

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE
LICITAÇÃO DA COMPANHIA DE SANEAMENTO DE SERGIPE – DESO.**

CONCORRÊNCIA N. 024/2017

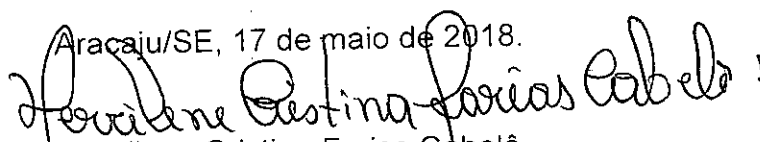
OBJETO: Contratação de locação de equipamento combinado de hidrojateamento e sucção à vácuo, montados sobre chassis de caminhão compatíveis com o equipamento e fornecimento de mão de obra para desobstrução, lavagem de rede de esgoto e limpeza de poços de visitas, poços de sucção, de estações elevatórias e de tratamento dos sistemas de esgotamento sanitário operado pela DESO no estado de Sergipe.

A MODERNA LIMPA FOSSA – LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 13.792.810/0001-70, localizada na Rua Argentina, n. 516, bairro América, Aracaju - SE, 49080-080, por conduto de seu representante legal que esta subscreve, vem, à presença de Vossa Senhoria, com fulcro na Lei nº 8.666/93, interpor, tempestivamente e consubstanciado no art. 109, I, b, da lei federal 8.666/93, **RECURSO ADMINISTRATIVO** contra a decisão de desclassificação da licitante, pelos argumentos fáticos e jurídicos que passa a expor.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Aracaju/SE, 17 de maio de 2018.


Hercilene Cristina Farias Cabelê

Representante Legal

**ILMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA
COMPANHIA DE SANEAMENTO DE SERGIPE - DESO**

CONCORRÊNCIA 24/2017

A MODERNA LIMPA FOSSA LTDA., empresa participante do certame acima destacado, através de seu representante ao final firmado e já devidamente identificado nos autos da Concorrência sob comento, de número 24/2017, vem muito respeitosamente através do presente documento apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra os procedimentos adotados pelo Douto Presidente da CPL e sua equipe e que culminou na desclassificação desta Recorrente no presente certame, pelos motivos a seguir aduzidos.

I – DO PERMISSIVO LEGAL E TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

O presente documento é oferecido dentro do período determinado para sua apresentação, com fulcro no subitem 10.1 do instrumento convocatório, *in verbis*:

*10.1 – Caberá recurso, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos seguintes casos:
a) Habilitação ou inabilitação do LICITANTE; b) Julgamento das propostas;*

*Hercilene F. Cabele
Procuradora*

Considerando que o julgamento foi proferido no dia 10/05/2018, e tendo em vista que o prazo se inicia no dia útil seguinte à decisão proferida, temos que o termo inicial foi o dia 11/05/2018 e vai até o dia 17/05/2018, concluindo-se, desta forma, pela admissibilidade da presente petição, pelo que passamos ao seu mérito.

II - DOS FATOS:

Insurge-se a ora Recorrente contra a decisão que a DESCLASSIFICOU no certame em questão, tendo em vista a constatação da ausência da Declaração quanto ao emprego de menores, conforme exige o subitem 6.3.7 do ato convocatório.

O Presidente da CPL informou em sua ata de julgamento que a licitante ***"A MODERNA LIMPA FOSSA LTDA. foi considerada desclassificada com fulcro no item 6.4.1, ao não apresentar DECLARAÇÃO DE REGULARIDADE QUANTO AO TRABALHO DO MENOR, exigida no item 6.3.7 do Edital"***, julgamento este que iremos aqui contra argumentar para em seguida requerer.

A licitação é procedimento administrativo formal que visa à satisfação do interesse público ao selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, observadas as exigências legais.

Conforme demonstraremos, a desclassificação da proposta apresentada pela Recorrente do presente certame não possui fundamento, e contraria os princípios norteadores da Administração Pública e a legislação correlata, as quais regulam o certame.

Este é o breve relatório dos fatos.

III – PRELIMINAR DE MÉRITO - DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A DESCLASSIFICAÇÃO:

Entendeu a Comissão de Licitação que a ausência da declaração do menor, exigida no subitem 6.3.7 do edital ensejou a DESCLASSIFICAÇÃO desta Recorrente. Entretanto, em que pese a ausência do referido documento, este não constitui motivo para exclusão da proponente nesta fase, vez que estamos na fase de proposta de preços, e a referida

declaração faz parte do rol de documentos de HABILITAÇÃO.

Como se sabe, o princípio da legalidade, no âmbito da Administração Pública, possui uma amplitude maior do que na iniciativa privada. Enquanto a esta última é permitido fazer ou deixar de fazer qualquer conduta não vedada ou obrigatória por lei, a Administração Pública somente pode praticar ou deixar de praticar as condutas previamente determinadas em lei.

Assim, o ato de desclassificar e/ou inhabilitar licitante em procedimento licitatório é ato vinculado. Não admite discricionariedade. No caso da inhabilitação, esta somente pode ocorrer nas hipóteses previstas na Lei 8.666/93, que rege este certame, e são elas: (i) não apresentação ou apresentação irregular dos documentos necessários à **habilitação jurídica**; (ii) não apresentação ou apresentação irregular dos documentos necessários à **qualificação técnica**; (iii) não apresentação ou apresentação irregular dos documentos necessários à **qualificação econômico-financeira**; (iv) não apresentação ou apresentação irregular dos documentos necessários à **regularidade fiscal**; (v) não cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal.

Tal entendimento se extrai do art. 27 da Lei 8.666/93 que, antes do rol taxativo acima transcrito, determina "para habilitação nas licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente (...)".

Importante destacar que a declaração cuja ausência motivou a DESCLASSIFICAÇÃO por parte da d. Comissão Permanente não faz parte, no entanto, do envelope de proposta de preços, e sim do envelope de HABILITAÇÃO, conforme acima destacado e previsto na legislação, Lei 8.666/93.

Poder-se-ia dizer que nada foi questionado em grau de impugnação. Entretanto, em que pese essa prerrogativa não mais existir, tendo em vista que a licitação já se encontra em curso, cabe à Administração usar do seu poder discricionário e aplicar a razoabilidade que o caso requer, pois a ela é possível rever seus atos eivados de vícios a qualquer tempo, e a manutenção da exigência nesta fase trará enormes prejuízos ao erário.

Elementar a afirmação acima, pois nesse momento a CPL mantém excluída do certame a

7/10 Cabele

empresa que ofertou de longe a melhor proposta financeira e fato é que, tendo a exigência sido ou não questionada, não é cabível sua apresentação juntamente com a proposta de preços, e sim dentro os documentos de habilitação.

Como se vê, inexistente na Lei a possibilidade de que a Declaração do Menor seja apresentado no envelope de proposta de preços e, *in casu*, deve o Presidente da CPL proceder com a razoabilidade necessária, reconsiderando sua decisão, tendo em vista que a falha aqui apontada e debatida se deu com base em uma falha originalmente causada pela própria CPL ao redigir seu edital, ou seja, esta Recorrente está sendo prejudicada por uma determinação editalícia feita no momento inadequado e em desacordo com a legislação.

Demonstra-se, assim, que ainda que a ora Recorrente não tenha cumprido a exigência prevista no subitem 6.3.7, tal fato não daria ensejo à sua DESCLASSIFICAÇÃO, razão pela qual se requer a reforma da decisão, com a consequente declaração de sua CLASSIFICAÇÃO, como medida de inteira legalidade.

IV – DA AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE:

Conforme já mencionado, a DESCLASSIFICAÇÃO da ora Recorrente deu-se unicamente em virtude da declaração exigida no subitem 6.3.7 - Declaração do Menor, não ter sido apresentada dentro do envelope de proposta de preços, como pede o edital, ainda que em exigida em momento inadequado, como provado e argumentado preliminarmente no tópico anterior.

Ou seja, a ausência de tal declaração constitui vício meramente formal, cuja desconsideração não traz, rigorosamente, qualquer prejuízo à Comissão de Licitação, ao certame e às demais licitantes.

A classificação da ora Recorrente, por outro lado, traria benefício a DESO, na qualidade de ente licitante, dada a amplitude da Concorrência e maior possibilidade de se realizar uma contratação mais econômica, em benefício do interesse público primário.

Verifica-se a **ausência de prejuízo à Comissão de Licitação** uma vez que a falta da dita declaração não altera o julgamento da proposta de preços apresentada. Aliás, insta assinalar que a informação contida na declaração do menor não altera de forma alguma o julgamento técnico da proposta de preços - posto que estamos na fase de classificação.

Ou seja, a exigência é descabida, à medida em que um licitante não pode ser considerado tecnicamente apto ou seus preços serem avaliados como exequíveis ou não sob a ótica de uma exigência que diz respeito, na verdade, a uma medida cujo objetivo é o de resguardar a vida saudável e digna dos menores na forma da lei, proibindo sua exploração.

Verifica-se também a **ausência de prejuízo ao certame**, uma vez que a exigência de apresentação da declaração em questão não diminuía nem ampliava o universo de licitantes da concorrência. A apresentação de tal declaração dependia única e exclusivamente da inclusão de folha adicional, produzida pela própria licitante.

Não se pode confundir o caso em questão com a ausência de um atestado técnico ou de uma certidão de regularidade fiscal, cuja desconsideração acarretaria em prejuízo ao certame, ao conceder igual tratamento a licitantes desiguais e ao restringir indevidamente o universo de licitantes, visto que muitos deles em potencial poderiam não ter participado do certame por não possuírem somente o documento ao final desconsiderado.

Assim, inabilitar a proposta da ora Recorrente em virtude da ausência da declaração do menor, em nada afeta a análise de sua qualificação técnica e financeira para execução do objeto licitado, nem torna menos competitiva sua proposta, indo de encontro aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, diante da imposição de consequência incompatível com a irrelevância de tal defeito.

Já a **ausência de prejuízo aos demais licitantes** se verifica pelo fato de que a apresentação da declaração em questão não dependia de esforço ou custo adicional dos licitantes. Com ou sem a apresentação do citado documento, os custos e esforços para a apresentação da proposta seriam exatamente os mesmos, de modo que não se pode alegar tratamento desigual, nem vantagem indevida à ora Recorrente a sua classificação nesta Concorrência.

Diante da ausência de prejuízo aos envolvidos no procedimento licitatório em questão, lesar a ora Recorrente em detrimento do próprio interesse público seria um antagonismo. Nesse sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal (STF):

"Em direito público, só se declara nulidade do ato ou de processo quando da inobservância de formalidade legal resulta prejuízo" (MS 22.050-3, T. Pleno, Min. Moreira Alves, DJ 15.09.95)

"Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora, que não atendeu a formalidade prevista no edital licitatório, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para os demais participantes, bem como se o vício apontado não interferiu no julgamento objetivo das propostas, não se vislumbrando aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa" (RO em MS 23.714-DF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE[...]) (grifamos)

Neste mesmo sentido, Marçal JUSTEN FILHO, in Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Dialética, 2004, p.66):

Portanto, deve-se aceitar a conduta do sujeito que evidencie o preenchimento das exigências legais, ainda quando não seja a estrita regulamentação imposta originariamente na lei ou no EDITAL. Na medida do possível, deve promover, mesmo de ofício, o suprimento de defeitos de menor monta. Não se deve conceber que toda e qualquer divergência entre o texto da lei ou do EDITAL conduz à invalidade, à inabilitação ou à desclassificação". (grifamos)

Diante disso, verifica-se que a decisão que mais se coaduna com os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade seria a CLASSIFICAÇÃO da ora Recorrente no processo licitatório aqui em debate.

Até mesmo porque, na prática, estamos falando de uma diferença muito significante entre esta Recorrente e os demais classificados, qualquer que seja deles o vencedor, senão vejamos:

A MODERNA (1o lugar)	SCAVE SER. ENG. (2o lugar)	DIFERENÇA (\$)	DIFERENÇA (%)
R\$ 2.784.950,00	R\$ 3.212.000,00	R\$ 427.050,00	15,35% a mais
A MODERNA (1o lugar)	LOKMIX (3o lugar)	DIFERENÇA (\$)	DIFERENÇA (%)
R\$ 2.784.950,00	R\$ 3.769.537,50	R\$ 984.587,50	35,35% a mais
A MODERNA (1o lugar)	GALLOTTI (4o lugar)	DIFERENÇA (\$)	DIFERENÇA (%)
R\$ 2.784.950,00	R\$ 3.923.750,00	R\$ 1.138.800,00	40,90% a mais

Vejam que, partindo desde logo do segundo colocado, o acréscimo é de mais de 15% em relação a primeira colocada A MODERNA LIMPA FOSSA, e a diferença aumenta em muito em relação ao último colocado GALLOTTI. E se for este o vencedor, caso as demais sejam desclassificadas? A administração do DESO realmente está disposta a aumentar o valor de sua contratação em mais de 40%?

A razoabilidade é manobra mais que prudente a ser adotada, não só por todo exposto acima, como principalmente considerando recente precedente da própria DESO, que no certame CONCORRÊNCIA 09/2016, ao verificar que os licitantes não apresentaram os meios magnéticos juntamente com suas propostas de preços, resolveu "salvar" o certame para garantir a proposta mais vantajosa, e simplesmente desconsiderou a exigência, usando como subsídio os princípios da razoabilidade e formalismo moderado. Senão vejamos, *in verbis*:

"2) Em atendimento ao Princípio da Razoabilidade do Formalismo Moderado - e analogia ao objeto julgado pelo STF, RMS 23.714-DF - a Comissão entende que os licitantes apresentaram o conteúdo exigido no Edital, e os meios

magnéticos seriam uma forma replicada de entregar os documentos. Assim, ficou decidido que todas as licitantes foram consideradas classificadas no certame, tendo a CAMEL EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA. apresentado a proposta de menor valor global." (grifamos)

V – FORMALISMO EXCESSIVO - DA INSIGNIFICÂNCIA DO DOCUMENTO FALTANTE:

Conforme já tratado extensivamente acima, a ausência da declaração em questão padece de patente insignificância, considerando que a exigência foi equivocadamente deslocada da fase de habilitação para a fase de classificação, constituindo, em primeiro momento, um erro do edital, não do licitante.

Por este motivo, sua ausência juntamente com a proposta de preços não altera absolutamente o conteúdo desta ou a oferta apresentada. A desclassificação desta Recorrente por esse motivo se mostra viciada, primeiro por erro na origem da exigência, e em segundo momento, por formalismo excessivo da d. Comissão Permanente de Licitação, tem em vista que a proposta apresentada por esta é, sem dúvidas, a mais vantajosa para a Administração.

É de extrema importância o destaque a seguir, de julgado oriundo da Corte de Contas da União, corroborando o exposto acima:

Abstenha-se de promover a desclassificação de licitantes em decorrência da constatação de falhas em suas propostas, provocadas por eventuais incorreções ou omissões nos instrumentos convocatórios publicados pelo órgão, quando duas licitantes foram desclassificadas em razão da não cotação do item adicional noturno para o serviço de operador, quando a Planilha de Custos e Formação de Preços do instrumento convocatório não apresentava campo específico para cotação desse encargo. (Acórdão 2619/2008 Plenário) (grifos acrescidos)

A aplicação das regras contidas no instrumento convocatório e da lei aplicável não se traduz em mera atividade mecânica. É necessário compreender o objetivo das regras estipuladas e aplicá-las em benefício do interesse público. Conforme preleciona Marçal JUSTEN FILHO:

“Os diplomas legais podem ser mais ou menos formalistas. Isso não autoriza o formalismo do intérprete, que não deve transformar-se em autômato, pretendendo localizar a mais rigorosa compatibilidade entre o mundo dos fatos e o texto escrito de uma lei. A lei não é elaborada para bastar-se em si mesma...” (grifamos)

E em outro momento:

É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o interesse público de cumprir o edital, produza-se a eliminação da proposta vantajosa para os cofres públicos. Certamente, não haveria conflito se o ato convocatório reservasse a sanção de nulidade apenas para as desconformidades efetivamente relevantes. Mas nem sempre é assim. Quando o defeito é irrelevante, tem de interpretar-se a regra do edital com atenuação”. (Comentário a Lei de Licitação e Contratos Administrativos, pg. 447) (grifou-se)

E é exatamente esse o caso. A pretexto de cumprir o Edital, que determinava a desclassificação da licitante que deixasse de apresentar a aqui debatida declaração do menor lá exigida, a d. Comissão acabou por excluir a proposta indubitavelmente mais vantajosa do certame, vedando à Administração Pública o seu mero conhecimento por um rigorismo excessivo e injustificável. mais uma vez cabe destacar o mesmo julgado do STF nesse sentido, em outro momento da decisão, onde infere o seguinte:

Hercilene  Cabele
Procuradora

"Licitação: irregularidade formal na proposta vencedora que, por sua irrelevância, não gera nulidade. (...) Verifica-se, pois, que o vício reconhecidamente praticado pela ora recorrida, embora reflita desobediência ao edital, consubstancia tão-somente irregularidade formal, incapaz de conduzir à desclassificação de sua proposta. Se de fato o edital é a "lei interna" da licitação, deve-se abordá-lo frente ao caso concreto tal qual toda norma emanada do Poder Legislativo, interpretando-o à luz do bom senso e da razoabilidade, a fim de que seja alcançado seu objetivo, nunca se esgotando na literalidade de suas prescrições. Assim sendo, a vinculação ao instrumento editalício deve ser entendida sempre de forma a assegurar o atendimento do interesse público, repudiando-se que sobreponham formalismos desarrazoados. (RO em MS 23.714-DF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE[...])

E também o STJ:

"O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes". (MS 5418/DF, Ministro Demócrito Reinaldo, DJ 01.06.98)

Na mesma esteira de entendimento já julgou o TRF da 4a Região:

Ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. FORMALISMO. EXCESSO. - Deve ser desconsiderado o excesso de formalismo que venha a prejudicar o interesse público. - Não é razoável a desclassificação da proposta mais vantajosa para a Administração Pública na hipótese de meros equívocos formais. A ausência de juntada da cópia da Convenção Coletiva do Trabalho e a "suposta" falta de

**especificação da reserva técnica incidente sobre os insumos
nenhum prejuízo trouxe ao Certame e à Administração.**
(grifamos)

Conforme comprovado acima, a melhor doutrina e jurisprudência de nosso País rechaçam veementemente a formalidade excessiva; o excesso de formalismo não encontra espaço em nosso ordenamento jurídico, especialmente quando a única consequência é o eventual prejuízo à Administração Pública e ao interesse público primário.

É importante ressaltar ainda que a d. Comissão de Licitação - caso se digne a admitir a falha do edital ao exigir juntamente com a proposta de preços um documento que, em verdade, pertence à fase de habilitação - possuía meios suficientes para orientar de outra forma no sentido de complementar a informação faltante, quer seja permitindo que fosse feita a punho no momento da reunião, ou mesmo considerar a fase prejudicada, suspendendo o certame e reaprazando o momento de apresentação das propostas de todos os participantes interessados.

Fica demonstrado, assim, que a habilitação da ora Recorrente é, definitivamente, nos termos da legislação aplicável, a decisão mais razoável e adequada ao caso concreto.

VI – DO DIREITO

É direito do licitante e dever do administrador Público que o julgamento desta Concorrência seja feito de acordo com os princípios da licitação, estampados no artigo 3º da Lei de Licitações, *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.

Arrematando, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, XXI edita a seguinte norma:

"Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." (grifo nosso)

Na esteira do exposto, requer-se seja julgado provido o presente recurso, com efeito para que, reconhecendo-se a ilegalidade da decisão hostilizada, como de rigor, retorne-se o certame para que:

- a) sejam conhecidas as razões de recurso da empresa **A MODERNA LIMPA FOSSA LTDA.**, posto apresentado tempestivamente;
- b) seja o julgamento reformado para **CLASSIFICAR** a empresa **A MODERNA LIMPA FOSSA LTDA.**, tendo em vista que a sua desclassificação pela ausência da declaração do menor em seu envelope de proposta de preços não pode prevalecer, já que este documento pertence ao rol de documentos de habilitação;

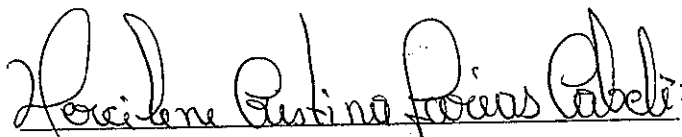
Outrossim, lastreado nas razões recursais, requer-se que esse Presidente da CPL reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir, devidamente informado, à autoridade superior, em conformidade com o edital, bem como legislação correlata.

Hercilene O. F. Cabele
Procuradora

seu envelope de proposta de preços não pode prevalecer, já que este documento pertence ao rol de documentos de habilitação;

Outrossim, lastreado nas razões recursais, requer-se que esse Presidente da CPL reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir, devidamente informado, à autoridade superior, em conformidade com o edital, bem como legislação correlata.

Aracaju, 17 de Maio de 2018



A Moderna Limpa Fossa Ltda-Me