

Pregão/Concorrência Eletrônica

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMA SRª PREGOEIRA DA AGÊNCIA MUNICIPAL DE REGULAÇÃO DE SERVIÇOS DELEGADOS

Pregão Eletrônico nº 000153/2023 (SRP)
Processo administrativo: nº 6700.134884/2022

DAS RAZÕES DO RECURSO ADMINISTRATIVO

RECORRENTE, MJ SERVIÇOS, Pessoa Jurídica de Direito Privado inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica sob o nº 04.806.111/0001-40, com endereço à Rua Barão de Penedo, nº 187, Edif. C E Barão de Penedo, Sala 407, Centro, Maceió - AL, neste ato regularmente representada por sua sócia-proprietária, a Sr JOCEDIR MARIA DOS SANTOS SILVA, inscrito no RG sob o nº 212.362 SSP/AL e no CPF/MF sob o nº 679.229.884-00, vem interpor o presente RECURSO

DA TEMPESTIVIDADE

Preliminarmente, salienta-se que nos termos do inciso XVII do artigo 4º da Lei 10.520/2002, cabe recurso administrativo no prazo de 03 (três) dias da decisão que declare o vencedor em pregão.

Outrossim, o Decreto nº 10.024/2019, que regulamenta a licitação na modalidade pregão, na forma eletrônica, dispõe em seu artigo 44 que:

"Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante o prazo concedido na sessão pública, de forma imediata, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer."

§ 1º As razões do recurso de que trata o caput deverão ser apresentadas no prazo de três dias."

No caso em tela a decisão ocorreu em 15 de junho 2023 em sessão de licitação. De modo que, o prazo para interpor recurso decorre em 19 de junho de 2023.

Inicialmente, cabe destacar que nos termos do inciso XVII do art. 4º da Lei 10.520/2002, cabe recurso administrativo no prazo de 3 (três) dias e em igual prazo os demais licitantes tem para apresentar suas contrarrazões.

Demonstrada, portanto, a tempestividade do presente recurso.

DA SÍNTESE DOS FATOS

Quando do encerramento da fase de lances, foi constatado que o pregoeiro em total desobediência as normas estabelecidas para a modalidade pregão, qual regulamenta a licitação, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns.

Inicialmente a afronta foi em relação ao artigo 39 do Decreto Federal nº 10.024/2019, onde o pregoeiro de maneira desarrazoado, convocou (obrigou, pois quem não atendesse seria prontamente desclassificado) todos os licitantes que estivessem abaixo do estimado para que apresentassem ao mesmo tempo suas propostas, como se vê abaixo:

Pregoeiro 12/06/2023 09:18:08 Visando otimizar os trabalhos neste pregão, convocaremos para envio das propostas readequadas, aquelas propostas que estiverem dentro do nosso valor estimado. No entanto, a ordem de análise e aceitação se dará conforme a ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO.

Art. 39 Encerrado a etapa de negociação de que trata o art. 38, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à adequação ao objeto e à compatibilidade do preço, em relação ao máximo estipulado para contratação no edital, observando o disposto no parágrafo único do art. 7º e no

§ 9º do artigo 26, e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital, observando o disposto no capítulo X.

Tal medida teria como principal argumento a "otimização dos trabalhos/celeridade" do certame, pois bem, no que tange ao procedimento após a etapa de lances, em pregão eletrônico, o art. 25, § 5º, do Decreto nº 5.450/05, estabelece que:

"Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital.

§5º Se a proposta não for aceitável ou se o licitante não atender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e, assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital." [1]

No caput verifica-se que, encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a aceitabilidade da proposta classificada em 1º lugar. Em sendo aceitável, examinará os documentos de habilitação do particular respectivo.

Agora, de acordo com o §5º, se o licitante classificado em 1º lugar for desclassificado ou inabilitado, a Administração deverá proceder à análise das ofertas subsequentes e a respectiva qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, até a apuração de uma que atenda o edital. Nesse sentido, ao comentar sobre o §5º, do art. 25 do Decreto nº 5.450/05, Joel de Menezes Niebuhr ensina que:

"(...) se a proposta de menor preço for desclassificada, o pregoeiro deve tomar em conta a proposta com o segundo menor preço, passando a analisar a aceitabilidade dela. E assim deve proceder, de modo sucessivo, de acordo com a ordem de classificação, até encontrar proposta que seja aceitável. (...) Se o licitante autor da proposta de menor preço não apresenta os documentos devidos ou apresenta documentos irregulares, impõe-se, por via de consequência, a inabilitação dele. Nessa situação, aplica-se o §5º do Decreto nº 5.450/02. (...) Isto é, se o autor da proposta de menor preço for inabilitado, o pregoeiro deverá requerer os documentos de habilitação do autor da

proposta com segundo menor preço.”[3]

A partir do procedimento descrito, presume-se a impossibilidade de a Administração, ao final da etapa de lances, requisitar desde logo documentos de proposta e de habilitação de mais de um licitante.

Sequer o argumento de suposta “celeridade” do procedimento autoriza desvirtuar o procedimento descrito na legislação, afirmar que tal atitude tem o intuito de otimizar o certame, tal decisão fere frontalmente a legislação pertinente ninguém está acima da lei, mesmo usando argumentos pífios com o objetivo de maquiar o certame, podendo inclusive o responsável pelo ato ilegal responder tanto administrativamente como criminalmente.

Aliás, no Acórdão nº 558/2010 – Plenário do Tribunal de Contas da União, o Relator Augusto Nardes entendeu como ilegal a prática de chamamento simultâneo de licitantes para apresentação de documentos da habilitação, devendo o pregoeiro respeitar a ordem de classificação. Ainda, chamou essa medida (chamamento simultâneo) de “simples pressa administrativa”.

Veja-se: “VOTO

(...)

8. Em outra irregularidade anotada nos autos, o pregoeiro requisitou das dez licitantes mais bem classificadas a remessa via fax de suas respectivas propostas e documentação de habilitação. Essa ocorrência gerou dois questionamentos. Primeiro, observou-se que o chamamento simultâneo de licitantes não encontra expressa previsão no edital ou na lei de regência dos pregões eletrônicos (Lei 10.520/2002), nem foi devidamente justificado no processo. Em segundo lugar, consta que, tendo solicitado os documentos de dez empresas, o condutor do certame concedeu apenas uma hora de prazo para a remessa dos documentos, disponibilizando apenas um aparelho para a transmissão. Esse prazo foi depois prorrogado por mais meia hora mas, mesmo assim foi considerado insuficiente pela empresa representante e pela unidade técnica.

9. Quanto ao primeiro aspecto questionado, alegou o responsável que não houve prazo para a ‘execução convencional dos procedimentos licitatórios’, juntando a informação de que o pregão foi realizado em 23/12/2008. Para o segundo questionamento, a alegação foi de que, no total, foi aberto prazo de três horas para o recebimento da documentação, considerando o interregno de tempo que precedeu a prorrogação do período inicial. Tal prazo seria suficiente, no entender do pregoeiro, considerando o tempo de dois minutos por licitante.

(...)

12. O próprio chamamento simultâneo de dez empresas,

para apresentação da documentação habilitatória, é ato que carece de absoluta fundamentação fática ou legal, e também editalício. A simples pressa administrativa, que obviamente não cancela as normas e os princípios regedores da licitação pública, não é capaz sequer de explicar a adoção desse procedimento. A menos que se possa licitamente presumir que a imensa maioria dos licitantes de ordinário desatendem as condições de habilitação, o que não é verdade. O normal seria a presunção diametralmente oposta, ou seja, de que as empresas atenderiam aos requisitos. Em face disso, é cristalino que o procedimento mais correto e seguro seria tratar com uma empresa por vez, seguindo a ordem de classificação advinda da fase anterior. Note-se que a suposta premência administrativa estaria albergada, pois o pregoeiro dispunha de todo o período da tarde para processar o certame, sem a turbulência que se pode prever quando se chama uma dezena de empresas simultaneamente.

13. Se do ponto de vista prático e fático não vislumbro uma única razão para a convocação simultânea das dez empresas, também sob a perspectiva legal o ato não encontra qualquer arrimo na legislação de regência do pregão eletrônico. Uma das inovações mais importantes trazidas pela introdução dessa modalidade foi justamente a de permitir o exame concentrado da habilitação na única empresa vencedora do pregão

propriamente dito. A meu ver, não há outra leitura possível do que prescreve o inciso XVI do art. 4º da Lei 10.520/2002, segundo o qual “se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor.”

Em que pese a otimização dos trabalhos/celeridade seja um valor a ser preservado no âmbito dos pregões eletrônicos, não autoriza que a ARSER desconsidere o procedimento descrito em lei. Até por isso, a convocação de uma só vez das propostas de todos os participantes da fase de lances que estavam dentro do estimado, tendo como fundamento a preservação de suposta “otimização dos trabalhos”, é ilegal.

Aliás, conforme ponderado pelo Min. Rel. Augusto Nardes, essa prática configura mera “pressa administrativa”. Assim, de acordo com o procedimento previsto no art. 25, §5º, do Decreto nº 5.450/05, primeiro deve-se avaliar a proposta e habilitação do primeiro classificado e, apenas ante sua desclassificação ou inabilitação, deve o pregoeiro requisitar a documentação do próximo licitante.

DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

Outro ponto a ser destacado pela má atuação/decisão do pregoeiro do certame foi desconsiderar os critérios de julgamento das propostas, como se vê no art. 7 do Decreto Federal 10.024/2019:

Art. 7º Os critérios de julgamento empregados na seleção da proposta mais vantajosa para a administração serão os de menor preço ou maior desconto, conforme dispuser o edital.

Parágrafo único. Serão fixados critérios objetivos para definição do melhor preço, considerados os prazos para a execução do contrato e do fornecimento, as especificações técnicas, os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade, as diretrizes do plano de gestão de logística sustentável e as demais condições estabelecidas no edital.

Ou seja, o pregoeiro, com critérios subjetivos e de uma só “canetada”, desclassificou todos os licitantes, menos a BRA SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA, tendo como justificativa: “Não demonstrou contratação de jovem aprendiz, não mandou GFIP demonstrando, nem CAGED, tampouco e- social comprovar o quantitativo de Jovem aprendiz através de SEFIG, e-social, CAGED E FGTS, com fulcro Artigo 429 do Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943”

Com uma açodamento demasiado, onde não sabemos o motivo, desconsiderou até as empresas ME/EPP que por força do edital, era facultado a apresentação do documento exigido apenas para as empresas que não era ME/EPP.

Assim, não houve o atendimento em relação ao julgamento que tem como critério a proposta mais vantajosa, causando um sobre preço de

milhões de reais e um grande prejuízo ao erário público, onde esses recursos poderiam serem aplicados em saúde, educação, segurança, contudo vai se pagar um valor absurdo, onde no próprio certame tem propostas mais vantajosa.

Além do mais a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade, poderia ser sanado mediante diligência, onde o pregoeiro afrontou mais uma vez interesse público, o erário público (sobrepço) e contraria a ampla jurisprudência do Tribunal de Contas da União e violando ainda o princípio da razoabilidade.

É imperioso ainda salientar que o processo licitatório é um procedimento administrativo, composto de atos ordenados e legalmente previstos, mediante os quais a Administração Pública busca selecionar a proposta mais vantajosa. Todavia, cada um dos seus atos devem ser conduzidos em estrita conformidade com os princípios constitucionais e os parâmetros legais.

De acordo com o professor Gasparini, Diógenes são duas as finalidades da licitação: Primeiro, visa selecionar a proposta mais vantajosa, que traga os maiores benefícios financeiros aos órgãos licitantes. E em segundo lugar oferecer igual tratamento aos que desejam participar do processo, conforme expresso no artigo 3º da Lei 8.666/93.

Neste sentido, explanamos as sabias palavras do renomado Hely Lopes Meirelles, então vejamos:

"A escolha da proposta 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."

De pronto, concluímos que não há como se falar em proposta mais vantajosa que não esteja em consonância com as normas do edital e os princípios que regem a licitação. Assim, veremos pontualmente que a BRA SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA não apresentou em nenhum momento a proposta mais vantajosa, bem como não atendeu as exigência do edital.

Nesse sentido, destacamos as lições da ilustre Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no artigo 3º da Lei 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado, segundo o qual "a Administração não pode descumprir as normas e

condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso I)."

De outra forma, ainda em consulta à doutrina acerca da temática, relembramos as palavras de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual definiu que o edital "é lei interna da licitação" e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.

Desta forma, percebe-se claramente e de forma incontestável que a empresa BRA SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA, foi de forma EQUIVOCADA, consagrada vencedora do certame ora combatido, pelas razões fáticas e legais acima narradas. O que configura uma ilegalidade e impede o seguimento do certame, visto que viola afrontosamente as normas legais e editalícias.

Além disso, importante ressaltar, ainda, que para buscar a contratação mais vantajosa ao interesse público, torna-se necessária à segurança atribuída aos habilitantes, vinculando-se ao edital e este ao processo que o antecedeu, conforme o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Isto posto, percebe-se que o presente recurso merece prosperar, e, por conta disso, a Douta Pregoeira deve inabilitar e desclassificar a empresa BRA.

DO CHAMAMENTO DAS EMPRESAS ABAIXO DO ESTIMADO

O pregoeiro visando "dar celeridade" ao certame licitatório enviou a seguinte mensagem no chat:

Pregoeiro 12/06/2023 09:18:08 Visando otimizar os trabalhos neste pregão, convocaremos para envio das propostas readequadas, aquelas propostas que estiverem dentro do nosso valor estimado. No entanto, a ordem de análise e aceitação se dará conforme a ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO.

Contudo, verificamos que a empresa BRA SERVIÇOS não haveria de ter sido convocada entre as empresas, em razão de que o seu valor proposto para o ITEM 01 encontrava-se acima do estimado da contratação. No entanto, sua convocação trouxe benefícios dentre os demais licitantes, contrariando a argumentação inicial, do próprio pregoeiro, para convocação uma de todos os licitantes que estavam com suas propostas DENTRO DO ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO, como observa-se abaixo:

Pregoeiro 14/06/2023 10:56:00 Para BRA SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA - Prezado, ainda resta um item em sua proposta acima do nosso valor estimado.

DOS PEDIDOS

De acordo com os fatos e argumentos apresentados neste RECURSO, solicitamos como lúdima justiça que:

A peça recursal da recorrente seja conhecida para, no mérito, ser DEFERIDA INTEGRALMENTE, pelas razões e fundamentos expostos;

Seja reformada a decisão da Douta Pregoeira, que equivocadamente declarou a empresa BRA SERVIÇOS, como vencedora do certame, conforme motivos consignados neste Recurso, tendo em vista o descumprimento das normas editalícias.

Caso a Douta Pregoeira opte por manter sua decisão, REQUEREMOS que, com fulcro no Art. 9º da Lei 10.520/2002 C/C Art. 109, III, § 4º, da Lei 8666/93, e no Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, seja remetido o processo para

apreciação por autoridade superior competente.

Nestes termos, Pede deferimento.

Maceió, 19 de junho de 2023.

MJ SERVIÇOS

CNPJ: 04.806.111/0001-40

Fechar