

 **PREGÃO ELETRÔNICO****Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões****RECURSO :**

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA RESPONSÁVEL PELO PREGÃO ELETRÔNICO – PRE Nº 27/2020 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

JF TECNOLOGIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do procedimento administrativo de Pregão Eletrônico – PRE nº 27/2020, vem perante Vossa Excelência, tempestivamente apresentar RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA HABILITAÇÃO E DECLARAÇÃO DE VENCEDOR DA EMPRESA CONEXÃO COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO - EIRELI, NO PREGÃO ELETRÔNICO - PRE Nº 27/2020, em face da decisão do Pregoeiro responsável pelo procedimento, com fundamento no arts. 11, inciso IV e 26 do Decreto 5.450/2005 conforme razões de fato e de direito abaixo expostas.

I. DA TEMPESTIVIDADE DO REQUERIMENTO DE RECURSO NO CAMPO COMPETENTE

O Decreto nº 4.450/2005 determina:

Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contrarrazões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

II. DOS FATOS

A empresa CONEXÃO COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO-EIRELI, feriu o princípio da isonomia, da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

III. DO MÉRITO

A empresa CONEXÃO COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO-EIRELI, apresentou valores irrisórios dos uniformes e materiais, ferindo assim os princípios da isonomia, legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

A requerida após apresentar lances claramente inexequíveis para os lotes, com objetivo de alcançar os valores a qualquer custo, enviou suas primeiras propostas com erros matemáticos básicos em suas planilhas de composição de custos, que após análise e questionamento do setor técnico responsável foram corrigidos com a utilização de artifícios que não as tornaram exequíveis, apenas configuraram mais um grande problema que foi ferir o princípio de vinculação ao instrumento convocatório que está disciplinado nos artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei nº 8.666/1993, que rege os procedimentos licitatórios

“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.

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

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...] XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigível, ao convite e à proposta do licitante vencedor;”

Utilizando os valores para materiais e uniformes com valores irrisórios e totalmente fora da realidade do mercado, após questionamento pelo setor técnico deste tribunal, a requerida já ciente da inexequibilidade de sua proposta de forma irresponsável afim de tentar de forma desesperada se adequar ao preço ofertado fez uma declaração de que arcaria com os custos.

Vejamos o que dizem os itens 14.1.2, 14.8 e 14.9 do edital:

14.1.2 – A proposta de preços deverá estar devidamente datada e assinada pelo Responsável Legal, devendo ainda conter as informações dispostas no Formulário Proposta de Preços (Anexo III deste Edital), tais como os seus dados cadastrais, dados bancários, indicação de marcas, modelos, tipos e fabricantes dos produtos, se houver, preços unitários e totais.

14.8 – Não será admitida proposta que apresente valores simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços de mercado.

14.9 – Não será considerada qualquer oferta de vantagem não prevista neste Edital.

A requerida não especificou em sua proposta de preços marcas, modelos, tipos e fabricantes dos materiais que serão utilizados na prestação de serviço em sua proposta de preço e planilha de custos conforme exigido no item 14.1.2 do Edital. O Edital destaca de forma clara que a observância deste é condição de ‘ACEITABILIDADE DA PROPOSTA’

O item 14.8 do Edital é bem claro quando diz "Não será admitida proposta que apresente valores simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços de mercado". Data máxima vênia, a equipe de apoio que analisou a proposta apresentada não se atentou para este item do Edital e acabou aceitando este absurdo que provavelmente causará danos ao Erário quando a empresa deixar de cumprir as obrigações trabalhistas para tentar manter os custos decorrentes dos materiais necessários para o cumprimento do contrato.

No nosso entendimento o pregoeiro e equipe de apoio está autorizando o descumprimento destes itens inclusive do item 14.9, pois a empresa requerida está tendo vantagem não prevista no edital, pois pôde ofertar preço inexequível ferindo a isonomia dos demais participantes da licitação que acabaram sendo lesados por ter seguido as regras do instrumento convocatório como obriga o item 14.8.

O certame ao exigir que o Licitante indique marcas, modelos, tipos e fabricantes dos produtos, se houver, preços unitários e totais, na verdade, está assegurando a todos os Participantes e a sociedade o direito de transparência na competitividade e constatação de realidade dos preços ofertados.

A administração é vedada de realizar licitações cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridades ou marcas: "É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável." (ART. 7, parágrafo 05 da Lei 8.666/93). Logo, a previsão editalícia de indicação de marcas, modelos, tipos e fabricantes dos produtos, se houver, preços unitários e totais, tem como principal finalidade resguardar a administração pública o direito similaridade de mercado.

Admitir propostas de valores generalizados, significa dar margem à prática reprovável, implica na redução da qualidade dos produtos, ou da prestação dos serviços, no inadimplemento de tributos e na formulação de pleitos perante à administração, conforme entende o Tribunal de Contas da União:

[...] Com efeito, ao admitir uma proposta com tais imperfeições, a administração pública pode ficar sujeita a uma posterior oposição de dificuldades para a execução contratual de parte da empresa. Não seria surpresa se, frustrada a alíquota incerta, que possibilitou cotações mais baixas e a adjudicação do objeto, a contratada viesse alegar a necessidade de equilíbrio econômico-financeiro, com base, por exemplo, no §5º do art. 65 da Lei nº 8.666/93: [...]. Chancelar uma promessa como se fosse uma prescrição de lei, com a boa intenção de contratar por menos, pode acabar trazendo consequências danosas para os cofres públicos. Além disso, transgredir o princípio da legalidade desprezando, no caso, a realidade tributária. (Acórdão nº 395/2005, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar).

Tal autorização fere os princípios norteadores da Administração Pública, e os danos que podem ser causados caso a aceitação desta proposta da requerida seja concretizada pode levar a Responsabilização da CPL por negligência no exercício de suas funções, conforme Acórdão nº 1.456/2011 – Plenário:

Trecho do Voto: "27. De fato, restou assente que os membros da CPL não agiram com a devida diligência no exercício de suas funções, permitindo que inconsistências relevantes e de fácil percepção, tais como cláusulas editalícias em desconformidade com os princípios que norteiam a administração pública e ausência de orçamento detalhado expressando os custos unitários da obra, fossem levadas adiante sem que se procedesse a sua devida correção. Além disso, a mesma comissão não atendeu a contento o princípio da publicidade quando da alteração de data para a realização da visita técnica, dando ensejo, inclusive, à interposição de recurso por parte de uma das licitantes que não tomou ciência do fato."

Explicação sintética: TCE resultante de conversão de processo de Representação, com o objetivo de apurar dano ao erário em contrato firmado com empresa construtora, tendo por finalidade a implementação de sistemas de abastecimento de água em aldeias indígenas. Dentre as irregularidades, foram constatadas as seguintes: impossibilidade de alteração de itens e quantitativos da planilha orçamentária, com a autorização de que os licitantes embutissem valores implícitos em suas propostas, violando o princípio da transparência; ausência de orçamento detalhado em planilhas com custos unitários; alterações nos quantitativos de serviços constantes da planilha orçamentária do edital; classificação, adjudicação e homologação de proposta que estabelecia preços superiores aos estimados e que continha graves erros de cálculo; ausência de comunicação oficial válida a respeito do dia, horário e local da visita técnica; aceite, como prestação da garantia contratual, de Apólice da Dívida Pública sem validade financeira; deficiências graves no projeto básico e insuficiências de informações necessárias para caracterizar a obra; ausência de fiscalização da obra; liquidação irregular de despesas, mediante o pagamento de serviços não executados e o atesto de serviços parcialmente executados. O Acórdão do TCU julgou irregulares as contas dos responsáveis pelo dano ao erário, com a condenação ao pagamento do débito, bem como aplicou sanções aos membros da CPL.

Responsabilidades dos membros de comissão permanente de licitação:

A Lei nº 8.666/1993, no art. 6º, inciso XVI, estabelece que essa comissão tem a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos ao cadastramento de licitantes. Ao longo do referido diploma legal, encontraremos outros dispositivos que tratam de procedimentos que devem ser adotados pela comissão. Assim, é fundamental identificar quais são os deveres atribuídos a tais agentes, lembrando que é possível que normas internas do órgão ou da entidade da Administração Pública disciplinem tarefas que devem ser desempenhadas pelos agentes envolvidos no certame.

Ao tratar da responsabilidade dos membros das comissões de licitação, a Lei de Licitações e Contratos, no § 3º do art. 51, estipula que tais agentes responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo se posição individual divergente, devidamente fundamentada, estiver registrada em ata de reunião em que a decisão tomada foi contraditada. Assim, os membros da comissão responderão pelas consequências decorrentes da decisão tomada, como se tivessem adotado tal conduta de maneira individual.

O membro da comissão estará excluído de responsabilidade se efetivamente restar demonstrado que não agiu, ao

menos, com culpa. Ou, ainda, conforme disposto no retrocitado dispositivo legal, se, expressa e justificadamente, tomar posição individual divergente da adotada pela comissão de licitação, consoante razões consignadas em ata da reunião em que a aludida decisão foi tomada. É de se destacar que não basta a mera discordância oral com o posicionamento da comissão de licitação ou o fato de que se absteve de votar. A divergência deve ser expressa, devidamente justificada, registrada em ata e indicadora de uma posição individual contrária.

Vale lembrar ainda que o art. 82 do mencionado estatuto afirma que os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da Lei de Licitações ou que atuem visando a frustrar os objetivos do certame estão sujeitos às sanções previstas na própria Lei "e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar".

A jurisprudência do TCU tem se consolidado no sentido de que os membros das comissões de licitação, especial ou permanente, são condenados em débito solidariamente com os demais responsáveis, caso a irregularidade por eles praticada tenha nexos de causalidade com o prejuízo causado ao Erário. Nessa situação podem ser apenados com a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/1992.

Por outro lado, caso a irregularidade cometida não tenha contribuído para o débito, mas constitua infração a norma legal ou regulamentar, ou, ainda, aos princípios que regem a Administração Pública, surge a possibilidade de aplicação da sanção prevista no art. 58 da referida Lei.

De acordo com a Lei nº 8666/93:

"(...) Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei. (...)

§3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração. (...)"

A menos que a requerida comprove ser fabricante dos materiais a serem utilizados no cumprimento do contrato, ela não terá como se adequar ao preço ofertado.

Os arts. 44, §3º e 48, II e §§1º e 2º, devem ser interpretados no sentido de que a formulação de proposta de valor reduzido exige avaliação cuidadosa por parte da Administração. A evidência de prática de valor irrisório deve conduzir à formulação de diligências, destinadas a apurar a viabilidade da execução.

Preço inviável é aquele que sequer cobre o custo do produto, da obra ou do serviço. Inaceitável que empresa privada (que almeja sempre o lucro) possa cotar preço abaixo do custo, o que a levaria a arcar com prejuízo se saísse vencedora do certame, adjudicando-lhe o respectivo objeto. Tal fato, por incongruente com a razão de existir de todo empreendimento comercial ou industrial (o lucro), conduz, necessariamente, à presunção de que a empresa que assim age está a abusar do poder econômico, com o fim de ganhar mercado ilegítimamente, inclusive asfixiando competidores de menor porte. São hipóteses previstas na Lei nº 4.137, de 10.09.62, que regula a repressão ao abuso do poder econômico. (PEREIRA JÚNIOR, 2007, p. 557-558).

[...] A inexecutabilidade se evidencia nos preços zero, simbólicos ou excessivamente baixos, nos prazos impraticáveis de entrega e nas condições irrealizáveis de execução diante da realidade do mercado, da situação efetiva do proponente e de outros fatores, preexistentes ou supervenientes, verificados pela Administração. (MEIRELES, 2010, p. 202).

Ao elaborar o preço de referência, também chamado de valor estimado, a Administração deve realizar uma abrangente pesquisa, afim de documentar o preço que vem sendo praticado no mercado para a aquisição de determinado bem ou prestação de determinado serviço. A inexecutabilidade de preços nas licitações públicas implica na possibilidade de desclassificação de uma proposta cujo preço é manifestamente insuficiente para cobrir os custos de produção, portanto sem condições de ser cumprida.

No caso em questão, o Recorrido não comprovou a executabilidade de sua proposta. Há diversos questionamentos na Ata acerca de redução do preço de materiais superior a 80% até 89% do preço base. No caso em questão, o Recorrido diante as indagações apenas entregou mera declaração acerca da executabilidade de sua proposta, sem contudo, nenhum documento objetivo.

É sabido que a proposta de licitante com margem de lucro mínima ou sem margem de lucro não conduz, necessariamente, à inexecutabilidade, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa. A vencedora para tentar justificar a executabilidade da proposta apresentou como meio de prova declaração a qual consta que "se responsabiliza pelos valores ofertados que a mesma irá cumprir com todas as obrigações do contrato e que não venha causar danos futuros ao contrato TJAM" e "apresentação de planilha com detalhamento dos custos unitários e totais de cada item de material de consumo não foi uma exigência prevista no instrumento convocatório"

Não obstante a Recorrida ter confessado que violou o certame por não detalhar os materiais por entender ser inexistentes os itens 14.1.2, 14.8 e 14.9 do edital em sua declaração, a viabilidade da proposta deveria ser feita pela Recorrida por documentação idônea, "que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação". A comissão ao aceitar a mera declaração de justificativa da Recorrida, indubitavelmente viola o inciso II, do artigo 48, da Lei nº 8.666/93.

Precede, a qualquer tentativa de solução de um problema, o reconhecimento de sua existência. No contexto descrito, portanto, faz-se necessário, antes de tudo, reconhecer o fato de que a inexecutabilidade de propostas é um problema

real, com consequências graves, e que merece, num equilíbrio de preocupações para o atendimento do interesse público, ser levado em consideração pelos gestores públicos na formatação dos projetos de concessão.

II. DO REQUERIMENTO

Face ao exposto, rogando cumprir o disposto na Lei 8.666/93, requeremos que o presente RECURSO seja julgado procedente, com efeito para inabilitar a empresa CONEXÃO COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO-EIRELI, voltando a fase de aceitação das propostas.

Caso seja confirmada a tentativa de trazer prejuízos ao certame, seja a mesma e encaminhada a medidas administrativas e penalizada com as sanções previstas na Lei 8666/93 "Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. "

Termos em que pede e espera deferimento.

Manaus, 16 de dezembro de 2020.

Francisco Carvalho

Proprietário e Diretor Operacional

Voltar