

Pregão/Concorrência Eletrônica

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRA RAZÃO:

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA – ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Pregão Eletrônico nº 131/2022
Processo Administrativo nº 11562/2022

ÔMEGA ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS ESPECIALIZADOS S/A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 58.981.366/0001-79, com sede na Rua Novik, nº 163, Distrito Industrial, Salto/SP, CEP: 13.329-620, vem, respeitosamente perante Vossa Senhoria, por meio de seu administrador, na forma do Estatuto Social, apresentar CONTRARRAZÕES RECURSO ADMINISTRATIVO, interposto pela empresa HORTO CENTRAL MARATAIZES LTDA, em face da habilitação da empresa recorrida, o que o faz pelas razões que de fato e de direito doravante passa a expor:

I. SÍNTESE FÁTICA

A Prefeitura Municipal de Volta Redonda, Estado do Rio de Janeiro, promove o Pregão Eletrônico nº 131/2022, no escopo de realizar a contratação de empresa especializada no preparo e fornecimento de alimentação escolar, para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Educação, conforme especificação detalhada no Termo de Referência – Anexo I.

Após a empresa Recorrida sagrar-se vencedora, a ora Recorrente interpôs recurso administrativo visando a sua desabilitação, alegando, em síntese (a) que a Recorrida estaria impedida de licitar, face a penalidade aplicada à empresa NUTRIPLUS ALIMENTACAO E TECNOLOGIA S/A.; (b) a ausência de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas; (c) a ausência de apresentação da Demonstração de Resultado Abrangente (DRA), Demonstração de Fluxo de Caixa e Notas Explicativas; (d) a não comprovação de capacidade técnica pelos atestados apresentados; e (e) a apresentação de cálculos equivocados na planilha de composição de custos.

Ocorre que, como veremos adiante, as razões do recurso interpostos não deve prosperar, sendo certo que não merece provimento em nenhum aspecto, conforme será mais bem explorado a seguir.

(a) Da Regularidade da Habilitação da Recorrida Ômega Alimentação e Serviços S/A. Da Inexistência de Fato Impeditivo do Direito de Licitar. Empresa Idônea. Ausência da Incidência de Qualquer Sanção ou Penalidade:

A Recorrente alega que a empresa Recorrida existe unicamente para fins de fraude, aduzindo que os sócios desta empresa, são também acionistas de empresas diversas, entre elas, a Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A., que por sua vez possui sanção de Impedimento de Contratar com a Administração Pública, requerendo, portanto, que tal penalidade seja aplicada estendida em sede administrativa a ora licitante.

Inicialmente, cumpre informar que os sócios da empresa Recorrida são os Sr. Ignácio de Moraes Junior e o Sr. Gerson Jonas Pittorri, sendo que inexistente qualquer penalidade ou sanção registrado em seus nomes perante os cadastros municipais, estaduais e federais que lhes tolha o direito de licitar ou contratar com a administração pública.

A Recorrente baseia suas alegações no fato do Sr. Ignácio Moraes Junior e o Sr. Gerson Jonas Pittorri também serem acionistas da Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A., empresa que supostamente estaria impedida de licitar e contratar com a administração pública do município de São Paulo.

Todavia, arditosamente a Recorrente maquia a verdade dos fatos, no escopo de induzir em erro a administração pública do município de Volta Redonda, uma vez que afirmam falaciosamente que a Recorrida foi constituída para burlar a sanção aplicada a empresa diversa, bem como que eventual impedimento de contratar e licitar impediria que a empresa celebrasse contrato para com este ente público municipal.

Cumprido informar que a sanção imposta à empresa Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A. aplicada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE produz eficácia exclusivamente perante o Município de São Paulo, conforme já reconhecimento em decisão proferida nos autos de nº 1031238-83.2022.4.01.0000, pelo Desembargador Federal Carlos Augusto Brandão, do Tribunal Regional Federal da 01ª Região, veja-se:

Ademais, não obstante a limitação territorial da sanção aplicada e da distinção entre as empresas, em decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE restou reconhecida que a responsabilidade pelos atos ali objeto de punição, dizem respeito unicamente a pessoa jurídica da Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A., eximindo de responsabilidade administrativa e civil os acionistas Ignácio Moraes Júnior e Gerson Jonas Pittorri:

Desta feita, as alegações da Recorrente são duplamente falaciosas, primeiramente pela independência das empresas Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A. e a Recorrida, bem como inexistência de qualquer fato impeditivo de licitar e contratar com a administração pública de Volta Redonda imposta contra os sócios.

Sem embargo, a existência de sócios em comum entre a empresa Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A. e a Recorrida e a inexistência de responsabilização dos sócios, obsta qualquer tipo de transferência de tal punição a Recorrida, sobretudo, diante do princípio da individualidade da pena, estabelecido no artigo 5º, inciso XLVI, da C. Federal.

A inexistência de fatos impeditivos do direito de licitar e/ou contratar com a administração pública em geral dos sócios pode ser consultado e comprovada mediante pesquisa no SICAF, atestando, desta forma a inexistência de qualquer tipo de sanção imposta em nome dos sócios:

No tocante a alegação de abuso da personalidade jurídica por parte da Recorrida, que – supostamente – estaria sendo utilizada em caráter fraudulento, as alegações nascem natimortas, visto que a ora licitante foi constituída há aproximadamente 20 (vinte) anos, sendo que desde sua constituição atua no mesmo ramo empresarial, com efeito a exploração da atividade empresarial no ramo de alimentos precede a aplicação de qualquer penalidade a empresa Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A., que datam do ano de 2021, em contrapartida a constituição e atuação daquele que datam de 01 de fevereiro de 2003:

Deste modo, os argumentos levantados pela Recorrente beiram o absurdo e má-fé, se prestando exclusivamente para induzir em erro a administração pública municipal e tumultuar o procedimento licitatório, em prejuízo dos princípios perscrutados pela administração pública municipal no procedimento licitatório.

Em relação a empresa Alimentare, inexistente qualquer punição, sendo que o Recorrente traz o nome desta, unicamente para tumultuar o processo, sem qualquer motivação lógica para tal, sobretudo, diante da ausência de maiores provas de qualquer relação ou imposição de penalidade contra a empresa.

Salienta-se, não existe contra a Recorrida qualquer punição ou restrição de qualquer sentido, portanto, devidamente válida a sua habilitação no presente certame, de modo sua habilitação e classificação seguiu estritamente o princípio da legalidade.

Evidente no caso, que a Recorrente superficialmente requer a desconsideração da personalidade jurídica da Recorrida, contudo, neste ponto é imprescindível que haja a demonstração da prática de ato com intuito de frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação, bem como abuso da personalidade jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica somente é possível quando verificar o desvio de finalidade, caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudes terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial.

No caso dos autos por sua vez, restou demonstrado que a constituição da Recorrida ocorreu muito antes da aplicação de qualquer penalidade a empresa Nutriplus, bem como, não houve qualquer responsabilização dos sócios. Apenas para elucidar a questão, traz-se o entendimento doutrinário do professor Marçal Justen Filho :

Quando a pessoa jurídica for a via para realização da fraude, admite-se a possibilidade de superar-se sua existência. Essa questão é delicada, mas está sendo enfrentada em todos os ramos do Direito. Nada impede sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo, desde que adotadas as cautelas cabíveis e adequadas. Não se admite que se pretenda ignorar a barreira da personalidade jurídica sempre que tal se revele inconveniente para a Administração. A desconsideração da personalidade societária pressupõe a utilização ilegal, abusiva e contrária às boas práticas da vida empresarial. E a desconsideração deve ser precedida de processo administrativo específico, em que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório a todos os interessados. (g.n.)

Desta forma, eventual reconhecimento de abuso e a consequente aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, só poderiam ocorrer após a conclusão de um processo administrativo, sob pena de nulidade, com a efetivação do devido processo legal e realização de diligências.

Importante destacar que a Lei Federal nº 8.666/93, prevê claramente em seu art. 9º os casos em que determinadas empresas não possam participar das licitações, sendo certo que qualquer restrição de participação das supra previstas é inequivocadamente exagerada e desprovida de previsão legal.

Ademais, o Tribunal de Contas da União há muito tem se manifestado pela possibilidade de participação em certames de empresas que detenham os mesmos sócios, afastando qualquer tipo de ilicitude, de modo que se empresas que detenham os mesmos sócios podem participar de um mesmo certame, inequivocamente não há que se falar em extensão das penalidades administrativas de uma empresa à outra:

A participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação não afronta a legislação vigente e somente merece ser considerada irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes, como nos casos de: a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra.

Informativo de Licitações e Contratos 143/2013

A vedação de participação em licitações sob a modalidade concorrência de empresas com sócios comuns é ilícita, apesar de poder constituir indício que, somado a outros, conforme o caso concreto, configure fraude ao certame.

Informativo de Licitações e Contratos 78/2011

Por sua vez, a nova Lei de Licitações em seu art. 160, prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, porém, deixa claro que diante da gravidade da medida, deve obrigatoriamente haver o contraditório, ampla defesa e análise jurídica, veja-se:

Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

É certo que sendo a Recorrida constituída pretérita a qualquer aplicação de penalidade, gozando inclusive de capacidade técnica posterior, o que demonstra a sua autonomia patrimonial e operacional, fica nítido que inexistente abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, nos termos do artigo 160 da N. Lei de Licitações.

Em relação a jurisprudência, destaca-se o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que sobre o tema assim decidiu:

“inaplicável a desconsideração da personalidade jurídica no presente caso. Não foram apurados indícios de fraude, nem constatado o intuito de criação de nova pessoa jurídica para burlar o procedimento administrativo”. (...) Com fundamento nesses argumentos, foi negado provimento aos recursos, mantendo a sentença em reexame necessário para permitir que a empresa impetrante participe do certame. (Grifamos.) (TJ/PR, ACRN nº 1567056-9)

Assim, inexistente no caso qualquer indício de fraude, ou comprovação de que a Recorrida tenha sido criada unicamente para este fim, devendo ser o pedido negado e mantida a habilitação da Recorrida, sobretudo, pois constituída muito antes do que qualquer penalidade aplicada à empresa Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A., que não houve responsabilização dos sócios desta, que inexistente processo/procedimento que busque a responsabilização dos sócios ou da empresa Recorrida e nem da Alimentare.

Outrossim, requer desde logo seja julgado totalmente improcedente as alegações da Recorrente, fim de manter a habilitação da empresa Recorrida, diante da ausência de qualquer fato impeditivo do direito de licitar ou contratar com a administração pública municipal, nos termos do artigo 5º, inciso XLV, inciso LIV e inciso LV da C. Federal c/c artigo 160 da N. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

(b) Da Regularidade da Certidão de Débitos Nacionais Trabalhista. Certidão Válida e Eficaz. Nova CNDT. Negativa com Efeitos de Positiva. Artigo 27, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/1993:

Afirmam a Recorrente que a Recorrida deve ser inabilitada, pois em tese, possui Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas, com cinco apontamentos, dos quais apenas dois possuem efeitos de negativa, pelo que não satisfaria as exigências estabelecidas no Edital, sem qualquer razão, contudo.

Contudo, a Certidão Negativa de Débitos Trabalhista apresentada no momento da fase de habilitação lances pela Recorrida atesta a inexistência de débitos trabalhistas de qualquer natureza, tendo sido emitida em 19 de agosto de 2022, com validade até 15.02.203, ou seja, dentro do prazo legal de 180 (cento e oitenta) dias consoante Ato 01/2022 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho:

Cabe destacar que referida certidão é regulamentada especificamente pelo Tribunal Superior do Trabalho, que fixou o prazo de validade da mesma em 180 dias, exatamente como está prescrito na legislação, pelo que é evidente que estando o documento dentro do seu prazo de validade, não cabe a administração ou qualquer outra pessoa, dar entendimento contrário, negando fé ao documento, nos termos do artigo 19, inciso II, da C. Federal.

Deste modo, a certidão apresentada cumpre de forma cabal o disposto em edital, sendo que a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas apresentada e dentro da validade, confirma a situação da Recorrida, inexistente justificativa lícita para obstar sua validade.

Nesse mesmo sentido, cumpre ressaltar o entendimento já sedimentado pela jurisprudência em julgamento de mandado de segurança pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, que reconhecer a ilegalidade do não conhecimento da CNTD dentro do prazo de validade, veja-se:

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS - CNDT. LEI 12.440/2011. PRAZO DE VALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO POR DELIBERAÇÃO ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PROVIMENTO DA APELAÇÃO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. 1 - A Lei nº 12.440/2011 alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, instituindo a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), com previsão de prazo de validade de 180 (cento e oitenta) dias, incluindo o documento como prova de regularidade fiscal para os efeitos previstos na Lei nº 8.666/1993. 2 - Em ato administrativo interno, a administração superior da CONAB determinou que em cada uma das operações de venda de produtos realizada por aquela empresa pública fosse realizada consulta à base de dados do TST para verificar a situação de regularidade da empresa participante relação ao disposto no artigo 642-A, afastando a validade de certidão negativa que fosse apresentada, mesmo que dentro de prazo de validade em conformidade com os termos da lei que a instituiu. 3 - Não observa o princípio da legalidade a sentença que afirma ser possível edital de licitação estipular regras que deixam de observar os termos de legislação vigente que são com ela incompatíveis, mesmo que a justificativa da Administração seja a busca de proteção ao interesse público pela utilização de informação mais atualizada, argumento que não pode justificar a mitigação do texto legal. 4 - Existindo expressa previsão de prazo de validade da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas expedida em conformidade com o que dispõe a Lei nº 12.440/2011, a Administração deve admitir sua validade para todos os efeitos, em conformidade com o que determina o artigo 3º do diploma legal. 5 - Estando patente a ilegalidade do ato impugnado, concede-se a segurança pleiteada para reconhecer que o prazo de validade da CNDT é o estipulado na lei, devendo a Administração aceitar como válido o instrumento que lhe é apresentado e está dentro do prazo de validade para os efeitos de comprovação de regularidade trabalhista previstos na Lei 8.666/1993. 6 - Apelação provida. (TRF1, AC 0015595-39.2012.4.01.3400 DF, Quinta Turma, Rel. Des. Selene Maria de Almeida, DJ: 25.03.2013)

Assim, incontroverso no caso, que a CNTD apresentada deve ser considerada plenamente válida, com o improvimento do recurso administrativo, uma vez que qualquer entendimento contrário, afronta a C. Federal, que determina a proteção ao ato jurídico perfeito no seu art. 5º, inciso XXXVI, sendo manifestamente ato abusivo e ilegal.

Deste modo, pugna-se pelo desprovimento integral do recurso, com o reconhecimento da validade da CNTD apresentada, haja vista que emitida dentro do prazo de cento e oitenta dias e comprova a boa situação da empresa, cumprindo integralmente com o edital.

Contudo, tendo em vista que a Recorrente indica que a Recorrida possui cinco apontamentos em sua CNDT faz-se necessário esclarecer que em 10/01/2023 foi emitida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com Efeitos de Negativa, em que se verificam três apontamentos, sendo que em dois destes a exigibilidade está suspensa e no outro o débito está garantido por depósito, bloqueio numerário ou penhora de bens suficientes:

Portanto, em hipótese alguma poderia a Recorrente aduzir que esta empresa está inadimplente para com a Justiça do Trabalho, pois o próprio documento comprova o contrário, a dívida está garantida, ou seja, esta empresa já apresentou para o Juízo valores, bloqueio de seus valores ou já indicou bens à penhora, de modo que basta executá-los ou aguardar decisões de recursos pendentes para executá-los.

Com efeito, a Resolução Administrativa 1470 de 24 de agosto de 2011, que regulamenta a expedição da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT e dá outras providências, em seu artigo 6º, §2º, dispõe que:

"Suspensa a exigibilidade do débito ou garantida a execução por depósito, bloqueio de numerário ou penhora de bens suficientes, devidamente formalizada, expedir-se-á Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com os mesmos efeitos da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, observado o modelo constante do Anexo III", nos termos do artigo 642-A, § 2º da CLT. "Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. § 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)"

Ou seja, esta empresa só poderia ser considerada inadimplente se não houvesse efetivado o pagamento do débito ou descumprisse obrigação de fazer ou não fazer o determinado em sentença condenatória, acordos judiciais trabalhistas ou execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia:

Art. 1º É instituído o Banco Nacional de Devedores Trabalhistas – BNDT, composto dos dados necessários à identificação das pessoas naturais e jurídicas, de direito público e privado, inadimplentes perante a Justiça do Trabalho quanto às obrigações:

I – estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado ou em acordo judiciais trabalhistas; ou

II – decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

§1º para os fins previstos no caput, considera-se inadimplente o devedor que, devidamente cientificado, não pagar o débito ou descumprir obrigação de fazer ou não fazer, no prazo previsto em lei.

Portanto, os artigos mencionados traduzem-se pela observância do cumprimento do artigo 1º, § 1º da mesma resolução, já que a Recorrida não pode ser considerada inadimplente, uma vez que devidamente cientificada, garantiu totalmente o débito ou cumpriu obrigação de fazer ou não fazer, no prazo previsto em lei, mediante determinação judicial expressa.

Cabe ressaltar que, se esta empresa estivesse inadimplente a Certidão seria Positiva de Débitos Trabalhistas, conforme previsto no artigo 6º, §1º da Resolução 1470, de 24 de agosto de 2011 do TST:

Art. 6º A Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT não será obtida quando constar do Banco Nacional de Devedores Trabalhistas o número de inscrição no CPF ou no CNPJ da pessoa sobre quem deva versar.

§1º na hipótese prevista no caput, expedir-se-á certidão positiva de débitos trabalhistas – CPDT, observado o modelo constante do anexo ii.

Por fim, numa hipótese remota deste órgão acatar a tese absurda apresentada pela Recorrente, requer-se pela realização de diligência para sanar quaisquer dúvidas que por ventura permaneçam sobre o (in)adimplemento da Recorrida perante a Justiça do Trabalho. Conforme entendimento já esposado pelo STJ:

"A promoção de diligência é uma faculdade da Comissão de licitação, constituindo, portanto, medida discricionária do administrador" (REsp 102.224/SP, 2ª T., rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 5.4.2005, DJU 23.5.2005).

Cabe apresentar o entendimento doutrinário que entende ser a diligência um dever e não discricionariedade:

"Em primeiro lugar, deve destacar-se que não existe uma competência discricionária para escolher entre realizar ou não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações nele contidas envolverem pontos obscuros de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados -, a realização de diligências será obrigatória. Ou seja, não é possível decidir a questão (seja para desclassificar o licitante, seja para reputar superada a questão) mediante uma escolha de mera vontade. Portanto, a realização da diligência será obrigatória se houver dúvidas relevantes" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª Ed., São Paulo:Dialética, 2008, p. 556).

Assim, a argumento da empresa Recorrente de que a Certidão Nacional Trabalhista Débito apresentada pela Recorrida é inválida, não merece prosperar, uma vez que é possível aos pregoeiros realizar consulta atualizada e verificar a situação atual da empresa, que se encontra dentro das condições de habilitação estabelecidas pelo edital e consoante estabelecido no artigo 27, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/1993.

Outrossim, diante do exposto, visando comprar a sua boa-fé, a Recorrida junta neste momento, Certidão Nacional Positiva de Débitos Trabalhistas com Efeito de Negativa, dentro da validade e expedida em 10.01.2023, pelo que requer desde logo seja julgado totalmente improcedente as alegações da Recorrente diante da satisfação das exigências estabelecidas no Item 2.3.7, do anexo II do e Edital e artigo 27, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/1993.

(c) Ausência Da Capacidade Técnica

Ainda, alega a Recorrente, ainda, sem qualquer fundamento, que os atestados técnicos apresentados são insuficientes, já que violariam o prazo mínimo de um ano de duração e não comprovariam o quantitativo mínimo necessário, de modo que de forma equivocada entende que a empresa deveria ser inabilitada, face ao disposto no Item 12.5.1 do Edital:

A Recorrente questiona o fato de não haver prazo de término em vários atestados apresentados, contudo, por se tratarem de serviços que continuam sendo prestados às referidas empresas, evidente que não há data de término, de modo que referidos serviços seguem sendo prestados sem interrupção e/ou previsão de encerramento.

Repise-se que os contratos celebrados decorrente dos respectivos atestados constituem contratos de prazo indeterminado, tendo em vista que estão submetidos ao regime de contratação da iniciativa, de modo que vigoram até que as partes de comum acordo, ou unilateralmente deliberem pela resolução do negócio jurídico, nos termos do artigo 475 do C. Civil.

Nesse sentido observa-se dos atestados citados que em todos a nutricionista responsável atestou que a Recorrida vem desempenhando suas funções em perfeitas condições até a data da emissão dos atestados, não havendo que prosperar o argumento de que estes seriam inválidos apenas por não constar a data de término.

Com efeito, em diligência realizada, a Recorrida Omega Alimentação e Serviços Especializados S/A. apresentou todos os contratos, notas fiscais e documentos operacionais necessários a corroborar as alegações, demonstrando de forma inequívoca para a administração pública municipal sua capacidade técnico operacional para executar os serviços.

Ainda, questiona a Recorrente o fato de que estariam sendo contabilizadas pequenas refeições enquanto grandes refeições, contudo, não há qualquer menção a tal conversão no Edital, de modo que busca estabelecer interpretação restritiva do edital, em prejuízo ao disposto no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/1993.

Note-se que a Recorrida apresentou diversos Atestados para fins de comprovação da sua qualidade técnica operacional e profissional, com efeito, o fornecimento de refeições ficou amplamente demonstrado, consoante estabelecido no artigo 30, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993:

"Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;" (grifo nosso)

Não obstante, ainda, é certo que referidas disposições legais ainda estabelecem que será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, consoante disposição literal estabelecida no artigo 30, inciso II e §3º, da Lei nº 8.666/1993:

"Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; (...)

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior." (grifos nossos)

Conforme se observa, não há como sustentar que a Recorrida não comprovou capacidade técnica operacional e profissional para os serviços indicados em Edital, visto inclusive que os cálculos realizados pela administração pública municipal consideraram as particularidades dos atestados apresentados.

Foram apresentadas as respectivas Certidões de Acervo Técnico, quanto a capacitação técnico-profissional do responsável técnico, com serviços nitidamente prestados por período muito superior a um ano, atingindo o quantitativo mínimo exigido, comprovado de forma inequívoca que a Recorrida prestou serviços em quantidade e complexidade superiores ao objeto da licitação, na forma do estabelecido pelo respectivo conselho.

A Recorrida comprovou de forma inequívoca a sua qualificação técnica e a capacitação técnico-profissional dos responsáveis técnicos indicados, nos termos do edital vigente e da legislação pátria, inexistindo, qualquer justificativa lícita que justifique a inabilitação pretendida pela Recorrente, consoante disposição literal estabelecida no artigo 30, §3º, da Lei nº 8.666/1993.

Ao que consta, em última análise, a Recorrida participou da presente concorrência com o entendimento exposto pelo próprio Tribunal de Contas da União de que a experiência técnica deveria ser analisada sob o aspecto da compatibilidade ou semelhança e não da igualdade de experiência anterior, o que atenta para os julgados do órgão quando a análise da capacidade técnica das empresas e que não pode levar ao extremo de considerar a empresa inabilitada por ter apresentado melhor preço no referido Pregão.

Conforme provado pelos diversos atestados juntados, o acervo de serviços prestados realizados em todos os contratos anteriores, devidamente atestados pelos responsáveis e apresentados pela Recorrida, comprovam notório know-how e plena comprovação de capacidade técnica operacional e profissional, nos termos do Item 12.5 do Edital.

Reitera-se, cabe aos licitantes comprovarem a execução de atividade similar ou superior complexidade pertinente ao objeto da licitação, é inquestionavelmente aceito na legislação vigente, bem como no edital, consoante disposto no artigo 30, da Lei nº 8.666/1993.

Portanto, a mera alegação de que não restou comprovada a prestação de serviço pelo prazo mínimo estabelecido e que não teria alcançado o quantitativo mínimo indiscutivelmente comprovadas pela Recorrida é uma falácia utilizada de forma temerária, visto que pode ferir à competitividade do certame e a igualdade de condições a todos os concorrentes, mormente que a finalidade é a mesma, sendo, desta forma semelhantes, na forma estabelecida no artigo 30, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993:

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

Ademais, negar a capacidade técnica da Recorrida, mormente diante da sua ampla experiência para execução dos serviços licitados consiste em excesso de formalismo, o que não se mostra crível, consoante disposto no § 1º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, que veda aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de

convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.

Dessa forma, qualquer exigência qualitativa ou quantitativa que, de algum modo, sob qualquer ângulo, restrinja a competitividade deve ser rechaçada, sobretudo, pois as exigências de qualificação técnica e econômica devem se restringir ao estritamente indispensável para garantia do cumprimento das obrigações, consoante disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Destarte, as alegações da Recorrente, não obstante ferirem as disposições estabelecidas no Edital, é certo que violam ainda as disposições legais e constitucionais, mormente, que comprovado que a Recorrida possui capacidade técnica para execução do objeto licitado.

Nesse sentido, o Poder Judiciário já reconheceu por diversas oportunidades que a exigências da comprovação da capacitação técnica deve ser realizada por meio de serviços similares ou congêneres, nunca idênticos, ou específicos, sob pena de violar a concorrência:

"3. A experiência anterior está restrita a serviços similares ou congêneres e não a idêntico. Art. 30, § 3º, da Lei nº 8.666/93. Afigura-se, portanto, ilegal desconsiderar atestado para provar a execução de galeria pluvial cuja obra empregou tubos de concreto no lugar de aduelas de concreto. Havendo prova da execução de serviço similar em quantidade superior à exigida no edital é de ser confirmada a sentença remetida." (Apelação e Reexame Necessário Nº 70056366719, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 14/11/2013)

Ainda, cabe invocar a Súmula nº 263 do Tribunal de Contas da União, a qual estabelece que apesar de lícita a exigência da comprovação da capacidade técnica, é certo que ela deve ser realizada se estabelecendo a comprovação de serviços com características semelhantes:

Súmula 263: Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Sem embargo, ainda, o Tribunal de Contas da União estabelece que a exigência técnica deve ser fixada dentro dos são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, não sendo dessa forma admitidas exigências sem relação com o objeto licitado:

Acórdão 1.417/2008 – Plenário

Capacidade técnica – pertinente ao objeto licitado, o TCU determinou: '9.2.2. ao inserir nos editais de licitação exigência de comprovação de capacidade técnica, seja a técnico-profissional ou técnico-operacional, como critério de pontuação de proposta técnica ou como requisito indispensável à habilitação de licitantes, consigne expressa e publicamente os motivos dessa exigência e demonstre, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado' (TCU. Processo TC-007.535/2005-6. Acórdão 1.417/2008 – Plenário).

Desta forma, os atestados apresentados revelam a experiência anterior da Recorrida na execução de objetos similares ao licitado, em características, quantidades e prazos. A lógica que baseia a qualificação técnica, conforme já esclarecido, envolve uma presunção de capacidade.

De acordo com a lei que rege o certame, se reconhece que o sujeito que comprovar já ter realizado um objeto equivalente ao licitado será presumido "apto" para desenvolver o objeto da licitação.

Outrossim, diante do exposto, bem como face a diligência realizada pela Comissão de Licitação, bem como atestados de capacidade técnico operacional apresentados, com a satisfação integral das exigências estabelecidas no Edital, requer desde logo que seja julgado improcedente o recurso manejado pela Recorrente, mantendo-se a habilitação da Recorrida, diante da comprovação dos requisitos técnicos estabelecidos no instrumento convocatório, nos termos do Item 12.5.1 do Edital c/c artigo 3º c/c artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/1993.

(d) Do Balanço Apresentado. Demonstração Idônea das Informações Contábeis. Cumprimento Integral dos Requisitos do Edital:

Primeiramente, imperioso mencionar que a Recorrida é uma empresa séria e, como tal, preparou sua proposta totalmente de acordo com o edital, apresentando seu melhor preço, que foi prontamente aceito por essa Administração, sendo ainda notória no mercado, face a sua solvência e capacidade econômica para execução dos contratos.

Entretanto, a Recorrente com o claro intuito de tumultuar e prejudicar o andamento do certame, apresentou um recurso absurdo, ensejando um julgamento demasiadamente formalista e desconsiderador dos princípios basilares que regem os procedimentos licitatórios.

Especificamente no tocante a legislação pertinente, destaca-se a Lei nº 8.666/1993 e a Lei Federal nº 10.520/2002 sobre o tema em questão, ou seja, a qualificação econômico-financeira e a sua função na licitação, estabelecem que a finalidade perscrutada se presta a atestar a boa capacidade financeira da empresa e das licitantes para execução do objeto contratado:

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

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta; (...)

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (...)

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta

avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

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

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

Especificamente sobre o tema, Jessé Torres Pereira Jr leciona que leciona e a função dos é de aferir a capacidade financeira do habilitante em face dos compromissos pertinentes ao contrato que decorrerá da licitação, sendo que dentro dessa perspectiva que os índices devem ser considerados:

"O parágrafo assenta regra que condicionará a interpretação de todo o artigo. Os indicadores econômico-financeiros exigidos no ato convocatório terão de ser aqueles indispensáveis para aferir a capacidade financeira do habilitante em face dos compromissos pertinentes ao contrato que decorrerá da licitação. Se a higidez financeira do licitante bastar à execução do futuro contrato, satisfaz às cautelas da lei e às exigências do edital, ainda que os indicadores mostrem situação modesta. O paradigma da avaliação é o valor dos encargos a que se obrigará o licitante vencedor do certame, e não o da situação de outros licitantes." (Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública, ed. Renovar, 2002, pp. 367/369.)

Nota-se que as exigências legais se destinam, exclusivamente, à seleção dos licitantes com capacidade econômico-financeira suficiente a assegurar a execução integral do contrato. Logo, o objetivo é prevenir a Administração Pública para que empresas aventureiras e sem quaisquer responsabilidades ou respaldo financeiro, participem e vençam o certame e, durante a execução da obrigação contratada, não apresentassem capacidade para concluir o objeto da obrigação.

Assim, a comprovação da boa situação financeira da empresa deve ser feita de forma objetiva, ou seja, o critério de julgamento dos índices sempre deverá estar expresso no edital de forma clara e objetiva, não restando dúvidas ou omissões. Logo, qualquer critério subjetivo de julgamento será de pronto afastado e declara inválido, consoante estabelecido no item 12.4.4 do Edital.

Ressalta-se que a Recorrida apresentou todos os itens a título de Qualificação Econômico-Financeira exigidos, tendo em vista que os índices foram integralmente satisfeitos, consoante estabelecido no Edital, sendo que sua documentação contábil e financeira também cumpriu integralmente as disposições editalícias.

Especificamente com relação as alegações da ausência da Demonstração de Resultado Abrangente (DRA), cabe informar que referidas exigências decorrem exclusivamente de balanço patrimonial de empresas que quando da publicação das demonstrações contábeis estavam constituídas sob a forma de Sociedade Anônima.

Cabe informar que quando da publicação do balanço e demonstrações contábeis da Recorrida, referente ao exercício 2021, ano calendário 2022, a empresa Recorrida estava constituída sob a forma de sociedade limitada, de modo que referida exigência não se mostra exigível, visto a transformação societária após a publicação do balanço, inclusive consoante declaração da Contadora da empresa.

Quando as Notas Explicativas e Fluxo de Caixa, cabe informar que referida exigência não consta no Edital, sendo dessa forma dispensada a sua apresentação, face ao princípio da legalidade, mormente que referidos documentos constituem acessórios, não servindo para influenciar nos índices apresentados.

Assim, diante do princípio da legalidade e vinculação do Edital, de mostra dispensável a apresentação de referidos documentos, devendo dessa forma dispensável referidos documentos.

Diante do exposto, perceber-se que a Recorrida, ora vencedora do certame, atendeu todas as exigências do Edital, não restando dúvidas de que a Recorrida apresentou a documentação de habilitação de qualificação econômico-financeira no certame, devidamente registrado na forma da lei, demonstrando assim, que Empresa Vencedora possui higidez financeira.

Frisa-se o inciso XXI do artigo 37 da CF/88:

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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (g.n.)

O dispositivo legal é claro quanto a obrigatoriedade de o julgamento das propostas ser feito de forma objetiva, logo, a Pregoeira da licitação devem realizá-lo em conformidade com os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos.

Observando assim o que a CF/88 disciplina sobre exigir apenas as condições indispensáveis da qualificação econômica para garantir o cumprimento das obrigações, como já foi feito pela Pregoeira ao declarar a Empresa Vencedora da licitação. Convém destacar o posicionamento exarado pelo Tribunal de Contas da União, órgão máximo do controle externo nacional, conforme Acórdão 2962/2015 – Plenário, de Relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

A exigência de fotocópia integral do livro diário, como requisito de habilitação em licitação, contraria o princípio da eficiência administrativa, sendo suficiente para a análise da qualificação econômico-financeira apenas cópias das páginas referentes ao balanço patrimonial, às demonstrações contábeis e aos termos de abertura e de encerramento, autenticadas pela Junta Comercial.

Desta feita, não devem prosperar a argumentação de que a ausência de Demonstração de Resultado Abrangente (DRA), Demonstração de Fluxo de Caixa e Notas Explicativas implicam na inabilitação da Recorrida, com fundamento nos artigos 31, §1º da Lei 8.666/93 e artigo 37, XXI da CF/88, haja vista que esta cumpriu com as

exigências do Item 12.4.4 do Edital, mantendo assim, o resultado do certame que declarou a Recorrida como vencedora.

(e) Da Planilha de Composição dos Custos:

Imperioso destacar que a planilha de custos não é método de avaliação da proposta, pois o edital convocatório não prevê desclassificação de proposta por ausência ou inconsistência de planilha de custo, mas sim, faculta a sua adequação na forma estabelecida na legislação vigente, bem como na jurisprudência firmada pelos Tribunais Pátrios, sejam eles judiciais, quanto administrativos, portanto, insustentável o pedido de inabilitação/desclassificação proposto pelas Recorrentes.

Sobretudo, pois, a proposta das licitantes deve obrigatoriamente atender a forma e requisitos estabelecidos no Edital, observado o princípio do julgamento objetivo, a validade ou não da proposta está condenada ao menor preço formulado pelos concorrentes, devendo ser este o elemento norteador da deliberação da comissão com relação à proposta.

Uma vez que o compromisso que se firmará é de total responsabilidade da ofertante vencedora, que assumiu para si todos os custos e encargos indispensáveis a perfeita execução do objeto contratado, impossível presumir o não atendimento do objeto licitado sem oportunizar o atendimento contratual, como melhor entendimento que exporemos a seguir.

O Tribunal de Contas da União pacificou em entendimento da Súmula nº 262 do Tribunal de Contas da União: "O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta."

Até mesmo a Lei nº 10.024/19 é absolutamente clara em relação ao saneamento de erros que não alterem a substância das propostas.

"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." (g.n.)

No mesmo sentido determina o artigo 64, § 1º, da Nova Lei de Licitações:

Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

(...)

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá 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. (g.n.)

No caso vertente, a proposta apresentada pela Recorrida, desta forma, demonstrou a sua viabilidade, apresentando valores de mercado, adequados ao serviço prestado, concluindo assim pela inexistência de insumos subfaturados, ou suprimidos, atestando assim a exequibilidade da proposta na forma da legislação vigente.

Dentro dessa perspectiva, se mostra totalmente incabível as alegações formuladas pelas Recorridas, visto que com a apresentação da planilha de composição de preços que embasa a respectiva proposta, comprovando a prática de preços de mercado e a adequação ao Edital, se mostra incabível a inabilitação da licitante.

Contudo, ainda, que se entenda pela existência de algum vício material, é certo que aos licitantes é garantido a possibilidade de adequação da proposta, buscando garantir a manutenção da melhor oferta e zelar pela melhor empregabilidade do erário público. Nesta seara comunga Heley Lopes Meireles, assim como a jurisprudência melhor fundamentada:

A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial e lesiva à Administração ou aos outros licitantes, pois um simples lapso de redação, ou uma falha inócua na interpretação do edital, não deve propiciar a rejeição sumária da oferta. Aplica-se, aqui, a regra universal do *utile per inutile non vitiatur*, que o Direito francês resumiu no *pas de nullité sans grief*. Melhor que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal e inconstitucional com o caráter competitivo da licitação."

Além do mais, vejamos algumas decisões do Tribunal de Contas da União acerca de inexequibilidade de planilha de custos:

"Acórdão 830/2018-Plenário | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO ÁREA: Licitação | TEMA: Julgamento | SUBTEMA: Erro material 9.4.1. As omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não ensejam necessariamente a antecipada desclassificação das respectivas propostas, devendo a administração pública promover as adequadas diligências junto às licitantes para a devida correção das eventuais falhas, sem a alteração, contudo, do valor global originalmente proposto, em consonância, por exemplo, com os Acórdãos 2.546/2015, 1811/2014 e 187/2014, do Plenário do TCU;" (g.n.)

"Acórdão 637/2017-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ ÁREA: Licitação | TEMA: Proposta | SUBTEMA: Preço 9.5.2. A inexequibilidade de valores referentes a itens isolados da planilha de custos não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação de proposta com fundamento no §3º c/c inciso II, art. 48 da Lei 8.666/1993, pois o juízo sobre a inexequibilidade, em regra, tem como parâmetro o valor global da proposta;" (g.n.)

"Acórdão 2546/2015-Plenário | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO ÁREA: Licitação | TEMA: Julgamento | SUBTEMA: Erro material Enunciado A existência de erros materiais ou de omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratante realizar diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto. Cabe à licitante suportar o ônus decorrente do seu erro, no caso de a Administração considerar

exequível a proposta apresentada.” (g.n.)

“Acórdão 3092/2014-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS ÁREA: Licitação | TEMA: Proposta | SUBTEMA: Preço Enunciado. A proposta de licitante com margem de lucro mínima ou sem margem de lucro não conduz, necessariamente, à inexecuibilidade, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa. A desclassificação por inexecuibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, após dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta.” (g.n.)

Assim, tendo em vista o entendimento do Tribunal de Contas da União, no que se refere ao caráter acessório das planilhas orçamentárias, harmonizando-se os princípios do julgamento objetivo e do princípio da vinculação ao instrumento convocatório com a busca pela proposta mais vantajosa e a necessidade de utilização do formalismo moderado, e pelo fato de que a egrégia Corte de Contas entende ser possível a correção de erros formais e materiais de fácil constatação nas planilhas de custos, em todas as modalidades de licitação, desde que não haja alteração do valor e essa se mantenha exequível.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho defende que sempre que for possível a Administração, deve promover, mesmo de ofício, o suprimento dos defeitos de menor monta, não podendo conceber que toda e qualquer divergência entre o texto da Lei ou do Edital, conduza à invalidade, à inabilitação ou à desclassificação, não sem razão na Lei Federal nº 14.133/2009 (nova de Licitações e Contratos Administrativos), apenas vícios insanáveis justificariam a desclassificação da proposta, consoante artigo 59, inciso I e V, do respectivo diploma:

Desta forma, caso se entenda pela existência de algum vício, se mostra imprescindível que a Administração deva oportunizar a Recorrida retificar sua planilha, e que caso não o faça, estará ferindo de morte a jurisprudência já pacificada e já exposta e o direito líquido e certo da Recorrida.

Cabe lembrar que eventual erro da licitante se trata de vício sanável, permitindo que a administração pública efetivamente contratasse a proposta mais vantajosa, alcançando a finalidade do procedimento licitatório.

É obrigação da administração pública não somente buscar a proposta mais vantajosa, mas também demonstrar que concedeu a todos os concorrentes aptos a mesma oportunidade, fazendo-se cumprir as disposições legais constantes o Edital da Concorrência Pública.

Consoante entendimento pacífico, em casos dessa natureza, cabe ao administrador público realizar a aplicação do Princípio do Formalismo Moderado, de modo que as exigências e a formas para cumprimento das exigências legais e editalícias esvaziem o conteúdo, ou a finalidade perscrutada pelo certame.

Repise-se que o Princípio do Formalismo Moderado encontra respaldo nos princípios estabelecido na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a qual em matéria principiológica estabelece que a desclassificação da Recorrente caracteriza nítido excesso de formalismo, prejudicando ainda, em face do rigor excessivo os princípios e finalidades perscrutados pela administração pública, sobretudo diante da possibilidade de ratificação dos atos praticados, nos termos do artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei nº 8.248, de 23

Conforme demonstrado, reconhecendo-se enquanto erros materiais os valores indicados pela Recorrente, por se tratarem de erro material apenas, estes podem ser facilmente corrigido pela Recorrida, nos termos do artigo 43, §3º, da Lei Federal nº 8.666/1993:

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Reitera-se que o chamado erro material é aquele de fácil constatação, perceptível à primeira vista, a olhos nus, como no caso em comento. Não carece de maior exame para detectar que há um flagrante desacordo entre a vontade e o que de fato foi expresso no documento.

Não há necessidade de recorrer a interpretação de conceito, estudo ou exame mais acurado para detectar esse erro; ele é percebido por qualquer pessoa. É o erro “grosseiro”, manifesto, que não deve viciar o documento. Nesse caso repara-se o erro material, consoante entende ainda o Superior Tribunal de Justiça:

“Erro material é o reconhecido *primu ictu oculi*, consistente em equívocos materiais sem conteúdo decisório propriamente dito, como a troca de uma legislação por outra, a consideração de data inexistente no processo ou uma inexatidão numérica; e não, aquele que decorre de juízo de valor ou de aplicação de uma norma jurídica sobre o(s) fato(s) do processo” (REsp 1.021.841/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 7.10.2008, DJe 4.11.2008)

Repise-se que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já reconheceu a impossibilidade de realizar a desclassificação de propostas que contenham vícios sanáveis face a observância do Princípio do Formalismo Moderado, considerando a inexistência de irregularidade que macule as condições de habilitação da Recorrente:

DIREITO ADMINISTRATIVO - REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - CONCORRÊNCIA PÚBLICA - INABILITAÇÃO QUE SE MOSTRA DESARRAZOADA - FORMALISMO EXACERBADO - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - MERO ERRO MATERIAL. 1 - A desclassificação da concorrente, em razão da constatação de um erro material, que não tem o condão de causar prejuízos à administração, é um formalismo exacerbado, que não se justifica. 3 - Direito líquido e certo da impetrante reconhecido, visto que o ato impugnado não se faz conforme o princípio da razoabilidade. (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.18.064753-9/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/09/2019, publicação da súmula em 18/09/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA - VÍCIO FORMAL - FORMALISMO EXACERBADO - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. - Em sede de agravo de instrumento, cumpre averiguar a presença dos requisitos indispensáveis à concessão de liminar em mandado de segurança, previstos no art. 7º, III, da Lei 12.016/09, quais sejam: relevância do fundamento e perigo de ineficácia da segurança caso concedida definitivamente. - Demonstrada a plausibilidade do direito da empresa licitante inabilitada, na medida em que o formalismo excessivo na desclassificação da sua proposta por vício formal (erro material) não é consentâneo com o princípio da razoabilidade e, ainda, presente o perigo de ineficácia da medida caso concedida ao final, diante da iminência de uma contratação com a atual empresa vencedora. - Recurso não provido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0216.11.007938-3/001, Relator(a): Des.(a) Heloisa Combate , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/06/2012, publicação da súmula em 26/06/2012)

Dentro dessa perspectiva, é certo que a Nova Lei de Licitações estabelece desde logo que somente podem ser desconsideradas propostas que ainda que em desconformidade com o Edital, contenham vícios insanáveis (art. 59, inciso I e V, da Lei Federal nº 14.133/2021):

Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

I - contiverem vícios insanáveis; (...)

V - apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

Da mesma forma, ainda as disposições relativas ao pregão eletrônico, estabelecem desde logo que o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, consoante disposto no artigo 47 da Lei Federal nº 10.024/2019:

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.

No caso vertente, é incontroverso que a Recorrida pode realizar a saneamento do vício, com a efetiva correção dos itens descritivos, realizando a complementação dos documentos necessários a cognição integral e complementação da proposta vencedora, sendo que o faz desde logo, mediante a apresentação de nova proposta, devidamente corrigida encaminhada nesta para: cgc.pmvr@gmail.com.

Recentemente inclusive, em análise situação análoga ao dos autos, o T. de Contas da União 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).

Pelo exposto, portanto, ainda que a proposta apresente eventuais erros materiais, ela é compatível e atende as exigências do Edital, pelo que se requer pela improcedência do Recurso quanto ao tópico analisado, à míngua das alegações, e por esvaziamento dos embasamentos fáticos e jurídicos contidos nas razões recursais, permitindo desde logo o saneamento do expediente, sob pena de ofensa ao artigo 47 da Lei nº 10.024/2019; aos artigos 59 e 64, §1º da Lei nº 14.133/2021; e aos artigos 41; 43, §3º e §5º; 44; 45; 47 e 48 da Lei nº 8666/1993.

III DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS FINAIS:

Diante do todo exposto, requer seja recebido a presente contrarrazões ao Recurso Administrativo, no escopo de que seja integralmente julgado improcedente o recurso manejado pela Recorrente, nos termos que doravante seguem:

a. requer desde logo seja julgado totalmente improcedente as alegações da Recorrente, fim de manter a habilitação da empresa Recorrida Omega Alimentação e Serviços Especializados S/A., diante da ausência de qualquer fato impeditivo do direito de licitar ou contratar com a administração pública municipal, nos termos do artigo 5º, inciso XLV, inciso LIV e inciso LV da C. Federal c/c artigo 160 da N. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

b. Ainda, diante do exposto, visando comprar a sua boa-fé, a Recorrida junta neste momento, Certidão Nacional Positiva de Débitos Trabalhistas com Efeito de Negativa, dentro da validade e expedida em 10.01.2023, pelo que requer desde logo seja julgado totalmente improcedente as alegações da Recorrente diante da satisfação das exigências estabelecidas no Item 2.3.7, do anexo II do e Edital e artigo 27, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/1993; e

c. Ainda, face a diligência realizada pela Comissão de Licitação, bem como atestados de capacidade técnico operacional apresentados, com a satisfação integral das exigências estabelecidas no Edital, requer desde logo que seja julgado improcedente o recurso manejado pela Recorrente, mantendo-se a habilitação da Recorrida, diante da comprovação dos requisitos técnicos estabelecidos no instrumento convocatório, nos termos do Item 12.5.1 do Edital c/c artigo 3º c/c artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/1993; e

d. Desta feita, não devem prosperar a argumentação de que a ausência de Demonstração de Resultado Abrangente (DRA), Demonstração de Fluxo de Caixa e Notas Explicativas implicam na inabilitação da Recorrida, com fundamento nos artigos 31, §1º da Lei 8.666/93 e artigo 37, XXI da CF/88, haja vista que esta cumpriu com as exigências do Item 12.4.4 do Edital, mantendo assim, o resultado do certame que declarou a Recorrida como vencedora; e, por fim,

e. Requer, ainda que a proposta apresente eventuais erros materiais, ela é compatível e atende as exigências do Edital, pelo que se requer pela improcedência do Recurso quanto ao tópico analisado, à míngua das alegações, e por esvaziamento dos embasamentos fáticos e jurídicos contidos nas razões recursais, permitindo desde logo o saneamento do expediente, sob pena de ofensa ao artigo 47 da Lei nº 10.024/2019; aos artigos 59 e 64, §1º da

Lei nº 14.133/2021; e aos artigos 41; 43, §3º e §5º; 44; 45; 47 e 48 da Lei nº 8666/1993.

Termos em que, pede deferimento.
Salto/SP, 12 de janeiro de 2022.

ÔMEGA ALIMENTAÇÃO SERVIÇOS ESPECIALIZADOS S/A.
CNPJ nº 58.981.3666/0001-79

Fechar