

Ao
FUNDAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS CIENTÍFICOS E TÉCNICOS
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 62/2023
MODALIDADE DA LICITAÇÃO: PREGÃO ELETRÔNICO.

Ao(a) Ilustríssimo(a) Senhor(a) Pregoeiro(a)

A empresa AVANTSOFT SOLUCOES DE TECNOLOGIA LTDA, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 27.971.705/0001-02, sediada em Rua Alceu Amoroso Lima, 440, Edif Salvador Business e Flat, Sala 406, Caminho das Árvores, Salvador, Bahia, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da decisão de sua inabilitação no pregão nº 62/2023

1. DA TEMPESTIVIDADE

Preliminarmente, conforme indicado expressamente no edital, considera-se a aplicação da Lei 8666/93 ao presente certame. Diante disso, os prazos e procedimentos previstos pela lei devem ser aplicados ao presente ato licitatório, especialmente no que se refere aos prazos processuais.

Conforme indicado expressamente na Lei 10.520/2022, art. 4º inciso XVII, cabe recurso administrativo no prazo de 3 (três) úteis dias da decisão declaratória do vencedor do certame. Dessa forma, tendo em vista que a decisão ocorreu em 30/08/2023, o prazo para interpor recurso decorre em 04/09/2023. Demonstrada, portanto, a tempestividade do presente Recurso.

2. DOS FATOS

A Recorrente ofertou proposta à administração pública referente ao pregão eletrônico 62/2023, cujo objeto diz respeito à Contratação de empresa especializada em DESENVOLVIMENTO de aplicativo em monitoramento participativo para atuação no Projeto: Recuperação de Serviços de Clima e Biodiversidade no Corredor Sudeste da Mata Atlântica Brasileira - GEF Mata Atlântica, conforme especificações constantes no anexo I - Termo de Referência, parte integrante do edital.

Ocorre que, conforme consignado na ata da Sessão pública da licitação, a Recorrente foi indevidamente desclassificada do pregão antes mesmo da etapa de lances por, supostamente, não atender aos critérios de classificação do modo de disputa fechado/aberto”

Diante disso, em 30/08/2023, a empresa recorrente manifestou intenção de recurso em face da ilegalidade na decisão de inabilita-la, o que deve ser revisto pelos motivos a seguir expostos.

3. DAS RAZÕES DE DEFESA

3.2 DA MUDANÇA DE CLÁUSULA DO EDITAL SEM REPUBLICAÇÃO

Conforme item 1.2 do edital, o critério de julgamento adotado no certame é o menor preço global e o modo de disputa aberto/fechado.

Mas, surpreendendo todos os licitantes, foi publicada a Retificação nº 03 em 23/08/2023 às 15h15, com as seguintes alterações no edital:

“1.2. O critério de julgamento adotado será o menor preço global, modo de disputa fechado/aberto, observadas as exigências contidas neste Edital e seus Anexos.

6.1. A abertura da presente Seleção dar-se-á no Portal do Comprasnet, modo de disputa fechado e aberto, na data, horário e endereço eletrônico abaixo indicado, nos termos da legislação citada no preâmbulo deste Instrumento Convocatório”

Sabe-se que qualquer alteração significativa de cláusulas em editais de licitação capazes de afetar as propostas dos licitantes, ainda que feitas por meio das respostas aos pedidos de esclarecimentos de licitantes, sem a devida republicação do edital e reabertura de prazos para apresentação de propostas, infringe a lei, como vemos a seguir:

Conforme dispõe o § 4º, do art. 21, da Lei 8.666/93: Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas”. Mas, como podemos perceber, apesar da alteração da cláusula que discorria sobre o modo de disputa do pregão, o mesmo não foi republicado, ocorrendo no dia 25/08/2023.

Da mesma forma estabelece a Lei 14.133/21 em seu artigo 55, § 1º.

“Eventuais modificações no edital implicarão nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas”

Como podemos ver, os acórdãos do TCU seguem com o mesmo entendimento:

“A alteração de cláusula editalícia capaz de afetar a formulação das propostas das licitantes sem a republicação do edital e a reabertura dos prazos para apresentação de novas propostas ofende os princípios da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia” **(TCU - Acórdão 2032/2021 Plenário)**

“A alteração de itens do edital que possam interferir no conteúdo das propostas culminará na reabertura dos prazos, ao teor do disposto no artigo 21, § 4º, da Lei n. 8.666/1993, garantindo o amplo conhecimento das disposições do instrumento convocatório, possibilitando a reformulação das propostas, caso necessário” **(TCE-MG - Processo 1077208 – Denúncia - /22/09/2020)**

Nesta linha de pensamento, o professor Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 192):

"(...) o dispositivo tem de ser interpretado segundo o princípio da razoabilidade. Em princípio, toda e qualquer alteração do edital afeta a formulação das propostas. Excluídas questões totalmente irrelevantes, que nem precisariam ser objeto de disciplina no edital, a quase totalidade das regras ali previstas devem ser respeitadas pelos licitantes na elaboração das propostas. Para adotar interpretação razoável, deve ter-se em vista, então, o prejuízo sofrido pelo licitante em virtude de alteração. O problema fundamental reside na viabilidade da elaboração das propostas segundo o prazo original. Ou seja, é obrigatório reabrir o prazo quando a inovação trazida não puder ser atendida no prazo remanescente.

Diante disso, a republicação do edital alterado deve ser feita em todos os mesmos veículos e com a mesma quantidade daquela originalmente realizada. Conforme legislação vigente, é exigido que a publicidade seja feita da mesma forma como se deu a divulgação inicial/original. Portanto, caso a Administração opte por ampliar a divulgação mínima imposta na lei, deve ter o cuidado de repetir a mesma ampliação no caso de modificações do edital, inclusive quanto ao prazo, que deve ser reaberto igualmente ao prazo inicialmente estabelecido, e não o prazo mínimo legalmente previsto, caso aquele tenha sido maior.

Dessa forma, pode-se observar que ocorreram vícios no processo licitatório, pois houveram alterações de cláusulas editalícias sem reabertura do prazo, afetando efetivamente as propostas já cadastradas, uma vez que a alteração foi na forma de disputa, devendo o pregão ser anulado.

3.2 DA DESCLASSIFICAÇÃO ANTERIOR À ETAPA DE LANCES

Como dito anteriormente, a desclassificação da recorrente se deu antes da etapa de lances, por não atender aos critérios de classificação do modo de disputa fechado/aberto.

Como se sabe, a lei 8666/93 em seu art. 48 afirma que as propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis serão desclassificadas, mas a desclassificação das licitantes, antes da fase de lances, em decorrência da apresentação de propostas cujos valores são superiores ao valor estimado afronta o disposto no art. 4º, inciso XI, da Lei 10.520/2002 e no art. 25 do Decreto 5.450/2005, pois impossibilita os proponentes a reduzirem o seu preço tão logo a fase de lances seja iniciada.

(...)

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

(...)

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 as disposições do edital. ”

Em julgamento recente o TCU, no acórdão 2131/2016 tratou da questão da seguinte maneira:

ACÓRDÃO 2131/2016 - PLENÁRIO

9.2.1. a desclassificação das licitantes, antes da fase de lances, em decorrência da apresentação de propostas cujos valores são superiores ao valor estimado afronta o disposto no art. 4º, inciso XI, da Lei 10.520/2002 e no art. 25 do Decreto 5.450/2005;

(...)

23. O caput do art. 25 do Decreto 5.450/2005 não deixa dúvida quanto ao momento em que se dará a desclassificação da licitante, na hipótese de incompatibilidade entre a proposta apresentada e o valor estimado:

'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.'

24. Deveria o pregoeiro ter analisado a compatibilidade do preço da proposta vencedora após a fase de lances, de forma a permitir que, na disputa entre os licitantes, eventuais propostas que estivessem com valores acima do estimado pudessem ter seu preço reduzido, compatibilizando-se com os valores obtidos pela administração e, caso não fosse atingido o valor estabelecido, que se negociasse a adequação do preço diretamente com o vencedor.

25. Na prática, a conduta do pregoeiro violou o disposto no decreto e impediu que as licitantes apresentassem propostas, que poderiam ter levado o preço contratado a patamares inferiores, em função da ampliação da disputa, garantindo, assim, a seleção de proposta mais vantajosa.

26. A licitação em questão ocorreu mediante pregão eletrônico, modalidade em que, atendidas as condições editalícias, prevalece o menor preço. Assim, verifica-se possível afronta ao próprio instituto do pregão quando o pregoeiro prejudicou a competitividade do certame ao impedir a participação de quatro licitantes.

27. Conforme mencionado em instrução prévia (peça 6) , o TCU considera irregular a desclassificação de participantes do pregão eletrônico antes da fase de lances. O Acórdão 934/2007-TCU-Primeira Câmara, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, não deixa dúvida sobre a questão:

'9.2. determinar ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra que, nos pregões que vier a realizar, não adote procedimentos que ocasionem a desclassificação de propostas antes da fase de lances, em decorrência da oferta de valores acima do preço inicialmente orçado pela autarquia, como no item 9.5 do Pregão Eletrônico n. 35/2006, uma vez que o exame da compatibilidade de preços em relação ao total estimado para a contratação deve ser realizado após o encerramento da referida fase, consoante o art. 4º, incisos VII, VIII, IX e XI, da Lei n. 10.520/2002 e o art. 25 do Decreto n. 5.450/2005; (grifos nossos)

28. Vê-se, pois, que a alegação da representante quanto a esse ponto é procedente e que a conduta do pregoeiro violou dispositivos da Lei 10.520/2002 e do Decreto 5.450/2005, além de ter afrontado a jurisprudência do TCU e o próprio edital do certame. Deixa-se, no entanto, de propor qualquer medida em relação ao agente público em função da impropriedade não

ter resultado, como se verá adiante, em comprovado prejuízo ao certame ou à Administração. (ACÓRDÃO 2131/2016 - PLENÁRIO, 009.481/2016-8 - RELATOR MARCOS BEMQUERER)

De modo geral, tem-se que a análise quanto ao preço ocorra após a etapa de lances, seguindo as disposições normativas da modalidade, acima transcritas. A desclassificação anterior à etapa de lances viola os princípios da competitividade, economicidade e da eficiência. Sem contar ainda que compromete o objetivo da seleção da proposta mais vantajosa, conforme previsto no art. 11, inc. I, da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações) e art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93.

A economicidade diz respeito ao dever da Administração Pública de conduzir o processo administrativo e chegar a um desfecho com o menor dispêndio possível de recursos da coletividade. Apesar de o princípio da economicidade não se encontrar formalmente entre aqueles constitucionalmente previstos para a Administração Pública (art. 37, caput), impõe-se materialmente como um dos vetores essenciais da boa e regular gestão de bens e recursos públicos.

A jus doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a seu turno, consagra a tese de que o controle da economicidade envolve:

"questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, a uma adequada relação custo-benefício".

Já o princípio da eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico. Não qualifica normas, qualifica atividades. Numa ideia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, esse princípio orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra de consecução do maior benefício com o menor custo possível.

Conforme edital, constitui objeto da licitação a proposta mais vantajosa e o princípio da vantajosidade, conforme art. 3º da Lei 8666/93 tem como objetivo a busca por firmar contratos mais vantajosos economicamente, levando em consideração não apenas o menor preço, mas também o qualitativo, ou seja, a decisão do certame não deve ser atrelado apenas ao valor econômico, "menor valor", mas a qualidade do serviço, conforme doutrina:

"A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse geral por meio da execução do contrato. A maior vantagem configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração, o outro se vincula à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresentasse quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se,

portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a administração pública” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 65).

Sendo assim, percebe-se que a desclassificação da recorrente se deu de forma errônea, uma vez que foram cumpridos todos os requisitos do edital, violando assim os princípios constitucionais de economicidade, eficiência e vantajosidade.

DO PEDIDO

Diante de tudo o que foi exposto, requer:

a) Humildemente, que o presente recurso seja conhecido e provido e que o pregão 62/2023 seja anulado, com fulcro , com fulcro no artigo 71, III, da Lei 14.133/2021, em razão dos vícios nos procedimentos licitatórios e, no caso de indeferir o presente recurso, o encaminhe à autoridade superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei nº 8666/93.

Termos em que pede deferimento

Presidente Prudente, 04 de setembro de 2023.

AVANTSOFT SOLUCOES DE TECNOLOGIA LTDA