ILMA. SRA. PREGOEIRA DESIGNADA E AUTORIDADE IMEDIATAMENTE SUPERIOR NO QUE COUBER DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAQUARA-SP

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 133/2023

PROCESSO Nº 3.672/2023

BB Nº 1020403

JOSÉ APARECIDO GIMENES ME (JG MANUTENÇÃO),

peessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 36.210.456/0001-23, com sede na Av. Joaquim Vieira dos Santos, nº 2335 – Jardim Brasil – Araraquara-SP – CEP 14811-120 – telefone 16 99739 6569, na figura do seu representante legal, infra-assinado, vem com devido respeito e acatamento à presença de Vossa Senhoria, apresentar as suas **CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO** interposto pela pessoa jurídica **CEDRO PAISAGISMO LTDA.**, contra a declaração de vencedora da Peticionante do pregão eletrônico em testilha.

1 – BREVE SÍNTESE DOS FATOS

Após decisão proferida em sede de mandado de segurança, processo nº 1016015-13.2023.8.26.0037, que anulou a decisão que inabilitou/desclassificou a aqui Recorrida (JG Manutenção), sendo que anteriormente tinha se sagrado vitoriosa, retornou o processo licitatório a fase em que ocorreu a desclassificação.

Ante o exposto, **CONCEDO A ORDEM**, com resolução do mérito (art. 487, I do CPC), para anular a decisão que inabilitou/desclassificou a impetrante do Pregão Presencial nº 133/2023. Concedo, neste ato, a liminar postulada.

Inconformada, a Recorrente interpõe novamente recurso, a fim de que seja novamente desclassificada a Recorrida, o que, contudo, não deve ser acolhido pelos motivos de fato e de direito a seguir delineados:

2 - DA TEMPESTIVIDADE

O prazo para interpor recurso na modalidade "Pregão" é de 3 (três) dias úteis, como consta no edital, item 10.03.01.

A impugnação ao recurso tem prazo de 3 (três) dias úteis contados da data final do prazo de recurso.

Destarte, o recurso foi interposto no dia 29/07/2024, iniciado o prazo para contrarrazões em 30/07/2024, primeiro dia útil subsequente, sendo o prazo fatal o dia 01/08/2024, portanto, tempestivo as contrarrazões.

3 – DAS RAZÕES QUE JUSTIFICAM E FUNDAMENTAM A MANUTENÇÃO DA REABILITACÃO

3.1. PRELIMINARMENTE

Da Coisa Julgada Administrativa

Não é porque o processo retornou a partir do momento que houve a desclassificação abusiva da Recorrida é que podem ser aceitas alegações já realizadas no recurso anterior, recurso que deu causa à desclassificação abusiva da Recorrida.

Quando se fala em coisa julgada no Direito Administrativo é necessário verificar que ela não possui o mesmo sentido atribuído no âmbito do Direito Processual, a coisa julgada administrativa significa que um ato administrativo se tornou irretratável pela própria Administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello define a coisa julgada administrativa como:

"A coisa julgada administrativa, consoante entendemos, diz respeito unicamente a situações nas quais a Administração haja decidido contenciosamente determinada questão — isto é, em que tenha formalmente assumido a posição de aplicar o Direito a um tema litigioso; portanto, também, com as implicações de um contraditório. Aliás, nisto se exhibe mais uma diferença em relação à simples irrevogabilidade, que, como visto, estende-se a inúmeras outras hipóteses. Toda vez que a Administração decidir um dado assunto em última instância, de modo contencioso, ocorrerá a chamada 'coisa julgada administrativa'". (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Página 472).

Diante disso, verifica-se que o contencioso administrativo produz coisa julgada administrativa, tornando assim a decisão do processo administrativo irretratável.

Hely Lopes Meirelles estabelece que *"todo ato administrativo é revogável até que se tome irretratável para a Administração, quer por ter exaurido seus efeitos ou seus recursos, quer por ter gerado direito subjetivo para o beneficiário, interessado na sua manutenção"*. E essa irretratabilidade que o ato administrativo recebe é justamente a coisa julgada administrativa, mesmo que o ato possa vir a ser apreciado novamente pelo Poder Judiciário, **não pode a administração pública revogar ato que esteja sob o manto da coisa julgada administrativa.**

Conclui-se, basicamente, que os fundamentos jurídicos para a existência da coisa julgada administrativa é o mesmo fundamento que norteia a coisa julgada judicial, sendo eles: a segurança jurídica, a lealdade e a boa-fé. Além disso, é necessário que haja estabilidade das decisões administrativas e no próprio agir da administração pública, não podendo a administração ser volúvel e errática em suas decisões.

Diante do exposto, vejamos:

No recurso anterior que deu azo à desclassificação da Recorrida, aqui juntado, já foram levantadas as alegações aqui arguidas novamente – ANÁLISE CRÍTICA DA PLANILHA DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS APRESENTADA PELA RECORRIDA.

Contudo, ao analisar todas as alegações, o Julgador entendeu naquele recurso, que tudo estava correto, salvo, pela ausência da CERTIDÃO NEGATIVA DA DÍVIDA ATIVA ESTADUAL, sendo esse o único motivo para a desclassificação, o que se sabe, posteriormente, foi revertido perante o Poder Judiciário.

Não pode agora, o Nobre Julgador, com a devida permissão, ir de encontro à sua decisão anterior. Decisão na qual analisou toda a documentação, decidindo então que a desclassificação da Recorrida somente deveria ocorrer em virtude da AUSÊNCIA DA CERTIDÃO NEGATIVA DA DÍVIDA ATIVA ESTADUAL.

O Recorrente não apresenta agora fato novo, que poderia ser alegado em sede da nova oportunidade recursal.

3.2. DO DIREITO

A proposta foi apresentada conforme modelo determinado pela Prefeitura, não existindo nenhuma irregularidade.

Ademais, a interpretação literal da norma editalícia deve se submeter aos fins últimos da licitação, que é a seleção da proposta que melhor atenda aos interesses públicos, sendo de se relevar mera irregularidade formal. Nesse sentido a ementa abaixo do E. TRF da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – CARTA-CONVITE GERIC/BA NO 010/91 – FALTA DE IDENTIFICAÇÃO DOS ENVELOPES – OMISSÃO SANÁVEL – ILEGALIDADE – INTERESSE PÚBLICO.

- 1 – Não deve ser desclassificada da licitação a licitante que simplesmente deixa de identificar os envelopes apresentados de acordo com a exigência editalícia (letras A e B), porquanto a omissão poderia ter sido sanada no momento do recebimento dos documentos, sem prejuízo da legalidade do procedimento.
- 2 – **A INTERPRETAÇÃO LITERAL DA NORMA EDITALÍCIA DEVE SE SUBMETER AOS FINS ÚLTIMOS DA LICITAÇÃO, QUE É A SELEÇÃO DA PROPOSTA QUE MELHOR ATENDA AOS INTERESSES PÚBLICOS, SENDO DE SE RELEVAR MERA IRREGULARIDADE FORMAL.**
- 3 – Licitação anulada. Sentença confirmada.

4 - Remessa Oficial a que se nega provimento. (REO 92.01.26388-0/BA, Rel. Juíza Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJ p.16 de 19/081999). (Grifamos).

A Corte Maior também já se pronunciou, em decisão proferida no Mandado de Segurança Nº 5.418/DF, no sentido de que:

“O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes”.

DA ANÁLISE CRÍTICA DA PLANILHA DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS APRESENTADA PELA RECORRIDA

Quanto à análise da planilha composição de custo, cabe esclarecer que muito se discute a respeito da possibilidade de correção da planilha após a fase de lances ou abertura dos envelopes apresentados em uma licitação. De um lado se levantam as bandeiras do julgamento objetivo e do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e, de outro, a busca pela proposta mais vantajosa e a necessidade de utilização do formalismo moderado.

Como regra, o Tribunal de Contas da União compreende possível permitir que a empresa ofertante da melhor proposta possa corrigir a planilha apresentada durante o certame.

No entanto, essa possibilidade não pode resultar em aumento do valor total já registrado que serviu de parâmetro comparativo entre os participantes. Nesse sentido:

Erro no preenchimento da planilha de formação de preço do licitante não constitui motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado. (Acórdão 1.811/2014 – Plenário).

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/btcu/754%252F2015/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/0/%2520>

Recentemente, ao analisar hipótese semelhante, o TCU indicou ser dever da Administração a promoção de diligências para o saneamento de eventuais falhas na proposta e reafirmou a impossibilidade de o licitante majorar o valor inicialmente proposto.

A existência de erros materiais ou omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratantes realizar diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto. (Acórdão 2.546/2015 – Plenário).

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/btcu/754%252F2015/%2520DTRELEVANCIA%2520desc/0/%2520>

Ademais, a lei de licitações, prevê a possibilidade de realização de diligências (art. 43, §3º), nesse sentido:

3. A inabilitação de licitante em virtude da ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, de que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes, caracteriza inobservância à jurisprudência do TCU. Por intermédio de Pedido de Reexame em autos de Representação, o pregoeiro que conduziu licitação promovida pela Universidade Federal Fluminense (UFF) solicitou a reforma do julgado original para suprimir multa que lhe fora aplicada em razão de irregularidades verificadas no procedimento licitatório. Entre as falhas que levaram o Tribunal a apenar o responsável, destacou-se a sua recusa em aceitar proposta de licitante para dois itens do edital, com preços significativamente inferiores ao da empresa ganhadora da competição, *“pelo fato de a licitante não ter feito constar corretamente a marca dos produtos ofertados, sem que tenha sido feita a diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993, visando esclarecer a marca dos produtos ofertados”*. Em seus argumentos recursais, reproduzidos pelo relator, o pregoeiro justificou, entre outros motivos, que: i) a empresa *“nem poderia participar do certame, já que sua atividade não se coadunava integralmente com o objeto da disputa”*; ii) a proposta recusada havia desatendido o edital ao informar *“a marca/fabricante dos produtos, mas*

não inserir o modelo ofertado”; iii) o mencionado dispositivo da Lei de Licitações e Contratos não o obrigava a realizar diligência para sanear a questão; iv) não fora comprovada a capacidade de fornecimento da empresa. **O relator, concordando com a unidade técnica, destacou que não existia qualquer obstáculo estatutário que impedisse a participação da licitante, desclassificada sem motivo justo, pois a realização de mera diligência esclareceria as dúvidas sobre o questionado atendimento ao edital. Aduziu que “a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de condenar a inabilitação de licitantes em virtude da ausência de informações que possam ser supridas por diligência, sem que essa pesquisa se constitua inserção de documento novo ou afronta à isonomia**”. Além disso, o instrumento convocatório *“previa a possibilidade de o pregoeiro solicitar informações acerca das características do material ofertado, tais como marca, modelo, tipo e fabricante”*. Com relação à falta de comprovação de capacidade de fornecimento da empresa inabilitada, o relator afirmou que o argumento não devia prosperar, uma vez que a desclassificação da licitante *“não se deu por sua incapacidade comercial, mas por formalidades supríveis em simples diligência, além do fato de ter ficado assente nos autos que essa empresa já havia participado e vencido outros certames de objeto semelhante”*. Assim, diante das razões expostas pelo relator, o Tribunal conheceu do recurso e, no mérito, negou-lhe provimento. Acórdão 918/2014-Plenário, TC 000.175/2013-7, relator Ministro Aroldo Cedraz, 9.4.2014. (Grifamos).

Não obstante, a Nova Lei de Licitações nº 14.133/21, encampou a jurisprudência sedimentada e, expressamente, também, previu a possibilidade de correções na documentação do licitante, vejamos:

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

[...]

III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;

E, especificamente quanto à habilitação, o § 1º do art. 64 assegura a prerrogativa da Administração em “*sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação*”.

Não apenas nos casos de omissão ou obscuridade nos documentos de habilitação e/ou da proposta, mas, havendo alguma falha formal, há, não uma faculdade, mas um poder-dever do agente de contratação de realizar a diligência, superando-se o dogma do formalismo excessivo e prestigiando a razoabilidade e a busca da eficiência, a ampliação da competitividade e a proposta mais vantajosa para a Administração.

4. DOS PEDIDOS

Conforme os fatos e argumentos apresentados nestas CONTRARRAZÕES RECURSAIS, solicitamos como lúdima justiça que:

- a. Seja acolhida a preliminar arguida a fim de que a peça recursal do recorrente sequer seja analisada, tendo em vista a coisa julgada administrativa, tornando assim a decisão do processo administrativo irretratável;
- b. Caso não seja o entender do N. Julgador, que a peça recursal do recorrente seja conhecida para, no mérito, ser **indeferida integralmente**, ou, na pior das hipóteses, caso entenda ser necessário, que seja concedido tempo hábil para as correções apontadas;
- c. Por fim, seja declarada a empresa **JOSÉ APARECIDO GIMENES ME (JG MANUTENÇÃO)** vencedora do **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 133/2023**.

Nestes termos, pede e aguarda deferimento.

Araraquara-SP, 31 de julho de 2024.

JOSÉ APARECIDO GIMENES ME