendo outro ser proferido, validando a abertura do envelope da recorrente, porém, caso se mantenha a decisão desta Comissão, que seja acompanhado da devida motivação compatível com as condições completas do Edital e das diretrizes emitidas pela Presidente desta Comissão, sob pena de declaração de sua invalidade, nulidade e ineficácia pelo poder público e órgão fiscalizador.

III - DAS EXIGÊNCIAS ATENDIDAS PELA EMPRESA EMPIA ILEGALIDADE DA DECISÃO CONTIDA EM ATA

É certo que o Edital regula a licitação em complemento às normas legais e constitucionais aplicáveis à espécie, sendo lei entre as partes.

Ocorre que no caso em análise a licitante foi inabilitada ilegalmente pela Comissão de Licitação que, pela aplicação e interpretação equivocada do próprio texto do Edital e as normas legais no momento da Sessão, deixou de receber e realizar abertura de envelope de diversas empresa, inclusive da recorrente, sob argumento inconsistente do Processo Licitatório, senão vejamos.

Nos termos registrados na Ata de Sessão de Julgamento da Fase Habilitação (Relatório datado de 19/02/2024) esta Recorrente foi declarada inabilitada por essa Comissão Julgadora, com a recusa da abertura de seu envelope com as documentações, sob as seguintes justificativas:

(...) “Pela Comissão, após análise das cláusulas Editalícias, foi constatado que o item 10.2 prevê a necessidade de comparecimento dos licitantes interessados na sessão pública, razão pela qual entendeu que procede o questionamento ora formulado, o que motivou a não abertura dos citados envelopes.”(...)

O item apontado como transgredido e não atendido, para fins de delimitação e melhor análise, menciona as condições necessárias quanto ao credenciamento de representante legal ou preposto em sessão, CASO SEJA DE INTERESSE DA LICITANTE, como disposto abaixo:

10 – DO JULGAMENTO

10.2. No local, dia e hora previstos neste Edital, em sessão pública, deverão comparecer os licitantes, munidos dos documentos elencados no **Item 5**, apresentados na forma anteriormente definida. Os licitantes se farão presentes por seus representantes legais, procuradores ou prepostos que, para tanto, deverão estar munidos da sua carteira de identidade e da carta de credenciamento firmada pelo representante legal da empresa ou procuração, contendo outorga de poderes específicos para todos os atos da licitação, inclusive para a desistência de recursos, observado o disposto no **Subitem 5.4**

Portanto, o motivo da inabilitação e recusa na abertura de envelopes cinge-se na ausência de representantes legais, procuradores ou prepostos, cuja análise foi pontual ao item 10.2 não abrangendo análise completa do Edital.

Assim não deveria agir a Comissão, pois houve o efetivo cumprimento das exigências lançadas no edital e autorizadas pela Comissão de Licitação, pela recorrente.

Esta Comissão se ateu ao Julgamento, inobservando as Condições de Participação, que antecede o julgamento:

3 – CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

3.1 Poderão participar da presente licitação:

3.1.1 Empresas especializadas do ramo de seu objeto, que atenderem a todas as condições exigidas neste instrumento.

3.2 A empresa licitante **poderá** ser representada, no presente certame licitatório, por procurador legalmente habilitado, desde que apresentado o instrumento procuratório, com firma reconhecida, até o início da sessão de abertura dos envelopes.

3.2.1 **A não apresentação** ou incorreção do documento de representação pelo Procurador **não inabilitará a licitante**, mas impedirá o representante de se manifestar e responder pela mesma.

De mais a mais, a Presidente da Comissão de Licitação, apresentou esclarecimentos à empresa Deméter Engenharia LTDA e ao Procedimento Licitatório, detidamente sobre a possibilidade do envio dos documentos via correio e a

possibilidade de não realizar credenciamento por representante no momento da Sessão (DOC. ANEXO), como transcrito abaixo:

Prezado Sr.,

Em atendimento aos questionamentos formulados por V. S^a., venho informar que:

1) **Esclarecer se será aceito o envio dos envelopes via Correios:**

R: Sim, os envelopes poderão ser entregues desta forma.

2) Esclarecer qual a forma de postagem e recebimento dos documentos relativos à Habilitação Jurídica, para o caso dos licitantes que não se fizerem presentes no ato da sessão, se lacrados dentro do Envelope A ou se por fora dos envelopes, no envelope principal de envio

R: O credenciamento poderá ser encaminhado lacrado e dentro do envelope "A".

Cabe atentar que, por ser determinado na cláusula 5.2 o Edital que disciplina que os documentos da habilitação jurídica deverão ser entregues no momento da sessão, os documentos que V. S^a vier a encaminhar, deverão ser entregues até às 10:00 horas do dia determinado para a sessão da licitação.

Por fim, conforme já esclarecido em contato telefônico, **não há necessidade de realizar o credenciamento para os casos em que não será enviado preposto para participar da sessão do certame.** Todavia, caso V. S^aqueira deixar credenciado funcionário para participar de posteriores sessões que eventualmente se fizerem necessárias, fica a seu critério o envio de documento para credenciamento.

ASSIM, O QUE SE PEDE É O REEXAME DA MATÉRIA COM A ANÁLISE DAS CONDIÇÕES EDITALÍCIAS E DA RESPOSTA EMITIDA PELA PRESIDENTE DA COMISSÃO EM ESCLARECIMENTOS APRESENTADOS À EMPRESA DEMÉTER ENGENHARIA LTDA EM 18/01/2024, O QUE OCASIONOU DEMASIADO PREJUÍZO AO ERÁRIO, POIS LEVOU DIVERSAS EMPRESAS PARTICIPANTES AO ERRO, AO POSSIBILITAR A PARTICIPAÇÃO NO CERTAME ATRAVÉS DO ENVIO DOS DOCUMENTOS POR ENVELOPES PELO CORREIO E REITERAR NÃO SER CONDICIONANTE O CREDENCIAMENTO PRESENCIAL, FERINDO, ASSIM, PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA CONCORRÊNCIA.

Vale lembrar que a responsabilidade administrativa (funcional) dos agentes públicos atuantes em licitações e contratações decorre de ato comissivo ou omissivo praticado na fase interna da licitação, na fase externa ou no curso da execução contratual.

Decorre, então, que o motivo da inabilitação da empresa EMPIA se revela extremada de ilegalidade, formalismo e equívocos durante a análise do Edital, pois os envelopes enviados atendeu as condições determinantes pela Presidente de Comissão de Licitação e o constante no Edital, item 3 e 10.7.

IV - DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE E AMPLA CONCORRÊNCIA

Qualquer cláusula que favoreça, limite, exclua, prejudique ou de qualquer modo fira a impessoalidade exigida do gestor público poderá recair sobre a questão da restrição de competição. Conforme o Tribunal de Contas, não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que a licitação se destina a garantir não só a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, como também a observância do princípio constitucional da isonomia. Acórdão 1631/2007 Plenário (Sumário).

Devemos realçar que, se houver demasiada intromissão estatal quanto às regras de competição esta tornar-se-á restritiva, ou seja, poderá acarretar favorecimentos ou mesmo a quebra do referido princípio. As regras, ante a atividade e o bem desejado pela Administração, são há muito desempenhadas, no mercado, pelas sociedades empresárias. Por isso que a ingerência estatal de forma irresponsável ou parcial poderá ensejar favorecimentos ou lesão ao princípio da competitividade.

A ampliação da disputa não significa estabelecer quaisquer condições para a disputa, mas, analisar, sempre que possível, a proporcionalidade das exigências para uma dada contratação. Não poderá estabelecer tão somente condições genéricas, até por que cada bem e serviço possui a sua peculiaridade. Mas a exigência demasiada, que figure desproporcional, deve ser rechaçada.

Sobre o tema em debate, o **Tribunal de Contas da União** é pacífico em se posicionar:

Licitante interessado em participar de concorrência, tomada de preços e convite, não necessita encaminhar representante legal para entregar os envelopes com a documentação e as propostas escritas e/ou se

fazer presente na reunião de abertura dos envelopes correspondentes.
(Licitações e Contratos - Orientações e Jurisprudência do TCU – 4º Edição - Revista, atualizada e ampliada, Pag. 321)

Falta de credenciamento impossibilita o representante de praticar atos concernentes à licitação em nome da empresa licitante e, no caso específico de pregão presencial, de participar da etapa de lances verbais, **mas não de participar das sessões públicas de abertura dos envelopes.** (Licitações e Contratos - Orientações e Jurisprudência do TCU – 4º Edição - Revista, atualizada e ampliada, Pag. 327)

Assim, negar aplicação a tais dispositivos tem implicação diretamente prejudicial à própria Administração, inclusive sobrepondo o interesse maior quanto a participação de número máximo de licitantes no processo, negando obediência aos princípios que imperam na licitação na medida em que impõe limitações impertinentes e restritivas à participação de mais interessados com capacidade comprovada.

Negar vigência a tais dispositivos seria ferir de morte os ditames legais emanados dos artigos 3º, 4º, 30, 31 e 40 da Lei 8.666 e 37, XXI, da Constituição da República, bem como afrontar os demais dispositivos regulamentares.

Conclui com precisão Marçal Justen Filho¹, ao comentar a norma constitucional que estabelece com a supremacia que lhe é peculiar, a exigência de condições mínimas e necessárias, por parte da administração:

Por outro lado, não se pode ignorar a determinação constitucional de que as exigências deverão ser as mínimas possíveis. Quando a CF/88, no art. 37, inc. XXI, determinou que as exigências seriam mínimas possíveis, isso significou submissão da Administração a limitação inquestionável. Não cabe à Administração ir além do mínimo necessário à garantia do princípio da República. Logo, não se validam exigências que, ultrapassando o mínimo, destinam-se a manter a Administração em situação “confortável”. A CF/88 proibiu essa alternativa.

Pode afirmar-se que, em face da Constituição, o mínimo necessário à presunção de idoneidade é o máximo juridicamente admissível para exigir-se no ato convocatório.

Logo, toda a vez que for questionada acerca da inadequada ou excessividade das exigências, a Administração terá de comprovar que adotou o mínimo possível. Se não for possível comprovar que a dimensão adotada envolvia

¹ Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 11 ed., São Paulo : Dialética, 2005.

esse mínimo, a Constituição terá sido infringida.

Se a Administração não dispuser de dados técnicos que justifiquem a caracterização da exigência como indispensável (mínima), seu ato será inválido. Não caberá invocar competência discricionária e tentar respaldar o ato sob argumento de liberdade na apuração do mínimo. É claro que a referência constitucional se reporta ao mínimo objetivamente comprovável – não àquilo que parece ser o mínimo em avaliação meramente subjetiva de um agente.

V - CONCLUSÃO E PEDIDOS

Ao exposto, requer:

1. seja anulado os atos praticados na Sessão realizada em 19/02/2024 – Concorrência 03/2023, em recusou abertou de envelope da recorrente e a inabilitou, em razão da inexistência de motivação legal, declarando-os ineficaz;
2. seja acolhida as razões recusais diante do disposto no item 3 do Edital e esclarecimentos emitidos pela d. Presidente da Comissão Permanente de Licitação em 18/01/2024, para assim, reconsiderar a decisão atacada e, após nova análise, realizar abertura do envelope da recorrente habilitando ao certame e a tornando apta a participar das demais fases da concorrência pública.
3. em caso de manutenção da decisão atacada, requer pela motivação devidamente esclarecida e embasada, bem como, que os autos sejam remetidos à autoridade superior para a devida apreciação e julgamento, nos termos do art. 109, parágrafo 4º da lei 8666.
4. atribua efeito suspensivo ao presente recurso, conforme preconiza do § 2º art. 109 da Lei 8666/93.
5. em obediência ao Princípio do Contraditório, sejam cumpridas as formalidades legais do § 3º do artigo 109 da Lei de Licitações.

São Gonçalo, 21 de fevereiro de 2024

EMPIA - EMPRESA DE PROJETOS INDUSTRIAIS E AMBIENTAIS LTDA
CNPJ nº 07.361.133/0001-32