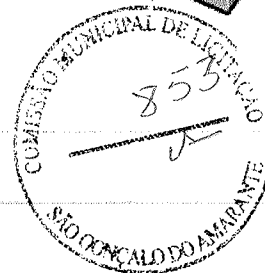


Assunto **RECURSO ADMINISTRATIVO S M S INDSÚTRIA DE CAMISETAS LTDA (MILA)**
De <ciroalexandre@ciroalexandre.adv.br>
Para <pregao@saogoncalodoamarante.ce.gov.br>
Data 2022-07-26 15:22



- RECURSO ADMINISTRATIVO SÃO GONÇALO.pdf(~2,0 MB)

Prezados,

Boa tarde.

Segue recurso para protocolo e posterior análise.

At.te

Ciro Alexandre de Carvalho
OAB/CE 29.525

TELEFONE (85) 9 9175-7419
E-MAIL CIROALEXANDRE@CIROALEXANDRE.ADV.BR
RUA NUNES VALENTE, 2210 - SALA 105
ALDEOTA / 60125-071



ILMO. SR. DR. PREGOEIRO (JOSÉ OSVALDO SOARES BEZERRA JÚNIOR) DA CENTRAL DE LICITAÇÕES DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE

RECURSO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 035.2022-SRP

S M S INDUSTRIA DE CAMISETAS LTDA (MILA), sociedade empresária limitada, inscrita no CNPJ sob o no. 27.966.490/0001-31, com sede e foro jurídico na Rua Bertulino Luiz da Silva, nº 198, Centro, CEP: 55.460-000, Cupira/PE, vem interpor o presente **RECURSO ADMINISTRATIVO** em face da decisão que desclassificou a empresa nos itens 1,2,3,4,5 e 6 em desconformidade com as especificações dos objetos contidos no termo de referência, o que faz pelas razões que passa a expor.

DOS FATOS

A recorrente classificou em primeiro lugar no pregão em epígrafe para o fornecimento de fardamento escolar, fardamento de funcionários e afins de para uso individual por parte dos alunos matriculados na rede municipal de ensino e servidores da Secretaria Municipal de Educação de São Gonçalo do Amarante/CE, tendo apresentado a proposta mais vantajosa ao benefício.

Em decorrência da recorrente ter classificado em primeiro lugar, foi solicitado que a empresa apresentasse amostra de um produto de cada item do qual fora vencedor no prazo de 72 (setenta e duas) horas após a convocação do pregoeiro a ser entregue na Rua Menezes Pimentel, nº 54, Centro, São Gonçalo do Amarante/CE, seguindo os critérios previstos nos itens 5.25.5 e 5.25.6 do edital para que em seguida fossem analisadas por uma comissão de servidores especialmente designadas para este fim pela autoridade competente, a qual avaliará a conformidade das amostras com as especificações constantes no termo de referência, podendo ainda adotar novos critérios conforme a necessidade do momento e realizar para verificar a qualidade do produto.

1

Após análise das amostras, a Comissão de servidores entendeu por desclassificar a recorrente nos itens 1,2,3,4,5 e 6 em desconformidade com as especificações dos objetos contidos no termo de referência.

No entanto, o parecer que fundamentou a decisão que desclassificou a recorrente não restou fundamentada por parte da Comissão, não especificou os testes realizados que permitiram a conclusão da desclassificação, bem como não comprovou a competência técnica de quem avaliou as amostras, ou seja, a decisão não restou motivada, violando o que determina o art. 50 da lei 9784/99, bem como ainda descumpriu o item 5.25.7 do edital, uma vez que apenas o ordenador de despesas da Secretaria de Educação do Município de São Gonçalo do Amarante elaborou e aprovou o parecer, não restando especificado os servidores que fizeram parte da Comissão.

Diante do exposto, ante a falta de fundamentação fática e jurídica da decisão que desclassificou a recorrente, não resta alternativa senão interpor o presente recurso postulando a reforma da decisão que desclassificou a empresa por supostamente apresentar amostras em desconformidade com as especificações dos objetos contidos no termo de referência com fundamento legal no inciso XXXIV e LV do art. 5º da CF/88.

DAS RAZÕES PARA REFORMA DA DECISÃO QUE DESCLASSIFICOU A RECORRENTE – PROPOSTA APRESENTADA PELA EMPRESA S M S MAIS VANTAJOSA AO PODER PÚBLICO

Pelo princípio do vínculo ao instrumento convocatório, o Poder público não pode criar critérios de julgamento sem observância ao disposto no edital.

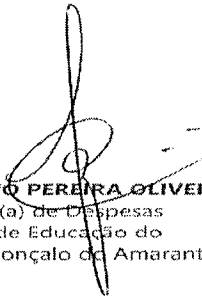
No presente caso, a recorrente atendeu perfeitamente as regras entabuladas no instrumento convocatório ao apresentar documentação regular e completa, bem como cumprindo todos os prazos e apresentando as devidas amostras para análise por parte da Comissão de Servidores.

Por sua vez, o poder público descumpriu os critérios estabelecidos no edital, uma vez que em momento algum restou demonstrado no parecer técnico que as amostras foram analisadas por uma Comissão de Servidores, mas pelo contrário, o parecer foi elaborado e aprovado por uma única pessoa, senão veja:

PARECER FINAL: A REFERIDA EMPRESA FOI DESCLASSIFICADA NOS ITENS 1, 2, 3, 4, 5 e 6 EM DESCONFORMIDADE COM AS ESPECIFICAÇÕES DOS OBJETOS CONTIDOS NO TERMO DE REFERÊNCIA.

Atenciosamente,

ELABORADO E APROVADO POR:


FRANCISCO FÁBIO PEREIRA OLIVEIRA
Ordenador(a) de Despesas
Secretaria de Educação do
Município de São Gonçalo do Amarante/CE

Portanto, as amostras ao terem sido analisadas e julgadas por apenas uma pessoa, o poder público descumpriu o que está previsto no item 5.25.7 *in verbis*:

5.25.7 As amostras serão analisadas por uma comissão de servidores especialmente designadas para este fim pela autoridade competente.

Uma vez previsto no edital o procedimento de avaliação de amostras, não cabe ao gestor decidir, após obtida a ordem de classificação, se de fato realizará o procedimento para o licitante em questão, mesmo que adequadamente fundamentado em razões técnicas.

Consignar de outra forma permitiria que o gestor responsável pela licitação se decidisse pela realização do procedimento de avaliação de amostras para determinado licitante e deixasse de executá-lo para outro, no mesmo certame, em função de fatores subjetivos. Em outras palavras, seria possível ao gestor determinar se daria ou não eficácia à regra editalícia após o surgimento do caso concreto (definição do licitante provisoriamente em primeiro lugar), o que de fato ocorreu no caso em tela uma vez que o parecer que fundamentou a decisão de desclassificação não foi elaborado por uma Comissão, mas sim por uma única pessoa conforme acima explicitado.

Tal discricionariedade atenta contra o princípio do julgamento objetivo, que deve permear todo o processo licitatório, além de dar margem à quebra de isonomia. A Lei 8.666/1993, no art. 44, § 1º, veda a utilização de qualquer critério subjetivo ou reservado que possa elidir, ainda que indiretamente, o princípio da igualdade entre os licitantes.

Presume-se que o licitante, ao entrar em uma licitação, estuda o edital e se informa sobre as obrigações que terá de cumprir durante o curso do certame, e que seus concorrentes também deverão satisfazer. Assim, quando prevista no instrumento convocatório, a forma da realização da avaliação de amostra não representa uma faculdade do gestor, mas uma obrigação para ele, da mesma forma que o fornecimento da amostra significa para o licitante.

Portanto, resta claro que no presente caso as amostras não foram avaliadas por um conselho, mas por apenas uma pessoa que entendeu pela desclassificação

da empresa, motivo pelo qual a decisão ora atacada deve ser reformada para que as amostras apresentadas pela S M S possam ser analisadas pela Comissão de Servidores.

Posto isso, destaca-se ainda que existe um dever de a Administração adotar a escolha mais eficiente para a exploração dos recursos econômicos de sua titularidade. Portanto e como regra, a licitação visa a obter a solução contratual economicamente mais vantajosa para a administração.

Nesse sentido, assim leciona Bandeira de Mello:

"A administração pública, adstrita que está a lei, obriga-se ao cumprimento de certas finalidades, sendo necessário objetivá-las para colimar os interesses de outrem: o da coletividade.

"Onde há função, pelo contrário, não há autonomia de vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da vontade a ser buscada, nem a procura por interesses próprios, pessoais. A função pública possui uma vontade previamente estabelecida. Há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na Lei, e há o dever de atingimento de um interesse alheio, que é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo (interesse primário), e não da entidade governamental em si mesmo considerada (interesse secundário)"

Levando-se em conta o princípio da economicidade, expresso no art. 70 da CF, e fazendo um comparativo entre a proposta apresentada pela empresa S M S e demais empresas, a proposta apresentada pela recorrente foi mais vantajosa ao poder público, possuindo a qualidade técnica exigida no termo de referência.

Antes de encaminhar a solicitação de contratação, a licitação deve ser conduzida a análise da economicidade, que é a verificação da capacidade da contratação em resolver problemas e necessidades reais do contratante. A economicidade exige que o estado desembolse o mínimo e obtenha o máximo e o melhor, o que ocorre no caso, uma vez que a impetrante apresentou proposta mais vantajosa ao poder público e com produtos de melhor qualidade.

Nesse sentido, transcreve-se os julgados abaixo:

REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. ERRO MATERIAL VÍVEL CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, CELERIDADE, ECONOMICIDADE E EFICIÊNCIA EM DETRIMENTO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. EXCESSO DE FORMALISMO. SENTENÇA MANTIDA. (TJPR - 4ª C. Cível - 0004742-32.2017.8.16.0170 - Toledo - Rel.: Juiz Hamilton Rafael Marins Schwartz - J. 15.03.2018) (TJ-PR - REEX: 00047423220178160170 PR 0004742-32.2017.8.16.0170 (Acórdão), Relator: Juiz Hamilton Rafael Marins Schwartz, Data de

Julgamento: 15/03/2018, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/03/2018).

Diante do exposto, uma vez comprovado que a recorrente apresentou todos os documentos necessários para sua habilitação, amostras em atendimento as diretrizes do termo de referência e a proposta mais vantajosa para o poder público, não resta dúvida que se faz necessário a reforma da decisão ora atacada, motivo pelo qual requer a decretação da nulidade dos demais atos posteriores a desclassificação da empresa S M S, com a apreciação das amostras por parte de Comissão de Servidores a ser designada pelo órgão competente.

DA NECESSIDADE DE ASSEGURAR-SE O DIREITO A CONTRAPROVA E DA AUSÊNCIA DE CAPACIDADE TÉCNICA

De toda amostra rejeitada, haverá a necessidade de assegurar-se o direito à contraprova, isto é, ao contraditório e ampla defesa do licitante, em vista da previsão constitucional no art. 5º, LV. Sobre essa observação, muito bem recomendou a Decisão 1237/2002 – Plenário, TCU:

O exame de conformidade efetuado pela Administração, entretanto, há de ser feito com total transparência e com a possibilidade de acompanhamento pelo licitante, se ele assim desejar, sendo-lhe facultado acesso irrestrito ao laudo ou parecer que concluir pela desconformidade da amostra ao objeto da licitação, que deverá apontar de modo completo as falhas identificadas na amostra, a fim de que reste assegurado o direito de interpor recurso e exercer o contraditório e a ampla defesa. (Voto do Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, Processo 001.103/2001-0).

Portanto, conforme acima apresentado resta fartamente comprovado que no caso em tela não houve a o direito de garantia a contraprova, tendo o poder público decidido contra o entendimento do TCU.

Posto isso, é importantíssimo ter em vista que, a análise qualitativa de uma amostra, por mais simples que possa parecer o objeto, dificilmente pode ser realizada pelo pregoeiro e sua equipe de apoio. Isso porque, geralmente, tal análise requer profissionais que conheçam tecnicamente o objeto ou que façam experimentos com ele, visando aferição de sua qualidade, desempenho, funcionalidade.

No caso, em momento algum restou comprovado a competência técnica das pessoas que supostamente analisaram as amostras, como por exemplo, se entendem de tecidos, pintura, bordados, etc., demonstrando a total falta de legitimidade na análise realizada.

Diante do exposto, se faz necessário a reforma da decisão que desclassificou a recorrente para que a empresa possa apresentar sua contraprova, sob pena de nulidade dos demais atos praticados após a desclassificação da S M S.

DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO - RAZOABILIDADE NAS REGRAS DO EDITAL

A finalidade da licitação, como referido é a de viabilizar a escolha da proposta mais vantajosa, o que deve ser ponderado em contraponto ao rigorismo exacerbado e preciosismos no julgamento.

No presente acaso, por mera falha na hora da confecção das amostras, algumas deixaram de apresentar as faixas exigidas no termo de referência, no entanto, tendo sido apresentadas conforme o tecido solicitado e respeitando os testes realizados em laboratório certificado pelo INMETRO.

Afinal, considerando que a finalidade da licitação pública de obtenção da melhor proposta é atingida com a recorrente, há grave inobservância ao princípio da **RAZOABILIDADE** e **PROPORCIONALIDADE** com a sua exclusão, conforme destaca a doutrina:

*"Os princípios da **razoabilidade** e da **proporcionalidade**, que se inter-relacionam, cuidam da necessidade de o administrador aplicar medidas adequadas aos objetivos a serem alcançados. De fato, os efeitos e consequências do ato administrativo adotado devem ser proporcionais ao fim visado pela Administração, sem trazer prejuízo desnecessário aos direitos dos indivíduos envolvidos e à coletividade."* (SOUSA, Alice Ribeiro de. *Processo Administrativo do concurso público*. JHMIZUNO. p. 74)

Portanto, considerando que a empresa tende perfeitamente a qualificação técnica e dispõe habilitação jurídica conforme os objetivos lançados no edital, requer o recebimento do presente recurso com a sua imediata **HABILITAÇÃO**.

AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

O art. 50 da Lei 9784/99 que dispõe sobre os processos administrativos, prevê claramente:

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;
- III** - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV** - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V** - decidam recursos administrativos;
- VI** - decorram de reexame de ofício;
- VII** - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Ocorre que, diferentemente do previsto, a decisão que desclassificou a recorrente foi tomada sem qualquer motivação, **deixando de relatar os fatos** e motivos legais que fundamentassem sua decisão.

O princípio da motivação do ato administrativo exige do Administrador Público especial cautela na instrução do processo, sob pena de nulidade, conforme assevera Maria Sylvia Zanella di Pietro:

"O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos". (in Direito Administrativo, 24º ed., Editora Atlas, p. 82).

Diferentemente disso, o ato administrativo recorrido, não se encontra devidamente motivado, em clara inobservância à Lei.

Trata-se de irregularidade do ato administrativo que deve ser imediatamente revisto sob pena de nulidade, conforme precedentes sobre o tema:

ACÓRDÃO EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PROCON - ÓRGÃO SEM PERSONALIDADE JURÍDICA - DEFESA INTEIRAMENTE REALIZADA PELO MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - MULTA PROCON - PROCESSO ADMINISTRATIVO - **MOTIVAÇÃO INADEQUADA - VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO** - APELO CONHECIDO E DESPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. 1. (...). 3. **O ato administrativo não encontra-se devidamente motivado, nos termos do art. 50, da Lei 9784/99 e do art. 19, do Decreto Municipal 11.738/03.** No corpo da decisão administrativa, o PROCON/Vitória indica como fundamento normativo de sua pretensão punitiva unicamente os arts. 14 e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, limitando-se a citá-los. 4. Em nenhum momento o Procon considerou o conjunto fático-probatório, não apresentando em sua decisão referências a qualquer fatura da consumidora que comprovasse as cobranças indevidas. Ademais, não oportunizou à empresa apelada a produção de provas que a possibilitassem comprovar a licitude nas cobranças impugnadas. **Tal fato, em conjunto à fundamentação deficiente, proporciona a nulidade não somente do processo administrativo, mas da**

penalidade que dele decorre. Precedentes 5. Recurso de apelação conhecido e improvido. (TJ-ES - APL: 00282591720128080024, Relator: ELISABETH LORDES, Data de Julgamento: 06/02/2018, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/02/2018). #513506

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. MULTA ADMINISTRATIVA. PROCON. NULIDADE. CONFIGURADA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. CRÉDITOS. CELULAR. PLANO PRÉ-PAGO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA USO. LICITUDE. RECURSO IMPROVIDO. 1) **o aplicador do direito necessita bem fundamentar sua decisão subsumindo o fato à norma, de maneira que o destinatário do ato administrativo consiga compreender o ato ilícito pelo qual está sendo punido** e haja efetiva consolidação dos princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa.2) (...) (TJES, Classe: Apelação, 24120281357, Relator: ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA - Relator Substituto : VÍCTOR QUEIROZ SCHNEIDER, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 11/04/2017, Data da Publicação no Diário: 20/04/2017).

Assim, ante a ausência de fundamentação do ato administrativo, se faz necessário à revisão do ato administrativo de desclassificação com a sua imediata reforma para determinar que a recorrente apresente a contraprova.

DOS PEDIDOS

Diante do exposto, diante da plena comprovação de atendimento ao edital, REQUER, o recebimento do presente recurso, em **seu efeito suspensivo**;

Ao final, julgar totalmente procedente o presente recurso, para fins de reformar a decisão que desclassificou a recorrente em decorrência das amostras apresentadas para análise, declarando a nulidade de todos os atos praticados a partir da desclassificação da empresa, uma vez que resta fartamente comprovado que a proposta da recorrente é a mais vantajosa ao poder público, bem como as amostras encaminhadas atendem as diretrizes do termo de referência e foram avaliadas por apenas uma pessoa, e não por uma Comissão de Servidores, violando as diretrizes do edital.

Por fim, caso o recurso seja provido, desde já a recorrente informa que irá apresentar as novas amostras do fardamento para comprovar mais uma vez a qualidade técnica do seu produto para atendimento do objeto licitado pelo Município de São Gonçalo do Amarante.

Não alterando a decisão, requer o imediato encaminhamento à Autoridade Superior para que seja reapreciado.

Nesses termos,



Pede deferimento.

Cupira/PE, 21 de julho de 2022.

ADRIEL LUIS SERODIO Assinado de forma digital por ADRIEL
LUIS SERODIO CANDIDO:05681314448
CANDIDO:05681314448 Dados: 2022.07.21 14:20:54 -03'00'

S M INDUSTRIA DE CAMISETAS LTDA (MILA)
Recorrente

Ciro Alexandre de Carvalho
OAB/CE 29.525