

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRARRAZÃO :

ILMO(A). SR(A). PREGOEIRO(A) DO MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO/RJ

Pregão Eletrônico SRP n.º 161/2023
Processo n.º 9.988/2023

HOSPITAL EM CASA LTDA, já devidamente qualificada nos autos processo administrativo em epígrafe, por intermédio de seu representante legal o Sr. Sidney Martins Warol Junior, Portador do RG sob nº 089329254 e CPF nº 020.518.457-00, por seu representante legal infra assinado, vem, com fulcro no Art. 4º, XVIII da Lei 10.520/02 e do respectivo Edital 22.2, à presença de Vossa Senhoria, na melhor forma do Direito, observando os princípios constitucionais basilares de todo e qualquer procedimento licitatório, apresentar as CONTRARRAZÕES ao Recurso Administrativo apresentado pela licitante LUMIAR HEALTH BUILDERS EQUIPAMENTOS HOSPITALARES LTDA em face à decisão da Sr. Pregoeiro que declarou a HOSPITAL EM CASA LTDA vencedora do certame em epígrafe.

1. DA TEMPESTIVIDADE

Conforme previsto no Art. 4º, inciso XVIII da Lei 10.520/93, art. 44 do Decreto Federal 10.024/2019 e subitem 22.2 do pregão eletrônico em epígrafe, será concedido o prazo de 3 (três) dias úteis, para o encaminhamento, por meio do sistema eletrônico, das razões do recurso, ficando as demais licitantes, após a apresentação das razões, intimadas a apresentar contrarrazões em igual prazo, também via sistema, contado do término do prazo do recorrente.

Assim sendo, como o prazo inicial para interposição do recurso teve início em 16 de outubro de 2023, o termo final para apresentação das contrarrazões é o dia 23 de outubro de 2023 (segunda-feira), pois, nos termos do art. 110, parágrafo único da Lei 8.666/93, só se iniciam e vencem os prazos no procedimentos licitatórios em dias nos quais há expediente no órgão ou entidade.

Desta feita, protocolizada nesta data, forçoso reconhecer a tempestividade dessas Contrarrazões

2. DOS FATOS.

A Recorrente alega que a Recorrida deve ser inabilitada, pois, SUPOSTAMENTE, NÃO:

- a) comprovou sua capacidade técnica.
- b) informou acerca do fabricante e modelo dos equipamentos.
- c) apresentou AFE.
- d) apresentou balanço com a assinatura do representante legal da empresa.

Contudo, como será demonstrado a seguir, as alegações da Recorrente não merecem prosperar.

a) Da Alegada Ausência de Capacidade Técnica.

A Recorrente alega que "de acordo com o item 21,1 do Edital, é necessário apresentar atestado de capacidade técnica informando a quantidade de fornecimentos", contudo tal afirmação é FALSA. Não há menção a quantidade de fornecimentos no edital. Confira-se o texto original

21.1- Apresentar atestado de capacidade técnica fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove ter a licitante cumprido, de forma satisfatória, a execução de objeto compatível ou com complexidade superior ao especificado no TERMO DE REFERÊNCIA ANEXO I deste Edital, com clara menção do produto e execução bem sucedida, quanto ao cumprimento de prazos, especificações e qualidade dos mesmos. A documentação apresentada deverá conter informações que permitam contatar a empresa atestante para fins de aferição.

Ora, não é ilegal subentender exigências não expressas no edital. Ademais, é possível ao pregoeiro confirmar a capacitada técnica contatando diretamente o atestante, conforme previsto na última frase do item 21.1 ("A documentação apresentada deverá conter informações que permitam contatar a empresa atestante para fins de aferição").

Não bastassem todas essas razões, o próprio Município tem absoluta ciência da capacidade técnica do Recorrido, pois, como se verifica pelos contratos enviados por e-mail, os serviços ora licitados já são prestados pelo Recorrido sem nenhum tipo insatisfação.

b) Da Alegada Ausência de Informação acerca do Fabricante e Modelo de Equipamentos.

A recorrente alega que não foram cumpridos os seguintes itens do edital:

10.2 - O licitante deverá enviar sua proposta mediante o preenchimento, no sistema eletrônico, dos seguintes campos:

...

10.2.2- Marca, quando for o caso;

10.2.3 - Fabricante, quando for o caso

O cumprimento desses itens só seria necessário se o procedimento licitatório tive como objeto a aquisição de bem, contudo o objeto do presente processo é a aquisição de fornecimento OXIGÊNIO MEDICINAL DOMICILIAR, sendo certo que os aparelhos, os quais não serão adjudicados de forma permanente para o Município, são meros acessórios do serviço principal, o que torna desnecessária a apresentação de suas marcas e fabricantes.

De toda forma, caso se entende pela necessidade de apresentação da marca e fabricante, tal exigência foi cumprida em razão da diligência realizada pelo zeloso pregoeiro, consoante autorizado pelo art. 43, § 3º da Lei. 8.666/93, inclusive com a apresentação dos folders dos aparelhos.

c) Da Alegada Ausência de AFE.

Quanto à alegação de ausência de Autorização de Funcionamento (AFE) para os produtos que são objetos da licitação, conforme determina o item 21.2 do edital, esclarecemos que foram apresentados documentos comprobatórios do disposto no referido item:

Documento denominado "AFE – Resolução n.º 1.331" comprova que a recorrida se encontra de forma regular junto a ANVISA. Ademais, a Cópia da Licença Sanitária Municipal e Alvará de Funcionamento para a atividade desenvolvida pela empresa foram apresentadas na habilitação.

Também foi apresentado AFE do Fabricante e um documento denominado "JUSTIFICATIVA AFE", no qual se comprova que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA não está emitindo autorização de funcionamento para distribuidores de Gases Medicinais, desta maneira impossibilitando a recorrida de possuir o referido documento.

No link <https://www.gov.br/anvisa/ptbr/setorregulado/regularizacao/medicamentos/gases-medicinais/informacoes-gerais>, temos as informações quanto à expedição dessa autorização de funcionamento.

No item 10 da referida página, a ANVISA ainda não estabeleceu os requisitos com a concessão de AFE para as empresas que realizam apenas as etapas de distribuição, armazenamento e transporte de gases medicinais e, portanto, essas empresas não necessitam de AFE para seu funcionamento.

Sendo assim, só se mostra exigível no procedimento licitatório a AFE do fabricante, a qual já se encontra anexada, sob pena de ver diminuída a concorrência do certame.

d) Da alegada Ausência de Assinatura do balanço por representante legal da empresa.

O Recorrente alega que o balanço patrimonial não foi assinado pelo representante da empresa, somente pelo Contador. Todavia, é necessário ressaltar que o Contador é o representante na seara fiscal da Recorrida, inclusive é ele quem efetua diretamente todas as declarações fiscais/contábeis para a Receita Federal, consoante Recibo de Entrega de Escrituração Contábil Digital anexado.

Além disso, o sócio da empresa, Sr. Sidney Martins Warol Junior (subscritor da presente), ratifica as informações prestadas pelo Contador, o que supre e sana eventual falta de assinatura do sócio e, por consequência, impede a inabilitação do licitante.

Este é inclusive o posicionamento consolidado do TCU (Tribunal de Contas da União), confira-se o acórdão exemplificativo:

PEDIDO DE REEXAME. REPRESENTAÇÃO. TRT-AM. PREGÃO PRESENCIAL. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTES COM RESTRIÇÃO A COMPETITIVIDADE. SUSPENSÃO CAUTELAR DO PREGÃO. DETERMINAÇÃO PARA ANULAR A DESCLASSIFICAÇÃO DE EMPRESAS E A AJUDICAÇÃO DO OBJETO, COM POSTERIOR SEGUIMENTO DO CERTAME. CONHECIMENTO DO RECURSO. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA À RECORRENTE E AO ÓRGÃO INTERESSADO. 1. A licitação não deve perder seu objetivo principal, que é obter a proposta mais vantajosa à Administração, mediante ampla competitividade, a teor do art. 3º, caput, da Lei 8.666/93.

A característica essencial do pregão é a de ser uma modalidade mais dinâmica e flexível para a aquisição de bens ou contratação de serviços de interesse da administração pública. Seus fundamentos principais são, especialmente, a ampliação da disputa de preços entre os interessados, que tem como consequência imediata a redução dos preços contratados, bem como a alteração da ordem tradicional de apresentação e análise dos documentos de habilitação e propostas de preço, e a mitigação das formalidades presentes nas demais modalidades licitatórias.

Portanto, aliada à celeridade, a competitividade é característica significativa do pregão e vem expressamente albergada não só no caput do art. 4º do Decreto n.º 3.555/2000, como princípio norteador dessa modalidade, como em seu parágrafo único: "as normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação" (grifos do original).

Diante do exposto, concluo que a desclassificação de seis licitantes por conta de erro material na apresentação da proposta, além de ter ferido os princípios da competitividade, proporcionalidade e razoabilidade, constituiu excesso de rigor por parte do pregoeiro, haja vista que alijou do certame empresas que ofertavam propostas mais vantajosas, com ofensa ao interesse público. ACÓRDÃO 1734/2009 - PLENÁRIO. RELATOR RAIMUNDO CARREIRO PROCESSO 002.251/2008-5

O Índice de Liquidez Geral, o qual, segundo a recorrente se encontra fora do previsto no edital, foi de 7,52, muito acima do índice mínimo de 1 consignado na cláusula 20.4. E mesmo se assim não fosse, a questão estaria sanada pelo atendimento do previsto na cláusula 20.4.1, porquanto o patrimônio líquido da empresa é de R\$ 706.000,00 (setecentos e seis mil reais), ou seja, superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da licitação, conforme última alteração contratual anexada.

Dessarte, incabível a inabilitação da Recorrida com base na ausência de assinatura do seu sócio ou incorreção do índice

3- DO DIREITO.

A atuação da Administração Pública é norteadora pelos princípios basilares contemplados expressamente no art. 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e submete-se também à observância de princípios implícitos que decorrem da CF, como princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, da efetividade, da adequação, da lealdade ou boa-fé processual e da cooperação.

Além desses princípios constitucionais, alguns princípios do Direito Administrativo são extremamente relevantes

para os procedimentos licitatórios, no caso em tela, vale destacar dois deles. Vejamos a seguir.

3.1 – Princípio da Formalidade Moderada.

Não se pode negar que o formalismo constitui importante medida de segurança e previsibilidade dos atos e contribui para garantir o devido processo legal e o cumprimento dos direitos do particular e dos interesses da administração.

No entanto, deve-se ter em mente que o processo administrativo, em especial o licitatório, não representa um fim em si mesmo, mas um meio para o atendimento das necessidades públicas.

Neste sentido, o professor Adilson Dallari esclarece que “a licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital”. Sobre o tema, também leciona José dos Santos Carvalho Filho :

“Não se desconhece que no direito público é fundamental o princípio da solenidade dos atos, mas as formas têm que ser vistas como meio para alcançar determinado fim. Portanto, insistimos em que se tem por criticável qualquer exagero formal por parte do administrador. Se a forma simples é bastante para resguardar os direitos do interessado, não há nenhuma razão de torná-la complexa. Cuida-se, pois, de conciliar a segurança dos indivíduos com a simplicidade das formas”.

Diante deste raciocínio que se entende que o princípio da formalidade não pode ser utilizado como barreira à concretização da finalidade dos atos e tampouco pode ser exigido quando dispensável, em especial, nos processos administrativos.

É neste sentido que se orienta o TCU:

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (Acórdão 357/2015-Plenário. Relator: Bruno Dantas. Data do julgamento: 04/03/2015)

Acolhendo essa visão mais moderada acerca do formalismo, a Lei Federal nº 8.666/93 prevê a possibilidade de a comissão de licitação (ou autoridade superior) promover diligências que se destinem a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedando a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. Conforme se extrai da redação dispositivo:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...)

§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.

A esse propósito, empresta-se das palavras do ilustre administrativista Marçal Justen Filho que, tecendo comentários sobre o art. 43 da Lei Federal nº 8.666/93, discorre sobre o tema nos seguintes termos :

“As diligências e esclarecimentos consistem em atividades desenvolvidas diretamente pela autoridade julgadora, destinadas a eliminar imprecisões e confirmar dados contidos na documentação apresentada pelo licitante. Envolvem na prática de ato administrativo, consistente em verificação de situação fática, requerimento de informações perante outras autoridades públicas, confirmação da veracidade de documentos e assim por diante. A diligência é uma providência para confirmar o atendimento pelo licitante de requisitos exigidos pela lei ou pelo edital, seja no tocante a habilitação, seja quanto ao próprio conteúdo da proposta”.

Como se pode observar, um rigor excessivo pode levar a administração pública a adquirir produtos ou serviços que não possuem o melhor preço, maculando assim outro princípio extremamente relevante para os processos licitatórios, qual seja, o Princípio da Vantajosidade.

A vantajosidade prevista no artigo 3º da Lei das Licitações espelha basicamente a busca por contratação que seja tanto economicamente mais vantajosa — menor gasto de dinheiro público — quanto que assim o seja qualitativamente, melhor gasto. Contudo, vale ressaltar que o contexto da lei 8.666/93 privilegia o menor preço, sugerindo-o como regra nos procedimentos ali previstos.

Assim, admitir o Recurso ora combatido, seria promover um enorme prejuízo ao erário municipal, pois a proposta vencedora da ora recorrida foi de R\$ 1.850.864,00 (um milhão oitocentos e cinquenta mil oitocentos e sessenta e quatro reais), enquanto a proposta da Recorrente foi de R\$ 2.682.840,00 (dois milhões seiscentos e oitenta e dois mil e oitocentos e quarenta reais).

Em outras palavras, a procedência do RECURSO IMPLICARIA EM PREJUÍZO DE R\$ 831.976,00 (OITOCENTOS E TRINTA E UM MIL NOVECENTOS E SETENTA E SEIS REAIS) AOS COFRES PÚBLICOS, além de macular diversos princípios administrativos, o que certamente não seria tolerado pelo Judiciário.

4 - DOS PEDIDOS.

Em razão de todo o exposto, requer a TOTAL IMPROCEDÊNCIA do Recurso Administrativo interposto pela Empresa RECORRENTE, uma vez que os fatos alegados não podem prosperar, sob pena de ferir direitos fundamentais da licitação;

E diante de tudo, a consequente adjudicação e homologação do certame em favor do Hospital em Casa LTDA.

Termos em que, pede Deferimento.

Nova Friburgo, 23 de outubro de 2023.

HOSPITAL EM CASA LTDA
Sidney Martins Warol Junior
sócio administrador

Fechar