

Pregão/Concorrência Eletrônica

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

Ao
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS - TJAM

Rel.: PREGÃO ELETRÔNICO/SRP Nº. 009/2023-TJAM.

FRAXE E VIEIRA LTDA, pessoa jurídica inscrita no CNPJ/MF sob o nº 22.831.800/0001-97, com endereço na Av. Paraíba, 250, São Francisco, CEP: 69.079- 265, vem, tempestivamente, com fulcro no art. 109º da Lei Federal nº 8.666/93 e na Cláusula Décima Terceira do Edital do PREGÃO ELETRÔNICO/SRP Nº. 009/2023-TJAM, apresentar RECURSO ADMINISTRATIVO POR INABILITAÇÃO DA RECORRENTE, com fundamento nas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

I — DA TEMPESTIVIDADE

Preliminarmente, salienta-se que nos termos do inciso XVIII do art. 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 no art. 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 03/04/2023. De modo que, o prazo para interpor recurso decorre em 10/04/2023, último dia útil do prazo regular.

Demonstrada, portanto, a tempestividade do presente Recurso.

II — DOS FATOS

O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas fez publicar o Edital de licitação na modalidade PREGÃO ELETRÔNICO, do tipo MENOR PREÇO GLOBAL, com o objetivo de realizar a contratação de empresa especializada na prestação de serviço eventual de fornecimento de BUFFET, por um período de 12 (doze) meses.

Ultrapassada a fase de entrega dos envelopes, foram divulgadas as notas da proposta técnica e, posteriormente, a proposta de preços, de maneira que, aplicando-se a fórmula prevista no edital, a FRAXE E VIEIRA LTDA sagrou-se como primeira colocada no certame, com proposta no valor de R\$ 467.500,00 (quatrocentos e sessenta e sete mil e quinhentos reais).

Contudo, o resultado que se deu em razão da FRAXE E VIEIRA LTDA ter apresentado uma proposta disparadamente mais vantajosa para a Administração, foi desconsiderado sob a justificativa do pregoeiro de que “na diligência realizada em relação à proposta da empresa FRAXE E VIEIRA LTDA (SEI 0957440), o setor solicitante reprovou a sobredita proposta alegando “que os preços apresentados na proposta se encontram muito abaixo do praticado no mercado”, tendo a empresa sido considerada inapta para a prestação dos serviços objeto do referido edital.

Posto isto, a empresa QUALY NUTRI SERVIÇOS DE ALIMENTACAO LTDA foi considerada vencedora do certame com proposta de R\$ 480.965,00 (quatrocentos e oitenta mil e novecentos e sessenta e cinco reais).

Ocorre que, conforme restará demonstrado à sociedade adiante, a desclassificação da FRAXE E VIEIRA LTDA não pode prosperar, sob pena de violação aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório, da economicidade e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, o que não se pode admitir.

III - DAS RAZÕES QUE IMPÕEM O RECURSO

1) Da inexistência de elementos que comprovem a alegada inexecuibilidade da proposta

Primeiramente, deve ser ressaltado que as motivações para a desclassificação da proposta enviada pela empresa FRAXE E VIEIRA LTDA denotou-se vazio, desprovido de qualquer argumento concreto que pudesse comprovar a suposta inexecuibilidade da proposta.

Por sua vez, o art. 44, §3o da Lei Federal nº 8.666/1993 limita a possibilidade de declaração de inexecuibilidade às hipóteses em que a proposta contiver preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, assim vejamos:

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.

Desta maneira, resta claro que para que uma proposta seja declarada como inexequível deverá ser comprovada que contém preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, sob pena de flagrante violação ao princípio da proposta mais vantajosa para a Administração.

Isto porque, a regra geral é que a Administração priorize os menores preços.

Assim, não basta que se alegue infundadamente a inexequibilidade da proposta. Ao contrário, em razão do seu caráter excepcional, deverão ser expostas as razões objetivas que comprovem a suposta inexequibilidade.

Entender de forma diversa seria permitir que o Administrador desclassificasse propostas de empresas que envidaram todos os seus esforços para competir no mercado e oferecer uma melhor proposta para a Administração, o que não faz sentido lógico, econômico e de probidade administrativa.

Isto posto, como não poderia ser diferente, os entendimentos de nossos tribunais são no sentido de que, para a excepcional desclassificação de uma proposta em razão de inexequibilidade, deverá ser comprovado que os preços constantes da proposta são simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado. Tendo em vista que não se apontou qualquer fundamento que pudesse justificar a alegada inexequibilidade da proposta apresentada pela FRAXE E VIEIRA LTDA, o ordenamento jurídico impõe rejeição à tratativas desta natureza, assim vejamos:

LICITAÇÃO PÚBLICA - MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR PARA SUSPENSÃO DE CONTRATO COM A EMPRESA VENCEDORA - ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE FORMAL DA PROPOSTA - PREÇO INEXEQUÍVEL NÃO DEMONSTRADO.

(...)

2. Simples alegação de que um preço é inexequível não é suficiente para que se interrompa o processo licitatório. É necessário que a parte interessada demonstre cabalmente que o preço cotado não corresponde à realidade dos custos, que mais em sede de mandado de segurança onde a prova deve ser pré-construída. (grifo nosso)

3. Precedentes jurisprudenciais do TRF/1ª Região e do STJ.

4. Agravo de instrumento provido.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE COATORA PARA INTEGRAR A RELAÇÃO PROCESSUAL. MENOR PREÇO. ACATAMENTO DA PROPOSTA DE MENOR VALOR. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE FORMAL DA PROPOSTA. PREÇO inexequível NÃO DEMONSTRADO.

/ - A Coordenadora-Geral de Administração e Recursos Humanos do Ministério de Desenvolvimento Agrário possui legitimidade para figurar na lide, como autoridade impetrada, em face da previsão editalícia, que a ela impõe o dever de decidir os recursos que lhe forem encaminhados pela Comissão de licitação.

II - Na licitação de menor preço será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço (art. 45, § 1, I, da Lei nº 8.666/93).

III - A eventual inexequibilidade da proposta vencedora no procedimento licitatório não pode ser presumida. É necessário que a parte interessada demonstre cabalmente que o preço cotado não corresponde à realidade dos custos. (grifo nosso)

IV - Apelação desprovida.

Importante mencionar que essa ausência de indicação de justificativas concretas acerca dessa suposta inexequibilidade da proposta limita o exercício de ampla defesa da FRAXE E VIEIRA LTDA, uma vez que impede a impugnação específica dos fatos.

Posta esta questão preliminar, que já mostra a impossibilidade jurídica de que seja concretizada a desclassificação da FRAXE E VIEIRA LTDA, mas com a finalidade de sanar qualquer dúvida que possa existir em relação à proposta apresentada, passar-se-á a refutar pontualmente cada uma das infundadas alegações para desclassificação apresentadas.

2) Da inexistência de violação de qualquer das regras legais e editalícias: necessidade de obediência aos princípios da legalidade, da vinculação ao edital, economicidade da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Pois bem, diante da inexistência de qualquer argumento jurídico válido que pudesse fundamentar a alegação de inexequibilidade, foi apresentado um argumento genérico de que a empresa não dispunha de estoque mínimo que pudesse corroborar com a declaração de exequibilidade anexada aos autos, por se tratar de notas de compras corriqueiras e de quantidades ínfimas.

Sobre essa alegação devemos alertar que esse critério de avaliação, além de absurdo e desarrazoado, não encontra amparo na Lei ou no Edital, mas foi elaborado subjetivamente para desclassificar a competitiva proposta apresentada pela FRAXE E VIEIRA LTDA. Deste modo, não resta qualquer dúvida que, em estrita obediência aos Princípios da Legalidade e da Vinculação ao Instrumento Convocatório, insculpidos no art. 3o da Lei Federal nº 8.666/1993, sua utilização não pode fundamentar uma alegação de inexequibilidade. Eis a redação do referido artigo:

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, 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.

Nesse mesmo sentido, em diversos julgados, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e o Tribunal de Contas da União (TCU) já assentaram o entendimento de que, em obediência aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório, da economicidade e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, é ilegal a inabilitação de licitante com base em critérios de exequibilidade não previstos no edital, sendo possível, inclusive a responsabilização pessoal dos gestores públicos responsáveis pelo ato. Esse entendimento pacífico no âmbito dos Tribunais de Contas e pode ser extraído, a título exemplificativo, dos seguintes julgados:

EMENTA. DENÚNCIA — PREFEITURA MUNICIPAL — SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO — TOMADA DE PREÇOS — PROPOSTA INEXEQUÍVEL — NÃO CONFIGURAÇÃO — DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE — DANO AO ERÁRIO — APLICAÇÃO DE MULTA — ARQUIVAMENTO.

1) Depreende-se que a proposta apresentada pela empresa denunciante, ao contrário do entendimento anunciado pela Comissão Permanente de Licitação, é perfeitamente exequível, em face da aplicação do critério do art. 48 da Lei Federal n. 8666/93 e do item 10.1.3 do Edital de Licitação, eis que superior à média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração.

2) A contratação da empresa classificada em segundo lugar com proposta quantificada em R\$ 81.300, 00 (oitenta e um mil e trezentos reais) em lugar da primeira colocada, cuja proposta montava R\$74.400, 00 (setenta e quatro mil e quatrocentos reais), desvirtuou o objetivo da licitação de contratar pelo menor preço ofertado, desde que, obviamente, atendidas as exigências do edital.

3) Quanto ao dano ao erário apurado, estando ele quantificado em R\$ 86.900.00 (seis mil e novecentos reais), consistente na diferença entre os valores da proposta irregularmente desclassificada e os do contrato firmado, deverão os responsáveis, solidariamente, ressarcir o prejuízo aos cofres públicos municipais, nos termos do art. 94 da Lei Complementar n. 102/08, c/c o artigo 316 da norma regimental. 41 Aplica-se multa aos responsáveis.

Acórdão - Primeira Classe

Processo n.. 898622

“REPRESENTAÇÃO. UFRA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS AUXILIARES DE APOIO ADMINISTRATIVO. DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA DE PROPOSTAS DE MENOR VALOR. COMPROMETIMENTO DA COMPETITIVIDADE E DA ECONOMICIDADE DO CERTAME. SERVIÇOS CONTINUADOS. CONHECIMENTO. AUDIÊNCIAS. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. PROCEDÊNCIA. MULTA. DETERMINAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE NOVO CERTAME E NÃO PRORROGAÇÃO DO CONTRATO. CIÊNCIA

(...) Voto

2. Em resumo, constatou-se que houve desclassificação de quatro propostas de licitantes por inexequibilidade com base em critério questionável qual seja, cálculo percentual sobre o valor estimado no edital para a contratação, sem franquear às licitantes a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de suas propostas. (...)

3. As irregularidades constatadas motivaram a realização de audiência de dois responsáveis: o pregoeiro, Jailson Figueiredo da Silva, e a autoridade homologadora, Kedson Raul de Souza Lima, que homologou o certame sem atentar para a ilegalidade dos atos do pregoeiro.

4. As razões de justificativa apresentadas foram criteriosamente analisadas pelo auditor instrutor que, embasando-se substancialmente na legislação aplicável e na jurisprudência da casa, concluiu que os esclarecimentos e razões de justificativa apresentados pelos responsáveis não foram suficientes para elidir as graves irregularidades detectadas, haja vista que causaram grave prejuízo à competitividade do Pregão 46/2013 promovido pela UFRA, e resultaram em desclassificação injustificada de propostas de menor preço, comprometendo também a economicidade da contratação.

5. Por esse motivo, acolho o encaminhamento proposto pela unidade técnica, cujos fundamentos incorporo às minhas razões de decidir, no sentido de rejeitar as razões de justificativa dos responsáveis e aplicar-lhes a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.” — (AC-2478-13/15-1, TC 016.389/2014-0, Relator Bruno Dantas, Primeira Câmara, data da sessão 05/05/2015).

Nessa ordem de considerações, convém lembrar que esta questão se encontra igualmente pacificada perante os nossos Tribunais. Dentre tantas colacionáveis, podem ser citadas as seguintes decisões:

(TJMG - Apelação Cível 1.0395.11.000710-5/001, Relator(a). Des.(a) Ana Paula Caixeta , 4a CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/06/2013, publicação da súmula em 03/07/2013)

“EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA - INEXEQUIBILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PREVISTOS NO EDITAL - VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

- O edital é a lei interna do processo licitatório, sendo defeso à Administração e aos licitantes descumprir as regras nele estipuladas.

- Havendo expressa menção aos requisitos necessários para que as propostas sejam consideradas exequíveis, vedado à Administração desclassificar propostas por inexequibilidade com base no fundamento diverso daqueles previstos no edital”.

Assim, em obediência ao Princípio da Vinculação da Administração ao Instrumento Convocatório, a desclassificação de proposta que contenha menor valor, por ser considerada inexequível, só poderia ser realizada com base em critérios previstos no Edital.

Ora, não pode as demais licitantes, ou mesmo a Administração Pública, no decorrer do procedimento licitatório criar arbitrariamente os parâmetros de inexequibilidade, não estabelecidas na Lei ou no Edital, que acarretem na desclassificação de propostas.

Resta claro que os argumentos até aqui apresentados já são suficientes para que se reconsidere a desclassificação da empresa FRAXE E VIEIRA LTDA, mas deve ser destacado ainda que o preço da empresa considerada vencedora, sendo a QUALY NUTRI SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO LTDA é muito próximo à proposta apresentada.

De maneira que a proposta apresentada pela FRAXE E VIEIRA LTDA foi de R\$ 467.500,00 (quatrocentos e sessenta e

sete mil e quinhentos reais) e o valor da empresa QUALY NUTRI SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO LTDA foi de R\$ 480.965,00 (quatrocentos e oitenta mil e novecentos e sessenta e cinco reais). A diferença representa um percentual ínfimo de 2,7%, repito, apenas 2,7%! O que demonstra que o preço ofertado pela FRAXE E VIEIRA LTDA se encontra perfeitamente dentro dos parâmetros praticados no mercado e que a empresa envidou todos os seus esforços para apresentar uma proposta competitiva.

3) Da capacidade técnica para atendimento do objeto do processo licitatório

Quanto à questão da complexidade do objeto, que demanda expertise e qualificação técnica, importante mencionar que essas características devem ser avaliadas na habilitação e na qualificação técnica da empresa, o que a FRAXE E VIEIRA LTDA já deixou amplamente comprovado.

Mais que isso, a empresa detém expertise e conhecimento do objeto que está sendo licitado, já que está no mercado a aproximadamente 8 anos, tendo inclusive prestado serviço similar ao Governo do Amazonas.

Ainda, esclarece que detém todos instrumentos necessários para a execução do serviço, que pode ser comprovado através de notas fiscais de serviços prestados, registros fotográficos de eventos, comprovantes de aquisição de mobiliário e atestados de capacidade para atendimento de grande quantidade de pessoas (ANEXOS I, II, III, IV e V), que asseguram a capacidade de atendimento do objeto do certame.

Em relação ao estoque mínimo, a empresa atua de forma a priorizar o processo de armazenagem utilizando a metodologia JUST IN TIME. Ou seja, trabalha com uma logística que prioriza as aquisições de produtos perecíveis dentro do prazo mínimo de 02 dias para atendimento dos pedidos dos clientes, quaisquer que sejam eles. O objetivo? Manter alimentos frescos e evitar o desperdício para manter-se sempre competitiva em relação ao mercado. Como dito alhures, são 08 anos de mercado trabalhando nesta metodologia e com atendimento de 100% das demandas dos clientes da empresa.

Cabe esclarecer que insumo parado no estoque é o mesmo que capital sem remuneração.

Abaixo é possível compreender o processo de manutenção de estoque utilizado pela empresa.

Ainda, para conhecimento segue a tabela de manutenção dos insumos utilizados pela empresa e que é levado à risca pela gestão.

Isto posto, resta evidente que as alegações para desclassificar a FRAXE E VIEIRA LTDA são infundadas e não merecem prosperar, pois são descabidas de qualquer legalidade. Considerá-las é tirar do Estado o direito de contratar um serviço com preço mais vantajoso ao erário público.

Vale repisar que o valor ofertado pela FRAXE E VIEIRA LTDA é tão compatível com o mercado que a segunda proposta vencedora, em razão da sua desclassificação, é de ínfimos 2,7% - ou seja, NADA!

Deste modo, a entrega do serviço objeto deste certame certamente será arcada pela empresa ofertante, que deverá executar o objeto contratual nos seus exatos termos, e mesmo a despeito de já haver passado a fase de classificação dos concorrentes, caso essa r. Comissão tenha qualquer dúvida acerca da capacidade técnica da empresa, a FRAXE E VIEIRA LTDA fica à disposição para esclarecê-las.

Diante do exposto, e considerando a capacidade gerencial da FRAXE E VIEIRA LTDA, afirma-se que a metodologia de gestão de insumos utilizada pela empresa faz com que está se torne lucrativa, ágil e competitiva.

De outro modo, cabe lembrar que à comissão de licitação é defeso avaliar se a proposta é lucrativa, cabendo-lhe tão somente avaliar se ela é exequível, ou seja, se a parte que a ofertou possui capacidade de executar os termos contratuais pelo valor proposto. Neste sentido é a lição clássica de MARÇAL JUSTEN FILHO:

Discorda-se do entendimento de que todas as hipóteses inexecuibilidade comportam tratamento jurídico idêntico. Ao contrário, deve impor-se uma diferenciação fundamental, destinada a averiguar se a proposta pode ou não ser executada pela licitante, ainda que seu valor seja deficitário. A questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais ínfimo que o seja — o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou. A formulação desse juízo envolve uma avaliação da capacidade patrimonial do licitante. Se ele dispuser de recursos suficientes e resolver incorrer em prejuízo, essa será uma decisão empresarial privada. Não cabe à Administração a tarefa de fiscalização da lucratividade empresarial privada. Sob esse ângulo, chega a ser paradoxal a recusa da Administração em receber proposta excessivamente vantajosa.

Aliás, observe-se que a eliminação de ofertas de menor valor reduzido pode configurar, por si só, uma ofensa aos princípios da competição leal.

Logo, impedir uma prática essencial ao capitalismo caracteriza uma distorção do processo de competição, em que se pretende impedir a obtenção de contratação por aquele que formula a proposta de menor valor. (Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11a edição, Editora Dialética, p. 455-456).

Ante todo o exposto, e com base em todo esse acervo doutrinário e jurisprudencial, é jurídico concluir que (i) não foi apontado qualquer motivo concreto que pudesse justificar a alegada inexecuibilidade da proposta da FRAXE E VIEIRA LTDA; (ii) a proposta apresentada pela FRAXE E VIEIRA LTDA encontra-se em perfeita sintonia com as regras legais e editalícias que tratam de exequibilidade da proposta; que (iii) os preços constantes da proposta apresentada pela FRAXE E VIEIRA LTDA foram elaborados considerando todo o exigido no edital, bem como estão em perfeita consonância com os preços praticados no mercado; e que (iv) a fase de avaliação da competência técnica da empresa já foi superada, não cabendo nova discussão nesta fase licitatória.

Assim, em razão da necessidade de observância aos Princípios da Legalidade, da Vinculação ao Instrumento Convocatório, da Economicidade e da Seleção da Proposta mais Vantajosa para a Administração Pública, impõe-se que seja reconsiderada a desclassificação da empresa FRAXE E VIEIRA LTDA.

IV - DA CONCLUSÃO

Diante das razões de fato e de direito acima aduzidas, a Recorrente espera e confia que V.Sa. reconsidere a desclassificação da empresa FRAXE E VIEIRA LTDA, bem como seja declarada vencedora do certame.

Nestes termos,
Pede Deferimento.

FRAXE E VIEIRA LTDA
Marcela de Sá Peixoto Fraxe Andrade
OAB AM 8.851

Voltar