

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRARRAZÃO :

AOS CUIDADOS DO PREGOEIRO DA LICITAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 4036/2023 DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA/AM

LINCE PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 31.609.303/0001-30, sediada na Avenida Felipe Wandscheer, 2890 sala 02, São Roque, CEP 85853-703, Foz do Iguaçu (PR), por seu sócio administrador e advogados devidamente constituídos, vem perante Vossa Senhoria, apresentar CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

1. DOS MOTIVOS PARA MANUTENÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DA RECORRIDA

A recorrida participou da licitação Pregão Eletrônico nº 4036/2023 que tinha por objeto a formação de ata de registro de preços para possível aquisição de CADEIRA DE RODAS, para estruturação/adequação das necessidades do Ministério Público do Estado do Amazonas/Procuradoria-Geral de Justiça, por um período de 12 (doze) meses.

Ocorre que a empresa recorrente solicita a desclassificação da recorrida por supostamente ofertar valores não condizentes com o mercado, porém, não assiste razão à recorrente.

Importante destacar que, todo o procedimento da cotação realizada pela empresa recorrente é perante estudo e análise de todas as informações contidas no edital para que não resem dúvidas quanto ao valor a ser exposto na proposta, no caso em tela não foi diferente. Há de ressaltar que, a empresa recorrida possui negociações diferenciadas com cada fornecedor, que possuem sigilo comercial, que diferente do que tenta induzir em erro a recorrente, em nada interfere no fornecimento do produto, visto que a empresa tem cumprido com todos os compromissos assumidos e de igual forma será com o presente, que será honrado. Não obstante, em caso de dúvida o caminho correto para a Administração é dar a oportunidade para a empresa se manifestar com relação aos valores, para que assim possa apresentar comprovar a exequibilidade de preço.

O entendimento do Tribunal de Contas segue na mesma linha de raciocínio:

É ilegal a desclassificação de licitantes pela apresentação de propostas que contenham preços considerados inexequíveis, sem que antes lhe seja facultada a oportunidade de apresentar justificativas para os valores ofertados. A presente Representação merece ser conhecida pelo TCU, vez que preenche os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU. 2. Como consta do Relatório precedente, determinei, em 19/8/2009, cautelarmente, ao Iphan, com base no art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992, e no art. 276 do RITCU, que suspendesse a autorização de novas adesões à ata de registro de preços resultante do Pregão Eletrônico nº 2/2009, até que este Tribunal se manifestasse sobre o mérito da questão. E, em Sessão do dia 26/8/2009, o Plenário referendou essa medida, nos termos do disposto no § 1º do art. 276 do RITCU (Ata nº 34/2009). 3. O objeto do referido certame consiste no registro de preços para a contratação de empresa especializada na prestação, sob demanda, de serviços de cerimonial e atividades afins, com fornecimento de infra-estrutura e apoio logístico, para atendimento das ações promovidas pelo Iphan, em âmbito nacional, na consecução de seus ofícios institucionais. 4. Essencialmente, apurou-se nestes autos que: (a) o Iphan fixou preços mínimos para os itens licitados (estabelecendo que nenhum item poderia ter preço inferior a 50% ao máximo estabelecido e que o valor total da proposta não poderia ser menor que 70% do valor máximo estipulado); e, ainda, (b) o órgão não realizou ampla pesquisa de mercado previamente à realização do pregão, tomando como estimativa de preços a cotação de empresa, cuja atividade econômica sequer enquadrava-se no objeto licitado. 5. Visando apurar a adequabilidade dos preços estimados no âmbito do Pregão Eletrônico nº 2/2009, o auditor da 6ª Secex elaborou as tabelas às fls. 222/225, efetuando comparação com os valores ofertados em certames conduzidos pelos Ministérios da Cultura e da Justiça (respectivamente, Pregões Eletrônicos nºs 15/2008 e 13/2007) e, ainda, os ofertados no Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 40/2008 conduzido pelo Ministério da Educação e no Pregão Eletrônico nº 6/2009 realizado pela Controladoria Geral da União, ocorridos em datas próximas ao certame sob análise, todos relativos à contratação do mesmo tipo de serviço. 6. A segunda comparação feita pelo auditor foi em relação aos itens licitados por intermédio do Pregão nº 63/2009 conduzido pelo TCU, da qual se sagrou vencedora a empresa Boeing Eventos Ltda., e a última, em relação aos preços de itens relativos a fornecimentos em ambiente hoteleiro. 7. Partindo dos dados coletados, é possível concluir, de forma inequívoca, que a pesquisa de preços que serviu de base para a realização do Pregão Eletrônico nº 2/2009 contempla valores bastante superiores aos preços praticados em outros certames, havendo fortes indícios da ocorrência de excedente de preço na maioria dos itens constantes do termo de referência. 8. Essa irregularidade, somada à fixação de preços mínimos no âmbito do pregão eletrônico em questão (limites mínimos de exequibilidade das propostas), tornam ainda mais evidente que a contratação efetuada não alcançou a proposta mais vantajosa para a Administração e, por conseguinte, não alcançou o interesse público. Até porque diversos licitantes foram desclassificados por cotarem valores globais abaixo do limite mínimo exequível definido em edital, o que denota, em princípio, que havia a possibilidade de se executar o objeto por valor menor que o contratado. 9. Como bem registrou o auditor da 6ª Secex, a jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que, antes de ser declarada a inexequibilidade dos preços ofertados pelos licitantes, deve-lhes ser facultada a possibilidade de comprovarem a exequibilidade de suas propostas (Acórdãos 612/2004 e 559/2009, ambos da 1ª Câmara, e 1.100/2008-Plenário). 10. Necessário observar, além do mais, que também foi constatado que não houve, no edital, a devida definição dos quantitativos a serem executados no âmbito da possível

contratação em questão. Essa imprecisão na fixação dos quantitativos pode, de fato, resultar na adoção de preços não condizentes com as demandas futuras, vez que o licitante não tem como avaliar a sua capacidade de atender às solicitações do possível contratante. Acórdão: 9.6. alertar ao [instituto] que: 9.6.2. a desclassificação de licitantes pela apresentação de propostas que contenham preços considerados inexequíveis, sem que antes lhe seja facultada a oportunidade de apresentar justificativas para os valores ofertados, vai de encontro ao contido no art. 48, inciso II, da Lei nº 8.666, de 1993, e à jurisprudência desta Corte (Acórdãos 612/2004 e 559/2009, ambos da 1ª Câmara, e 1.100/2008-Plenário). (Acórdão 1720/2010-Segunda Câmara – Relator ANDRÉ DE CARVALHO).

Neste sentido, entende novamente o Tribunal de Contas:

Antes de ter sua proposta desclassificada por inexequibilidade, ao licitante deve ser franqueada oportunidade de defendê-la e demonstrar sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório. 4.A representante alega restrição à competitividade diante de sua desclassificação no certame, por inexequibilidade de preços e não atendimento às exigências contidas no subitem 6.6.4. do edital do Pregão Eletrônico SRP 33/2016, no sentido da necessidade de que as licitantes comprovassem, para fins de qualificação técnica, que detinham as certificações previstas nas seguintes normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT que tratam de sistemas fotovoltaicos: NBR 16149, NBR 16150 e NBR IEC 62116.

[...] 1. A questão controvertida consiste em saber se o não atendimento dos critérios objetivos previstos no art. 48, I e II, § 1º, a e b, da Lei 8.666/93 para fins de análise do caráter exequível/inexequível da proposta apresentada em procedimento licitatório gera presunção absoluta ou relativa de inexequibilidade.

2. A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexequibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida. Ao contrário, deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada, embora enquadrada em alguma das hipóteses

de inexequibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente.

Destarte, a presunção de inexequibilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível. 3. Nesse contexto, a proposta inferior a 70% do valor orçado pela Administração Pública (art. 48, § 1º, b, da Lei 8.666/93) pode ser considerada exequível, se houver comprovação de que o proponente pode realizar o objeto da licitação. (...) 4. Na hipótese dos autos, conforme se pode constatar na r. sentença e no v. acórdão recorrido, houve demonstração por parte da empresa classificada em primeiro lugar ([empresa] LTDA) e por parte do MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO de que a proposta apresentada por aquela era viável e exequível, embora em valor inferior ao orçado pela Administração. Conforme informações apresentadas pelo ora recorrido, a vencedora do certame 'demonstrou que seu preço não é deficitário (o preço ofertado cobre o seu custo), tendo inclusive comprovado uma margem de lucratividade'. Além disso, a empresa vencedora vem prestando devidamente o serviço contratado, o que demonstra a viabilidade da proposta por ela apresentada durante o procedimento licitatório (fls. 92/109, 170/172, 195/200 e 257/261). Assim, considerando que as instâncias ordinárias, com base na interpretação do contexto fático-probatório dos autos, entenderam que houve a devida comprovação da viabilidade da proposta apresentada pela empresa classificada em primeiro lugar, não há como elidir a referida conclusão, sob pena de incorrer-se no óbice da Súmula 7/STJ. [...] Acórdão: 9.1. conhecer da presente Representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade estabelecidos nos arts. 235 e 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, para, no mérito, considerá-la procedente; 9.2. determinar à Base de Apoio Logístico do Exército que: 9.2.1.

adote, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência desta deliberação, as medidas necessárias com vistas à anulação do Grupo I do Pregão Eletrônico SRP 33/2016, tornando sem efeito a ata de registro de preços dele decorrente; 9.2.2. encaminhe a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência desta deliberação, por intermédio do Centro de Controle Interno do Exército, informações acerca das providências tomadas em relação ao cumprimento da determinação contida no subitem 9.2.1; 9.3. com base no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, dar ciência à Base de Apoio Logístico do Exército das seguintes irregularidades detectadas no Pregão Eletrônico SRP 33/2016 para que se abstenha de adotar tais condutas, caso promova nova licitação para a aquisição dos serviços pretendidos: [...] 9.3.3. adoção dos critérios de exequibilidade de preços previstos no subitem 6.6.4. do edital do Pregão Eletrônico SRP 33/2016 Edital e no art. 48, I e II, § 1º, a e b, da Lei 8.666/93, sem dar às licitantes a oportunidade de demonstrar a compatibilidade de suas composições de preços com sua estrutura gerencial e com as características do mercado e comprovar a viabilidade do lance ofertado, em afronta ao que prevê o Enunciado da Súmula de Jurisprudência do TCU 262; (Acórdão 1244/2018-Plenário – Relator MARCOS BEMQUERER).

Desta maneira, observando o cumprimento do edital e primando pela igualdade, legalidade, impessoalidade e moralidade de condições a todos os concorrentes do certame, requer-se a manutenção da declaração de vencedora da LINCE PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA.

2. DO DIREITO

2.1. DO FORMALISMO MODERADO

O pregoeiro se decidir acatar as argumentações da recorrente acabará por dar mais ênfase à forma do que o conteúdo, excedendo-se no formalismo. São frequentes as decisões do Tribunal de Contas da União que prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório:

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 – Plenário Data da sessão 22/07/2015 Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO)

Falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação da licitante. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (Acórdão 357/2015 – Plenário Data da sessão 04/03/2015 Relator BRUNO DANTAS)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 3381/2013 – Plenário Data da sessão 04/12/2013 Relator VALMIR CAMPELO)

A inabilitação de licitantes por divergência entre assinaturas na proposta e no contrato social deve ser considerada formalismo exacerbado, uma vez que é facultada à comissão, em qualquer fase do certame, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo. (Acórdão 5181/2012 - Primeira Câmara Data da sessão 28/08/2012 Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES)

Resumidamente, o formalismo moderado se relaciona a ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável: No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (ACÓRDÃO Nº 357/2015 – TCU – Plenário)

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do caput do art. 41 da lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do edital. Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios:

Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios. (Acórdão 119/2016- TCU - Plenário)

Ao contrário do que ocorre com as regras/normas, os princípios não são incompatíveis entre si. Diante de um conflito de princípios (p. ex., vinculação ao instrumento convocatório x obtenção da proposta mais vantajosa), a adoção de um não provoca a aniquilação do outro. Como exemplo, esse raciocínio pode ser percebido nas seguintes decisões do Tribunal de Contas da União:

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências. (Acórdão 2302/2012-Plenário)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 8482/2013-1ª Câmara)

Nessas hipóteses, a análise deve considerar a importância de cada princípio no caso concreto, e realizar a ponderação entre eles a fim de determinar qual prevalecerá, sem perder de vista os aspectos normativos. Por esse motivo, as soluções não respeitam fórmulas prontas, podendo variar de um caso para outro.

Vale lembrar que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas. Nas palavras do professor Adilson Dallari: a "licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital".

Desta forma, demonstra-se que a decisão do pregoeiro em declarar vencedora a recorrida é correta, e deve ser mantida.

3. DOS PEDIDOS

Receber a manifestação de contrarrazões ao recurso administrativo e, ao final, seja mantida a declaração de vencedora da recorrida.

Nestes termos pede deferimento.
Foz do Iguaçu (PR), 25 de setembro de 2023.

Tiago Sandi
OAB/SC nº 35.917

Bruna Oliveira
OAB/SC nº 42.633

Fechar