

Varginha/MG, 14 de agosto de 2023.

À
ILMA. AGENTE DE CONTRATAÇÃO
DO MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DO RIO VERDE/MG,
SRA. Viviana de Almeida Pereira,

REF.: CONCORRÊNCIA ELETRÔNICA Nº 00003/2023
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 00165/2023

PAVICAN PAVIMENTAÇÃO E TERRAPLENAGEM LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 03.091.412/0001-72, Inscrição Estadual nº 001.109996.0088, com sede na Avenida Almirante Barroso, 251 – Vila São Geraldo, telefone (35) 3212-1838, e-mail comercial@pavican.com.br, na cidade de Varginha, estado de Minas Gerais, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO**, com fulcro no art. 165, I, *b*, da Lei nº 14.133/21, pugnando, desde já, pela reconsideração da decisão exarada, e que, se mantida, que seja então o presente recurso remetido à autoridade superior, para reforma do *decisum*, pelos fatos e fundamentos que se seguem.

I. DA TEMPESTIVIDADE

1. Nos termos do edital em questão, em consonância com a Lei nº 14.133/93, a interposição do recurso deveria se dar no prazo de 3 (três) dias úteis após manifestada sua intenção, o que ocorreu no dia 09/08/2023 (quarta-feira), tendo o prazo sido iniciado em 10/08/2023, com encerramento no dia 14/08/2023.

2. Assim, inequívoca a tempestividade da presente manifestação, porquanto protocolizada na data fatal para sua apresentação.

II. DO RESUMO DAS RAZÕES RECURSAIS

3. Trata-se de procedimento licitatório na modalidade concorrência eletrônica nº 00003/2023, Processo Administrativo nº 00165/2023, cujo objeto é a contratação de serviços de engenharia para recapeamento asfáltico das seguintes ruas: Nossa Senhora do Rosário, São Benedito, Adelaide Ugrin Viana, Geraldo Oliveira, José Paulo Mafra, João Ugrin Viana, Projetada 112, São Vicente de Paula, Camilo Nogueira da Gama, Assembleia de Deus, Um, José Torres e Projetada 113, no município de Conceição do Rio Verde/MG, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas em Edital e seus anexos.

4. Como bem se extrai do edital, em sua cláusula 7.21 e 7.22, após a etapa de lances, o sistema identifica as microempresas e empresas de pequeno porte e compara os valores com a primeira colocada, se esta for de maior porte. Neste cenário, caso as microempresas e empresas de pequeno porte (ME/EPP) tenham apresentado propostas na faixa de até 5% (cinco por cento) acima do melhor lance, haverá o chamado empate ficto, possibilitando à EPP ou microempresa a realização de um lance de desempate. **Ou seja, para que haja um empate ficto, a microempresa ou empresa de pequeno porte deveria ter proposta com valor até 5% (cinco por cento) por cento superior a empresa mais bem colocada.**

5. Contudo, de forma completamente inexplicável, em que pese a faixa de até 5% inequívoca no edital, mesmo após o lance de R\$384.000,00 (trezentos e oitenta e quatro mil reais) da empresa PAVICAN PAVIMENTAÇÃO E TERRAPLENAGEM LTDA, que cobriu o lance da empresa COSTA TERRAPLANAGEM E CONSTRUTORA LTDA de R\$403.833,00 (quatrocentos e três reais , oitocentos e trinta e três reais), **com uma diferença de 5,16%, portanto, fora da faixa de até 5% prevista no item 7.22. do Edital,** o agente de contratação convocou a ME/EPP para efetuar novo lance, o que não deveria ocorrer, vejamos:

Lote 1	Aberta	COSTA TERRAPLANAGEM E CONSTRUTORA LTDA 17.422.221/0001-50	403.833,0000	09/08/2023 14:39:07
Lote 1	Aberta	PAVICAN PAVIMENTACAO E TERRAPLENAGEM LTDA 03.091.412/0001-72	384.000,0000	09/08/2023 14:40:54
Lote 1	Negociação	COSTA TERRAPLANAGEM E CONSTRUTORA LTDA 17.422.221/0001-50	383.995,0000	09/08/2023 14:46:45

Lista de Classificação do Lote 1

Posição	Fornecedor	CPF/CNPJ	Lance Final
1	COSTA TERRAPLANAGEM E CONSTRUTORA LTDA	17.422.221/0001-50	383.995,0000
2	PAVICAN PAVIMENTACAO E TERRAPLENAGEM LTDA	03.091.412/0001-72	384.000,0000

6. A Recorrente se manifestou no *chat* questionando a convocação para novo lance, entretanto a *i.* Agente de Contratação, ao analisar o argumento da Recorrente de que houve violação do item 7.22. do Edital, optou por rejeitá-lo, classificando, *permissa máxima vênia*, de forma equivocada a proposta da empresa COSTA TERRAPLANAGEM E CONSTRUTORA LTDA.

7. Assim, não restou alternativa à Recorrente senão a interposição do presente recurso, para que os princípios da impessoalidade, vinculação ao edital e isonomia sejam respeitados, com a devida desclassificação da proposta realizada pela COSTA TERRAPLANAGEM E CONSTRUTORA LTDA., pois ela não deveria ter sido permitida pelas exigências constantes no edital, o que deverá resultar, por consequência, na declaração da Recorrente como vencedora do certame e adjudicação do objeto ora licitado.

III. DA PRECLUSÃO EM RELAÇÃO A QUALQUER DISCUSSÃO SOBRE O TEOR E CONDIÇÕES DO EDITAL

8. Conforme previsão editalícia, as impugnações ao edital do presente processo licitatório deveriam ser protocoladas em, no máximo, 3 (três) dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, sendo considerado intempestiva a apresentação da impugnação em prazo inferior. Vejamos a disposição citada, e a que, de forma indelével, assevera que os licitantes concordam com as exigências previstas no edital:

21.1 - Até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital e/ou apresentar pedido de esclarecimento.

9. Como será exaustivamente abordado na sequência, a cláusula 7.22, do edital, previa que, após o fim da fase de lances, o sistema mostraria quais eram as microempresas e empresas de pequeno porte, em seguida, faria uma comparação dos valores delas com o da primeira colocada, se esta for uma empresa de maior porte, e as que tiverem proposta/lance até 5% (cinco por cento) acima da melhor proposta/lance serão tratadas como se estivessem empatadas com a

primeira colocada e teriam o direito de apresentar um último lance. **Ou seja, para que o lance fosse considerado empate, ele deveria ser superior em até 5%, o que não aconteceu, pois foi 5,16% (cinco, dezesseis por cento) superior, não gerando o direito de encaminhar uma última proposta para desempate.**

10. Por mero silogismo lógico, tem-se, então, que não impugnado o edital, e tampouco alterado, **para que a ME/EPP adquirisse o direito de encaminhar uma última oferta, ela teria que estar empatada com outra empresa de maior porte, o que significa ter um lance com diferença de até 5% (cinco por cento) acima.**

11. Não há, portanto, qualquer possibilidade de se aceitar o desrespeito à norma imposta em edital, sob pena de o fazendo configurar-se flagrante violação aos princípios da impessoalidade, da moralidade, da probidade administrativa, da igualdade, da transparência, **da vinculação ao edital**, do julgamento objetivo e da segurança jurídica, todos previstos na Lei nº 14.133/21, a saber:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da **vinculação ao edital**, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

12. Uma vez aceita a previsão editalícia, qualquer discussão acerca de sua existência/validade se torna preclusa. Neste cenário, a preclusão tem importante função de segurança e organização jurídica, pois, caso assim não fosse, poderia haver uma eterna discussão sobre cada um dos pontos e atos de um processo licitatório, dificultando, sobremaneira, seu avanço e conclusão. Como prega o famoso axioma: 'o Direito não socorre aos que dormem'.

13. Isto posto, por ser a validade da exigência editalícia questão estreme de dúvida, passa-se ao mérito recursal, sobre a necessidade de se respeitar o regramento previsto no edital.

IV. DO DESCUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS E LEGAIS POR PARTE DA AGENTE DE CONTRATAÇÃO

14. Para que uma microempresa ou empresa de pequeno porte adquirissem o direito de dar um último lance após a etapa de lances, elencou-se no edital a exigência de que as propostas das microempresas e empresas de pequeno porte se encontrassem na **faixa de até 5% (cinco por cento) acima da melhor proposta ou melhor lance** para ser consideradas empatadas com a primeira colocada (se for empresa de maior porte).

15. No entanto, não há de se falar em empate ficto, uma vez que **o lance da empresa COSTA TERRAPLANAGEM E CONTRUTORA LTDA. foi 5,16% acima da Recorrente.** Consequentemente a Agente de Contratação não deveria ter dado a possibilidade para um último lance, visto que está fora da faixa de 5%.

16. Existente referido requisito, **a proposta realizada pela empresa COSTA TERRAPLANAGEM E CONTRUTORA LTDA. deve ser desconsiderada, por ferir expressamente a exigência do edital.**

17. Inobservado o parâmetro mínimo previsto no edital, violam-se as seguintes disposições:

7.21. Em relação a itens não exclusivos para participação de microempresas e empresas de pequeno porte, uma vez encerrada a etapa de lances, será efetivada a verificação automática, junto à Receita Federal, do porte da entidade empresarial. O sistema identificará em coluna própria as microempresas e empresas de pequeno porte participantes, procedendo à comparação com os valores da primeira colocada, se esta for empresa de maior porte, assim como das demais classificadas, para o fim de aplicar-se o disposto nos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006, regulamentada pelo Decreto nº 8.538/2015.

7.22. Nessas condições, **as propostas de microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrarem na faixa de até 5% (cinco por cento) acima da melhor proposta ou melhor lance serão consideradas empatadas com a primeira colocada.**

7.23. A melhor classificada nos termos do item anterior terá o direito de encaminhar uma última oferta para desempate, obrigatoriamente em valor inferior ao da primeira colocada, no prazo de 5 (cinco) minutos controlados pelo sistema, contados após a comunicação automática para tanto.

7.24. Caso a microempresa ou a empresa de pequeno porte melhor classificada desista ou não se manifeste no prazo estabelecido, serão convocadas as demais licitantes microempresa e empresa de pequeno porte que se encontrem naquele intervalo de 5% (cinco por cento), na ordem de classificação, para o exercício do mesmo direito, no prazo estabelecido no subitem anterior.

18. Também como já explanado, em caso de violação e descompasso da proposta com as normas previstas no edital, deve-se, por consequência, desclassificar sumariamente a proposta apresentada de forma irregular. Veja-se:

7.2. A Agente de Contratação verificará as propostas apresentadas, **desclassificando, desde logo, aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos neste Edital**, contenham vícios insanáveis ou não apresentem as especificações técnicas exigidas no Termo de Referência, conforme art. 59 da Lei nº 14.133/2021..

19. Como não poderia ser diferente, os Tribunais Pátrios, ao julgar situação análoga à que se apresenta, manteve a vinculação ao edital como um dos princípios basilares do processo licitatório:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE UBÁ/MG. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE EM DECORRÊNCIA DA SUPERVENIENTE ADJUDICAÇÃO DO OBJETO. REJEIÇÃO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO PARA ENTREGA DA PROPOSTA DE PREÇO AJUSTADA AO PREÇO FINAL. **DESCCLASSIFICAÇÃO. LEGALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.** RECURSO PROVIDO.

1. Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a adjudicação do objeto não implica a perda do interesse no julgamento do mandado de segurança, uma vez que as nulidades ocorridas durante o certame, nos termos do art. 49, § 2º, da Lei nº 8.666/93, também maculam o contrato celebrado posteriormente.

2. A controvérsia cinge-se a perquirir a legitimidade do ato de desclassificação do processo licitatório deflagrado pelo MUNICÍPIO DE UBA/MG, Referência: Pregão Eletrônico nº 080/2018 - Processo Administrativo nº 0228/2018, de empresa que, embora tenha apresentado o menor preço, deixou de remeter ao pregoeiro, via correspondência eletrônica, em até 24 (vinte e quatro) horas após o encerramento da sessão, sua proposta de preço ajustada ao preço final.

3. Não se pode acoiar de ilegal o ato administrativo de desclassificação da empresa que, em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, baseou-se em previsão expressa do edital.

(TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.18.075012-7/001, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/12/2018, publicação da súmula em 12/12/2018)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. DESCCLASSIFICAÇÃO DA LICITANTE. EDITAL. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRAZO PARA RECURSO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A responsabilidade pelo acompanhamento dos chats é da impetrante, não podendo ser imputada à autoridade coatora a perda do prazo recursal, que era de 30 minutos, após abertura do prazo pela pregoeira, conforme item 9.7 do edital que rege o certame, tendo em vista a retificação a tempo do prazo recursal. **2. Na hipótese, a atuação da Administração foi pautada na legalidade e respeito às disposições editalícias, não havendo violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.**

3. Apelação desprovida.

(AMS 0004917-55.2013.4.01.3100, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 06/12/2019 PAG.)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. ESPECIFICAÇÕES ESTABELECIDAS NO EDITAL NÃO ATENDIDAS. DESCLASSIFICAÇÃO. LEGALIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Não há ilegalidade na desclassificação em licitação, na modalidade pregão eletrônico, de empresa fornecedora de máquina fotocopadora que não atende às especificações mínimas estabelecidas no edital.

2. Segurança denegada.

(MS 0035277-34.2008.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 21/06/2010 PAG 170.)

20. Postula-se, portanto, pela correção do erro da Agente de Licitação, com a reforma de sua decisão, com a desclassificação e desconsideração da última proposta apresentada pela empresa COSTA TERRAPLANAGEM E CONTRUTORA LTDA, pelas razões de fato e de direito acima expostas, e que sejam declarados inválidos os atos realizados de forma subsequente, com a ulterior análise da proposta do Recorrente, e, por fim, que seja a Recorrente declarada vencedora, com a adjudicação do objeto da licitação.

V. DO PEDIDO

21. Na esteira do exposto, requer-se, portanto, em sede de reconsideração, a desclassificação da proposta apresentada empresa COSTA TERRAPLANAGEM E CONTRUTORA LTDA, pelas razões de fato e de direito acima expostas, e que sejam declarados inválidos os atos realizados de forma subsequente, com a ulterior análise da proposta do Recorrente, e, por fim, que seja a Recorrente declarada vencedora, com a adjudicação do objeto da licitação.

22. Se porventura mantida a decisão ora atacada, que seja, então, remetido o presente recurso à autoridade superior, nos termos do art. 165, §2º, da Lei nº 14.133/21.

23. Pede e espera deferimento.

PAVICAN
Pavimentação e Terraplenagem Ltda
Roberto Donizeti Cândido - Administrador