

ILUSTRE(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE DA REGIÃO AMPLIADA OESTE PARA GERENCIAMENTO DOS SERVIÇOS DE URGÊNCIA E EMERGÊNCIA – ESTADO DE MINAS GERAIS

EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 002/2023

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 003/2023

NEO CONSULTORIA E ADMINISTRACAO DE BENEFICIOS EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, com Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, CNPJ, nº 25.165.749/0001-10, Alameda Rio Negro, nº 503, sala 1803, Alphaville, Barueri – SP, *felipe.veronez@neofacilidades.com.br* e telefone (11) 3631-7730, vem, muito respeitosamente, por intermédio de seu representante legal, apresentar

CONTRARRAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO

em face das veementes irregularidades contidas nos documentos de habilitação da arrematante, que culminaram na indevida habilitação da empresa **BIGCARD ADMINISTRADORA DE CONVÊNIO E SERVIÇOS LTDA**, o que o faz consoante motivos fáticos e jurídicos a seguir expostos.

I. EXPOSIÇÃO DOS FATOS

A municipalidade realizou a sessão pública do Pregão Presencial, que tem por objeto a *“Contratação de Empresa Especializada em serviço de gerenciamento da prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva e fornecimento de peças automotivas para a frota de veículos do CIS-URG OESTE mediante sistema informatizado e integrado via WEB on-line real time, através de utilização de etiqueta denominada Tag ou etiqueta com tecnologia RFID ou NFC ou cartão magnético, em estabelecimentos credenciados no Estado de Minas Gerais.”*, conforme prazos e especificações contidas no Termo de Referência.

Ao final da disputa, que ocorreu em 07/03/2023, a empresa **BIGCARD ADMINISTRADORA DE CONVÊNIO E SERVIÇOS LTDA** ofertou o melhor lance de -1,50% (um inteiro e cinquenta milésimos por cento negativos), e tão logo foi desclassificada, em razão de ofertar lance fora da margem permitida, em desconformidade com o item XVI, 6, do Edital.

Ato contínuo, sagrou-se vencedora a **NEO**, ora recorrida, com a oferta de -1,00% (um inteiro por cento negativo). Irresignada, a licitante **BIGCARD** apresentou intenção de recurso, acerca da legalidade de sua desclassificação e da classificação/habilitação da **NEO**, abrindo prazo para a apresentação das competentes contrarrazões.

Esta, a síntese do necessário.

II - DAS RAZÕES

II.1 – DA LEGALIDADE DA FIXAÇÃO DE ELEMENTOS DE CONTROLE DA TAXA SECUNDÁRIA

Insurge a recorrente contra o item XVI, 6, do Edital, que dispõe acerca do critério de aceitabilidade da taxa de administração negativa:

“XVI. QUANTITATIVOS E ESTIMATIVOS

6. Poderão ser admitidas taxas de administração negativas, desde que seja **comprovada a não oneração aos credenciados e não menor que 1% negativos.**

Acerca do item, a BIGCARD apresenta equivocado entendimento de que a limitação de lances negativos, superiores a 1%, atentaria contra o inciso X do artigo 40 da Lei nº 8.666/93, ainda que o item pretenda a não oneração desproporcional dos estabelecimentos credenciados.

Ocorre que, ao rigor dos Acórdãos TCU 2312/2022 – Plenário, e TCE/MG 1084455, a administração deve criar parâmetros de fiscalização e mecanismos de controle das taxas de credenciamento ou taxas secundárias cobradas da rede credenciada, evitando-se a oneração desproporcional dos estabelecimentos e a consequente majoração dos preços praticados.

Não é por menos que o Edital considerou taxas negativas superiores a 1% como inexecutáveis e desvantajosas (“desde que seja comprovada a não oneração aos credenciados”), na medida em que oneram em demasia os credenciados, tendo em vista a realidade local e regional da sede contratante.

Quando um Edital é publicado, o seu Termo de Referência é baseado em amplo estudo, conforme determina o artigo 3º, incisos IV e XI do Decreto nº 10.024/2019, não sendo diferente para o Pregão Presencial nº 002/2023.

Exatamente por isso, a Administração considerou como melhor preço, não o menor valor, mas sim o conjunto de benefícios trazidos, pela conjuntura dos termos do contrato, de modo imediato e a longo prazo. Nesse sentido, a exequibilidade requerida para a contratação em debate não poderá ser superior a 1% negativo, fato que não foi observado pela recorrente.

Portanto, não há que se falar em vedação ou limitação de preços, conforme argumenta a BIGCARD, na medida em que a fixação de critérios de controle de preços

e taxas praticadas com a rede credenciada, por meio de repasse, é fato recomendado pelos tribunais de contas pátrios.

II.2 – DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E A PRECLUSÃO DO DIREITO DE IMPUGNAR

A vinculação ao instrumento convocatório é um princípio licitatório basilar (artigo 3º, *caput*, Lei nº 8.666/93), sendo um desdobramento do princípio da legalidade (artigo 37, *caput*, Constituição Federal), e, conforme expõe Irene Patrícia Diom Nohara¹, “*implica que a Administração não pode descumprir normas e condições por ele (o Edital) fixadas, estando a ele estritamente vinculada.*” (comentário nosso). “*A inobservância do conteúdo do instrumento convocatório pela Administração Pública pode gerar nulidade.*”, complemente a autora.

O Tribunal de Contas da União coaduna para o mesmo sentido: “[...] *em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, é inadmissível que a Administração deixe de aplicar exigências previstas no próprio edital que tenha formulado.*” (Acórdão 2730/2015-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS).

Vê-se, portanto, que não havia melhor ato que não a desclassificação da empresa BIGCARD, por vinculação ao instrumento convocatório. Isso porque, além de ofertar taxa superior (-1,5%) ao máximo estabelecido (-1%), deixou de apresentar a comprovação de exequibilidade da rede credenciada.

No mais, a recorrente utiliza-se de maneira equivocada a via recursal para irressignar-se contra os termos do Edital (leia-se impugnar), apontando para suposta violação do artigo 40 da Lei nº 8.666/93 e de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, fato que não é aceito pela doutrina, tampouco pela jurisprudência e pela Lei.

Isso porque a licitante deixou de impugnar os termos do Edital em momento oportuno, o que leva, inexoravelmente, a preclusão de seu direito. Para Maria Sylvia

¹ NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 11ª Ed, Barueri: Atlas, 2022.

Zanella Di Pietro², a preclusão administrativa “*ocorre quando uma das partes deixa de adotar alguma providência processual de sua alçada*”.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entende que posterior discordância dos termos do Edital pode configurar comportamento oportunista dos licitantes, que, a depender do resultado classificatórios, decidem por impugnar os termos que lhes são desfavoráveis:

*“APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES. EDITAL. MODALIDADE CONCORRÊNCIA. **IMPUGNAÇÃO. PRAZO. INOBSERVÂNCIA. PRECLUSÃO.** DECADÊNCIA. A análise pleiteada fica inviabilizada em função do Princípio da Vinculação ao Edital, insculpido no art. 3º da Lei de Licitações - Lei 8.666/93 -, o qual o prevê como um de seus fundamentais princípios. Segundo Hely Lopes Meireles, \o edital é lei entre os licitantes\, ou seja, uma vez aberta a licitação, deve ser observado o quanto estabelecido no Edital e aceito pelos licitantes. Isto porque, na hipótese de serem encontrados eventuais vícios no instrumento editalício, a própria Lei de Licitações estabelece a possibilidade de que não apenas os licitantes, mas qualquer pessoa apresente impugnações ao dito instrumento. **Todas as hipóteses de discordância do licitante em relação ao edital devem ser feitas antes da abertura da licitação e não após o resultado da habilitação dos proponentes sob pena, inclusive, de comportamento oportunista dos licitantes, que acabam por decidir impugnar ou não, dependendo dos resultados, além da inevitável insegurança jurídica daí gerada.** Inteligência do art. 41, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Precedentes do STJ.APELO DESPROVIDO. (TJ-RS - AC: 70065526048 RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Data de Julgamento: 12/08/2015, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 03/09/2015)”*

² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Princípios do processo judicial no processo administrativo. Revista Consultor Jurídico, 10 de dezembro de 2015.

O caráter oportunista apresentado pela BIGCARD ganha maior notoriedade quando se verifica que a própria licitante declarou “*estar ciente dos critérios de julgamento do certame*”, consoante com a declaração do anexo II do Edital.

Ora, se a licitante tinha total conhecimento dos termos do Edital, por qual razão questiona item supostamente ilegal, somente após ser desclassificada?

Na mesma linha do TJRS, seguem os tribunais paulista, amapaense e da 1ª região federal:

*“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE PROCESSO LICITATÓRIO. EXTINÇÃO SEM ANÁLISE DE MÉRITO, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL, EM DECORRÊNCIA DA **AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA DO EDITAL**. Inviabilidade. Omissão do interessado que somente afeta os casos de anulabilidade, nos quais envolvidos interesses privados e disponíveis dos licitantes. Indisponibilidade dos interesses fundamentais perseguidos pelo Estado. Recurso provido, anulando-se a sentença, para que o processo prossiga. (TJ-SP - AC: 10342805320198260506 SP 1034280-53.2019.8.26.0506, Relator: Heloísa Martins Mimessi, Data de Julgamento: 12/01/2021, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 12/01/2021)”*

*“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - FASES - EXIGÊNCIA EDITALÍCIA - **NÃO IMPUGNAÇÃO DO EDITAL - PRECLUSÃO**. 1) O procedimento licitatório se desenvolve em etapas e a cada uma delas é aberta oportunidade para que os concorrentes apresentem impugnações e recursos antes de se passar à fase seguinte. Assim, superada a etapa anterior, é vedada aos licitantes a discussão de assunto referente à fase licitatória pretérita, porquanto configurada a preclusão. 2) Agravo de instrumento não provido. (TJ-AP - AI:*

00007865920188030000 AP, Relator: Desembargador GILBERTO PINHEIRO, Data de Julgamento: 18/10/2018, Tribunal)”

“LICITAÇÃO. INFORMÁTICA. CONTRATAÇÃO DE PROGRAMADORES. PONTUAÇÃO POR NÚMERO DE PROGRAMADORES COM REGISTRO EM CARTEIRA DE TRABALHO. PRETENSÃO DA LICITANTE DE ATRIBUIÇÃO DA MESMA PONTUAÇÃO AOS ANALISTAS DE SISTEMAS. IMPOSSIBILIDADE. IRRELEVÂNCIA DO ARGUMENTO DE GRADUAÇÃO SUPERIOR DOS ANALISTAS. **AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL NO MOMENTO OPORTUNO.** 1. “Sendo o procedimento licitatório dividido em etapas (editância, habilitatória, julgadora e adjudicatória) e contendo cada qual os mecanismos respectivos de impugnação, **opera-se a preclusão quando se discute matéria que deveria ser tratada em fase anterior**” (TRF1, AMS 0026745-37.2000.4.01.3400/DF, Juiz Federal Urbano Leal Berquó Neto (Conv.), DJ p.130 de 10/06/2003. 2. Além de serem distintas as funções/atribuições dos analistas de sistema e dos programadores, e o edital expressamente ressaltar a impossibilidade dessa comparação em norma não impugnada pela autora, o só fato de um analista, por ser mais graduado, poder desempenhar a função de programador, não implica que o faça melhor ou de forma mais apropriada, o que afasta a alegação de ser ilegal e injusto o critério de pontuação, por quantitativo de programadores, atribuído pela CEF e referendado pela sentença. 3. Apelação da autora não provida, prejudicado o agravo retido. (TRF-1 - AC: 00149653220024013400, Relator: JUIZ FEDERAL OSMANE ANTONIO DOS SANTOS, Data de Julgamento: 13/08/2013, 2ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: 03/09/2013)”

A Lei nº 8.666/93 também determina que a impugnação intempestiva preclui o direito e não possui o efeito de recurso:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

[...]

§ 2o Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Portanto, I. Pregoeiro, a improcedência do recurso interposto perfaz a estrita legalidade e vinculação ao instrumento convocatório requeridas por lei, em razão do item XVI, 6, apresentar devido controle de preços e taxas, não sendo aceito discussão em sede recursal, à luz de ampla jurisprudência.

III. DO PEDIDO

Diante de todo o exposto e o que mais consta dos autos deste processo licitatório, requer:

a) seja conhecido a presente contrarrazão, conferindo ao certame o efeito suspensivo previsto pelo artigo 109, parágrafo segundo, da Lei Federal n. 8.666/93 e, no mérito, **JULGUE-A PROCEDENTE**, para que se mantenha **DECLASSIFICADA** a licitante **BIGCARD ADMINISTRADORA DE CONVÊNIO E SERVIÇOS LTDA.**

b) seja, via de consequência, dado prosseguimento ao certame, promovendo-se a convocação da recorrida, para adjudicação do objeto.

Na remota e absurda hipótese de não provimento da contrarrazão apresentado pela Recorrida, requer-se a produção de cópia integral dos autos do processo licitatório, para que possam ser adotadas as medidas judiciais cabíveis, em especial o ajuizamento de ação mandamental e a comunicação do ocorrido aos órgãos de fiscalização e controle externo (Ministério Público e Tribunal de Contas).

Termos em que pede deferimento.

Barueri, Estado de São Paulo, 14 de março de 2023.

Neo Consultoria e Administração de Benefícios EIRELI

Rodrigo Ribeiro Marinho – OAB/SP 385.843 - Procurador