

## Pregão Eletrônico

### ■ Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

#### **CONTRA RAZÃO :**

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO CONSELHO REGIONAL DOS REPRESENTANTES COMERCIAIS DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Ref.: Pregão Eletrônico nº 006/2016

SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A., inscrita no CNPJ. sob o nº 69.034.668/0001-56, com sede na Alameda Araguaia, 1.142 – bl.03, Bairro: Alphaville, Barueri/SP, CEP.: 06455-000, por sua representante que ao final subscreve, vem, tempestivamente, com fundamento no art. 4º, da Lei nº 10.520/2002, apresentar suas:

#### CONTRARRAZÕES

Ao recurso interposto pela empresa TICKET SERVIÇOS S.A., fazendo-o nos termos a seguir delineados:

#### 1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS FATOS

Inicialmente, importa destacar que referido Edital foi publicado e disponibilizado no sítio do COMPRASNET, em 29/01/2018.

Às licitantes fora oportunizado a retirada do instrumento convocatório, assim como a elaboração de consultas e impugnações, as quais (apenas consultas), foram amplamente divulgadas no sítio da disputa.

Houve, em 16/02/2018, a publicação de resposta ao questionamento feito pela empresa Endered, quanto a aplicabilidade da Portaria nº 1.287, de 27 de dezembro de 2017, do Ministério do Trabalho (que veda taxa negativa); onde o Conselho, afirmou NÃO ser beneficiário do Programa de Alimentação ao Trabalhado, se posicionando no sentido de que para o certame, seria mantida a aceitação de taxa negativa.

Ou seja, o edital trouxe, sistematicamente, todas as informações necessárias para a correta condução do procedimento licitatório, sendo possibilitado às licitantes o envio de questionamentos.

A Sodexo, se abstendo, totalmente, quanto à análise do mérito da legalidade e aplicabilidade da Portaria nº 1.287/2017 à contratação, tem a pontuar que as regras estabelecidas no edital, foram aceitas pela Recorrente, uma vez que não houve qualquer indagação quanto ao seu conteúdo, no momento oportuno.

Portanto, a conclusão lógica é que com sua participação, ela aceitou todas as regras preestabelecidas no instrumento convocatório, fazendo o edital "lei entre as partes", não havendo a possibilidade de se questioná-lo após o término da sessão de disputa, apenas pela sua inconformidade com o resultado.

Para que não haja dúvidas, quanto às regras previamente previstas, e não impugnadas pela Recorrente, passaremos a descrever as atinentes ao conteúdo do recurso, ora atacado:

#### a) Quanto ao critério de julgamento:

É clara e objetiva a informação de que o critério de julgamento é o menor taxa de administração, sendo considerado o menor preço global conforme descrição a seguir:

#### "6.1.1.4 – Oferta de taxa negativa – Exemplificativo

Em função do sistema comprasnet não operacionalizar método de alcance de critério de julgamento de menor taxa de administração, o menor preço será obtido pelo menor valor total anual do item, sendo o total R\$101.054,90 (cento e um mil e cinquenta e quatro reais e oitenta centavos)."

Ou seja, antes mesmo de adentrarmos a discussão do critério de desempate, já nos deparamos com a fixação pelo próprio edital do critério de julgamento, ainda explicando a forma de operacionalização do sistema COMPRASNET.

Portanto, o critério de julgamento não é apenas a menor taxa de administração, mas sim uma forma combinada do valor associado à Taxa de Administração.

#### b) Quanto ao critério de desempate

Em contrariedade do alegado pela Recorrente (não observância das regras legais), o edital trouxe à baila as regras concernente ao critério de desempate.

A esclarecer esse entendimento equivocado, o Edital traz já em seu objeto as regras aplicáveis à contratação, tratando do critério e desempate no item 7.8, a saber:

" 7.8. Não serão aceitos dois ou mais lances de mesmo valor, prevalecendo aquele que for recebido e registrado em primeiro lugar."

Portanto, concluímos que as regras previstas no Instrumento Convocatório foram bem delineadas, não são

contraditórias ou mesmo contrárias à Lei (já que há esta previsão legal descrita no Decreto nº 5.450/05, não restando qualquer dúvida quanto ao critério de desempate.

Dito isto, observa-se que não consta neste processo nenhuma manifestação de irresignação contra os termos do edital por nenhuma empresa interessada, ou seja, não houve impugnação aos seus termos e as regras do edital vincularam os participantes.

Frise-se que o edital foi objeto de consulta anterior à data da sessão, e, portanto, conclui-se que foi analisado.

## 2. DAS REGRAS DO EDITAL, OBRIGATORIEDADE DE CUMPRIMENTO DE SEUS TERMOS, LEGISLAÇÃO E PROCEDIMENTO DO PREGÃO ELETRÔNICO

Diferentemente do que tenta fazer entender a Recorrente, todas as regras previstas no Edital e na Lei foram rigorosamente cumpridas.

O Pregão Eletrônico é regido pela Lei 10.520/02 e pelo Decreto 5.450/05, sendo esta a legislação aplicável para todos os atos inerentes a este procedimento.

A disposição do edital sobre o tema estão amparados pelo Decreto 5.450/05 que dispõe o seguinte:

"Art. 24, §4º Não serão aceitos dois ou mais lances iguais, prevalecendo aquele que for recebido e registrado primeiro."

Portanto, o entendimento esboçado no edital refere-se à determinação legal estabelecida pelo art. 24, §4º do Decreto 5.450/05, estabelecendo o artigo 24 desta legislação como o critério para o desempate das propostas.

Portanto, não há que se falar neste momento, de forma intempestiva, sobre as regras do edital.

Assim, em resumo, pela análise dos fatos, é evidente que a Pregoeira agiu de acordo com os termos do Edital, em consonância com a legislação.

Ademais está precluso o direito de discussão quanto ao critério de desempate, e, portanto, sujeitando-se todas as licitantes aos termos do edital, mandatário aplicar o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, regente de todas as fases do processo licitatório.

Dito isto, não é demais lembrar que cabe a Administração Pública, bem como às empresas licitantes o dever de agir em conformidade com os preceitos legais, respeitando a vinculação ao instrumento convocatório, conforme disposto no artigo 3º, da Lei Federal 8.666/93:

"Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos".

Ora, se as licitantes devem obediência ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, não há razão para que haja a anulação do Pregão, seja por estar precluso o direito de discussão sob o assunto, seja porque todos os licitantes estão adstritos às regras do edital.

Diante de argumentos, é evidente o descompasso do pedido formulado no recurso da Recorrente.

Irretocável, portanto, a decisão da Pregoeira.

Neste sentido, a jurisprudência pátria estabelece:

"Vinculação às normas do edital de concorrência. O edital vincula aos seus termos não só a administração, mas também os próprios licitantes" (TRF/5ª Região. 1ª Turma. AC nº 18715/PE. Processo nº 9205233412. DJ 07 maio de 1993, p. 16765)

" I - No procedimento licitatório, domina o princípio da vinculação ao edital, que obriga tanto a pública Administração quanto os licitantes em sua rigorosa observância. (...) (TRF/5ª Região. 6ª Turma. REO nº 01000145369/GO. Processo nº 19980100145639. DJ 23 outubro de 2002. p. 197)"

Na mesma direção se posiciona a doutrina, como se vê dos excertos a seguir reproduzidos.

Em "Licitação e Contrato Administrativo de Helly Lopes Meirelles, (atualizado por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro em 2006) já afirmava:

"A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido do instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora." (Obra e autor citados, pág. 39)."

Mais adiante:

"A documentação, não pode conter menos do que foi solicitado, e as propostas não podem ofertar nem mais nem menos do que o pedido ou permitido pelo Edital." .

E continua:

"O Edital é o instrumento através do qual a administração leva ao conhecimento público a abertura da Concorrência ou da Tomada de Preços, fixa as condições de sua realização e convoca os interessados para a apresentação de suas propostas. Vincula inteiramente a administração e os proponentes as suas cláusulas. Nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do Edital, porque é a Lei Interna da Concorrência e da Tomada de Preços."

Para reforçar os ensinamentos do saudoso mestre, transcrevemos parte do Processo 002.728/93-1 do TCU, em resposta à consulta formulada pelo eminente ministro Paulo Brossard, que é bastante esclarecedor. O texto foi extraído do D.O.U. 26.05.1993, páginas 7056 e 7057. Todos os grifos são nossos.

Assim manifesta-se o E. Tribunal de Contas da União:

Inicialmente, citando o saudoso HELLY LOPES MEIRELLES:

"...a vinculação do edital à licitação é princípio básico desse certame. Por isso a Administração não pode fixar no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e na fase do julgamento se afastar do que fora estabelecido ou aceitar documentos e propostas elaboradas em desacordo com o solicitado. Isso faculta a Administração a desclassificar quaisquer propostas elaboradas à revelia do estatuído no documento convocatório mesmo sendo a de menor preço".

Mais adiante o voto:

"Os conceitos de licitação geralmente defendidas pelos grandes juristas brasileiros e estrangeiros, estudiosos dessa temática na área do direito administrativo, podem variar bastante quanto à forma, à abrangência e até mesmo ao conteúdo, mas o que não se pode negar é a unanimidade de opiniões quando se trata de definir os princípios básicos da licitação. E, dentre aqueles que com maior frequência aparecem nas relações dos mais renomados administrativistas estão, sem sombra de dúvida a igualdade entre os licitantes e a vinculação ao edital".

"Isso demonstra que a administração jamais poderá se afastar desses princípios quando visa promover um procedimento licitatório legítimo e democrático.

Edital é o instrumento que viabiliza a realização de qualquer modalidade licitatória e a observância rigorosa das normas previstas em suas cláusulas é que assegura a igualdade entre os concorrentes.

No edital ou convite a administração expressa de modo definitivo o seu desejo. Seus termos, portanto, são Lei entre as partes, que não poderão fugir ao estabelecido, ainda que em benefício do serviço público."

(...)

"De sua parte, a Dra. Lúcia Valle Figueiredo, na publicação intitulada 'Direitos do Licitantes', também reforça a tese de que o '... edital reveste-se de grande importância porque se é lícito à administração usar de alguma discricionariedade em sua elaboração uma vez publicado, torna-se este imutável durante todo o transcurso do procedimento. Faz Lei entre as partes ...'."

Na doutrina do Mestre Marçal Justen Filho, brilhantemente assevera-se o mesmo entendimento:

" Além da lei, o instrumento convocatório da licitação determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei."

"A autoridade administrativa dispõe da faculdade de escolha, ao editar o ato convocatório. Porém, nascido tal ato, a própria autoridade fica subordinada ao conteúdo dele. Editado o ato convocatório, o administrador e o interessado submetem-se a um modelo norteador de sua conduta. Tornam-se previsíveis, com segurança, os atos a serem praticados e as regras que os regerão. Restará margem mínima de liberdade ao administrador, usualmente de extensão irrelevante."

(In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 4ª edição, 1995, AIDE Editora, pág. 31)

" O instrumento convocatório (seja edital, seja convite) cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos administrativos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia. O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las. Verificando a nulidade ou a inconveniência dos termos do edital, a Administração poderá valer-se de suas faculdades para desfazimento dos atos administrativos. Porém, isso acarretará necessariamente o refazimento do edital, com invalidação do procedimento licitatório já desenvolvido. Deverá ser reiniciado o procedimento licitatório (inclusive com novas publicações pela imprensa). Ter-se-á, na verdade, novo procedimento licitatório. Este princípio foi expressamente consagrado no art. 21, § 4º da Lei nº 8.666/93.

O descumprimento às regras do edital acarreta a nulidade dos atos infringentes. A extensão do vício, contudo, dependerá da análise do caso concreto. (In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Marçal Justen Filho - 5ª edição, Edital. Dialética, São Paulo, 1998, pág. 381/382)."

Não podemos aceitar as alegações da Recorrente seja admitida pelo Conselho, pois, haveria um nítido desrespeito ao Princípio da Isonomia/Igualdade, assim como ao Princípio da Legalidade, entre as participantes que não mudaram seus lances em obediência às regras impostas pelo edital e legislação pertinente.

Ainda, importa tecer algumas considerações acerca das exigências editalícias quanto à participação das licitantes.

### 3. PRECLUSÃO DO DIREITO DE RECORRER

Todas as licitantes retiraram e analisaram o edital de forma minuciosa conforme se comprovou com suas participações na sessão eletrônica.

A análise do instrumento convocatório resultou em pedidos de esclarecimentos e republicação do edital.

Em momento algum, houve impugnação por qualquer das licitantes quanto aos termos do edital, inclusive das Recorrentes.

O momento oportuno para apresentação de oposição às regras do edital quanto ao critério de desempate, deveria ter ocorrido anteriormente à fase recursal, com pedido de esclarecimento e/ou impugnação.

Não há, nesse momento, após declaração de vencedor, que se discutir procedimento prévio ao momento de abertura das propostas.

Portanto, como dito, está precluso o direito de discussão quanto ao critério de desempate, tornando-se sem eficácia os recursos interpostos.

Com efeito, qualquer alegação contra as cláusulas Editalícias deveria ter sido feita enquanto o prazo de impugnação ao Edital estava aberto.

Caracteriza-se, assim, incabível qualquer alegação por parte da licitante nesse sentido, posto que o momento para fazê-la já passou, precluindo a faculdade que a Lei lhe confere.

Nesse caso, no que tange ao direito de impugnação, aplica-se subsidiariamente a Lei 8.666/93 conforme veremos nos tópicos a seguir esboçados.

#### 4. DO PEDIDO

Diante de todos os argumentos de fato e de direito acima aduzidos, requer seja negado provimento ao recurso apresentado pela empresa Ticket, e, por conseguinte, seja mantida a decisão atacada.

Termos em que,

P. deferimento.

Barueri/SP, 28 de fevereiro de 2018.

**Fechar**