

## Pregão/Concorrência Eletrônica

### Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

#### RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

A empresa P F J DA AMAZÔNIA LTDA., inscrita no CNPJ: 36.938.023/0001-99, situada na Rua Nova Prata, 79, Nossa Senhora das Graças, Manaus/AM vem através de seu representante legal o Sr. Paulo Figueiredo Júnior, apresentar contrarrazão ao recurso administrativo apresentado pela licitante JOSÉ MARIA NOBRE DA SILVA NETO., no PREGÃO ELETRÔNICO Nº 069/22 com fulcro no inciso XVIII, do art. 4 da Lei nº 10.520/02, o que faz com base nas seguintes razões fático-jurídicas.

#### I. FATOS

1. No dia 18 de outubro de 2022, a empresa P F J DA AMAZÔNIA LTDA participou do PREGÃO ELETRÔNICO Nº 69/2022, cujo objeto tratava da "Registro de Preço, para eventual aquisição de equipamentos necessários à montagem do sistema gerenciador de som e imagem no Auditório da Torre Cível, localizado no Fórum Euza Naice de Vasconcelos, bem como para construção da Central de mídias do TJAM."

2. Ao final da fase de lances, fomos convocados para apresentação do catálogo com os itens ofertados para o grupo 03, o que foi prontamente atendido.

3. Em razão de necessidade de detida análise do catálogo, a sessão foi suspensa e marcado prosseguimento para o dia 20 de outubro de 2022.

4. Ao iniciar a sessão o pregoeiro desclassificou nossa proposta de preço sob a seguinte alegação:

"Em atenção ao recebimento de proposta comercial da Empresa P F J DA AMAZONIA LTDA, informo que a mesma não atende a todos os requisitos do Edital, visto que, tanto o item 24 quanto ao item 27 não atendem os requisitos mínimos descritos no Termo de Referência.

No item 24 da proposta comercial: foi ofertada uma mesa de apenas 24 canais, e o solicitado foi de no mínimo 32. Outro ponto conflitante é que pelo modelo sugerido pela Licitante, às especificações não estão claras que atendem ao subitem " 7.3.1.8. Tela LCD colorida com iluminação traseira em cada canal e grupo DCA/mixagem.", logo, necessitaria que o operador ao utilizar a mesa proposta, tenha que possuir um tablet ou celular para operação da mesma, não sendo viável para seu fim. item 27 da proposta apresenta um modelo de microfone que após pesquisas de mais detalhes das especificações técnicas, na internet, não foram suficientes para atestar que seja um modelo que acompanhe um "BRAÇO ARTICULADO".

Por esses motivos apresentados, comunico que a proposta comercial não atende a todos os requisitos exigidos."

5. Por este motivo manifestamos ao término da sessão intenção recursal, por entender que a decisão do pregoeiro deve ser revisada em razão do formalismo moderado e da princípio da seleção da proposta mais vantajosa.

#### II. Das razões recursais

6. A respeito da desclassificação de nossa proposta de preços, sob alegação de descumprimento do Termo de Referência em relação ao item 24 e 27, é necessário fazer alguns apontamentos sob a ótica 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. TCU - Acórdão 2302/2012-Plenário.

PREGÃO ELETRÔNICO: É INDEVIDA A DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTES EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES NA PROPOSTA QUE POSSAM SER SUPRIDAS PELA DILIGÊNCIA PREVISTA NO ART. 43, § 3º, DA LEI DE LICITAÇÕES. Acórdão 1170/2013-Plenário, TCU, TC 007.501/2013-7.

Não penso que o procedimento seja simplesmente desclassificar o licitante. Penso sim que deva ser avaliado o impacto financeiro da ocorrência e verificar se a proposta, mesmo com a falha, continuaria a preencher os requisitos da legislação que rege as licitações públicas - preços exequíveis e compatíveis com os de mercado.

Exemplifico. Digamos que no quesito férias legais, em evidente desacerto com as normas trabalhistas, uma licitante aponha o percentual de zero por cento. Entretanto, avaliando-se a margem de lucro da empresa, verifica-se que poderia haver uma diminuição dessa margem para cobrir os custos de férias e ainda garantir-se a exequibilidade da proposta.

Em tendo apresentado essa licitante o menor preço, parece-me que ofenderia os princípios da razoabilidade e da economicidade desclassificar a proposta mais vantajosa e exequível por um erro que, além de poder ser caracterizado como formal, também não prejudicou a análise do preço global de acordo com as normas pertinentes.

Afirmo que a falha pode ser considerada um erro formal porque a sua ocorrência não teria trazido nenhuma consequência prática sobre o andamento da licitação. Primeiro, porque não se pode falar em qualquer benefício para a licitante, pois o que interessa tanto para ela quanto para a Administração é o preço global contratado. Nesse sentido, bastaria observar que a licitante poderia ter preenchido corretamente o campo férias e de forma correspondente ter ajustado o lucro proposto de forma a se obter o mesmo valor global da proposta. Segundo, porque o caráter instrumental da planilha de custos não foi prejudicado, pois a Administração pôde dela se utilizar para avaliar o preço proposto sob os vários aspectos legais.

Em suma, penso que seria um formalismo exacerbado desclassificar uma empresa em tal situação, além de caracterizar a prática de ato antieconômico. Rememoro ainda que a obrigação da contratada em pagar os devidos encargos trabalhistas advém da norma legal (art. 71 da Lei 8.666/93), pouco importando para tanto o indicado na planilha de custos anexa aos editais de licitação.

41. No mesmo sentido, o Acórdão 2.371/2009-P determinou a certa entidade que se absteresse de considerar erros ou omissões no preenchimento da planilha de custos e formação de preços como critério de desclassificação de licitantes, por contrariar o artigo 3º da Lei 8.666/93 e a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos 2.104/2004, 1.791/2006 e 1.179/2008, todos Plenário, e Acórdão 4.621/2009, da 2ª Câmara).

42. No Relatório que acompanha a Decisão 577/2001-P, delinea-se a hipótese fática ora apresentada, em que, constatado o erro, a licitante propõe-se a corrigi-lo, arcando com os custos necessários para manter sua proposta global:

Evidentemente espera-se não haver diferenças entre a informação posta na planilha e aquela exigida pela lei ou pelo acordo. Mas, e se houver? Só há duas alternativas, cuja validade cabe discutir:

1ª) acata-se a proposta, mas o proponente tem que suportar o ônus do seu erro (que resulta em uma oferta menos competitiva, se o valor informado for maior que o exigido, ou em uma redução da margem de lucro inicialmente esperada, na situação inversa); ou

2ª) desclassifica-se a proposta sumariamente, o que não deixa de ser uma medida drástica, se considerarmos que a licitação não é um fim em si mesma, mas meio para a Administração selecionar a oferta que lhe for mais vantajosa, dentro dos limites de atuação estabelecidos pelo legislador.

43. Aponta-se, também, julgado convergente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. ERRO MATERIAL NA PROPOSTA. IRRELEVÂNCIA. O ERRO MATERIAL CONSTANTE DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO, FACILMENTE CONSTATÁVEL, NÃO É ÔBICE À CLASSIFICAÇÃO DA MESMA.

(TJDFT 5043398 DF, Relator: ANGELO PASSARELI, Data de Julgamento: 18/11/1999, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 09/02/2000 Pág. : 17)

44. Assim, embora esteja previsto no art. 48, I, da Lei 8.666/1993, que as propostas que não atendam as especificações contidas no ato convocatório da licitação devem ser desclassificadas, fato é que o rigorismo excessivo na apreciação das propostas vem sendo mitigado, com fulcro em outros princípios, tais quais os da proporcionalidade, da razoabilidade e da supremacia do interesse público. ACÓRDÃO Nº 187/2014 – TCU – Plenário.

7. Neste prisma, ainda que o pregoeiro entendesse que houvesse erros na descrição do produto ofertado, deveria ser realizada diligência para apuração do objeto ofertado em benefício à seleção da proposta mais vantajosa.

8. A respeito da diligência, determina o art. 43, § 3 da lei n. 8.666/93:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

§ 3o É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

9. A diligência é um instituto criado pela legislação para dirimir dúvidas que aparecem no curso do processo.

10. Neste sentido se manifesta o Tribunal de Contas da União:

REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES OCORRIDAS NA CONDUÇÃO DE CERTAME. INCERTEZAS SOBRE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA DE LICITANTE. NÃO UTILIZAÇÃO DO PODER-DEVER DE REALIZAR DILIGÊNCIAS PARA SANEAR AS DÚVIDAS QUANTO À CAPACIDADE TÉCNICA DA EMPRESA. PRESERVAÇÃO DA CONTINUIDADE DO CONTRATO QUE SE ENCONTRA EM FASE DE EXECUÇÃO. DETERMINAÇÃO. 1. O Atestado de Capacidade Técnica é o documento conferido por pessoa jurídica de direito público ou de direito privado para comprovar o desempenho de determinadas atividades. Com base nesse documento, o contratante deve-se certificar que o licitante forneceu determinado bem, serviço ou obra com as características desejadas. 2. A diligência é uma providência administrativa para confirmar o atendimento pelo licitante de requisitos exigidos pela lei ou pelo edital, seja no tocante à habilitação seja quanto ao próprio conteúdo da proposta. 3. Ao constatar incertezas sobre cumprimento das disposições legais ou editalícias, especialmente as dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências, conforme o disposto no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para tomada de decisão da Administração nos procedimentos licitatórios.

11. Neste contexto, ressaltamos que temos condições de atender ao objeto solicitado com o preço e valor ofertado em certame e nos botamos a disposição em caráter de diligência para dirimir eventuais dúvidas ou retificar qualquer questão suscitada.

12. Em diversas oportunidades, o TCU chega a indicar a obrigatoriedade da realização de diligências antes do estabelecimento do juízo pela desclassificação ou inabilitação do licitante:

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 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. Acórdão 1795/2015 – Plenário."

É irregular a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação de pouca relevância sem que tenha sido feita a diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993. Acórdão 3615/2013 – Plenário.

13. Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993). (Acórdão 3418/2014 – Plenário).

14. A doutrina também destaca a relevância da realização de diligências. Nas palavras de Ivo Ferreira de Oliveira, a diligência visa:

"(...) oferecer meios para que a Comissão de Licitação ou a Autoridade Superior possa promover inquirições, vistorias, exames pertinentes a questões que eventualmente surjam e até autorizar a juntada de documentos, permitindo à Comissão ou à Autoridade julgar corretamente o certame, graças aos esclarecimentos que a diligência lhe propiciou, mas sem perder de vista os princípios constitucionais e legais que norteiam o processo licitatório."

15. O sempre festejado professor Marçal Justen destaca que a despeito da dicção da norma, a realização da diligência não é uma faculdade, mas sim uma obrigatoriedade da administração, na mesma linha do entendimento do TCU citado acima:

"A realização da diligência não é uma simples "faculdade" da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora. Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. Se a dúvida for sanável por meio de diligência será obrigatória a sua realização."

16. No presente caso, considerando que se trata de apenas de dúvidas relacionadas ao objeto ofertado, solicitamos

que seja aberto prazo de diligência para que possamos demonstrar que atendemos a todas as exigências do edital.

17. Convém destacar ainda que o referido item foi declarado FRACASSADO, a licitação não busca um fim em si mesmo, não se pode instrumentalizar um procedimento licitatório a ponto de fracassar um certame, quando uma simples diligência poderia ser realizada para sanar eventuais dúvidas.

18. Em razão do exposto, diante da celeridade processual para que possamos atender a Administração Pública encaminhamos via link proposta de preços com catálogo para dirimir todos os eventuais questionamentos que possam surgir. ([https://drive.google.com/drive/folders/12TvFhs3OnaheAKTz7JExNSibIU2WGmzC?usp=share\\_link](https://drive.google.com/drive/folders/12TvFhs3OnaheAKTz7JExNSibIU2WGmzC?usp=share_link))

### III. DO FORMALISMO MODERADO E RAZOABILIDADE

19. Não deve prosperar a desclassificação da recorrente, tampouco ser cancelada a presente licitação, face ao princípio do formalismo moderado. O ato de julgar deve ser revestido de razoabilidade, para que a administração pública não deixe de contratar com a proposta mais vantajosa. O mestre Diogo de Figueiredo Moreira Neto, assim se manifesta sobre a razoabilidade, in verbis:

"A superação do formalismo axiológico e do mecanismo decisório fica a dever a lógica do razoável, que põe em evidência que o aplicador da Lei... não pode desligar-se olímpicamente do resultado de sua decisão e entender que cumpriu o seu dever com a simples aplicação silogística da lei aos fatos."

20. Celso Antônio Bandeira de Mello foi muito feliz ao afirmar:

que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e portanto jurisdicionalmente invalidáveis - as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei. Assim, desaconselha-se o apego desmesurado à literalidade miúda do dispositivo - que se constitui no grau mais baixo da atividade interpretativa.

21. Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem servir como esteio para os julgamentos administrativos, sempre caminhando lado a lado com o princípio da finalidade do ato em si, pois a finalidade do certame é alcançar a proposta mais vantajosa para administração pública, e não uma verdadeira odisseia de obstáculos que muitas vezes superam o interesse público e o objetivo fim daquele certame.

22. O STJ, em julgado, posicionou-se

A necessidade de se temperar o rigorismo formal de algumas exigências do edital licitatório, a fim de manter o caráter competitivo do certame, selecionando-se a proposta mais vantajosa à Administração Pública, caso não se verifique a violação substancial aos demais princípios informadores deste procedimento. (REsp 997.259/RS, julgado em 17/08/2010).

O mais importante, no caso em tela, é se a proposta apresentada pela recorrente, mostrou-se não apenas válida, aspecto meramente formal, mas sim, se foi capaz de expressar o objetivo a que se propõe a licitação, demonstrar o preço e o desconto apresentado, alcançando este fim, não podemos desclassificá-la sob pena de infringir e contrariar os princípios da administração pública.

23. É preciso ficar atento para que o princípio do formalismo, não sirva de base para o excessivo apego à forma e não ao objetivo do certame que é a de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

24. Apesar desse entendimento, escorado na mais abalizada doutrina administrativista, não é incomum verificar distorções em decisões administrativas, aonde se verifica um prestígio ao rigorismo formal desarrazoado, sob a falsa idéia de se estar cumprindo a lei, ou ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

25. Em consonância com essa interpretação, tem-se, portanto, que deve-se evitar o formalismo exagerado, Daí, indispensável à orientação de Adilson Abreu Dallari, ofertada nestes termos:

"(...) na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva, deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isto não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objeto, da razão de ser da fase de habilitação; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número de participantes."

26. Marcelo Palavéri, na obra "Pregão nas Licitações Municipais", Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2005, às págs. 102/102, assim se manifesta:

"De qualquer forma", todas as possíveis exigências que se façam na fase de habilitação devem ter em mira apenas garantir o cumprimento das obrigações do futuro contrato, limitando-se ao mínimo necessário para que isso aconteça, em vista da recomendável ampliação que se deve fazer da possibilidade de participação dos interessados. Grifo nosso

27. Com efeito, tanto a Constituição Federal, quanto a Lei nº 10.520/2002 e o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/1993), caminham no sentido de autorizar que se estabeleçam nos certames apenas exigências plausíveis que guardem consonância com o objeto pretendido. Isso nada mais é do que a aplicação do princípio da razoabilidade.

### IV. DA ABERTURA DE PRAZO

28. Outra possibilidade seria a disponibilização de prazo para reformular a proposta de preços conforme determina o art. 48 da Lei n. 8.666/93:

Art. 48. Serão desclassificadas:

(...)

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas esboçadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

29. Inúmeras eram as possibilidades para se evitar o fracasso do certame, sendo todas repelidas pelo pregoeiro.

30. V. PEDIDO

31. Diante do exposto requer, seja revista a decisão do pregoeiro que entendeu pela desclassificação desta recorrente, em razão do princípio do formalismo moderado e economicidade, considerando ainda a proposta encaminhada via link ([https://drive.google.com/drive/folders/12TvFhs3OnaheAKTz7JExNSibIU2WGmzC?usp=share\\_link](https://drive.google.com/drive/folders/12TvFhs3OnaheAKTz7JExNSibIU2WGmzC?usp=share_link))

usp=share\_link), com o intuito de maior celeridade processual;

32. Caso assim não entenda, que seja aberto prazo de diligência para a licitante demonstrar que atende a necessidade da Administração Pública;

33. Se ainda assim não entender que reabra o grupo, considerando o fracasso do grupo 03, nos termos do art. 48, §3º da Lei nº 8.666/93.

Atenciosamente,

**Voltar**