

**AO ILUSTRÍSSIMO(a) SENHOR PREGOEIRO(a) DO MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO.**

**EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 90035/2023**

**TAGG Services Ltda**, inscrita no CNPJ sob o número 17.695.642/0001-55, já qualificada nos autos, vem, com o máximo respeito a este Ilustríssimo Órgão, sob o fundamento do Art. 161, I, “c” da Lei nº 14.133/21, apresentar:

**RECURSO ADMINISTRATIVO**

Em face da habilitação da empresa BANDOLIN FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES LTDA, CNPJ no 96.216.429/0001-90, tendo em vista que a habilitação desta empresa desrespeita os termos do próprio ato convocatório e à Lei 14.133/21

**I - DOS FATOS E FUNDAMENTOS**

Trata-se de Pregão Eletrônico que tem por objeto registrar preços para futura e eventual contratação de empresa especializada no fornecimento de alimentação transportada, para atender as necessidades do Hospital Municipal Raul Sertã.

Ocorre que foram identificadas irregularidades na habilitação e declaração de vencedora da empresa BANDOLIN, que certamente levarão ao cancelamento deste ato, conforme razões que serão expostas a seguir.

**- DO DESRESPEITO AO ATO CONVOCATÓRIO - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PELA EMPRESA DECLARADA VENCEDORA.**

Para fins de qualificação técnica, o Edital exige de forma destacada que os atestados devem ser de fornecimento de refeições **TRANSPORTADAS**:

19.1.9 - Para fins da comprovação de que trata este subitem, os atestados deverão dizer respeito a contratos executados com as seguintes características mínimas:

19.1.10 - As certidões ou atestados de capacidade técnica deverão demonstrar que a licitante efetuou execução bem-sucedida de fornecimento de **Alimentação Hospitalar Transportada.**

19.1.11 - As certidões ou atestados de capacidade técnica deverão demonstrar que a licitante efetuou execução bem-sucedida com quantidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) da parcela de maior relevância do objeto da licitação. **(art. 67, §1º e §2º da Lei 14.133/21)**

Ocorre que a licitante declarada vencedora, em claro desrespeito ao princípio da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório não apresentou nenhum atestado de refeições **TRANSPORTADAS.**

**Não há como a comissão acatar os atestados apresentados pela empresa erroneamente declarada vencedora, isso porque a exigência de refeição TRANSPORTADA, não foi inserida como requisito sem fundamento, pois a operação da refeição transportada é totalmente diferente da refeição preparada no local.**

O procedimento administrativo de contratação pública realizado através de licitação é um procedimento vinculado ao estabelecido no ato convocatório. A Lei 14.133/21 estabelece de forma expressa a vinculação da administração às condições do Edital em seu artigo 5º:

*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).*

De acordo com a Jurisprudência do STJ:

“(…) 2. Na salvaguarda do procedimento licitatório, exsurge o princípio da vinculação, previsto no art. 41 da Lei 8.666/1990, que tem como escopo vedar à administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sob essa ótica, o princípio da vinculação se traduz na regra de que o instrumento convocatório faz lei entre as partes, devendo ser observados os termos do edital até o encerramento do certame” (REsp 1.384.138/RJ, 2.ª T., rel. Humberto Martins, j. 15.08.2013, DJe 26.08.2013).

“Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria lei, a Administração Pública vincula-se ‘estritamente’ a ele” (REsp 421.946/DF, 1.ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. 07.02.2006, DJ 06.03.2006).

A vinculação ao Edital é princípio basilar de toda licitação, não podem ser criadas ou permitidas regras diversas as já estabelecidas no Edital de convocação, para ambas as partes, porém, no presente caso, apesar do conhecimento acerca das regras e princípios norteadores do procedimento licitatório, portanto, em vista da não observância das regras estabelecidas no ato convocatório para fins de qualificação técnica, deve a empresa BANDOLIN SER DESCLASSIFICADA, pois apesar de ser exigido no edital atestados de refeições TRANSPORTADAS, a empresa não apresentou.

## **- DO DESRESPEITO AO ATO CONVOCATÓRIO – NÃO CONVOCAÇÃO PARA DESEMPATE NOS TERMOS DA LEI 123/06**

Foi constatado no Pregão Eletrônico **90035/2023** o desrespeito ao direito de preferência estabelecido pela Lei 123/06.

A Lei complementar 123/06 confere tratamento diferenciado às Microempresas e Empresas de Pequeno porte em licitações públicas, com o objetivo de promover incentivo às micro e pequenas empresas, os benefícios estão previstos nos artigos 42 ao 49 da LC 123/06.

Um dos benefícios previstos é o critério de desempate quando caracterizado o empate ficto entre a portadora da melhor proposta não enquadrada como ME ou EPP e o valor apresentado por ME ou EPP em até 10% (dez por cento mais elevado),

para modalidades licitatórias clássicas, ou até 5% (cinco por cento), para a modalidade pregão, sendo tal previsão disposta nos artigos 44 e 45 da LC 123/06, nos seguintes termos:

*“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.”*** Grifo nosso

*“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

Em conformidade com os dispositivos acima destacados, é a redação dos itens 5.1.9, do instrumento convocatório:

5.1.9 - As microempresas (ME), empresas de pequeno porte (EPP) e equiparadas que quiserem usufruir dos benefícios concedidos pela Lei Complementar nº 123, de 2006, deverão declarar em campo próprio do sistema eletrônico tal condição, ostentando os requisitos previstos no referido dispositivo legal, em especial quanto ao seu artigo 3º.

a) Para comprovação da condição disposta no item anterior, a empresa licitante deverá apresentar ainda a Declaração **atualizada** devidamente **assinada pelo representante legal e pelo contator (Anexo V do edital)**.

#### **12.15- Dos benefícios das ME's, EPP's e EQUIPARADAS, na fase competitiva:**

12.15.1 - 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 Lei Complementar nº 123, de 2006](#), regulamentada pelo [Decreto nº 8.538, de 2015](#).

12.15.2 - 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.

12.15.3 - A melhor classificada nos termos do subitem 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.

Av. Alberto Braune, nº 224 – 2º Andar / Sala 212 – Centro – Nova Friburgo – RJ  
CNPJ: 28.606.630/0001-23 - e-mail: [pregaoeletronico.friburgo@gmail.com](mailto:pregaoeletronico.friburgo@gmail.com) – Telefone: (22) 2525-9100 – (22) 2525-9101

Desta forma, conforme previsão do EDITAL, a TAGG deveria ter sido convocada a cobrir o valor ofertado pela primeira colocada, tendo em vista que preenche os requisitos de ME/EPP, e constatamos que houve o empate ficto entre a empresa declarada vencedora e a recorrente, tendo em vista que a diferença de valores entre a proposta vencedora e a proposta da recorrente que é uma EPP, é superior em menos de 5% ou seja, para ME ou EPP exercer o seu direito de preferência no pregão em comento deve ter uma diferença de valores dentro de 5% do valor

correspondente à proposta vencedora, sendo constatado o **EMPATE FICTO** no presente caso.

Desta forma, Ao arrepio dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, isonomia, segurança jurídica, competitividade e legalidade, a empresa BANDOLIN foi declarada vencedora.

De acordo com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o pregoeiro não podia se desvincular da exigência do edital e desrespeitar as regras estabelecidas no próprio instrumento convocatório, como no presente caso que habilitou empresa que descumpra o requisito de qualificação técnica e não conferiu o direito de preferência à EPP estabelecido no Edital, sob pena de não só ferir o princípio da vinculação ao edital, como também os princípios do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, dentre outros previstos no art. 5º, da Lei 14.133/2021, isso porque fere, ainda, o direito de todas licitantes participantes que observaram as regras editalícias.

Ressalte-se, ainda, que ao não conferir a possibilidade de desempate pela ME/EPP o pregoeiro está deixando de buscar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, conforme objetivo do processo licitatório previsto no art. 11, I, da Lei 14.133/2021, tendo em vista que deixaria de selecionar proposta mais vantajosa de outra licitante que atendesse as exigências contidas no Edital.

Neste sentido, importante destacar decisões que confirmam que o pregoeiro não poderá dar interpretação diversa daquela prevista no edital:

STF - RMS 23640/DF - EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apocrifia, a inexistência do documento. 2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência. 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta

mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade.

4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso. (Grifo nosso)

STJ - RESP 1178657 - ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA (Grifo nosso)

TCU - Acórdão 4091/2012 - Segunda Câmara. REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇO. EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA EM PERCENTUAL MÍNIMO DE 50% PARA TODOS OS ITENS LICITADOS. ILEGALIDADE. ACEITAÇÃO DE ATESTADOS DOS VENCEDORES EM DESACORDO COM O PRÓPRIO EDITAL. MALFERIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO Acórdão 966/2011 - Primeira Câmara REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÃO ELETRÔNICO. CONSTATAÇÃO DE ALGUMAS FALHAS RELACIONADAS À INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO. (Grifo nosso)

Portanto, constatado o desrespeito aos termos do Edital e à LC 123/06 em vista do do desrespeito ao benefício estabelecido pela Lei 123/06, em detrimento do direito das demais participantes para a utilização do benefício do direito de preferência conferido pela mencionada Lei e ratificados pelo instrumento convocatório, **se faz necessário o retorno da fase com a anulação do ato de declaração de vencedora da empresa Bandolin e a convocação da recorrente para desempate**, posto que constatado o prejuízo à lisura do procedimento licitatório em flagrante desrespeito

aos princípios básicos que regem as contratações públicas, especialmente o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e o princípio da legalidade, devendo ser declarado nulo o ato administrativo que conferiu o status de vencedora à empresa BANDOLIN.

## **II - DOS PEDIDOS:**

Diante do exposto, e considerando que a **TAGG SERVICES LTDA**, cumpriu com todos os requisitos editalícios, inclusive comprovou possuir saúde financeira para a execução do objeto contratual, **requer:**

- a) A **anulação do ato administrativo** que declarou a empresa BANDOLIN FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES LTDA, CNPJ no 96.216.429/0001-90, vencedora, tendo em vista que a manutenção da classificação da licitante recorrida vai de encontro aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e isonomia entre os participantes, de modo que a **sua inabilitação é medida que se impõe, tendo em vista que essa licitante não apresentou atestados de capacidade técnica de TRANSPORTADAS, conforme estabelece o ato convocatório;**
- b) A **anulação do ato administrativo** que declarou a empresa BANDOLIN FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES LTDA, CNPJ no 96.216.429/0001-90, vencedora, tendo em vista que a manutenção da classificação da licitante recorrida como vencedora vai de encontro aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e isonomia entre os participantes, de modo que a **sua inabilitação é medida que se impõe, tendo houve flagrante desrespeito ao direito de preferência estabelecido nos itens 5.1.9 e 12.15 do Edital;**
- c) Caso os pedidos das alíneas “a” e “b” não sejam acatados, que seja o presente recurso encaminhado à autoridade superior nos termos do artigo 165 §2º da Lei 14.133/21.

Termos em que pede deferimento,

Rio de Janeiro, 07 de maio de 2024.

**TAGG SERVICES LTDA**



Tagg