Pregão/Concorrência Eletrônica

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

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: Aquisição de 150 Retroescavadeira

XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA. ("Recorrente"), 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 representante legal, vem, perante Vossa Senhoria, com fulcro na cláusula 12, do Edital, cumulado com artigo 4º, inciso XVIII, da Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002, e artigo 44, do Decreto nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019, apresentar RAZÕES RECURSAIS contra a r. decisão proferida nos autos do processo licitatório em epígrafe que declarou vencedor do item 01, do Edital, o licitante NMQ COMÉRCIO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA. ("Recorrido"), 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, pugnano para que seja reconsiderada a decisão recorrida ou seja as razões recursais encaminhadas para deliberação da ilustre Autoridade Superior, consoante as razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

I - FUNDAMENTO DE FATO

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 e seus Anexos exigiram como requisito para a habilitação econômico-financeira a comprovação de que o licitante possui capital social mínimo no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor orçado, in verbis (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;"

* * * *

- Anexo I – Termo de Referência:

"9. HABILITAÇÃO TÉCNICA

9.1. As licitantes vencedoras deverão apresentar capital social mínimo de 10% (dez por cento) do valor orçado pela CODEVASF para cada item da licitação."

3. Pondera-se: a habilitação econômico-financeira tem o condão precípuo de avaliar se o pretenso contratado tem condições mínimas de garantir a execução do contrato, vale dizer, se ele poderá suportar todos os custos que virão da execução do contrato.

4. Para tanto, 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."

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

- Verbetes 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."

6. Tratando-se de uma licitação de elevado valor, o edital exigiu a garantia do capital social para ter a garantia de que cada vencedor não assumirá a obrigação de fornecer produtos para Administração Pública em valor superior a 10% (dez por cento) de sua capacidade financeira – capital social.

7. Em última instância, essa exigência visa impedir que uma empresa sem capacidade financeira de arcar com o custo de compra de máquinas para fornecer a diversos itens do certame consiga sagrar-se vencedora de grandes lotes, expondo a Administração Pública no risco de não receber o objeto do certame, a exemplo de escândalos que envolve empresas fantasmas, conforme usualmente noticiado na mídia.

8. Em análise a proposta apresentada pelo Recorrido verifica-se que ele apresentou proposta final no valor total de R\$ 54.953.850,00

(cinquenta e quatro milhões, novecentos e cinquenta e três mil, oitocentos e cinquenta reais), in verbis (sem grifo).

(Imagem 01 – Trecho da Proposta Atualizada)

9. De outra feita, o contrato social e o balanço patrimonial apresentados pelo Recorrido apresentam o capital social de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), destaca-se, o equivalente a 0,9% (nove décimos por cento) do valor estimado da contratação, *ipsis litteris* (sem grifo):

(Imagem 02 – Contrato Social NMQ – Capital Social de R\$ 500.000,00)

(Imagem 03 – Balanço Patrimonial NMQ – Capital Social de R\$ 500.000,00)

10. Em consulta ao website oficial da Receita Federal do Brasil apurou-se que o capital social do Recorrido permanece no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) até a presente data, dia 4.12.2023, in verbis (sem grifo):

(Imagem 04 – Consulta QSA Receita Federal – NMQ Capital Social de R\$ 500.000,00)

11. Perceba, Vossa Senhoria, que o Recorrido não atendeu o requisito de habilitação econômico-financeiro previsto nas cláusulas 11.1.2, alínea "a", do Edital, e 9.1, do Anexo I – Termo de Referência, vez que este não possui capital social mínimo de R\$ 5.495.385,00 (cinco milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil, trezentos e oitenta e cinco reais) necessários para fornecer as máquinas para a Administração Pública.

12. Destarte, a proposta do Recorrido deve ser inabilitada por não atender às exigências previstas no Edital, em especial por não possuir capital social equivalente a 10% (dez por cento) do valor total estimado para a contratação, em observância as regras contidas nas cláusulas 2.4, 3.1, 8.3 e 11.6, do Edital, *ipsis litteris* (sem grifo):

- Edital:

"2.4.O licitante que não atender às Especificações Técnicas estabelecidas terá sua proposta desclassificada, mesmo tendo sido habilitado no que diz respeito à documentação.

(omissis)

3.1. Poderão participar deste Pregão Eletrônico os interessados, pessoas jurídicas do ramo de atividade objeto da presente licitação, inclusive individuais, que atendam a todas as exigências, inclusive quanto à documentação, constantes deste Edital e seus Anexos, de acordo com o estabelecido no item 6 do Termo de Referência, Anexo I, deste Edital e nos subitens abaixo, e que estejam previamente credenciados no SICAF (nível básico do registro cadastral) por meio do sítio: www.gov.br/compras/pt-br, para acesso ao sistema eletrônico, conforme previsto no item 6 deste Edital.

(omissis)

8.3. Serão desclassificadas as propostas que não atenderem às exigências do presente Edital e seus Anexos e que apresentarem irregularidade ou defeitos capazes de impedir o seu julgamento.

(omissis)

11.6. Serão desclassificadas as propostas que não atenderem às exigências do presente Edital e seus anexos, que sejam omissas, ou que apresentarem irregularidades capazes de dificultar o julgamento."

13. Todavia, por um equívoco ou erro, o Recorrido foi declarado vencedor do certame mesmo após apresentar capital social de apenas R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), o equivalente a 0,9% (nove décimos por cento) do valor estimado para contratação.

14. Por todo o exposto, requer seja reconsiderado a r. decisão que declarou o ora Recorrido vencedor do certame, impondo-se sua inabilitação por não ter satisfeito todos os requisitos para a habilitação econômico-financeira, em especial por ele não possuir capital social mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado para contratação, em afronta as normas previstas nas cláusulas 11.1.2, alínea "a", do Edital, e 9.1, do Anexo I – Termo de Referência, sob pena de se negar vigência a norma positivada na cláusula 2.4, 3.1, 8.3 e 11.6, do instrumento convocatório.

II - FUNDAMENTO DE DIREITO

II.1 - A SUBORDINAÇÃO DO ESTADO AS REGRAS DO EDITAL - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DO JULGAMENTO OBJETIVO

15. É um pressuposto inquestionável do Estado Democrático de Direito a subordinação do Estado ao ordenamento jurídico vigente e, como notório, no âmbito da Administração Pública, tal pressuposto se traduz na observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, in verbis (sem grifo):

- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

"Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência."

16. No âmbito específico do pregão eletrônico, o Decreto nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019 consagrara a observância aos seguintes princípios (sem grifo):

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

"Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos."

17. Do exposto acima, depreende-se que a atividade administrativa deve ser exercida em absoluta conformidade com a Lei e com os princípios inerentes. Dessa premissa extrai-se a seguinte fórmula: a Administração Pública e os interessados estão vinculados e obrigados ao cumprimento dos termos e condições previstos no Edital.

18. A Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu artigo 41, prescreve que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, *ipsis litteris* (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."

19. Acrescentando-se, cite-se como inarredável a observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, com relação ao qual Diógenes Gasparini esclarece:

"(...) estabelecidas as regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis a partir da publicação do instrumento convocatório e durante todo o procedimento. (...)"

20. Nesse toar é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"O edital constitui-se no documento fundamental da licitação. Habitualmente se afirma, em observação feliz, que é a sua lei interna". Com efeito, abaixo da legislação pertinente à matéria, é o edital que estabelece as regras específicas de cada licitação. Para tanto, a Administração fica estritamente vinculada às normas e condições nele estabelecidas, das quais não pode se afastar. (...)"

21. No mesmo sentido assevera José dos Santos Carvalho Filho:

"A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administração ou judicial. (...)"

22. Sem embargos de doutes opiniões em sentido contrário, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório possui extrema importância para o julgamento das propostas e análise da habilitação, pois, além de evitar a alteração de critérios de julgamento e de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração, evita-se qualquer brecha para privilegiar ou perseguir qualquer licitante, em louvor aos princípios da moralidade administrativa, impessoalidade e a probidade, ao não permitir que as regras estabelecidas no Edital não sejam descumpridas pela Administração ou pelos licitantes.

23. Portanto, o edital torna-se Lei entre as partes, assemelhando-se a um contrato de adesão cujas cláusulas são elaboradas unilateralmente pelo Estado. Em sendo Lei, o edital e os seus termos atrelam tanto a Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, pois o descumprimento por parte da Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola vários princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: da legalidade, da moralidade e da isonomia.

24. Outrossim, não há falar em formalismo exacerbado por parte do Recorrente ao impor à própria Administração o cumprimento das exigências editalícias. Ora, ordenar que a Administração atue conforme disposição do instrumento convocatório resguarda os princípios da legalidade e da isonomia, permitindo a prevalência do Interesse Público.

25. A somar, o entendimento do Tribunal de Contas da União é claro ao refutar os casos em que a Administração Pública não obedece às diretrizes traçadas no Edital. Veja:

- Precedentes do Eg. TCU:

"(...) Pedido de reexame. Representação. Violação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Negativa de provimento [VOTO] 4. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expresso no caput do art. 41 da Lei nº 8.666/1993, dispõe: "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada. (...)"

26. A Administração Pública possui o dever de inabilitar o Recorrido por não ter satisfeito os requisitos para a habilitação econômico-financeira, em especial por não possuir capital social mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado para contratação, em afronta as normas previstas nas cláusulas 11.1.2, alínea "a", do Edital, e 9.1, do Anexo I – Termo de Referência.

27. Nesse sentido, as normas contidas nos artigos 28 e 43, § 4º, do Decreto nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019, determina a desclassificação ou inabilitação do licitante que esteja em desconformidade com as exigências do Edital, *ipsis litteris* (sem grifo):

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

"Art. 28. O pregoeiro verificará as propostas apresentadas e desclassificará aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital.

(omissis)

Art. 43. A habilitação dos licitantes será verificada por meio do SicaF, nos documentos por ele abrangidos, quando os procedimentos licitatórios forem realizados por órgãos ou entidades integrantes do Sisg ou por aqueles que aderirem ao SicaF. (...)

§ 4º Na hipótese de a proposta vencedora não for aceitável ou o licitante não atender às exigências para habilitação, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital."

28. Em que pese a claridade das regras do certame instituídas pela própria Administração Pública, a insigne Comissão de Licitação descumpriu as normas editalícias por ter declarado vencedor o licitante que não possui capital social mínimo de 10% (dez por cento) do valor total ofertado.

29. Por melhor que possa revelar a intenção da Administração Pública, a sua atuação casuística violou os princípios da isonomia, do julgamento objetivo e da vinculação ao Edital, positivados no artigo 3º, da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 .

30. Na lição da doutrinadora Maria Sílvia Zanella di Pietro "o princípio da igualdade (ou isonomia) constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar".

31. Esse princípio até admite ressalvas, tais como a preferência a produtos nacionais e empresas de pequeno porte. Contudo, as exceções estão previstas em lei e não podem ser aplicadas de acordo com o bel-prazer da autoridade.

32. O procedimento adotado na licitação materializou tratamento privilegiado ao Recorrido em detrimento dos demais concorrentes. O critério previamente estabelecido no Edital não foi observado no julgamento das propostas.

33. Por todo o exposto, requer que seja dado provimento ao recurso para determinar a inabilitação do Recorrido por ter descumprido as normas previstas no Edital e seus Anexos, sob pena de afrontar aos princípios da isonomia, do julgamento objetivo e da vinculação aos termos do Edital, nulidades estas que contaminaram a adjudicação e posterior celebração do contrato administrativo.

II.2 - DUPLO GRAU - REMESSA À AUTORIDADE SUPERIOR

34. O direito à "revisão" ou "duplo grau" da decisão administrativa no âmbito das licitações é assegurado pelo artigo 109, § 4º, da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, mormente aplicável, de forma subsidiária, à espécie, por imposição do artigo 9º, da Lei nº. 10.520, de 17

de julho de 2002, in verbis (sem grifo):

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

"Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem: I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de: (...)

§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade."

* * * *

- Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002:

"Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993."

35. Não se pode olvidar, outrossim, que o direito à revisão das decisões administrativas é amplamente amparado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seus princípios de acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório, relação com a qual a renomada jurista e professora Dra. Lucia Valle Figueiredo esclarece que o direito ao duplo grau é inerente ao contraditório e a ampla defesa, in verbis (sem grifo):

"O direito ao 'duplo grau' ou à revisibilidade é inerente ao contraditório e à ampla defesa, ou seja, o direito à revisão do decidido singularmente, quer sejam atos administrativos, que atinjam o administrado, quer seja em processos sancionatórios e/ou disciplinares."

36. Por todo o exposto, na hipótese da r. decisão não ser reconsiderado pela ilustre Pregoeira, o que seria se admite por amor ao debate, requer que o presente recurso seja submetido ao julgamento da Autoridade Superior, sob pena de responsabilidade, nos termos do artigo 109, § 4º, da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.

III - PEDIDOS:

Por todo o exposto, requer o Recorrente:

(a) seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso tendo em vista a verossimilhança dos fatos e a probabilidade do direito aqui e ora vindicado e a eminência de dano irreparável ou de difícil reparação para a Administração Pública;

(b) a comunicação dos demais licitantes para que, caso queiram, apresentem contrarrazões ao presente recurso administrativo, nos termos da cláusula 11.1, do Edital, cumulado com artigo 4º, inciso XVIII, da Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002;

(c) seja dado provimento ao recurso administrativo para sanar as ilegalidades observadas na condução do certame, em especial para inabilitar o ora Recorrido por não atender todos as exigências para habilitação econômico-financeira, em especial por não possuir capital social mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado para contratação, determinando-se o retorno do processo a fase de aceitação/habilitação para análise do licitante subsequente; e

(d) de forma alternativa, caso a r. decisão recorrida não seja retratada pela ilustre Pregoeira, requer-se que o presente recurso administrativo seja devidamente instruído e remetido à Autoridade Superior para o seu julgamento.

Nestes Termos.

Pede Espera Deferimento.

Pouso Alegre/MG, 04 de dezembro de 2023.

XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA

Por Hanguang Li

Administrador

Fechar