



FAGUNDES
ADVOCACIA E CONSULTORIA

PROTOCOLO
Data: 01/07/24
Hora: 11h 54min
EMOP
Assinatura: <i>[Handwritten Signature]</i>

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA EMPRESA DE OBRAS PÚBLICAS – EMOP, GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EDITAL DE LICITAÇÃO EMOP-RJ Nº 004/2024

K.8.COM ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA., com endereço na Avenida Professor Carlos Nelson Ferreira dos Santos nº 125 – sala 208 – Cambinhas – Niterói/RJ, e-mail: k8engenharia@gmail.com, devidamente inscrita no CNPJ/MF 20.419.850/0001-36, qualificada por seu procurador “*in fine*”, vem, respeitosamente a presença de V. S.^a, para com fundamento no artigo 5º, incisos XXXIV da Constituição Federal c.c artigo 165 da Lei 14.133/2021 e Lei 13.303/2016

RECURSO ADMINISTRATIVO

consoante aos fatos e fundamentos que passa a expor:

1. DOS FATOS

Trata-se de licitação com regime de contratação de empreitada por preço unitário, edital EMOP-RJ Nº. 003/2024 da Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro – EMOP-RJ, cujo objeto é:

CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NO RAMO DE ENGENHARIA, PARA A REFORMA COM ACRÉSCIMO

Calçada das Margaridas, 163, Sala 02, Centro Comercial Alphaville, Barueri/SP, CEP: 06453-038.
contato@ffagundes.com.br. (19) 99378 3193



PARA TRANSFORMAÇÃO DO CENTRO DE RECURSOS INTEGRADOS DE ATENDIMENTO AO ADOLESCENTE - CRIAAD EM CENTRO DE SOCIEDUCAÇÃO- CENSE SÃO GONÇALO, UNIDADE DO DEPARTAMENTO GERAL DE AÇÕES SOCIOEDUCATIVAS - DEGASE, LOCALIZADO NA RUA NILO PEÇANHA, S/Nº - ESTRELA DO NORTE, NO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO.

Na referida disputa, a Recorrente sagrou-se vencedora, no entanto foi indevidamente desclassificada.

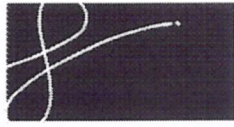
Segundo a EMOP, a Recorrente não apresentou a planilha de formação de BDI para item especial, planilha de custos unitários e o arquivo “dbf”.

Data máxima vênia, esta recorrente apresentou as planilhas de preços unitários em suas versões sintética e analítica, que são suficientes para atender as exigências do instrumento convocatório, as informações relevantes para a contratação que se busca, estão nas referidas planilhas.

Inexistia qualquer indicação explícita no instrumento convocatório de necessidade adicional de outro tipo de planilha, de toda forma, a questão poderia facilmente ser resolvida através de diligência, o que não foi oportunizado pelo EMOP.

Da mesma forma, a decisão pela desclassificação foi fundamentada também na exigência de um BDI diferenciado, que não foi devidamente justificado no instrumento convocatório.

O BDI foi apresentado de acordo com as práticas de mercado e estava dentro do intervalo de 13% e 19%, previsto no instrumento convocatório e pode representar uma vantajosidade para a Administração, afinal a margem de lucro e de despesas indiretas é menor, inclusive há jurisprudência pacífica no sentido de que a proposta não deve ser desclassificada em razão de BDI diverso daquele previsto no edital, ainda mais, sendo um BDI menor.



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). (g.n)

Reforça-se que a licitação é um procedimento administrativo, e como tal, deve observância aos princípios administrativos, uma vez que esses princípios são desrespeitados o procedimento é maculado, e a existência de vício no procedimento licitatório induz a invalidade dos atos posteriores, inclusive do contrato administrativo. Nesse sentido Marçal Justen Filho¹:

O vício na licitação acarreta, em princípio, a invalidade de todos os atos posteriores, inclusive do contrato administrativo (se chegou a ser pactuado posteriormente), conforme dispõe o art. 49, § 2º. [...]

Não bastando o entendimento da doutrina, a jurisprudência também segue no mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL. EXISTÊNCIA. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. Trata-se de controvérsia sobre interesse processual na impugnação de incidente (acolhimento de recurso contra a inabilitação de concorrente) após o fim de certame. 2. A Corte Especial do STJ entende que "a superveniente adjudicação não importa na perda de objeto do mandado de segurança, pois se o certame está eivado de nulidades, estas também contaminam a adjudicação e posterior celebração do contrato" (AgRg na SS 2.370/PE, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 23.9.2011). No mesmo sentido: REsp 1.128.271/AM, Rel. Min; Castro Meira, Segunda Turma, DJe 25.11.2009; e REsp 1.059.501/MG, Rel. Min; Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2009. 3. A decisão recorrida aprecia a matéria de fundo, razão pela qual fica prejudicada a alegação relacionada com o conhecimento do Recurso Especial pela alínea "c". 4. Agravo Regimental não provido. (Processo AgRg no AREsp 141597/MA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0019334-9 - Relator(a)

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 740.
Calçada das Margaridas, 163, Sala 02, Centro Comercial Alphaville, Barueri/SP, CEP: 06453-038.
contato@fagundes.com.br. (19) 99378 3193



Ministro HERMAN BENJAMIN (1132) - Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 23/10/2012 - Data da Publicação/Fonte DJe 31/10/2012.) (g.n)

E ainda o Tribunal de Contas da União entende o seguinte:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO PARA CONTRATAÇÃO DE FORNECIMENTO DE VALES-REFEIÇÃO E ALIMENTAÇÃO. LICITAÇÃO JÁ CONCLUÍDA. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES ENSEJADORAS DE RESTRIÇÃO NA COMPETITIVIDADE DO CERTAME. SUSPENSÃO CAUTELAR DAS PROVIDÊNCIAS PARA ASSINATURA DO CONTRATO OU, SE JÁ ASSINADO, PARA EXECUÇÃO DA AVENÇA. OITIVA DOS GESTORES. CONCESSÃO DE PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO À EMPRESA ADJUDICADA. Em vista dos indícios de irregularidades em licitação já concluída, determina-se a suspensão cautelar das tratativas para assinatura do contrato, ou se já assinado, para execução da avença e efetua-se a oitiva dos gestores para que apresentem justificativas acerca das questões suscitadas. Acórdão 115/2009 – Plenário. Dou 06/02/2009

Por fim, a Súmula 473 do STF dispõe o que segue:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam 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. (g.n)

Veja que, por mais que a literalidade da Súmula fala em “pode”, em realidade é um **PODER-DEVER** da Administração anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam **ilegais**. Claramente há vício na desclassificação ilegal da Recorrente e tal vício contamina o procedimento licitatório, o que implicará em uma contratação ilegal e viciada!

Feita tal introdução, passemos ao ponto específico que macula o procedimento licitatório e a posterior contratação.



2.1 QUANTO A ILEGALIDADE DA DESCLASSIFICAÇÃO E O FORMALISMO EXACERBADO ADOTADO PELO EMOP

Como bem demonstrado nos fatos dessas razões recursais, foram três os pontos que motivaram a desclassificação ilegal da Recorrente: **(1)** ausência da planilha de formação do BDI para item especial, **(2)** ausência da planilha de custos unitários e **(3)** ausência do arquivo “dbf”.

Apesar da suposta ausência desses documentos em suas respectivas “formas”, **toda informação necessária à análise da proposta, estava contida nos documentos apresentados**, ainda que em “formatos” distintos.

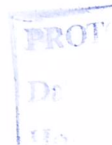
A exemplo disso cita-se a **APRESENTAÇÃO DA PLANILHA DE PREÇOS UNITÁRIOS** em suas versões sintética e analítica, portanto, com todo respeito, não há no que se falar em ausência da planilha de custo unitário, o referido documento, **FOI SIM APRESENTADO**, conforme consta nas documentações enviadas para o certame, o que respeitosamente é fato incontroverso, e tal motivo para a desclassificação, é um mero lapso na análise dos documentos enviados pela Recorrente.

Em relação ao **ARQUIVO “DBF”**, temos que o mesmo, não foi exigido em nenhum item do instrumento convocatório, ao menos não de forma explícita, clara e objetiva, como deveria ser.

O instrumento convocatório no item 9.4.2, dispõe o seguinte:

9.4.2 - A Planilha Orçamentária, que constitui o Anexo D, deverá ser preenchida pelo Licitante, informando os seus custos unitários, em moeda corrente, referidos ao mês base do orçamento elaborado pela EMOP-RJ, o total por item e o somatório, e somente poderá ser apresentada em planilha no formato disponibilizado pela EMOP-RJ em seu sítio eletrônico, http://www.emop.rj.gov.br/licita_list.asp, escolhendo-se o correlato certame e clicando-se na opção “Proposta de Preços”.

Pois bem, como se verifica, o item que em tese exigiria o arquivo “dbf”, não traz em seu corpo nenhuma menção sobre a extensão DBF, o texto é claro ao Calçada das Margaridas, 163, Sala 02, Centro Comercial Alphaville, Barueri/SP, CEP: 06453-038. contato@ffagundes.com.br. (19) 99378 3193





citar um determinado formato, porém, não deixa claro qual é o referido formato, apenas que o mesmo “está disponível” no link transcrito no corpo do item, na opção “proposta de preços”.

Um tanto quanto estranho, é o fato de que, **NÃO EXISTE A OPÇÃO “PROPOSTA DE PREÇOS”**, senão vejamos o *print screen* do link em questão:

LICITAÇÃO- LIC Nº 004 / 2024

A LICITAR

Valor previsto: R\$ Sigiloso Data da licitação: 24/06/2024 horário: 15:00 hs

Objeto:

CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NO RAMO DE ENGENHARIA PARA A REFORMA COM ACRÉSCIMO PARA TRANSFORMAÇÃO DO CENTRO DE RECURSOS INTEGRADOS DE ATENDIMENTO AO ADOLESCENTE - CRIAAD EM CENTRO DE SOCIEDUCAÇÃO- CENSE SÃO GONÇALO UNIDADE DO DEPARTAMENTO GERAL DE AÇÕES SOCIOEDUCATIVAS - DEGASE, LOCALIZADO NA RUA NILO PEÇANHA, S/Nº - ESTRELA DO NORTE, NO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO

Local:

EMOP - Empresa de Obras do Estado do Rio de Janeiro, localizada no Campo de São Cristóvão, nº138 - 4º andar/ sala 404 São Cristóvão Rio de Janeiro - RJ

Anexos

EDITAL

ANEXO DO EDITAL

ANEXO R-1 DO EDITAL

ANEXO R-2 DO EDITAL

ORÇAMENTOS E PROGRAMA DE ENTRADA DE PREÇOS

 Refazer pesquisa

Como se verifica, consta o edital, os anexos e o link orçamentos e programa de entrada de preços, mas não há menção alguma sobre “**proposta de preços**”, nem mesmo a ferramenta de pesquisa do navegador encontra “proposta de preços”:



Não é demais repetir que, não consta sequer o termo “dbf” no edital, mas apesar disso, sabe-se que dbf é uma extensão de arquivo, o DataBase File, um formato de arquivo de banco de dados comumente usado para armazenar dados tabulares.

Mas a extensão DBF não é a única extensão que atenderia os fins que se propõe, existem diversas alternativas como por exemplo o CSV (Comma-



Separated Values), o XML (eXtensible Markup Language), JSON (JavaScript Object Notation) e o mais conhecido e utilizado de todos o XLS/XLSX (Microsoft Excell).

Portanto, a questão é, **o edital NÃO EXIGIU O ARQUIVO DBF EM NENHUM MOMENTO, no link que supostamente teria tal exigência que é peça ALHEIA ao instrumento convocatório, SEQUER EXISTE UM BOTÃO DENOMINADO “PROPOSTA DE PREÇOS”.**

Portanto, a suposta exigência do suposto arquivo DBF não encontra amparo **EM NENHUM ITEM DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, MUITO MENOS NA LEGISLAÇÃO!**

Por fim, em relação a **PLANILHA DE FORMAÇÃO DE BDI PARA ITEM ESPECIAL**, tem-se que o BDI foi devidamente demonstrado, no importe de 18% como consta da proposta.

Estimou-se o BDI padrão no importe de 24% ou 18%, conforme se verifica no item 9.4.3.2 do edital, na mesma linha o item 9.4.3.3 estimou o BDI diferenciado no importe de 19% e 13%, e em ambos os casos os *players* deveriam definir um único BDI para o conjunto dos respectivos itens.

Veja, **foi definido um BDI único para todos os itens**, o de 18%, que em relação ao BDI diferenciado, encontra-se dentro do intervalo de 13% a 19%, ou seja, inferior ao valor máximo previsto no instrumento convocatório.

Ora, inexistente na legislação dispositivo legal que aponte patamar máximo do BDI que deverá ser adotado pelo licitante, não caberia à Administração estipular tal restrição ao particular, sem qualquer fundamento no ordenamento jurídico.

No Acórdão 2738/2015 – Plenário do Tribunal de Contas da União, entendeu-se que **CADA PARTICULAR PODE APRESENTAR A TAXA QUE MELHOR LHE CONVIER, DESDE QUE O PREÇO PROPOSTO PARA CADA ITEM DA PLANILHA NÃO ESTEJAM EM LIMITES SUPERIORES AOS PREÇOS DE REFERÊNCIA**, senão vejamos um pequeno trecho do Acórdão citado:



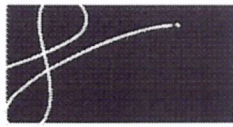
[...]Nesse particular, devo pontuar que a presente via recursal, caso fosse conhecida, é de cognição restrita, não cabendo rediscussão de mérito em relação aos pontos já objeto de julgamento pelo acórdão em exame. Ainda assim, pondero refletir sobre a alegação, uma vez que este Tribunal há tempos se debruça sobre o tema dos critérios e valores acerca da taxa conhecida como BDI.

Cabe esclarecer que o entendimento preponderante é de cada particular poder apresentar a taxa que melhor lhe convier, desde que o preço proposto para cada item da planilha e, por consequência o preço global, não estejam em limites superiores aos preços de referência, valores estes obtidos dos sistemas utilizados pela Administração e das pesquisas de mercado, em casos de lacunas nos mencionados referenciais.

*Concluo pela viabilidade do certame, ao sopesar que os elementos dos autos indicam que o orçamento estimado pela Administração está apto a balizar os preços de mercado e que o desconto ofertado traz a economicidade ao Pregão 357/2015. **Ao privilegiar o princípio do formalismo moderado, e ao sopesar que os princípios da economicidade e da eficiência sobrepujam a ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório,** entendo que não há óbices ao prosseguimento dessa contratação. [...]*

Na mesma toada, o Tribunal de Contas da União, também entende que é irregular a desclassificação da licitante pelo simples fato de que o BDI está acima do percentual previsto no edital, senão vejamos um trecho do Acórdão 2460/2022 – Plenário do Tribunal de Contas da União:

[...] 9.4.6. a desclassificação de licitante exclusivamente por taxa de BDI acima de limites considerados adequados, sem avaliação de possível compensação pelos preços unitários e globais ofertados, contraria a jurisprudência deste Tribunal e afronta os princípios da economicidade, explicitado no caput do art. 70 da Constituição Federal de 1988, e da razoabilidade, conforme o caput do art. 2º do Decreto 10.024/2012; [...]



Veja, a jurisprudência é clara no sentido de que é possível ultrapassar o valor de BDI imposto ilegalmente no instrumento convocatório, afinal é possível e viável a compensação pelos preços ofertados.

No caso em questão o BDI de 18% não só está em consonância com o BDI padrão do item 9.4.3.2, mas está **abaixo** do BDI máximo previsto para o BDI diferenciado.

Há evidente violação ao princípio da **economicidade**, **razoabilidade** **eficiência**, o EMOP se apegou a um formalismo que **não é compatível com a disputa e afasta a melhor proposta**.

Veja, **ESTAMOS FALANDO DE R\$ 552.359,94** (quinhentos e cinquenta e dois mil, trezentos e cinquenta e nove reais e noventa e quatro centavos) de diferença entre a **MELHOR PROPOSTA, desclassificada de forma ILEGAL, onde o EMOP se apegou exclusivamente a critérios FORMAIS** e a segunda **PIOR PROPOSTA**.

Não nos parece razoável “torrar” mais de quinhentos mil reais, por conta da diferença do BDI estipulado no instrumento convocatório a maior do que o apresentado, por conta de um erro na análise dos documentos apresentados, que foram desconsiderados por uma falha e por conta de um arquivo que não foi exigido no edital e nem constou no link do instrumento convocatório.

Estamos aqui, diante de um descarte de mais de quinhentos mil reais do patrimônio público, por conta de formalismos exagerados e inúteis, **que não alteram a substância da proposta apresentada** e não trazem nenhuma melhoria na execução do serviço.

Como se vê, a Administração se apegou a um formalismo exacerbado, incondizente com o próprio objetivo do processo licitatório, que dentre outros é obter a melhor proposta.



O entendimento que deve prevalecer é pacífico, na licitação busca-se a melhor proposta, a condução do procedimento deve ocorrer levando em consideração o princípio do formalismo moderado, afinal, este possibilita a ampla participação e a isonomia entre os licitantes.

Sobre o formalismo moderado, vale analisar a inteligência da Jurisprudência sobre a temática, inteligência esta que, entende que o formalismo desnecessário deve ser evitado, *in verbis*:

Licitação para contratação de bens e serviços: As exigências para o fim de habilitação devem ser compatíveis com o objeto da licitação, evitando-se o formalismo desnecessário (...). Ao examinar o assunto, a unidade técnica considerou que a inabilitação, pela razão apontada, denotaria excesso de rigor formal, pois a declaração da empresa eliminada afirmava não haver menores trabalhando em seus quadros. Assim, ainda para a unidade responsável pelo processo, “a partir dessa declaração, o gestor público somente poderia concluir pela inexistência de menores aprendizes. Afinal, menores aprendizes são menores. E como havia sido informada a inexistência de menores trabalhando, não era razoável se depreender que a empresa empregasse menores aprendizes”. Caberia, no máximo, por parte da instituição promotora da licitação “promover diligência destinada a esclarecer a questão, indagando da empresa a utilização ou não de menores aprendizes”, o que não configuraria irregularidade, qualquer que fosse a resposta obtida. Por conseguinte, votou pelo provimento dos recursos de revisão intentados, e, no ponto, pela rejeição das justificativas apresentadas pelos responsáveis envolvidos, levando o fato em consideração para votar, ainda, pela irregularidade das contas correspondentes, sem prejuízo de aplicação de multa, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 7334/2009-Segunda Câmara.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 74 do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2003/2011-Plenário, TC-008.284/2005-9, Rel. Min. Augusto Nardes, 03.08.2011).

“Recomendação a uma prefeitura municipal para que qualifique, em procedimentos licitatórios com recursos federais, as exigências formais menos relevantes à consecução do objeto



licitado, estabelecendo nos editais medidas alternativas em caso de descumprimento dessas exigências por parte dos licitantes, objetivando evitar a desclassificação das propostas, visando a atender ao princípio do formalismo moderado e da obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, sem ferir a isonomia entre os partícipes e a competitividade do certame.”

(Tribunal de Contas da União, item 9.6.1, TC-002.147/2011-4, Acórdão nº 11.907/2011-Segunda Câmara).

“ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – FORMALIDADES: CONSEQUÊNCIAS

1. Repudia-se o formalismo quando é inteiramente desimportante para a configuração do ato.

2. Falta de assinatura nas planilhas de proposta da licitação não invalida o certame, porque rubricadas devidamente.

3. Contrato já celebrado e cumprido por outra empresa concorrente, impossibilitando o desfazimento da licitação, sendo de efeito declaratório o mandado de segurança.

4. Recurso provido”.

(Superior Tribunal de Justiça, RMS 15.530/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14/10/2003, DJ 01/12/2003, p. 294).

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGÜIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta.

2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes.

3. Segurança concedida”.

(Superior Tribunal de Justiça, MS 5.869/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Primeira Seção, julgado em 11/09/2002, DJ 07/10/2002, p. 163).



Veja, a jurisprudência é pacífica no sentido de que devem ser afastadas formalidades desimportantes para a configuração do ato e o caso em questão é meramente formal, exigiu-se a apresentação de um documento que não constou descrito no edital, um BDI superior ao apresentado e desconsiderou-se a planilha que foi apresentada.

O processo licitatório não tem um fim em si, o objetivo do procedimento administrativo é buscar a melhor proposta para a Administração, afinal Benoit² nos ensina que **o processo licitatório não é uma verdadeira gincana ou comédia**. Para reforçar, vale observar o que dispõe o art. 11, I, cumulado com o art. 12, III, ambos da Lei 14.133/2021:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; [...] (g.n)

*Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:
[...]*

III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo; (g.n)

Inclusive, há de se repetir, **não houve o desatendimento de nenhuma exigência**, o instrumento convocatório não exige absolutamente nada além do que foi apresentado, **o arquivo DBF não foi exigido de forma específica**, a desclassificação por conta do BDI ser distinto e **até mais vantajoso**, é medida antieconômica e a planilha de custos unitários **foi apresentada**.

HOUVE ATENDIMENTO PLENO ÀS EXIGÊNCIAS DO EDITAL e ainda que a EMOP não considere isso, deveria ter possibilitado a realização de diligências, afinal, por mais que o arquivo DBF não tenha sido exigido de forma clara e objetiva no instrumento convocatório, a Recorrente não criaria óbices à confecciona-lo, se requerido em diligência.

² *Le Droit Administratif Français*, Paris, 1968, p. 610.



Sobre a possibilidade de se apresentar documentos em momento posterior, a jurisprudência entende pela possibilidade, desde que o documento seja pré-existente, *in verbis*:

*REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO REGIDO PELO DECRETO 10.024/2019. IRREGULARIDADE NA CONCESSÃO DE NOVA OPORTUNIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO AOS LICITANTES, NA FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, SEM QUE O ATO TENHA SIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DO CERTAME. MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA PREJUDICADA. CIÊNCIA AO JURISDICIONADO ACERCA DA IRREGULARIDADE. OITIVA DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA SOBRE A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS NO SISTEMA COMPRASNET. **Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim).** O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea "h"; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.*

(Tribunal de Contas da União, Acórdão 1211/2021 – Plenário)



Veja, se extrai que o pregoeiro tem o poder-dever de possibilitar o saneamento de eventuais erros ou falhas, principalmente aquelas meramente formais, afinal a desclassificação resultaria em objetivo dissociado do interesse público.

Na mesma toada que o processo administrativo deve ser conduzido com lastro no princípio do formalismo moderado, os processos administrativos também são conduzidos com base no princípio da verdade real/material.

E embora não tenha sido apresentado o arquivo “dbf”, **que não foi exigido no edital de forma clara e objetiva e não constou no link citado no edital no botão mencionado**, as informações apresentadas sobre a composição dos preços, são pré-existent, foram apresentadas no momento adequado e já existiam quando do momento da apresentação.

Trata-se de uma questão meramente de forma, as informações necessárias no arquivo dbf que supostamente foi exigido, são as mesmas apresentadas nos demais documentos.

Outro ponto, que deve e merece ser apontado é que a jurisprudência também entende pela possibilidade de sanear a falha da falta de assinatura, de modo que o “formato” assim como a assinatura é uma questão meramente formal, senão vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – FORMALIDADES: CONSEQUÊNCIAS

1. Repudia-se o formalismo quando é inteiramente desimportante para a configuração do ato. 2. Falta de assinatura nas planilhas de proposta da licitação não invalida o certame, porque rubricadas devidamente. 3. Contrato já celebrado e cumprido por outra empresa concorrente, impossibilitando o desfazimento da licitação, sendo de efeito declaratório o mandado de segurança. 4. Recurso provido”.

(Superior Tribunal de Justiça, RMS 15.530/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 14.10.2003, DJ 01.12.2003, p. 294)



Relevante também o entendimento do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul sobre a temática:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - INABILITAÇÃO - VÍCIO SANADO TEMPESTIVAMENTE - OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO - DECISÃO REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O princípio do formalismo moderado garante a possibilidade da correção de falhas ao longo do processo licitatório, isso sem desmerecer o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

(TJ-MS - AI: 14082527020188120000 MS 1408252-70.2018.8.12.0000, Relator: Des. Amaury da Silva Kuklinski, Data de Julgamento: 23/01/2019, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 27/01/2019)

Não que o não envio do arquivo que não foi exigido fosse uma falha, afinal, não constou do instrumento convocatório e nem do link citado como “proposta de preços”, mas se o EMOP realmente precisasse de tal arquivo, poderia abrir diligências para sanear esse pseudo vício.

E embora, seja aplicada a Lei 13.303/2016 para o certame em questão a Lei 14.133/2021 também é aplicável e serve de parâmetro de interpretação da norma, por sua vez a NLLC prevê a possibilidade de se sanear falhas como essa, que não alteram a substância dos documentos:

*Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, **SALVO EM SEDE DE DILIGÊNCIA**, para:*

*I - **complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;***

*II - **atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.***

*§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, **A COMISSÃO DE LICITAÇÃO PODERÁ SANAR ERROS OU FALHAS QUE NÃO ALTEREM A SUBSTÂNCIA DOS DOCUMENTOS** e sua validade jurídica, mediante despacho*



fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

§ 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

Portanto, diante todo o exposto, verifica-se que estamos diante de um ato ilegal, que desclassificou a empresa Recorrente de forma arbitrária em contrariedade ao entendimento jurisprudencial e à letra da lei, que permitem o saneamento de erros através de diligência.

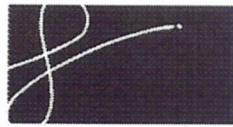
A exigência do arquivo dbf não encontra amparo no edital e deve ser possibilitada diligência para correção, se de fato for indispensável para o EMOP, o ato de desclassificação deve ser anulado pois ilegal.

A exigência de BDI específico, não encontra amparo legal e a jurisprudência é pacífica no sentido de que não deve haver a desclassificação, e isso reforça a necessidade da anulação do ato que desclassificou a Recorrente.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, requer seja o presente Recurso Administrativo conhecido e julgado **PROCEDENTE** para fins de reconhecer a ilegalidade da decisão que desclassificou a empresa Recorrente.

Na eventualidade de que se entenda que o arquivo dbf seja indispensável, embora não conste como exigência clara no instrumento convocatório, requer ainda, seja possibilitada a realização de diligências, para que sejam sanados os supostos vícios apontados na decisão pela desclassificação, afinal, todas as informações foram devidamente apresentadas e qualquer “formato” entendido como necessário pelo EMOP se apegue única e exclusivamente a um formalismo exacerbado incompatível com o processo licitatório, uma vez que eventual vício que a EMOP entenda conter na proposta da Recorrente é uma questão meramente formal e plenamente sanável.



FAGUNDES
ADVOCACIA E CONSULTORIA

Na eventualidade de que não se entenda que o BDI de 18% não é aplicável ao item especial, ainda que menor ao BDI máximo previsto e a proposta esteja abaixo do valor estimado pelo EMOP, esta empresa, embora entenda pela tese apresentada nessas razões, de que a proposta originalmente apresentada está em consonância com o edital e o ordenamento jurídico e que o instrumento convocatório não pode fixar BDI, se coloca à disposição para enquadrar o BDI no importe de 13%, conforme previsto no item 9.4.3.3, o que reduziria ainda mais o preço ofertado, portanto, caso seja esse o entendimento do EMOP requer seja possibilitada diligência para tal ajuste.

Na oportunidade, a **K8.COM ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA** aproveita para reforçar seus votos de estima e consideração ao **EMOP-RJ**, permanecendo à disposição para eventuais esclarecimentos que porventura se façam necessários.

Termos em que,
Pede deferimento.

Barueri, 28 de junho de 2024.


FELIPE FAGUNDES DE SOUZA
OAB/SP 380.278

K8 COM ENGENHARIA
E SERVICOS
LTDA:2041985000013
6

Assinado de forma digital por K8
COM ENGENHARIA E SERVICOS
LTDA:20419850000136
Dados: 2024.07.01 10:46:56
-03'00'

K.8.COM ENGENHARIA E SERVIÇOS
20.419.850/0001-36

ROBERTO KELIS
JUNIOR:053446
41737

Assinado de forma digital
por ROBERTO KELIS
JUNIOR:05344641737
Dados: 2024.07.01
10:47:17 -03'00'