Pregão Eletrônico

- **Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões**

DECISÃO DO PREGOEIRO: NÃO PROCEDE

Trata de recurso administrativo contra a decisão da Pregoeira ao HABILITAR para o Lote 1 a empresa 2TLB COMERCIO E SERVIÇOS LTDA-EPP, referente ao Pregão Eletrônico n. 4/2020, que tem por objeto o registro de preços para aquisição de mobiliário de escritório em geral, conforme o instrumento convocatório e Termo de Referência, interposto tempestivamente pela empresa ARAGORN SUPRIMENTOS E MANUTENCAO EIRELI.

Em virtude das exigências contidas no item 16 do instrumento convocatório, passaremos a expor os pontos a que a empresa pretende atacar.

Em síntese apartada, a recorrente alega que a condução do referido pregão foi feita em desacordo aos princípios das normas constitucionais e de direito administrativo, especialmente as que tratam dos princípios da legalidade, da isonomia, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da publicidade, e diz que se a ação se prosperar inalterada, será um ato de ilegalidade.

Aduz que a Pregoeira não atendeu ao item 12.6 do Edital, bem como, acusa a Pregoeira de agir de má-fé, afirmando que a Pregoeira deveria ter passado à empresa licitante no início da negociação os valores estimados unitários para que assim, a mesma adequasse sua proposta.

Diz que fatos como os alegados pela empresa fundamentaram o Acórdão 1502/2018 – Plenário-TCU e que as ações da Pregoeira não encontram guarida na Lei Federal n. 13.303/2016.

Alude que conforme exposto nos incisos V e VI do art. 51 da Lei Federal n. 13.303/2016, a etapa de negociação somente pode começar após a etapa de verificação de efetividade dos lances ou propostas, e que isso é fato e não direito discricionário do órgão, também diz que conforme definido no inciso IV do art. 56, serão desclassificados os lances ou propostas que se encontrem acima do orçamento estimado para contratação e que o referido pregão não abrange às ressalvas definidas nos parágrafos do art. 34.

Afirma que no art. 57 da Lei Federal n. 13.303/2016 é expresso de forma clara e inequívoca que confirmada a efetividade do lance ou proposta que obteve a primeira colocação na etapa de julgamento, ou que passe a ocupar essa posição em decorrência da desclassificação de outra que tenha obtido colocação superior, a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão negociar condições mais vantajosas com quem o apresentou.

Profere que a Lei Federal n. 13.303/2016 em nenhum momento apresenta a opção de realização da negociação para que os lances e propostas atinjam o valor estimado, e que os arts. 56 e 57 deixam claro que a negociação ocorre a partir de propostas e lances que atendam o valor estimado, devendo ser desclassificados aqueles que apresentem valores acima do estimado.

Acrescenta que, o Regulamento Interno de Licitações e Contratos (RILC) da Sanemar não se apresenta exatamente conforme o expresso na Lei Federal n. 13.303/2016, e que o mesmo faz uma interpretação diferente do teor da Lei e cria a possibilidade de negociação com licitantes que apresentem proposta acima do valor estimado.

Atesta que o exposto no RILC da Sanemar não se coaduna com a real interpretação da Lei Federal n. 13.303/2016 e manifesta que na interpretação literal da norma, a conclusão que se extrai é de que na hipótese de orçamento sigiloso, a negociação não é viável e destaca que essa é a posição de Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos: "(...) não terá cabimento a negociação referida pela lei quando tiver sido adotado o orçamento sigiloso de que trata o artigo 34 da LRE".

Aponta que em face do exposto, as questões que surgem são as seguintes: se adotado orçamento sigiloso não é viável a desclassificação da proposta nem tampouco sua negociação quando o valor supera o referido orçamento? Qual seria o critério adotado para aferir a aceitabilidade das ofertas?

Traz à baila que ao enfrentar tal problemática, o Tribunal de Contas da União entendeu que a Administração deve divulgar o orçamento quando utilizá-lo como parâmetro de aceitabilidade das propostas, o que ocorre, por exemplo, com a fixação de valor máximo da licitação:
"Nas licitações realizadas pelas empresas estatais, sempre que o orçamento de referência for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas, sua divulgação no edital é obrigatória, e não facultativa, em observância ao princípio constitucional da publicidade e, ainda, por não haver no art. 34 da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) proibição absoluta à revelação do orçamento."

Ressalta que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório possui extrema relevância, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas e cita Licínia Rossi em seu Manual de Direito Administrativo (2015, p. 530) como referência: "Além das disposições legais aplicáveis num procedimento licitatório, a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha essencialmente vinculada (art 41 da Lei n. 8.666/93)".

Destaca que dentre as principais garantias, a vinculação da Administração ao edital que regulamenta o certame licitatório trata de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

Aponta os subitens 12.1, 12.1.2, 12.2, 12.3, 12.5, 12.5.1, 12.6, 12.7, 12.8 e 12.9 do edital, e alegando equívocos cometidos nos atos praticados pela Pregoeira elenca os seguintes:

"1) Conforme art. 56 e art. 57 da Lei 13.303/2016 e item 12.1.2 do presente Edital, somente devem passar a fase de negociação as propostas ou lances que atendam ao valor estimado.
2) A pregoeira não informou a empresa licitante ARAGORN dos valores estimados por item no início da fase de negociação, conforme item 12.6 do Edital.
3) Não foi respeitado o princípio da isonomia, uma vez que os demais licitantes puderam reavaliar suas propostas com conhecimento prévio dos valores estimados por item, ato este não permitido à empresa ARAGORN.
4) Não foi respeitado o princípio da publicidade, conforme evidenciado no Acórdão 1502/2018 – COMPRASNET - O SITE DE COMPRAS DO GOVERNO Página 11 de 12
https://www.comprasnet.gov.br/pregao/pregoeiro/Acompanhar_Recurso3.asp?prgCod... 24/11/2020 Plenário TCU.
5) Não foi respeitado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, uma vez que não foram atendidos os itens 12.1.2 e 12.5."

No dia 30 de novembro do corrente ano recebemos tempestivamente as contrarrazões da empresa 2TLB COMERCIO E SERVIÇOS LTDA-EPP, que passamos a transcrever na íntegra:
"Tendo em vista o recurso Administrativo interposto pela empresa ARAGORN SUPRIMENTOS E MANUTENÇÃO EIRELI – CNPJ 31.586.441/0001-40, apresentamos nossas contra-razões.

A Empresa 2TLB COMERCIO E SERVIÇOS LTDA - EPP, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 19.758.320/0001-33, sediada na Rua Bardana, 190, Moneró – Ilha do Governador – CEP.: 21.920-260, na cidade do Rio de Janeiro - Estado do RJ, por intermédio da sua representante legal, Sra. Camila Camargos de Paula, Brasileira, Carteira de Identidade nº 23.115.315-6 expedida pela DIC/RJ, CPF: 140.185.447-82, vem, respeitosamente e tempestivamente, apresentar suas contras razões ao abstruso RECURSO ADMINISTRATIVO, interposto pela empresa ARAGORN SUPRIMENTOS E MANUTENÇÃO EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 31.586.441/0001-40, conforme lhe faculta a Lei n.º 8.666/93 e o edital, nos seguintes termos.

1. Considerações Iniciais
Ilustre Pregoeiro e Equipe de Apoio das Licitações da COMPANHIA DE SANEAMENTO DE MARICÁ, o respeitável julgamento das contra-razões interpostas recai neste momento para sua responsabilidade, o qual a empresa CONTRARRAZOANTE confia na lisura, na isonomia e na imparcialidade a ser praticada no julgamento em questão, buscando pela proposta mais vantajosa para esta digníssima administração, onde a todo o momento demostraremos nosso Direito Líquido e Certo e o cumprimento pleno de todas as exigências do presente processo de licitação.

2. Do Direito Pleno as Contra-razões ao Recurso Administrativo
A Contrarrazoante faz constar o seu pleno direito as Contra-razões ao Recurso Administrativo devidamente fundamentado pela legislação vigente e as normas de licitação.

A Contrarrazoante solicita que o Ilustre Pregoeiro e Equipe de Apoio das Licitações da COMPANHIA DE SANEAMENTO DE MARICÁ, conheça as Contra-razões ao Recurso Administrativo e analise todos os fatos apontados, tomando para si a responsabilidade do julgamento.

Do Edital de Licitação:
16 DOS RECURSOS
16.1 O licitante interessado em interpor recurso deverá manifestar-se imediatamente após a declaração de vencedor pela Pregoeira, expondo os motivos por meio do sistema eletrônico.
16.1.1 Na hipótese de ser aceito o Recurso, será concedido o prazo de 3 (três) dias úteis para apresentação das razões, ficando os demais licitantes desde logo intimados para, querendo, apresentarem contrarrazões em igual período, que começará a contar do término do prazo da recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata do processo administrativo mediante requerimento dirigido à Pregoeira.
16.2 As razões e contrarrazões de recurso deverão obrigatoriamente ser enviadas por campo próprio no Portal de Compras Governamentais - COMPRASNET, desde que observado o prazo de 3 (três) dias úteis, contados a partir da declaração de vencedor do certame.
16.3 A não apresentação das razões acarretará como consequência a análise do recurso apenas pela síntese da manifestação a que se refere o item 16.1.
16.4 A falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pela Pregoeira ao vencedor.
16.5 O acolhimento do recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.
16.6 Os recursos serão analisados pelo Pregoeiro que, reconsiderando ou não sua decisão, no prazo de 3 (três) dias úteis, encaminhará o respectivo parecer apreciação do Diretor Presidente que poderá acolhê-lo ou rejeita-lo, apresentando fundamentada justificativa.
16.7 Na análise recursal, quando pertinente, a Pregoeira poderá valer-se de suporte técnico ou orientação jurídica, que emitirá a respectiva manifestação por escrito.

Decreto n° 10.024/2019:
Art. 44. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante o prazo concedido na sessão pública, de forma imediata, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer.
§ 1º As razões do recurso de que trata o caput deverão ser apresentadas no prazo de três dias.
§ 2º Os demais licitantes ficarão intimados para, se desejarem, apresentar suas contrarrazões, no prazo de três dias, contado da data final do prazo do recorrente, assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.
§ 3º A ausência de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer, nos termos do disposto no caput, importará na decadência desse direito, e o pregoeiro estará autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor.
§ 4º O acolhimento do recurso importará na invalidação apenas dos atos que não podem ser aproveitados.

3. Dos Fatos
A empresa RECORRENTE encontra-se em condição de derrotada e vislumbrando sua vontade de sagrar-se vencedora manifestou sua intenção de recorrer da seguinte forma:

"Intenção de recurso: a empresa não concorda com as razões da inabilitação, respaldada pelo acórdão TCU

1502/2018, conforme será esclarecido no recurso".

Na mesma data o Sr. Pregoeiro aceitou a intenção de interposição de recurso e estipulou o prazo para a sua fundamentação.

Dentro do prazo a RECORRENTE expôs, resumidamente, que:
A) A pregoeira não informou a empresa licitante ARAGORN dos valores estimados por item no início da fase de negociação;
B) Não foi respeitado o princípio da isonomia, uma vez que os demais licitantes puderam reavaliar suas propostas com conhecimento prévio dos valores estimados por item;
C) Não foi respeitado o princípio da publicidade;
D) Não foi respeitado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Sobre os fatos apontados em seu recurso, ficou claro que a RECORRENTE, não estando satisfeita com o resultado do certame e inconformada na condição de derrotada, está tentando tumultuar o certame com argumentações infundadas, a qual evidenciaremos a seguir:

A) A PREGOEIRA NÃO INFORMOU A EMPRESA LICITANTE ARAGORN DOS VALORES ESTIMADOS POR ITEM NO INÍCIO DA FASE DE NEGOCIAÇÃO; C) NÃO FOI RESPEITADO O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE:

Ora, assim que a Licitante solicitou tal informação a Pregoeira informou, como se segue:

Pregoeiro fala:
(10/11/2020 15:13:01) Para ARAGORN SUPRIMENTOS E MANUTENCAO EIRELI - Desta feita, passo a divulgar os valores estimados para cada item do LOTE 1, para que a empresa ajuste o valor ofertado para os itens que se encontram acima do estimado e assim esta Pregoeira possa realizar a negociação no sistema.

Pregoeiro fala:
(10/11/2020 15:13:38) Para ARAGORN SUPRIMENTOS E MANUTENCAO EIRELI - item 1: R$ 269,00 ; item 2: R$ 289,00; item 3: R$ 369,00; item 4: R$ 1.599,00; item 5: R$ 1.099,00; item 6: R$ 387,00; item 7: R$ 629,00; item 8: R$ 909,00; item 9: R$ 1.099,00; item 10: R$ 379,00; item 11: R$ 389,00; item 12: R$ 759,00.

Ou seja, a alegação de que a Pregoeira não informou os valores estimados (A) e que infringiu o princípio da publicidade (C) é totalmente descabido, inclusive tais informações constam no próprio recurso da RECORRENTE.

B) NÃO FOI RESPEITADO O PRINCÍPIO DA ISONOMIA, UMA VEZ QUE OS DEMAIS LICITANTES PUDERAM REAVALIAR SUAS PROPOSTAS COM CONHECIMENTO PRÉVIO DOS VALORES ESTIMADOS POR ITEM:
Uma vez que a Pregoeira informou os valores estimados a pedido da Licitante, esta teve a mesma oportunidade que os demais Licitantes visto que tinha ciência dos preços estimados, além da Pregoeira ainda ter facilitado informando especificamente os itens que se encontravam acima do estimado, para que a empresa nem tivesse trabalho em analisar todos os itens.

Às 15:13 a Pregoeira informou à RECORRENTE os valores unitários estimados, conforme transcrito anteriormente.

Às 15:22 informou os itens que estavam acima do estimado:
Pregoeiro fala:
(10/11/2020 15:22:58) Para ARAGORN SUPRIMENTOS E MANUTENCAO EIRELI - Os itens acima do valor estimado são os seguintes: itens 1, 2, 3 e 7.

Somente às 16:17 que a Pregoeira recusou a proposta da Licitante, ou seja, uma hora após ter informado os valores unitários. Tempo suficiente para a empresa readequar seus preços. Mas no intuito de ludibriar a Administração Pública, a Licitante ofereceu desconto nos itens 1, 2, 3 e 7, mas elevou os preços de outros itens, na tentativa de confundir o Pregoeiro com a alegação de manter o valor final do grupo.

Ora a Licitante não pode aumentar o valor do lance registrado no sistema, e por isso que a Pregoeira informou no chat:

Pregoeiro fala:
(10/11/2020 15:17:34) Para ARAGORN SUPRIMENTOS E MANUTENCAO EIRELI - Lembramos que a Administração não poderá aceitar valores acima aos anteriormente ofertados tanto na proposta quanto os últimos ofertados nesta negociação.

Na etapa de lances a RECORRENTE ofertou os seguintes valores:
Item 4 – R$ 990,00
Item 5 – R$ 889,00
Item 8 – R$ 769,00
Item 9 – R$ 1.011,00
Item 11 – R$ 336,00
Item 12 – R$ 594,00

Na negociação a Licitante aumentou os valores para tentar confundir a Pregoeira, na alegação de que o valor global não seria alterado:
Item 4 – de R$ 990,00 para R$ 1.599,00
Item 5 – de R$ 889,00 para R$ 1.099,00
Item 8 – de R$ 769,00 para R$ 909,00
Item 9 – de R$ 1.011,00 para R$ 1.099,00
Item 11 – de R$ 336,00 para R$ 389,00
Item 12 – de R$ 594,00 para R$ 759,00

A própria Licitante escreveu tais valores da suposta negociação no chat:

Fornecedor fala:
(10/11/2020 15:27:11) 1- 269,00; 2- 289,00; 3- 369,00; 4- 1599,00; 5- 1099,00; 6- 387,00; 7- 629,00; 8- 908,76; 9- 1099,00; 10- 377,82; 11- 389,00; 12- 759,00

A Pregoeira ainda contrapôs:
Pregoeiro fala:
(10/11/2020 15:57:51) Para ARAGORN SUPRIMENTOS E MANUTENCAO EIRELI - Como a empresa não vai reduzir os valores dos 4 itens que se encontram acima do estimado MANTENDO OS DEMAIS PROPOSTOS, seguiremos para a desclassificação da empresa.

Às 15:57 a Pregoeira deixou claro que os demais itens deveriam manter-se como proposto na fase de lances, e a Licitante ratificou o aumento dos valores:
Fornecedor fala:
(10/11/2020 16:12:10) a empresa aragorn ratifica aqui os valores mínimos para cada item: 1- 269,00; 2- 289,00; 3- 369,00; 4- 1599,00; 5- 1099,00; 6- 387,00; 7- 629,00; 8- 908,76; 9- 1099,00; 10- 377,82; 11- 389,00; 12- 759,00

Realmente é descabido o recurso da RECORRENTE, não merece prosperar.

D) NÃO FOI RESPEITADO O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO:

Foi lançado o instrumento convocatório contendo o seguinte texto:
"10.10 Os preços ofertados, tanto na proposta inicial, quanto na etapa de lances, serão de exclusiva responsabilidade do licitante, não lhe assistindo o direito de pleitear qualquer alteração, sob alegação de erro, omissão ou qualquer outro pretexto".

Cumpre salientar que, conforme o instrumento convocatório, os preços ofertados na etapa de lances são de exclusiva responsabilidade do licitante, não lhe assistindo o direito de pleitear qualquer alteração. Não há nenhum motivo para a Pregoeira aceitar o aumento dos valores conforme o proposto pela Licitante.

Por fim, a RECORRENTE não satisfeita por ter perdido a licitação, manifestou através do inconsistente recurso, a sua revolta com argumentos infundados e sem nenhum respaldo legal.

Sobretudo, é muito importante levar em conta que esta CONTRARRAZOANTE é uma empresa séria e comprometida com resultados e excelência, que, buscando uma participação impecável neste certame, preparou sua documentação em rigorosa conformidade com as exigências do Edital, provando sua plena qualificação para esse certame, tendo sido, portanto, considerada classificada e posteriormente habilitada pelo Sr. Pregoeiro e sua equipe de apoio.

4. Da Solicitação
Assim é que se REQUER a esse Ilustre Pregoeiro e a Equipe de Apoio, que seja indeferido o pleito da RECORRENTE no que tange à desclassificação da 2TLB COMERCIO E SERVIÇOS LTDA - EPP, tendo em vista que tal pedido não encontra qualquer respaldo legal e nem editalício.

Nestes termos, pede deferimento."

Passaremos, pois, a análise do recurso apresentado, com fundamento no 16.6 do instrumento convocatório, abaixo transcrito:
"14.6 Os recursos serão analisados pelo Pregoeiro que, reconsiderando ou não sua decisão, no prazo de 3 (três) dias úteis, encaminhará o respectivo parecer apreciação do Diretor Presidente que poderá acolhê-lo ou rejeitá-lo, apresentando fundamentada justificativa."

No que concerne à acusação de ilegalidade e afirmação que a condução do Pregão foi feita em desacordo aos princípios das normas constitucionais e de direito administrativo, especialmente as que tratam dos princípios da legalidade, da isonomia, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da publicidade, resta claro equívoco da empresa recorrente, conforme será esclarecido à seguir.

No tocante à acusação de má fé da Pregoeira e não atendimento ao subitem 12.6 do edital, observamos que claramente houve um equívoco da empresa, pois a recorrente afirma que a Pregoeira deveria ter divulgado os valores unitários no início da negociação, porém o critério de julgamento do PE 04/2020 se deu por menor preço por LOTE, conforme subitem 6.1 do edital, sendo assim a Pregoeira tem por obrigação divulgar o valor estimado para o LOTE 1 e somente divulgou os valores unitários quando após a negociação verificou que alguns itens ainda encontravam-se com valor acima do estimado, o que não pode ser admitido, conforme subitem 12.1.2, também do edital:

"6.1 O presente pregão eletrônico reger-se-á pelo critério de julgamento de MENOR PREÇO POR LOTE, no MODO DE DISPUTA ABERTO."

"12.1.2 As ofertas dos licitantes não poderão ultrapassar o limite dos preços unitários de cada item, conforme apurados pela Sanemar e consignados na Planilha Estimativa de Quantitativo e Preços Unitários, sob pena de desclassificação da proposta de preços, ainda que esta consigne o menor valor do lote."

"12.6 Somente na fase de negociação ou na fase de revogação, o licitante terá conhecimento do valor máximo estimado admitido pelo ÓRGÃO GERENCIADOR para a presente contratação, ressalvando-se os casos de publicidade do valor estimado, conforme disposto no caput do artigo 34 da Lei 13.303/2016. por lote e não por item."

Ressaltamos que a recorrente ao citar o Acórdão 1.502/2018 como parâmetro para o caso em tela, cometeu mais um desacerto, pois o mesmo trata de valor máximo aceitável como critério de aceitabilidade das propostas e não valor estimado para a contratação, como o presente, por isso e em atendimento ao artigo 34 da Lei Federal n.

13.303/2016, o valor estimado não foi divulgado em Edital e muito menos a Pregoeira fracassou a licitação de imediato quando verificou que todas as propostas encontravam-se acima do estimado.

"Acórdão 1502/2018 Plenário (Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz) Licitação. Empresa estatal. Edital de licitação. Orçamento estimativo. Divulgação. Princípio da publicidade. Nas licitações realizadas pelas empresas estatais, sempre que o orçamento de referência for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas, sua divulgação no edital é obrigatória, e não facultativa, em observância ao princípio constitucional da publicidade e, ainda, por não haver no art. 34 da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) proibição absoluta à revelação do orçamento."

Lei Federal n. 13.303/2016:

"Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificação na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas."

A fim de instruir a recorrente, ressaltamos que é manifestamente conhecido que após a fase lances, no Pregão, se a proposta de menor valor não for aceitável (valor estar acima do estimado), o Pregoeiro deverá realizar a negociação para o alcance do melhor preço, ou seja, inferior ao custo estimado. Não obtendo sucesso, a oferta será desclassificada e proceder-se-á à verificação da proposta imediatamente posterior (obedecendo-se à classificação dos licitantes) até conseguir atingir o valor perseguido.

Isto porque, trata-se o custo estimado de um mero parâmetro referencial para a atuação do gestor público na análise das propostas ofertadas no certame. Por ser um pregão com valor sigiloso, a hipótese de desclassificação sumária não é cabível nesse caso.

Compete ainda reforçar que a tentativa de negociação para reduzir o preço final no pregão é dever da Administração, mesmo que a menor proposta seja inferior à estimativa do certame licitatório, segundo manifestação do Plenário do TCU no Acórdão 2637/2015, nesse sentido também, os Acórdãos 3.037/2009 e 694/2014, ambos do Plenário.

Tendo em vista o acima exposto e lembrando que todas as propostas se encontravam com valor acima do estimado pela Administração, resta notório que a Pregoeira não poderia desclassificar a proposta do licitante que apresentou o melhor preço, que no caso foi a própria recorrente, por estar com valor acima do estimado, por isso, iniciou-se a etapa de negociação objetivando reduzir os valores propostos.

Cabe ressaltar que ocorreu mais uma vez um lapso da recorrente quando ela mesma troca o sentido dos arts. 56 e 57 da Lei Federal n. 13.303/2016, pois estes deixam óbvio que não poderá ser desclassificada proposta com valor acima do estimado nos casos em que o valor é sigiloso, quando este ainda não foi conhecido pelos licitantes, o que não aconteceu no caso em tela, pois, conforme subitem 12.6 do edital, bem como, § 1° do art. 25 do RILC da Sanemar, na etapa de negociação a Pregoeira deu conhecimento do valor estimado para todos os licitantes na etapa de negociação.

Vale destacar ainda que o § 1° do art. 57 da Lei Federal n. 13.303/2016 é explícito quanto à obrigatoriedade da negociação com o licitante de melhor valor mesmo quando este se encontrar com valor acima do estimado.

"Art. 56. Efetuado o julgamento dos lances ou propostas, será promovida a verificação de sua efetividade, promovendo-se a desclassificação daqueles que:
(...)
IV - se encontrem acima do orçamento estimado para a contratação de que trata o
§ 1º do art. 57, ressalvada a hipótese prevista no caput do art. 34 desta Lei;

"Art. 57. Confirmada a efetividade do lance ou proposta que obteve a primeira colocação na etapa de julgamento, ou que passe a ocupar essa posição em decorrência da desclassificação de outra que tenha obtido colocação superior, a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão negociar condições mais vantajosas com quem o apresentou. (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

§ 1º A negociação deverá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, permanecer acima do orçamento estimado."

Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificação na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas."

Em síntese apartada, a recorrente utiliza de um trecho do portal "Licita Coop" (https://www.licita.coop.br/?area=blog&cod=71abb3c5f899805677ff4e5d52433386&page=12) em suas razões, vejamos:

"Da interpretação literal da norma, a conclusão que se extrai é de que, na hipótese de orçamento sigiloso, a negociação não é viável. Essa, ademais, a posição de Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos: "(...) não terá cabimento a negociação referida pela lei quando tiver sido adotado o orçamento sigiloso de que trata o artigo 34 da LRE".[1]
[1] GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Leis das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 195, nota de rodapé nº. 79.

Em face do exposto, as questões que surgem são as seguintes: se adotado orçamento sigiloso não é viável a desclassificação da proposta nem tampouco sua negociação quando o valor supera o referido orçamento? Qual seria o critério adotado para aferir a aceitabilidade das ofertas?

Ao enfrentar tal problemática, o Tribunal de Contas da União entendeu que a Administração deve divulgar o orçamento quando utilizá-lo como parâmetro de aceitabilidade das propostas, o que ocorre, por exemplo, com a fixação de valor máximo da licitação:

"Nas licitações realizadas pelas empresas estatais, sempre que o orçamento de referência for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas, sua divulgação no edital é obrigatória, e não facultativa, em observância ao princípio constitucional da publicidade e, ainda, por não haver no art. 34 da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) proibição absoluta à revelação do orçamento."

Cabe salientar, que a recorrente não colocou nem o início, nem o restante do texto exposto, causando uma certa estranheza a referida conduta, pois ao analisar todo o conteúdo publicado, é gritante que o entendimento do texto se coaduna completamente contrário ao da recorrente, vejamos:
"(...)
Acerca do assunto, cumpre citar doutrina de Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos:

"A divulgação do valor estimado do contrato no instrumento convocatório da licitação ou em outro ato formal é mera liberalidade. A lei preceitua que tal valor será sigiloso, mas pode ser divulgado a critério da empresa.
Na falta de disposição normativa expressa, cabe ao instrumento convocatório fixar o momento em que o orçamento estimativo será tornado público. Muita polêmica e discussão rendeu à original disposição normativa neste sentido contida na Lei nº 12.462/12 (RDC, artigo 6º) acerca inclusive da constitucionalidade da norma em face do princípio da publicidade. Quer nos parecer que não há inconstitucionalidade alguma. Com efeito, o sigilo que a lei prescreve não é absoluto, mas relativo. A publicidade determinada pela Constituição se inclina a possibilitar o contraste da conduta pública com os valores e normas a que se sujeita e dar ciência à coletividade de tudo o que realiza o Estado.Nesta medida, reservar a divulgação do orçamento estimativo para após o encerramento da disputa licitatória não parece obstar o cumprimento de tal desiderato constitucional, especialmente se tendo em conta que o valor estimado do contrato deve ser disponibilizado aos órgãos de controle interno e externo.
Trata-se de informação sigilosa temporariamente à própria estatal licitadora e aos órgãos de controle interno e externo. Tal medida se orienta a fomentar a elaboração de orçamentos próprios e independentes pelas empresas potencialmente interessadas em participar da licitação. Tal procedimento tende a diminuir o risco da contratação. Não é incomum que os licitantes deixem de elaborar os próprios orçamentos de serviços e obras, limitando-se a ofertar proposta de preço a partir do valor estimado da licitação (adota-se o valor estimado da contratação como referência, aplica-se um percentual de desconto aleatório e distribui-se o resultado da operação aritmética em planilha de custos unitários), sem a consideração de particularidades econômico-financeiras próprias. Ademais, manter o valor estimado do contrato em sigilo é uma faculdade das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Determinado ou não o sigilo do valor estimado para o contrato, constitui dever das estatais proceder a divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.
Quando o critério de julgamento for o de maior desconto a ser aplicado sobre o valor de referência da licitação, o orçamento estimativo deve ser tornado público com o instrumento convocatório para possibilitar a formação das propostas de preço".[7] (grifou-se)

Compulsando-se a norma, porém, é possível vislumbrar um aparente conflito. Isso porque o art. 34 contempla a regra do orçamento sigiloso, portanto, a divulgação desse já no edital deve ser exceção. Não obstante, o art. 56, inciso IV, do mesmo diploma legal prescreve que devem ser desclassificadas as propostas que se encontrem acima do orçamento estimado (equiparando-o, portanto, a preço máximo), após tentativa de negociação, salvo na hipótese de ter sido adotado orçamento sigiloso.

Da interpretação literal da norma, a conclusão que se extrai é de que, na hipótese de orçamento sigiloso, a negociação não é viável. Essa, ademais, a posição de Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos: "(...) não terá cabimento a negociação referida pela lei quando tiver sido adotado o orçamento sigiloso de que trata o artigo 34 da LRE".[8]

Em face do exposto, as questões que surgem são as seguintes: se adotado orçamento sigiloso não é viável a desclassificação da proposta nem tampouco sua negociação quando o valor supera o referido orçamento? Qual seria o critério adotado para aferir a aceitabilidade das ofertas?

Ao enfrentar tal problemática, o Tribunal de Contas da União entendeu que a Administração deve divulgar o orçamento quando utilizá-lo como parâmetro de aceitabilidade das propostas, o que ocorre, por exemplo, com a fixação de valor máximo da licitação:

"Nas licitações realizadas pelas empresas estatais, sempre que o orçamento de referência for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas, sua divulgação no edital é obrigatória, e não facultativa, em observância ao princípio constitucional da publicidade e, ainda, por não haver no art. 34 da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) proibição absoluta à revelação do orçamento."

Essa posição do TCU, em nosso entender, afronta a sistemática da Lei 13.303/16, na medida em que o orçamento sempre servirá de parâmetro para analisar a aceitabilidade das propostas, em face do princípio do julgamento objetivo, de sorte que entender que ele deve ser sempre divulgado nesses casos acaba por contrariar a regra do sigilo do orçamento, esculpida no art. 34. Em outras palavras, ou se reconhece que o orçamento sempre deve ser divulgado, posto que sempre será adotado como parâmetro para aceitabilidade dos preços o que, salvo melhor juízo, esvazia o conteúdo do art. 34 ou, ao revés, deve-se buscar uma interpretação conforme aos arts. 34 e 56 do mencionado diploma legal.

Nesse sentido, na visão da JML, a regra deve ser o sigilo do orçamento. Sua divulgação, em anexo ao edital, por caracterizar exceção, requer justificativa. Adotando-se o orçamento sigiloso, considerando que este não foi divulgado, somente se julga crível desclassificar as propostas se restar comprovado, em face das fontes anexadas ao processo administrativo, que são incompatíveis com a prática de mercado. Assim, considerando a premissa anteriormente traçada, de que o edital deve definir um momento para a divulgação do orçamento, é possível – e

recomendável – que tal divulgação ocorra justamente na fase de negociação.

Essa foi a posição adotada pelo TCU em outro julgado, muito embora à luz do RDC, cujo raciocínio, em nosso entender, pode ser aplicado ao caso concreto:

"Nas licitações regidas pelo RDC é possível a abertura do sigilo do orçamento na fase de negociação de preços com o primeiro colocado, desde que em ato público e devidamente justificado.
Ainda no âmbito da auditoria realizada em obras no Aeroporto Internacional de Salvador/BA, o diretor da unidade técnica encarregada da instrução do processo apontou possível quebra de sigilo do orçamento na fase de negociação efetuada após a definição da melhor proposta da fase de lances. A negociação ocorreu porque o menor lance fora significativamente superior ao valor orçado. Como o valor final negociado representou desconto irrisório (0,023%) em relação ao orçamento da administração, a ocorrência poderia apontar para quebra do sigilo do orçamento em benefício da empresa licitante e em prejuízo à obtenção de proposta mais vantajosa. O relator considerou não haver elementos materiais mínimos para corroborar a ocorrência da irregularidade. Considerou também que, não obstante o momento da publicação do orçamento estar previsto na Lei 12.462/2011 (imediatamente após o encerramento da licitação, art. 6º) e no Decreto 7.581/2011 (imediatamente após a adjudicação do objeto, art. 9º), a questão merece cautela, notadamente por se tratar de novidade em matéria licitatória, pois "existem situações em que não vislumbro como manter, de modo judicioso e a estrito rigor, o sigilo na fase de negociação". Após apresentar situações hipotéticas para corroborar seu entendimento, concluiu: para se "fazer valer a real possibilidade de negociar, desde que em ato público e devidamente justificado, não vejo, em princípio, reprovabilidade em abrir o sigilo na fase de negociação". O Tribunal, então, endossou o entendimento do relator quanto a essa questão. Acórdão 306/2013-Plenário, TC 039.089/2012-6, relator Ministro Valmir Campelo, 27.2.2013."

A recorrente também cita trecho do site "jus.com.br" quando cita Licínia Rossi sobre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o que mais uma vez somente corrobora que a Pregoeira não cometeu nenhuma ilegalidade, afinal, a Pregoeira se ateve ao disposto no Edital cumprindo todas as regras determinadas naquele dispositivo legal.

No que concerne às considerações finais da recorrente onde acusa a Pregoeira de cometer equívocos, não obstante todo o acima já esclarecido, cabe ainda ressaltar que é descabida a exigência da empresa de que a Pregoeira divulgasse os valores por item antes mesmo da arrematante chegar ao valor estimado para o LOTE, pois o objetivo de uma licitação com valor sigiloso é justamente para que as licitantes não apresentam suas propostas e lances em torno do máximo ao invés do valor usual do mercado em situação de concorrência.

É incompreensível a insistência da recorrente em que deveria ter sido informada dos valores unitários antes da mesma ofertar os valores à que pretendia fornecer, haja vista não ser possível compreender em que a divulgação dos valores unitários afetaria na proposta da licitante, pois, por óbvio, se a empresa oferta para cada item determinado valor, é porquê manifestamente dentro deste valor já estão compreendidos todos os custos e lucros do mesmo, e não teria de nenhuma forma cabimento aceitar que a recorrente majorasse outros itens para adequar os que estavam acima do valor estimado.

Cumpre apontar que a recorrente ofertou inicialmente na negociação determinados valores unitários a fim de compor o Lote 1, porém logo após ter conhecimento dos valores unitários estimados, a recorrente resolveu aumentar os valores propostos na negociação, conforme demonstrados abaixo, o que é no mínimo uma conduta estranha, haja vista a recorrente ser conhecedora do mercado e o aumento ter sido feito em questão de minutos de forma que não há qualquer razão plausível, como por exemplo, o aumento do valor da matéria prima que respalde tal majoração.

Valores unitários inicialmente propostos na negociação, dia 10/11/2020 às 15:06:20 hrs:
1- R$ 345,66
2- R$422,66;
3- R$ 464,66;
4- R$ 954,66;
5- R$ 853,66;
6- R$357,66;
7- R$ 697,66;
8- R$ 733,46;
9- R$ 975,66;
10- R$ 361,66;
11- R$ 300,66;
12- R$ 558,66.

Valores unitários após divulgação do valor estimado dos itens, e observação que os itens 1, 2, 3 e 7 estavam acima do estimado, dia 10/11/2020 às 15:27:11 hrs:
1- R$ 269,00;
2- R$ 289,00;
3- R$ 369,00;
4- R$ 1599,00;
5- R$ 1099,00;
6- R$ 387,00;
7- R$ 629,00;
8- R$ 908,76;
9- R$ 1099,00;
10- R$ 377,82;
11- R$ 389,00;
12- R$ 759,00

Vale ainda evidenciar que a recorrente teve tempo mais que suficiente para adequar sua proposta e apenas não se sagrou vencedora do LOTE 1, pois insistiu em majorar dentro do lote os itens 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11 e 12 para que os

demais ficassem dentro do valor estimado, o que é uma conduta antieconômica e que aí sim se qualificaria como ilegalidade da Pregoeira caso esta aceitasse.

Tendo em vista o acima exposto não há o que se falar em ferir o princípio da isonomia, haja vista não foi feita qualquer diferenciação entre os licitantes, o que ocorreu foi naturalmente a seleção da proposta mais vantajosa à administração pública.

Por fim, lembramos que o processo licitatório deve ser regido pelos princípios constitucionais da isonomia, legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e outros correspondentes, e s.m.j, não vislumbro transgressão aos mesmos.

Assim, por todo o acima exposto, manifesto-me desde já, pelo conhecimento e entendendo pela negativa do acolhimento do recurso interposto, mantendo a decisão de declarar vencedora para o LOTE 1 a empresa 2TLB COMERCIO E SERVIÇOS LTDA-EPP, e assim concluindo, encaminhamento dos autos à Diretoria Jurídica, com fundamento no subitem 16.7 do Edital, haja vista a presente peça tratar de matéria de ordem constitucional, para ratificar ou não a análise dos fatos e argumentos trazidos pela recorrente, e se entender pertinente posterior envio ao Diretor Presidente para prosseguimento do feito.

Maricá, em 30 de novembro de 2020.

RHANA BARROS
Pregoeira
Matrícula n. 800.072

Fechar