

➤ Pregão/Concorrência Eletrônica

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMPANHIA DE ENTREPÓSITOS E ARMAZÉNS GERAIS DE SÃO PAULO.

Pregão Eletrônico sob nº 27/2023

A S N AMBIENTAL LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ do MF sob no 10.723.250/0001-03 , com sede à Rua Machado De Assis, no 640, Bairro Vila Antonieta I, CEP 18.682-570, na cidade de Lençóis Paulista/SP, por intermédio de seu responsável legal, vem, mui respeitosamente, perante o Ilmo. Sr. Pregoeiro, com fulcro inciso XVIII do art. 4º da Lei nº 10.520/02 e item 8.6.3 do edital, apresentar as RAZÕES RECURSAIS inerente à decisão que recusou a proposta ofertada pelo Recorrente, em razão dos fatos e fundamentos jurídicos que passaremos a expor:

I. DOS FATOS

Trata-se de procedimento licitatório, visando a contratação de empresa para Serviços Contínuos de Limpeza, Conservação e Higienização nos Entrepósitos de Guaratinguetá, Piracicaba, São José dos Campos e Sorocaba.

Depreende-se que após o encerramento da etapa de lances, a empresa Instituto Eventos Ambientais restou classificada em primeiro lugar, no entanto, houve a recusa de sua proposta, tendo em vista o "descumprimento do item 8.2.3, alínea "a.2".

Em ato contínuo, a proposta e documentos de habilitação do Recorrente foram submetidos à apreciação, tendo em vista que restou classificado em segundo lugar.

Neste viés, paralelamente a apreciação da proposta e planilha de composição de custos, foi analisada a documentação de habilitação submetendo a qualificação econômico financeira (Demonstrações Contábeis) ao Departamento de Contabilidade (DECON/Seccp) para as aferições necessárias à conformidade ao exigido em Edital.

Desse modo, o Douto Pregoeiro manifestou em chat a afirmação de que o Recorrente teria apresentado a Receita Bruta Operacional (informação obtida da Demonstração de Resultado Encerrado com referência à seguinte data: 31/12/2022) no valor de R\$ 20.688.564,57.

Diante dessa situação, foi questionado se a empresa teria se cadastrado no pregão com a prerrogativa de Micro/Pequena Empresa.

Por sua vez, o Recorrente prontamente afirmou que "s.m.j., acreditamos que não. Contudo, caso tenha sido assinalado essa opção, por gentileza, ratificamos o desenquadramento, tendo em vista o faturamento auferido no ano-calendário anterior. Ademais, ratificamos que não utilizamos os benefícios e, tão pouco, pretendemos usufruí-lo".

Todavia, em que pese a ausência de qualquer tratamento dispensado ao Recorrente, inerente às benesses conferidas pela Lei Complementar sob nº 123/06, bem como, a ratificação da referida situação, o Douto Pregoeiro decidiu pela recusa da proposta.

Pois bem, em apertada síntese, eis os fatos que abarcam a pretensão recursal trazida a baila, no qual passaremos a evidenciar a necessária modificação da decisão em testilha, a fim de aceitar a proposta ofertada e, por derradeiro, a continuidade dos atos pertinentes à análise das condições habilitatórias e, por derradeiro, a adjudicação do objeto ao Recorrente.

II. DO MÉRITO

Como dito alhures, houve a recusa da proposta ofertada pelo Recorrente, sob a alegação de que houve o "descumprimento ao item o item 7.5.4.5.1 do Edital (Participou como ME/EPP) sem o ser".

Antes de adentrarmos ao mérito, imperioso salientar que, apesar do equívoco na assinalação da opção do referido

enquadramento, ressalte-se que o Recorrente foi convocado no dia 08/11/2023 às 10:07:39 para enviar ou desistir de apresentar lance final e único para o item G1, em cumprimento à Lei Complementar 123 de 14/12/2006, você poderá até às 10:12:39 do dia 08/11/2023, tendo em vista o empate ficto com a primeira colocada.

No entanto, considerando que o Recorrente tinha ciência de que não possuía as condições para auferir o citado benefício, deixando-lhe, portanto, transcorrer in albis o prazo da convocação, sem qualquer registro de lances.

Ademais, ressalta-se que, mesmo que o Recorrente não tivesse selecionado a opção do referido enquadramento, não houve qualquer prejuízo ao certame, tão pouco à administração pública, uma vez que não haviam propostas subsequentes que pudessem ser convocadas para o exercício da preferência da contratação.

Ou seja, para a manutenção da colocação do Recorrente no certame, não houve qualquer vinculação e, tão pouco, auferimento de qualquer vantagem conferida pela Lei Complementar sob nº 123/06.

Nesse viés, não obstante a ausência de qualquer vantagem e a fim de corroborar a boa fé do Recorrente, constata-se que nos órgãos competentes para fiscalização e regularização, há previsão do referido porte, a qual está enquadrada como enquadradas como EPP. Vejamos o documento fornecido pela Junta Comercial do Estado de São Paulo e Receita Federal:

Entende-se que somente a declaração de modo equivocado não se coaduna com a recusa da proposta ofertada pelo Recorrente, desde que fique claro que não tenha havido má-fé ou prejuízo ao interesse público.

Outrossim, destaca-se que não restou comprovada fraude por parte do Recorrente, uma vez que não demonstrou interesse em manter as informações incorretas no tocante a sua classificação empresarial.

Poderia essa se beneficiar pela declaração equivocada, mas manteve-se inerte para que a concorrência fosse igualitária não prejudicando os demais participantes.

Partindo dessa premissa, trazemos a lume, o entendimento jurisprudencial sobre a matéria, in verbis:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. DECLARAÇÃO FALSA NO CERTAME. EQUÍVOCO. NAO COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ. DESCLASSIFICAÇÃO. SEM PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO. SANÇÃO DE IMPEDIMENTO DE LICITAR. LEI No 10.520/2002. Mero equívoco, com ausência de má-fé, e sem que tenha gerado potencial prejuízo ao interesse público, não justifica a imposição de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e descredenciamento no SICAF, nos termos do artigo 4a da Lei no 10.520/2002. APELAÇÃO CÍVEL No 5090000-61.2014.4.04.7100/RS ORIGEM: RS 50900006120144047100 Tribunal Regional Federal da 4a Região.

Destaca-se que não teve prejuízo para os concorrentes e para Administração Pública e ainda observou-se ausência de má-fé do Recorrente, o que afastam qualquer motivo que alicerce a recusa na aceitação da proposta, consoante se observe pelos julgados abaixo, oriundos da Egrégia Corte de Contas da União:

REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADE NO ENQUADRAMENTO DE EMPRESA NA CONDIÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE, NOS TERMOS DA LEI COMPLEMENTAR No 123/2006. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. OMISSÃO CONSTATADA. ACOLHIMENTO. EFEITOS INFRINGENTE. BAIXA MATERIALIDADE. ALERTA À EMPRESA RESPONSÁVEL. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS. ARQUIVAMENTO. (...) A ausência de prejuízo e de má-fé dos responsáveis também são hipóteses de afastamento da aplicação de multa, consoante se observe pelos julgados abaixo, oriundos da Egrégia Corte de Contas da União: AC-0333-09/07 - PLENARIO TCU - PROCESSO 003.859/2004-8 PEDIDO DE REEXAME VOTO do Ministro Relator AROLDO CEDRAZ (...) Processo Do suposto crime de Fraude a Licitação (ausência de máfé) O Superior Tribunal de Justiça tem afirmado em seus julgados, que a "fraude a licitação tem como consequência o chamado dano in re ipsa. No presente caso não houve dano ao erário, tampouco intenção por parte da recorrente de causar qualquer prejuízo a quem quer que fosse, ou mesmo frustrar a competitividade do certame realizado. Não houve má-fé, dolo, premeditação, simulação, fraude ou outra circunstância que ampare a conotação conferida pelo TCU, data 'Moirá, a conduta praticada por um funcionário da empresa embargante, que apenas assinalou com um 'X' um documento de enquadramento no regime diferenciado das Micro e Pequenas Empresas. Não houve dolo, não houve intenção de fraudar os procedimentos licitatórios realizados pela entidade licitante via Pregão Eletrônico por parte do funcionário da embargante. O que ocorreu foi um erro, apenas isso, no encaminhamento da declaração de enquadramento da recorrente como EPP por meio eletrônico. Erro este devidamente reconhecido pelo funcionário. E de conhecimento público que, regra geral, ou para efeitos de atenuação da pena, não comete conduta ilícita aquele que não agiu com dolo ou culpa grave e nem obteve acréscimo de bens ou valores no seu patrimônio em detrimento do erário. A recorrente reconhece que se equivocou, e já adotou todas/as medidas necessárias para corrigir os erros apontados no Acórdão do TCU, inclusive no que concerne ao seu correto enquadramento no regime diferenciado. A empresa embargante, embora modesta, é sólida, possui mais de 10

(dez) anos no mercado de medicamentos e material-médico hospitalar, e jamais sofreu, reafirma-se, uma única condenação pelos órgãos de Controle e fiscalização, até o presente episódio. Conclusão (...) 5. No mesmo sentido, decidiu o TCU ao proferir Acórdãos no 2.924/2010 e no 125/2014, ambos do Plenário. 6. Há de se considerar, ainda, dois pontos. Primeiro, que após a identificação do erro a empresa embargante solicitou o seu desenquadramento para os fins da LC 123/2006. Segundo, que apesar da falha, o órgão efetuou a aquisição pelo menor preço, não havendo, portanto, prejuízo ao Erário ou para as demais concorrentes das licitações analisadas. 7. Assim, tendo em vista a similaridade dos casos, julgo que para a presente Representação deva ser dado o mesmo encaminhamento dos Acórdão 2924/2010-TCU-Plenário e no 125/2014 – Plenário. Para tanto, constatada a omissão no âmbito do Acórdão 1535/2013-TCU-Plenário, devem os presentes Embargos de Declaração ser acolhidos, com efeitos infringentes, alterando a Decisão guerreada para que a empresa seja alertada de que a repetição da infração ensejará a declaração de sua inidoneidade, impossibilitando que contrate com o Poder Público por até 5 anos. 8. Ante o exposto, Voto por que o Tribunal adote a minuta de Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado. (Acórdão no 2392/2014 - TCU- Plenário. Relator: Ministro Reimundo Carreiro. 10/09/2014).

Na mesma linha de raciocínio a seguinte ementa:

'Ação de improbidade administrativa. Ausência de má-fé do administrador público. 1. A lei 8.429/92 da ação de improbidade administrativa, que explicitou a cãnone do art. 37, § 4o, da CF, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9o); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10o); c) que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11), aqui também compreendidas a lesão à moralidade administrativa. 2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial. 3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras neles insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa' (Resp no 480.387-SP, 1a T., Rel. Min. Luiz Fux, DJU 24-5-2004, p. 163).

Como visto, é recomendada a utilização do bom senso e da razoabilidade na análise das normas editalícias, possibilitando a revisão de falhas materiais, que não comprometam a legalidade, a isonomia e a competitividade do processo licitatório, devendo prevalecer o interesse público em detrimento do rigorismo formal.

Partindo da premissa dos princípios que norteiam o procedimento licitatório, infere-se que a razoabilidade deverá se coadunar com a proposta mais vantajosa à administração pública.

No caso em apreço, denota-se que a proposta declarada vencedora do certame é superior aquela ofertada pelo Recorrente, majorando-lhe a contratação em 12,23%, no qual o ente licitante deverá dispender dos cofres públicos, a quantia total de R\$ 241.225,45 (duzentos e quarenta e um mil duzentos e vinte e cinco reais e quarenta e cinco centavos), comparado a proposta apresentado pelo Recorrente.

Assente-se que o formalismo moderado constitui importante medida de segurança e previsibilidade dos atos e contribui para garantir o devido processo legal e o cumprimento dos direitos do particular e dos interesses da administração.

É neste sentido que se orienta o TCU:

"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. Relator: Bruno Dantas. Data do julgamento: 04/03/2015) (nosso grifo)".

Ademais, não se pode olvidar que a atuação da Administração Pública, no âmbito das licitações públicas, deve ser norteada pelos princípios insculpidos no art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93, razão pela qual o apego e excesso ao formalismo em detrimento de sua finalidade acaba por contrariar o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

O Tribunal de Contas da União tem asseverado, nas decisões que versam sobre desclassificação e inabilitação de empresas em processos administrativos, que devem prevalecer os princípios da ampliação da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa em detrimento do formalismo, quando se verificar falha formal, que poderia ser sanada mediante diligência, considerando irregular a desclassificação de licitante.

Portanto, considerando que restou indubitável que o Recorrente não auferiu qualquer vantagem e, tão pouco, houve a má-fe, inerente a pretensão para utilização das referidas benesses, bem como, não ocorreu qualquer prejuízo ao certame, o Recorrente faz jus a manutenção de sua participação, determinando-se a continuidade dos atos inerentes à análise de sua proposta e documentos de habilitação.

III. DOS PEDIDOS

Em razão de todo o exposto, requer-se ao Ilmo. Sr. Pregoeiro, o recebimento e processamento das RAZÕES DE RECURSO e, em seu mérito, julgá-la totalmente PROCEDENTE, determinando-se a aceitação da proposta ofertada pelo Recorrente e, por derradeiro, a análise dos documentos de habilitação, declarando-a vencedora do certame.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Lençois Paulista, 24 de novembro de 2023.

A S N AMBIENTAL LTDA
Daiane Tacher Cunha
Procuradora

Fechar