



ILUSTRÍSSIMO SENHOR DIRETOR PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE SAÚDE DE CANOAS - FMSC:

Ref. Pregão Eletrônico FMSC 007/2021

TIAGO FERNANDO GLUGOSKI, empresa inscrita no CNPJ n. 28.329.198/0001-71, neste ato representada por Tiago Fernando Glugoski, CPF 088.007.729-86 vem interpor o presente **RECURSO ADMINISTRATIVO**, contra a decisão que entendeu por manter o certame e classificar a proposta trazida pela empresa **ANIMALLTAG**, amparado nas regras trazidas no item 9.1 e seguintes do Edital, pelos fatos e fundamentos que seguem:

Conforme se verifica na Ata do Pregão Eletrônico acima referido, após a análise das propostas dos licitantes interessados, o certame mantido e a empresa recorrida acabou sendo classificada para o fornecimento dos objetos buscados no lote único.

Ocorre que tal decisão se mostra absolutamente equivocada, já que fere disposições expressas contidas na legislação e no próprio Edital, motivo pelo qual sua revisão se impõe, visando alcançar os aspectos de legalidade e mérito inerente ao poder-dever geral de vigilância que a Administração deve exercer.

Tal entendimento vem amparado em duas súmulas, as quais estabelecem que *"a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial"* (Súmula 473, STF), bem como *"a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos"* (Súmula 346, STF).

Dessa forma, tendo em conta que a Administração tem **o dever de rever os seus atos quando eivados de vícios**¹, a empresa recorrente entende como **extremamente urgente** seja essa Administração devidamente alertada acerca da **comprovada ilegalidade ocorrida no presente certame**.

Como bem pondera Marçal Justen Filho² o acolhimento do pedido se impõe "porque vigora, no Direito Administrativo, o poder-dever de a Administração revisar os próprios atos e de sanar, até mesmo de ofício, os defeitos, encontrados".

Fundamentos para o acolhimento do presente recurso:

¹ Súmulas 346 e 473 do STF acima colacionadas.

² Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Editora Revista dos Tribunais, 2016 p.1424



Conforme pondera Phillip Gil França³, a eficiência na Administração Pública, sob o viés constitucional, implica em uma contínua busca de excelência nas suas atividades, é o bem agir para atender o cidadão, sem pretensões de perfeição, mas com claros objetivos de desenvolvimento e metas sólidas.

A Administração Pública, portanto, ao formalizar o interesse na prestação de determinado serviço ou aquisição de bens através de um processo licitatório, deverá levar em consideração os motivos que justificam tal contratação, bem como as características e especificações que entenda necessárias, aliado aos documentos indispensáveis para assegurar a formalização e a segurança do futuro contrato, **bem como dispor todas as regras que serão adotadas ao certame.**

Assim, “pela licitação, a Administração abre a todos os interessados **que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório**, a possibilidade de apresentação de proposta”⁴.

Nas palavras de Marçal Justen Filho⁵, “ao determinar a instauração da licitação, a Administração realiza juízo de conveniência acerca do futuro contrato. Esse juízo é confirmado quando da elaboração e aprovação do ato convocatório”. Portanto, **uma vez autorizado o lançamento do certame, as disposições contidas no Edital fazem, como sabido, lei entre as partes.**

Com isso, uma vez indicado no instrumento convocatório determinadas regras para a disputa, **o atendimento disso é obrigatório.**

No caso em tela, é possível verificar o item 3 do Edital, que dispõe sobre as regras e as condições de participação na presente licitação, era bastante específico ao referir o seguinte:

3. DA PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO

3.1. Poderão participar deste Pregão as empresas interessadas, enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte, conforme Lei Complementar nº 123, e que estejam credenciadas junto à Seção de Cadastro da CELIC – Central de Licitações do Estado/RS, acessada por meio do sítio www.celic.rs.gov.br, e que atendam todas as exigências Editalícias.

Ocorre que mais adiante, o mesmo dispositivo do edital assim determinava:

3.1.1. Considerando o disposto no art. 49, inc. II da Lei Complementar nº 123/2006, **caso não haja um mínimo de 3 (três)**

³ França, Phillip Gil. Ato Administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013 p.104

⁴ Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. – 28.ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 409

⁵ Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. – 16 ed. rev., atual. e ampl.. –São Paulo :Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 886



fornecedores/prestadores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, para cada lote, o certame será reagendado e aberto para ampla concorrência (deixando de ser exclusivo para MEs e EPPs), cujo comunicado de reagendamento será publicado no DOMC, no site do Pregão Online Barrisul e no site da FMSC

O fato é que, comprovadamente, não houve a participação de, no mínimo, três fornecedores enquadrados com microempresas ou empresas de pequeno porte, sediados no local ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências estabelecidas na lei e no próprio instrumento convocatório.

Mesmo assim, infelizmente, ocorreu a injusta decisão de classificação da proposta trazida pela empresa recorrida, quando, ao certo, **o certame deveria ser reagendado na forma que estabelecia claramente em suas próprias regras.**

A Ata do pregão comprova que, das únicas quatro (04) empresas que participaram da presente disputa, **apenas a empresa recorrente é localizada na região Sul**, sendo que as demais classificadas, **e inclusive a vencedora/recorrida, são localizadas fora da região**, nas seguintes cidades:

1º. Animalltag Sistemas de Identificação Animal - CNPJ 18.432.445/0001-06 - Localizada em **SÃO CARLOS/SP**

2º. Tiago Fernando Glugoski - CNPJ 28.329.198/0001-70 - Localizada em **PONTA GROSSA/PR**

3º. Evolução Pet Comércio de Produtos - CNPJ 11.395.850/0001-52 - Localizada em **SÃO PAULO/SP**

4º. E L Machado Medicamentos - CNPJ 06.734.023/0001-31 - Localizada em **MOGI MIRIM/SP**

Diante disso, resta robustamente comprovado que a decisão de classificar a proposta da empresa recorrida ensejou no não atendimento de exigências legais que são trazidas na Lei Complementar 123/2006 e, também, das regras que foram dispostas expressamente no próprio Edital, para justificar que o certame ficasse restrito e exclusivo para empresas ME e EPP, motivo pelo qual, obviamente, **deveria ocorrer o REAGENDAMENTO da disputa.**

E o Edital era cristalino nesse sentido ao referir em seu item 3.1.1 o seguinte:

(...) caso não haja um mínimo de 3 (três) fornecedores/prestadores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte



sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, para cada lote, **o certame será reagendado e aberto para ampla concorrência (deixando de ser exclusivo para MEs e EPPs), cujo comunicado de reagendamento será publicado no DOMC, no site do Pregão Online Barrisul e no site da FMSC**

Certamente, tal condição foi trazida ao ato convocatório, porque inc. II do art. 49 da Lei Complementar 123/2006 é bastante claro em estabelecer que opção pela exclusividade de participação de empresas enquadradas como ME e EPP **somente é cabível quando tiver a possibilidade de participação de um mínimo de três (03) fornecedores, enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, sediados local ou regionalmente** capazes de cumprir as demais exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Prova disso é que o referido dispositivo legal assim destaca:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

(...)

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

Assim, lei é muito clara ao referir que a prova da existência de no mínimo 03 (três) fornecedores ME/EPP, **sediados na localidade/região em que se realiza o certame**, é CONDIÇÃO OBRIGATORIA e que deve ser observada para autorizar o procedimento licitatório voltado apenas à tais sociedades.

Caso tais condições não sejam apuradas, o procedimento deverá **ser aberto para todas das demais empresas, como forma de observância ao princípio da legalidade**, e, no presente caso, **em especial, atendendo ao que dispôs expressamente a cláusula 3.1.1 do Edital.**

Pelo que se verifica a discussão sobre a existência prévia de empresas sediadas “local ou regionalmente”, inclusive, foi trazida, em sede de Impugnação ao presente Edital por outra empresa interessada na disputa e, infelizmente, em seu desfavor, não foi esclarecida e nem mesmo acolhida.

O fato é que a regra trazida na cláusula 3.1.1 do Edital **É BASTANTE CLARA** e estabelece que: **caso não existissem três fornecedores enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte SEDIADOS LOCAL OU REGIONALMENTE, o presente certame será reagendado e aberto para ampla concorrência.**



Lamentavelmente, em visível descumprimento à tal regra, isso não ocorreu, tendo sido proferida a inusitada decisão de classificar a proposta trazida pela empresa recorrida, que sequer está localizada na região, em **comprovado descumprimento as próprias regras da Lei Complementar 123/2006.**

Necessário, trazer o entendimento do doutrinador Marçal Justen Filho⁶, oportunamente referido na Impugnação que foi apresentada ao presente certame por outra empresa interessada da disputa, tratando da matéria, que assim refere:

A natureza peculiar da disposição conduz à necessidade de tratamento hermenêutico ampliativo da disposição. A vontade legislativa não é a restrição absoluta da disputa, mas a competição entre pequenas empresas. Sob esse prisma a vedação à empresas de maior porte apenas poderá ser justificada se houver uma efetiva e concreta competição entre pequenas empresas. DAÍ A PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO, NO SENTIDO DE QUE É NECESSÁRIA A EXISTENCIA DE TRES FORNECEDORES EM CONDIÇÕES DE PARTICIPAR DO CERTAME. ESSE SERÁ UM REQUISITO DE ADOTAÇÃO DA LICITAÇÃO DIFERENCIADA E RESTRITA À PARTICIPAÇÃO DE PEQUENAS EMPRESAS.”

(...) a restrição em favor da participação de pequenas empresas não pode conduzir à eliminação da competitividade. Por isso, o art. 49, inc. II, determina que não se aplicará o regime de licitação diferenciada quando “não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Imperioso destacar que o Rel. Cláudio Couto Terrão do TCE/MG, em consulta feita pela empresa ZENITE, especializada em procedimentos licitatórios, já havia apontado que para justificar a utilização das regras do benefício da lei complementar “*deverão ser levadas em conta as especificidades do objeto licitado, o princípio da razoabilidade e os três objetivos do tratamento diferenciado, quais sejam*”:

- a) a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional;
- b) a ampliação da eficiência das políticas públicas;
- c) o incentivo à inovação tecnológica.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O estatuto da microempresa e as licitações públicas. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 122



No presente caso, ficou evidente, pelo número reduzido de participantes, que **a restrição trazida na presente disputa não ensejou em qualquer benefício econômico ou social para empresas locais ou regionais**, que, aliás, é o real objetivo da regra disposta na LC 123/2006, e, ainda, acabou acarretando que a Administração tivesse um número muito pequeno de ofertas em seu desfavor, situação que, provavelmente, prejudicou o alcance do melhor preço.

Com isso, e considerando que a regra trazida no item 3.1.1 do Edital é bastante clara, a manutenção da decisão de acolhimento da proposta trazida pela empresa recorrida **é ilegal**, motivo pelo qual se impõe sua imediata reforma, determinando o **reagendamento da disputa, como forma de assegurar a necessária legalidade do próprio certame, ressaltando a preservação do interesse público, afinal, a ampliação da competitividade enseja o alcance das melhores ofertas em benefício ao erário.**

Por sorte tal pretensão tem amparo no próprio Edital que assim refere:

20.7. A autoridade competente para aprovação do procedimento licitatório somente poderá revogá-lo em face de razões de interesse público, por motivo de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-lo por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado.

Assim, a manutenção da equivocada decisão que classificou a proposta trazida pela empresa recorrida não merece ser mantida, posto que é ilegal, já que contraria a disposição expressa trazida na Lei Complementar 123/2006 e no item 3.1.1 do próprio Edital.

Do Direito:

Sabidamente, o **princípio da vinculação ao instrumento convocatório** é o pilar fundamental da contratação pretendida e está devidamente assegurado no Decreto 10.024/2019 que dispõe o seguinte:

*Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, **da vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.*

Destaca-se que a obrigatoriedade da vinculação ao instrumento convocatório decorre da própria Lei 8.666/93 que assim refere:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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*

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no [art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991](#)

Mais uma vez, vale destacar o artigo 41 da Lei 8.666/93 que assim estabelece:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Assim, por força de lei, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório **obriga a Administração e o licitante a observarem todas as normas e as condições que foram pré-estabelecidas no ato convocatório.**

O próprio art. 4º da Lei 10.520/2002, assim refere:

*VII- aberta a sessão, os interessados e seus representantes, apresentarão declaração dando ciência que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e **à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;***

Por fim, a própria Constituição Federal/88, assim estabelece:

*"Art. 37. A Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, aos seguintes:*

*XXI - Ressavados 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** (...)."*

Note-se que tais regras legais são bastante esclarecedoras da necessidade de correta apreciação **"dos requisitos estabelecidos no instrumento convocatório"**, o que, lamentavelmente, não ocorreu no caso em tela ao permitir que o certame prosseguisse sem que tivessem sido



cumpridas as disposições expressas que foram trazidas no item 3.1.1 do Edital.

É evidente que a legalidade, como princípio de administração, significa administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

No caso em tela, a regra trazida no Edital, “lei entre as partes” era muito clara: “caso não haja um mínimo de 3 (três) fornecedores/prestadores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, para cada lote, o certame será reagendado e aberto para ampla concorrência (deixando de ser exclusivo para MEs e EPPs), cujo comunicado de reagendamento será publicado no DOMC, no site do Pregão Online Barrisul e no site da FMSC”.

Cabe trazer a jurisprudência que comprova que a decisão de acolhimento e de classificação da proposta da empresa recorrida, em comprovado descumprimento das regras trazidas no instrumento convocatório, merece ser imediatamente reformada:

“Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório obriga a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no instrumento de convocação”. Pag. 29 – Orientações e Jurisprudências do TCU – 4ª edição.

“Zeie para que não sejam adotados procedimentos que contrariem, direta ou indiretamente, o princípio básico da vinculação ao instrumento convocatório, de acordo com os arts. 3º e 41 da Lei nº 8.666/1993.” - Acórdão 2387/2007 Plenário

“Observe os princípios da transparência, do julgamento objetivo, da vinculação ao instrumento convocatório e da escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, conforme regem os arts. 3º, art. 40, VII, art. 41, caput, 43, IV, art. 44, § 1º e art. 45, da Lei nº 8.666/1993.” - Acórdão 1286/2007 Plenário

Assim, por todo o exposto, especialmente em razão de estar comprovada a afronta aos princípios da vinculação ao Edital, legalidade, isonomia e inalterabilidade do instrumento convocatório, bem como desatendimento aos dispositivos legais que já foram referidos, a decisão de acolher proposta da empresa recorrida deve ser imediatamente revista, posto que, no caso em tela, houve clara inobservância da legislação pertinente e das regras prévias disposta no Edital que determinavam o reagendamento do certame, com possibilidade de participação de todas as empresas interessadas no fornecimento dos produtos que estão sendo buscados,



situação que, certamente, será mais favorável à própria Administração Pública.

Por fim, vale lembrar que, caso não ocorra a justa modificação da decisão, **a legalidade do presente certame estará absolutamente comprometida, já que restará comprovado o descumprimento da regra expressa que foi trazida no item 3.1.1 do Edital e na própria Lei Complementar 123/2006,** podendo ensejar em uma futura contratação amparada em procedimento licitatório irregular, situação que, inclusive, fere os princípios mais elementares das contratações públicas, com a possibilidade de eventual responsabilização dos responsáveis.

Diante do exposto, requer:

- a) Em face dos relevantes fundamentos apresentados, seja determinada a imediata a suspensão de quaisquer atos tendentes à contratação da empresa ANIMALLTAG até análise final do presente pedido;
- b) O acolhimento integral do pedido, a fim de que seja reconsiderada a equivocada e injusta decisão proferida, **determinando o reagendamento da disputa na forma da regra expressa prevista no item 3.1.1 do Edital,** posto que restou devidamente comprovado não terem participado da disputa, no mínimo, três empresas sediadas **locais ou regionais,** situação que justifica a aplicação do inc. II do art. 49 da Lei Complementar 123/2006;
- c) Caso entenda pela impossibilidade de reagendamento do certame, que a presente licitação seja imediatamente **REVOGADA** para que, nos termos da lei, a Administração traga com a devida clareza ao Edital todas as informações sobre qual a abrangência da “localidade/regionalidade” a ser considerada, bem como comprove a existência prévia, no mínimo, três empresas na condição de enquadramento, justificando, assim, a aplicação das regras da Lei Complementar 123/2006;
- d) No caso de entender pelo não acolhimento do pedido trazido, seja o presente recurso imediatamente encaminhado para autoridade superior na forma do parágrafo 4 do art. 109 da Lei 8.666/93.

N. T. P. Deferimento

Canoas, 16 de julho de 2021.

TIAGO FERNANDO GLUGOSKI
CPF: 088.007.729-86