

## Pregão/Concorrência Eletrônica

### ▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

#### CONTRARRAZÃO :

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DA SECRETARIA DE LICITAÇÕES DA TERCEIRA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DA COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA – CODEVASF/PE

Ref.: Pregão Eletrônico nº. 018/2023  
Objeto: Fornecimento de Máquinas Pesadas

XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA. ("Recorrido"), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o número 14.707.364/0001-10, com sede na Rodovia Federal BR-381, sem número, km 854-855, Distrito Industrial, no município de Pouso Alegre/MG, CEP 37.556-830, por intermédio de seu procurador "in fine" assinado, vem, perante Vossa Senhoria, com fulcro na cláusula 12.1, do Edital, cumulado com artigo 4º, inciso XVIII, da Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002, e artigo 44, § 2º, do Decreto nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019, apresentar suas CONTRARRAZÕES aos termos do inócuo Recurso Administrativo oposto NMQ COMÉRCIO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA. ("Recorrente"), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o número 10.893.377/0001-70, com sede na Avenida Marechal Mascarenhas de Moraes, número 1.485, Bairro Imbiribeira, no município de Recife, Estado do Pernambuco, CEP 51.150-000, pugnando para que seja mantida as decisões que inabilitou a Recorrente e declarou o Recorrido vencedor do certame, consoante as razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

I - A DECISÃO QUE INABILITOU O RECORRENTE - A LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE CAPITAL SOCIAL COMO REQUISITO PARA FINS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO EM RELAÇÃO A CLÁUSULA 11.1.2, "A", DO EDITAL - DECADÊNCIA DO DIREITO DE ALTERAR O EDITAL

1. A Terceira Superintendência Regional da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba deflagrou procedimento licitatório para registro de preço na modalidade Pregão, na forma Eletrônica, do tipo menor preço por item, registrado sob o número 018/2023, tendo por objeto fornecimento de 150 (cento e cinquenta) retroescavadeira, conforme condições, quantidades e exigências constantes do Edital e de seus Anexos.

2. O Edital, em sua cláusula 11.1.2, alínea 'a', exigiu para fins de habilitação econômico-financeira a comprovação de que o licitante possui capital social mínimo no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor orçado, *ipsis litteris* (sem grifo):

- Edital:

"11.1.2. Qualificação Econômico-financeira:

a) Registro do capital social mínimo no valor de 10% (dez por cento) do valor orçado;"

3. Não houve impugnação ao Edital para questionar a exigência de capital social como requisito para qualificação econômico-financeira, restando fulminado pela decadência o direito de discutir, em sede recursal, sobre a legalidade da cláusula 11.1.2, alínea "a", do Edital, nos termos do artigo 41, § 2º, da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, *in verbis* (sem grifo):

- Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993:

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

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso."

4. Entrementes, o Recorrente almeja alterar - na via estrita do recurso - as exigências para fins de qualificação econômico-financeira previsto na cláusula 11.1.2, do Edital, ao arguir nos tópicos IV.I e VI.II que essa exigência é ilegal e que, de forma alternativa, a Administração Pública deverá admitir o patrimônio líquido em substituição ao capital social para fins de qualificação econômico-financeira, respectivamente.

5. Melhor sorte não socorre ao Recorrente.

6. Primeiro: a decadência do direito de alterar as regras editalícias até a fase de impugnação também se aplica à Administração Pública, na qual se acha estritamente vinculada e não pode descumprir as normas de seu próprio Edital, a teor da norma prevista no artigo 41, caput, da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, *ipsis litteris* (sem grifo):

- Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993:

"Art. 41. A Administração NÃO pode descumprir as normas e con-dições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."

7. Segundo: a cláusula 11.1.2, alínea 'a', do Edital, trata-se de uma exigência lícita e amparada por Lei, tal qual exposto no Parecer Jurídico nº. 243/2023 - Codevasf-PE, de lavra do ilustre Chefe da 3ª Assessoria Jurídica Regional.

8. A norma legal faculta à Administração Pública que, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, exija capital mínimo até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes, *in verbis* (sem grifo):

- Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993:

"Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: (...)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais."

9. A referida exigência encontra-se em consonância com a Instrução Normativa nº. 02/2018 e observou os critérios sumular nº. 275, do Colendo Tribunal de Contas da União, *ipsis litteris* (sem grifo):

- Verbete Sumular:

“SÚMULA TCU 275: Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.”

10. Nesse sentido, o ilustre Chefe da 3ª Assessoria Jurídica Regional da Codevasf manifestou-se no sentido de que a exigência de capital social de 10% (dez por cento) sobre o valor orçado para fins de qualificação econômico-financeira se trata de uma discricionariedade facultada por Lei à Administração Pública, sendo esta, inclusive, a orientação interna da própria Codevasf, nos termos do Parecer Jurídico nº. 243/2023 – Codevasf-PE, *in verbis* (sem grifo):

- Parecer Jurídico nº. 243/2023 – Codevasf-PE

“No caso em apreço, observa-se que a Recorrida não comprovou o atendimento à exigência de qualificação econômico-financeira contida no item 11.1.2 do Edital, a saber, registro do capital social mínimo no valor de 10% (dez por cento) do valor orçado.

Ressalta-se que tal exigência foi incluída no Edital a partir de recomendação da PR/SL, no Despacho nº 780/2023 (peça 41), em virtude do alto valor da licitação e como garantia de segurança na execução do objeto a ser contratado. Destaca-se ainda que o referido capital social mínimo é também exigido nas licitações e contratações realizadas na forma da Resolução nº 821/2023, entretanto o presente Pregão foi autorizado na forma da Resolução nº 176/2023.

No âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), a sua jurisprudência é pacífica em termos de discricionariedade da Administração na exigência de capital social mínimo: (...)”

11. No caso em tela, o Recorrente foi inabilitado pela distinta Pregoeira por não atender à exigência para fins de qualificação econômico-financeira prevista na cláusula 11.1.2, alínea ‘a’, do Edital, vez que este possui capital social de apenas R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), o equivalente a 0,9% (nove décimos por cento) do valor orçado.

12. Em se tratando de descumprimento de requisito para qualificação econômico-financeira, revela-se acertada a r. decisão proferida pela distinta Pregoeira em estrita observância as normas do Edital, na qual, repisa-se, ela se acha estritamente vinculada por poder-dever em louvor ao princípio da legalidade e do julgamento objetivo.

13. Pondera-se: por melhor que se possa revelar a proposta do Recorrente, o que se admite por amor ao debate, a Codevasf não pode deixar de cumprir as normas de seu próprio Edital, sob pena de violar os princípios da isonomia, do julgamento objetivo e da vinculação ao edital, positivados nos artigos 3º, 41 e 44, da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.

14. As citadas normas, para além de evitar a alteração de critérios de julgamento e de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração Pública, evita-se qualquer brecha para privilegiar ou perseguir os participantes ao não permitir que as regras estabelecidas no Edital sejam descumpridas pela Administração ou pelos licitantes.

15. Corroborando o exposto, o Parecer Jurídico nº. 243/2023, de lavra do ilustre Chefe da 3ª Assessoria Jurídica Regional da Codevasf, fundamentou o dever da Codevasf em cumprir as normas de seu próprio Edital, em especial a cláusula 11.1.2, alínea ‘a’, e eventual descumprimento, ainda que sob o ardiloso argumento do menor preço, infringirá os princípios da legalidade, do julgamento objetivo e da isonomia, *in verbis* (sem grifo):

- Parecer Jurídico nº. 243/2023 – Codevasf-PE

“Destarte, ressalta-se ainda que a jurisprudência do TCU pugna pela observância ao instrumento convocatório, de maneira que, para a Corte de Contas, a não aplicação, pela Administração, de exigências previstas no próprio edital que tenha formulado afronta o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e o princípio da isonomia, conforme a seguir.

(omissis)

Destarte, ressalta-se que, do ponto de vista jurídico, é inviável avaliar a exigência de capital social mínimo frente ao preço ofertado diante dos requisitos de seleção da proposta mais vantajosa, isonomia e vinculação ao instrumento convocatório. Todavia, de modo objetivo, tem-se por inviável a inobservância requisito objetivamente estabelecido em Edital, em que, mesmo no contexto de seleção de proposta com menor preço, inegavelmente há prejuízo à isonomia e à legalidade.

(omissis)

### III. CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se pela possibilidade jurídica de ser provido o Recurso da Recorrente, que pugna pela inabilitação da Recorrida, na forma do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Codevasf, da Lei nº 13.303/2016, do Decreto nº 10.024/2019, e do Edital Pregão Eletrônico nº 18/2023.”

16. Não há, portanto, qualquer ilegalidade e/ou excesso de formalismo na decisão proferida pela distinta Pregoeira, consubstancia no parecer jurídico, para fazer cumprir as normas do Edital, na qual, repisa-se à exaustão, se acha estritamente vinculada.

17. Destarte, deve-se rejeitar a tese recursal de que o patrimônio líquido pode ser exigido pela Codevasf como alternativa a exigência do capital social prevista na cláusula 11.1.2, alínea ‘a’, do Edital, por não possui previsão no Edital.

18. Essa linha de raciocínio pretende flexibilizar as regras do Edital e conferir vantagem para o Recorrente não extensível de forma objetiva aos demais participantes, o que, com a devida vênia, materializar-se-á o tratamento favorecido a um participante.

19. A Codevasf não pode descumprir as regras previstas no próprio Edital para conceder tratamento vantajoso ou desvantajoso para qualquer concorrente, por melhor que seja a sua intenção, sob pena de outorgar-lhe uma prerrogativa supralegal para, à bel-prazer, inovar e/ou descumprir as regras e condições estabelecidas no Edital.

20. Por todo o exposto, requer-se seja mantida a r. decisão proferida pela ilustre Pregoeira que, com supedâneo no excerto do r. Parecer Jurídico nº. 243/2023, inabilitou o Recorrente por não atender à exigência para fins de qualificação econômico-financeira prevista na cláusula 11.1.2, alínea ‘a’, do Edital, sob pena de adoção das medidas cabíveis.

II - A DECISÃO QUE DECLAROU O RECORRIDO VENCEDOR - O RECORRIDO OFERTOU RETROESCAVADEIRA DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA E QUE ATENDE TODAS AS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS – EVENTUALIDADE: ERRO FORMAL PASSÍVEL DE CORREÇÃO E INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE

21. A Terceira Superintendência Regional da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e procedimento licitatório para registro de preço na modalidade Pregão, na forma Eletrônica, do tipo menor preço por item, registrado sob o número 018/2023, tendo por objeto fornecimento de 150 (cento e cinquenta) retroescavadeira com as especificações técnicas previstas no Edital e seus Anexos, in verbis (sem grifo):

- Anexo I – Termo de Referência:

"Retroescavadeira sobre rodas, tração 4x4, motor diesel, novo, ano de fabricação corrente, cabine fechada ROPS/FOPS com ar condicionado, equipada com motor diesel com potência bruta (nominal) de no mínimo 85 hp ou unidade equivalente, declarado pelo fabricante, capacidade mínima da caçamba carregadeira 0,75 m<sup>3</sup> e capacidade mínima da concha de 0,17 m<sup>3</sup>, peso operacional mínimo de 6.500 kg, com profundidade de escavação mínima de 4,2 metros, certificado EPA Tier III//MAR-I, abastecido com o tanque de combustível cheio. Garantia mínima de 12 meses com todos os equipamentos e acessórios exigidos pelo Código Brasileiro de Trânsito. (...)."

22. Interessado em participar do certame, o Recorrido registrou sua proposta, via sistema do comprasnet, com a oferta de produto de fabricação própria, especificadamente a retroescavadeira XCMG, modelo XC870BR-I, na qual atende todos os requisitos de exigência técnica adrede indicados, nos termos da cláusula 3.1.4, do Edital.

23. Após atestar a conformidade da retroescavadeira XCMG, modelo XC870BR-I, com as especificações técnicas exigidas no Edital e, sobretudo, considerar a diferença superior a R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais) para o próximo colocado que ofertou o mesmo produto da marca XCMG, a insigne Comissão de Licitação declarou o Recorrido vencedor do certame, nos termos da cláusula 8.4.1, do Edital.

24. Irresignado com a v. decisão prolatada pela insigne Comissão de Licitação nos autos do processo em epígrafe, insurge o Recorrente sob o argumento de que o Recorrido não apresentou o catálogo exigido na cláusula 9.5, alínea 'a', do Termo de Referência.

25. Data vênua, a cláusula 9.5, alínea 'a', do Termo de Referência estabeleceu a faculdade do licitante por optar em apresentar o catálogo, desenho e dados OU a descrição detalhada sobre forma de literatura, de sorte a permitir o julgamento da proposta.

26. No caso em tela, o Recorrido optou por apresentar a proposta com a descrição da retroescavadeira XCMG, modelo XC870BR-I, o que é suficiente para vincular e permitir a avaliação de compatibilidade do produto com as especificações técnicas do Edital, a teor das cláusulas 7.6 e 7.8, do instrumento de convocação, *ipsis litteris* (sem grifo):

- Edital:

"7.6. Incluída a proposta, ainda que omissa em sua descrição no sistema no campo correspondente denominado "Descrição Detalhada do Objeto Ofertado", o licitante compromete-se a executar os fornecimentos objeto deste Edital, sem preterição do que consta do Termo de Referência, ANEXO I - que integram o presente Edital.

(omissis)

7.8.A apresentação das propostas implicará na plena aceitação, por parte do licitante, das condições estabelecidas neste Edital e seus anexos."

27. Pondera-se: a finalidade do catálogo OU da descrição do produto exigido na cláusula 9.5, alínea 'a', do Anexo I – Termo de Referência, é obter elementos que permita a compreensão do produto ofertado de sorte a subsidiar o julgamento da proposta.

28. Em sendo o fabricante da retroescavadeira XCMG, modelo XC870BR-I, a descrição do produto apresentado pelo Recorrido reflete as características mínimas da máquina que será fornecido para a Codevasf.

29. Não há dúvidas, portanto, que a retroescavadeira XCMG, modelo XC870BR, com a descrição apresentada pelo Recorrido atende todas as especificações técnicas exigidas pela Codevasf para o item 01, do Anexo I – Termo de Referência.

30. Perceba, Vossa Senhoria, que o próprio Recorrente não advoga a tese recursal no sentido de que a retroescavadeira XCMG, modelo XC870BR-I, possui especificações técnicas incompatíveis com a máquina pretendida pela Codevasf.

31. Em outras palavras, o Recorrente reconhece, ainda que de forma indireta, que a retroescavadeira XCMG, modelo XC870BR-I, atende as especificações do produto almejado pela Codevasf, consoante descrição apresentado pelo fabricante, ora Recorrido.

32. Ademais, caso a Codevasf tivesse alguma dúvida sobre a descrição do produto apresentado pelo Recorrido, dever-se-ia ter realizado diligência com o objetivo de esclarecer informações ou corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo antes de desclassificar o Recorrido, em observância a norma prevista na cláusula 10.4, do Edital, cumulado com artigo 57, do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Codevasf, in verbis (sem grifo):

- Edital:

"10.4. É facultado ao Pregoeiro, em qualquer fase da licitação, desde que não seja alterada a substância da proposta, e sem que se prejudique a atribuição de tratamento isonômico entre os licitantes, adotar medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo, conforme art. 57 do Regulamento de Interno de Licitações e Contratos da CODEVASF."

\* \* \* \*

- Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Codevasf:

"Art. 57. É facultada à Comissão de Licitação, em qualquer fase da licitação, promover as diligências que entender necessárias, desde que não seja alterada a substância da proposta, e sem que se prejudique a atribuição de tratamento isonômico entre os licitantes, adotar medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo, cabendo à referida comissão descrever a forma pela qual serão realizadas as diligências.

33. No caso em tela, a Administração Pública não teve nenhuma dificuldade para analisar a proposta apresentada pelo Recorrido, motivo pelo qual a retroescavadeira XCMG, modelo XC870BR-I, foi aceita pela Codevasf, vez que este produto atende todas as especificações técnicas exigidas no Edital, razão pela qual a insigne Comissão de Licitação declarou o Recorrido vencedor do certame, nos termos da cláusula 8.4.1, do Edital.

34. Pode-se concluir, portanto, que a apresentação do descritivo pelo Recorrido (repisa-se, fabricante) com a descrição do bem ofertado foi suficiente para satisfazer a norma prevista na cláusula 9.5, alínea 'a', do Anexo I - Termo de Referência, revelando-se inútil ou desnecessária a apresentação cumulativa do catálogo do produto.

35. Em louvor ao princípio da eventualidade, na remota hipótese de superar a tese anterior e entender pela necessidade de apresentação do catálogo, o que se admite por amor ao debate, ainda assim não há razão para desclassificar o Recorrido.

36. O catálogo da retroescavadeira XCMG, modelo XC870BR-I, foi arrimado aos autos do certame pelo concorrente VCS Comércio, Serviços e Transportes LTDA. e sempre esteve a disposição da Codevasf para fazer consultas, de modo que o eventual erro do Recorrido

em não ter apresentado deve ser sanado pela Codevasf antes de desclassifica-la.

37. Sobre o tema, estabelecem a cláusula 10.4, do Edital, cumulada com artigo 57, do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Codevasf, e artigo 47, do Decreto nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019, *ipsis litteris* (sem grifo):

- Edital:

"10.4.É facultado ao Pregoeiro, em qualquer fase da licitação, desde que não seja alterada a substância da proposta, e sem que se prejudique a atribuição de tratamento isonômico entre os licitantes, adotar medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo, conforme art. 57 do Regulamento de Interno de Licitações e Contratos da CODEVASF.

(omissis)

10.6. No julgamento das propostas o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das mesmas, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de classificação e aceitação (art. 47 do Decreto nº 10.024, de 20/09/2019)."

\* \* \* \*

- Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Codevasf:

"Art. 57. É facultada à Comissão de Licitação, em qualquer fase da licitação, promover as diligências que entender necessárias, desde que não seja alterada a substância da proposta, e sem que se prejudique a atribuição de tratamento isonômico entre os licitantes, adotar medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo, cabendo à referida comissão descrever a forma pela qual serão realizadas as diligências.

\* \* \* \*

- Decreto nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019:

"Art. 47. O pregoeiro poderá, no julgamento da habilitação e das propostas, sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, e lhes atribuirá validade e eficácia para fins de habilitação e classificação, observado o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999."

38. Nesse contexto, deve a Administração Pública sanar eventual erro no preenchimento da proposta ou apresentação do catálogo, posto que essa correção não terá nenhuma alteração no valor global do produto ofertado pelo Recorrido.

39. Pondera-se: eventual decisão pautada em rigorismo formal desarrazoado não possui guarida no ordenamento jurídico vigente, pois implicará em prejuízo ao interesse público. Conforme se extrai da regra inserta no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, a licitação é regida pelo princípio do procedimento formal.

40. Em que pese a Administração, em tema de licitação, encontrar-se vinculada às normas e condições estabelecidas no Edital, não deve, contudo, em homenagem ao princípio da razoabilidade, prestigiar de forma exacerbada o rigor formal, sob a exegese de estar cumprindo a Lei, de forma a implicar à absoluta frustração da finalidade do certame.

41. Deve-se, portanto, flexibilizar o critério de julgamento da proposta ou admitir a realização de diligência para apresentar o catálogo, vez que o Recorrido é o fabricante do produto ofertado e apresentou descrição da máquina que será fornecida à Codevasf em consonância com a especificação técnica prevista no Edital, não havendo qualquer prejuízo para a competitividade do certame.

42. Corroborando o exposto, o Colendo Tribunal de Contas da União possui posicionamento firme para afastar o formalismo excessivo, com o intuito de flexibilizar a atuação dos agentes públicos em relação à possibilidade de efetuar saneamento e diligências, com o objetivo de privilegiar os princípios da finalidade, na busca pela verdade material e da obtenção da proposta mais vantajosa, *in verbis* (sem grifo):

- Precedentes do Eg. Tribunal de Contas da União:

ACÓRDÃO 2443/2021 – PLENÁRIO

"A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), não alcança documento destinado a atestar condição de habilitação preexistente à abertura da sessão pública, apresentado em sede de diligência".

ACÓRDÃO 1487/2019 – PLENÁRIO

A mera existência de erro material ou de omissão na planilha de custos e de formação de preços da licitante não enseja, necessariamente, a desclassificação antecipada da sua proposta, devendo a Administração promover diligência junto ao interessado para a correção das falhas, sem permitir, contudo, a alteração do valor global originalmente proposto.

ACÓRDÃO 2290/2019 – PLENÁRIO

9.4.3. não-realização de diligências na documentação de habilitação técnica e na proposta da representante (segunda colocada no certame) , que possibilitassem sanear as falhas encontradas, em busca de preservar a possibilidade de contratar proposta mais vantajosa, ou possibilitassem melhor caracterizar o aspecto insanável dessas falhas e/ou a inexecutabilidade dos preços e custos ofertados, sem demonstrar e explicitar a desnecessidade das diligências ou outra razão para sua não-realização, contrariando os princípios da economicidade e da transparência e a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos do Plenário 2.546/2015, 2.730/2015, 918/2014, 1.924/2011, e 1.899/2008)

43. Nesse contexto, deve-se ser admitido a correção de possível erro envio do catálogo do produto, posto que não alteram a proposta e documentos já apresentados pelo Recorrido, além de representar uma economia superior a R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais) em benefício da Administração Pública para a mesma máquina.

44. Ademais, é preciso atentar-se para que no cumprimento do princípio da vinculado ao edital não se peque pelo "formalismo", consistente no apego exacerbado à forma e à formalidade, a implicar à absoluta frustração da finalidade precípua do certame, que é a de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

45. A propósito, não são raros os casos em que, por um julgamento objetivo, porém, com apego literal ao texto da lei ou do ato convocatório, se excluem licitantes ou se descartam propostas que representariam o melhor contrato para a Administração Pública.

46. Com a devida vênia, o certame não se presta a verificar a habilidade dos envolvidos em conduzir-se do modo mais conforme ao texto da lei, mas sim, a bem da verdade, a verificar se o licitante cumpre os requisitos de idoneidade e se sua proposta é satisfatória e vantajosa para a Administração, conforme evidenciado em tela, pois, repisa-se, o próprio fabricante do produto foi quem participou do certame e firmou todas as declarações necessárias, resguardando a Administração quanto ao atendimento de todas as exigências editalícias.

47. Neste contexto, deve a Administração analisar se o ato, apesar de praticado em desconformidade com a regra, o poder de atender ao que se pretendia quando fixada a exigência. E, em caso positivo, e, repita-se, inexistindo violação a princípios ou prejuízo ao interesse público, não há falar em nulidade.

48. Mas, para que essa avaliação seja feita adequadamente, é imprescindível a observância ao princípio da razoabilidade e, em última análise, ao bom senso, na interpretação e aplicação das normas vigentes. Sobre o tema, assevera Marçal Justen Filho (sem grifo):

- Citação doutrinária:

"Administração está constrangida a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins. Não seria legal encampar decisão que impusesse exigências dissociadas da realidade dos fatos ou condições de execução impossível. O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger.

Ainda, é preciso que se visualize o procedimento licitatório não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para se concretizar o direito material, prestigiando-se o interesse público. É a ideia da instrumentalidade do procedimento, que também há de ser aplicada."

49. Apesar desse entendimento, escorado na mais abalizada doutrina administrativista, não é incomum verificar distorções em decisões administrativas, cujo se verifica um prestígio ao rigorismo formal desarrazoado, sob a falsa ideia de se estar cumprindo a lei, ou ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

50. Nestes casos, submetidas as questões em juízo, a ideia de instrumentalidade encontra-se guarida no entendimento dos Tribunais, em especial, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pelo repúdio ao formalismo exacerbado, in verbis (sem grifo):

- Precedentes do Col. STJ:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGUIÇÃO DE OMISSÃO DO CATÁLOGO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta. 2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve omissão, pura e simples, da proposta, mas apenas do catálogo, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes. (MS nº 5.869/DF, rel. Ministra LAURITA VAZ. DJ 07/10/2015).

51. Por todo o exposto, na remota hipótese de se entender que a proposta ofertada pelo Recorrido não atende ao requisito do catálogo, o que se admite por amor ao debate, requer-se seja realizado diligência e/ou facultado a oportunidade para o Recorrido sanar a suposta falha para se evitar eventual e inimaginável desclassificação por excesso de rigorismo formal, determinando o retorno do processo a fase de classificação para sanar eventual erro e, após as devidas providências, aceitar a proposta de preço apresentado pelo Recorrido por se tratar da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sob pena de levar a efeito certame sujeito a futura anulação.

### III - CONCLUSÃO E PEDIDO

Por todo o exposto, requer o Recorrente:

(a) seja julgado improcedente o recurso administrativo interposto pelo Recorrente, devendo ser mantida incólume a r. decisão que declarou o Recorrido vencedor do certame, por se tratar evidentemente da melhor proposta factível, em louvor aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, economicidade e vinculação ao instrumento convocatório, privilegiando-se o interesse público;

(b) de forma alternativa, na remota hipótese de se entender que a proposta ofertada pelo Recorrido não atende todas as condições e termos previsto no Edital, o que se admite por amor ao debate, requer seja realizado diligência e/ou facultado a oportunidade para sanar os supostos equívocos para se evitar eventual e inimaginável desclassificação por excesso de rigorismo formal, determinando o retorno do processo a fase de classificação para sanar eventual erro e, após as devidas providências, aceitar a proposta de preço apresentado pelo Recorrido por se tratar da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sob pena de levar a efeito certame sujeito a futura anulação.

(c) na remota hipótese de ser julgado procedente o recurso interposto pelo Recorrente, o que se admite por amor ao debate, requer-se seja submetida a decisão para análise da Autoridade Superior, sob pena de adoção das medidas judiciais e administrativa cabíveis.

Nestes Termos.

Pede espera deferimento.

Pouso Alegre/MG, 21 de dezembro de 2023.

(assinatura eletrônica)  
XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA  
HANGUANG LI

Fechar