

PARECER ACERCA DE RECURSO – PE 21/2021

O presente PARECER trata da análise do recurso impetrado pela empresa recorrente **M. F. MOREIRA**, CNPJ 26.477.376/0001-85, contra a decisão que declarou vencedora dos grupos 01, 02 e 03 a empresa **NOVA INDUSTRIA, COMERCIO E SERVICOS LTDA**, CNPJ 86.863.412/0001-70.

DO RECURSO

Para fundamentar seu pedido, apresentou seu entendimento, conforme o seguinte:

DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, salienta-se que nos termos do inciso XVII do art. 4º da Lei 10.520/2002, cabe recurso administrativo no prazo de 3 (três) dias da decisão que ocorreu em 14 de junho de 2021, sendo assim o prazo final dia 17 de junho de 2021.

Demonstrada, portanto, a tempestividade do presente recurso.

SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de licitação na modalidade Pregão Eletrônico cujo objeto é aquisição eventual de material gráfico (Publicações Institucionais) para atender a Procuradoria de Justiça do Estado do Maranhão.

Após manifestação da Coordenadoria de Documentação e Biblioteca – CDB da PJG a empresa **NOVA INDUSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. – NOVAGRAF** apresentou uma justificativa de preços, a qual se mostra eivada de inconsciências e por ora não foram observadas por essa diletta comissão permanente de licitação, o que deve ser revisto pelos seguintes motivos.

DA NECESSIDADE DE APRESENTAR PLANILHA DE CUSTO REAL

Indústria Gráfica é uma indústria de transformação, onde há a compra de papéis, chapas de alumínio (matrizes), tintas, e embalagem final e produtos adicionais, como grampos, espirais, somado a isso a mão de obra e hora de equipamentos gráficos, para assim compor o custo de material e mão de obra, que quando somados aos impostos e margem de lucro, chegam ao preço final.

Sendo assim, uma planilha de custos tem que identificar claramente os quantitativos de cada material empregado, citando inclusive a marca, e o custo individual de cada material. Informando também a quantidade de horas trabalhadas em cada item, indicar o custo desta M.O., o valor e o total de horas máquinas e por fim quantidade e custos de materiais adicionais. Para então, somar a isso lucro, e os impostos, que se a empresa estiver enquadrada.

No caso em tela a empresa ao apresentar sua “justificação de preços” apresenta no item “encargos” o valor de apenas 5% (cinco por cento) em tempo que pelo balanço patrimonial (pg.03), apresentado pela mesma, os valores de encargos pago pela empresa no ano de 2020, ficaram em torno de 30%(trinta) das vendas e serviços. Mostrando claramente que a sua justificativa de preço se encontra muito distante da realidade fiscal da empresa.

Considerando ainda que empresa seja enquadrada pelo sistema Simples Nacional, ainda assim a tributação seria de aproximadamente 14% (quatorze por cento) ou mais, levando-se em conta a sua receita bruta apurada nos últimos 12 meses, o que se mostra muito distante ainda dos 5% apresentados na justificação de preço.

Em resumo a empresa não apresentou uma planilha de custos real, sem apresentar pelo menos uma Nota Fiscal de aquisição de produtos e insumos, ou uma nota fiscal de venda que demonstre que o valor prometido pode ser realmente praticado.

Logo, fica claro que a empresa informa valores inverídicos, sem comprovação incontroversa da exequibilidade da proposta apresentada, além de declarar encargos, impostos e lucros distintos dos apresentados em seu balanço patrimonial de 2020, mostrando-se uma mera peça de ficção montada às avessas.

DA NECESSIDADE DE ATENDER INTEGRAL AO PREVISTO NO EDITAL

Pelo princípio do vínculo ao instrumento convocatório, a Comissão Julgadora não pode aceitar propostas sem observância ao disposto no edital, visto que fica indene de dúvida que não atendeu o edital ao não informar a marca de suas matérias primas, e que de pronto já a desclassifica na totalidade.

Prova disso, se encontra na solicitação de esclarecimento de dúvidas realizada pela empresa SETE CORES, no dia 8 de maio de 2021, onde esta pede informações sobre o item 06 – Marca e Fabricante, e assim obteve a seguinte resposta:

Em resposta aos quesitos da Empresa Sete Cores Industria e Comércio Ltda. (CNPJ: 41.470.063/0001-99), informo o que se segue sobre:

a) “Pedido de Esclarecimento quanto ao item 06 – Marca e Fabricante”: Resposta: Comunico que a mera menção à marca de referência realizada no Edital 21/2021 – SRP é permitida e deriva do dever que a Administração Pública possui de caracterizar o objeto licitado de forma adequada, sucinta e clara, de acordo com os arts. 14, 38, caput, e 40, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93.

Assim, o que se quer é buscar subsídios para aferir se a empresa participante do concurso licitatório tem capacidade de demonstrar desempenho e comprovar qualidade e produtividade compatíveis com os serviços a serem contratados. (TCU -Acórdão 113/2016 – Plenário).

Portanto, o que realmente se pretende é que as empresas gráficas informem a marca dos papéis utilizados na confecção da(s) amostra(s), de acordo com as especificações técnicas dos itens escolhidos para ulterior apresentação de amostra, cujo o “fabricante”, necessariamente, será a própria licitante gráfica, eventual vencedora de cada grupo de itens gráficos, objetos de eventual e vindoura aquisição institucional.

Ou seja, a proposta apresentada vai de encontro à previsão do edital visto que, não apresenta qual a marca do papel será utilizada, deixando assim de demonstrar a qualidade e produtividade compatíveis com os serviços que a licitante busca contratar. Não atendendo ao item “marca” exigida pelo edital, se limitando a colocar a informação “própria”, o que se entender ser referente ao “fabricante”, mas não coloca a “marca”, conforme esclarecido pela própria licitante, conforme supracitado.

Portanto, a habilitação da empresa recorrida se trata de um grande e inequívoco descumprimento aos termos do edital devendo culminar com a sua imediata DESCLASSIFICAÇÃO.

DO VÍNCULO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

O princípio do vínculo ao instrumento convocatório materializa o princípio da legalidade no processo licitatório e vem expressamente positivado na Lei 8.666/93, nos seguintes termos:

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

A observância ao edital efetiva o princípio inscrito dentre os demais princípios que regem a Administração Pública, disposto no caput do artigo 37 da Carta Magna:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer do Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

O princípio da legalidade é a base de todos os demais princípios, uma vez que instrui, limita e vincula as atividades administrativas, conforme refere Hely Lopes Meirelles:

"A legalidade, como princípio de administração (CF, art.37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘poder fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’."(in Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros, 27ª ed., p. 86), No mesmo sentido, leciona Diógenes Gasparini:

"O Princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade do seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal ou que exceda o âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo o que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situação excepcional (grande perturbação da ordem, guerra)" (in GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo, Ed. Saraiva, SP, 1989, p.06)

Portanto, uma vez demonstrado o descumprimento ao devido processo legal e ao princípio da legalidade, tem-se por inequívoca desclassificação da empresa NOVA INDUSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. – NOVAGRAF.

A nosso entender a Empresa está desclassificada em sua proposta por não apresentar a marca de suas matérias primas, e a seguir a mesma apresentou preços inexequíveis de forma clara com descontos de até 90,33% dos preços de mercado levantados, tentando maquiagem a planilha com preços impossíveis de atingir.

ISTO POSTO, diante da plena comprovação de não atendimento ao edital, REQUER, o recebimento do presente recurso, em seu efeito suspensivo, nos termos do art 109, § 2º, da Lei 8.666/93;

Ao final, julgar totalmente procedente o presente recurso, para fins de rever a decisão de HABILITAÇÃO, declarando a nulidade de todos os atos praticados a partir da declaração de classificação, com imediata desclassificação da empresa ora habilitada.

Não alterando a decisão, requer o imediato encaminhamento à Autoridade Superior nos termos do art. 109, §4º da Lei 8.666/93.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

DAS CONTRARRAZÕES

Em sede de contrarrazões a recorrida se manifestou da seguinte forma:

I - RESUMO DOS FATOS

I.1 - Após cumprir o exaustivo procedimento e exigências contidas no Pregão Eletrônico nº 21/2021, a recorrida foi declarada vencedora do certame. Inclusive, com apresentação de Planilha de Justificativa de Preços, calculada por método de precificação com base no custo e por índice cientificamente comprovável.

I.2 - A Recorrente inconformada com tal situação, apresentou Recurso Administrativo sem qualquer fundamentação prática, fática e/ou legal, que mereça ser considerada, vez que a Recorrida seguiu corretamente todos os procedimentos previstos no ato convocatório e na legislação sobre o tema, além de ofertar a melhor proposta à Administração Pública.

I.3 - A NOVA INDUSTRIA apresenta suas Contra-Razões ao presente Recurso Administrativo, tendo em vista a intenção da M. F. MOREIRA de protelar o processo, tratando-se de mera manifestação de inconformismo, sendo certo que a Proposta e Documentação de habilitação da Recorrida atendem plenamente ao Edital do Pregão em comento, considerando o que se segue:

I.4 - O Recorrente, em sua peça de inconformismo com o procedimento licitatório, alega aleatoriamente, o seguinte:

“A nosso entender a Empresa está desclassificada em sua proposta por não apresentar a marca de suas matérias primas, e a seguir a mesma apresentou preços inexequíveis de forma clara com descontos de até 90,33% dos preços de mercado levantados, tentando maquiagem a planilha com preços impossíveis de atingir”.

Como ficará demonstrado, não merecem prosperar os pleitos da Recorrente, assim como sequer merece ser conhecida sua peça recursal.

II – DA INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO RECURSO

II.1 - De entrada, a M. F. MOREIRA empreende sua saga de querer desvirtuar o certame ao arguir a apresentação de marca das matérias primas a serem utilizadas na produção dos objetos licitados. Tal exigência (“marca de suas matérias primas”) não consta da norma editalícia. Exige-se nos itens 6.1.2 e 6.1.3 do Edital, tão somente a marca em relação ao fabricante do objeto licitado. No caso, a Recorrida especificou prontamente a Marca/Fabricante de cada item ofertado na sua proposta. A título de exemplo, os objetos 56 e 57, devidamente referenciados com suas Marcas/Fabricantes, como os demais de indicados como de fabricação própria. Assim, cai por terra a tentativa da Recorrente de desvirtuar as regras do Edital.

II.2 – Quanto ao arranjado argumento de “preços inexequíveis” da Recorrida, basta ver seu vasto histórico atestado de cumpridora de seus compromissos perante aos clientes públicos e privados em seus 27 anos de ramo gráfico e comunicação visual. Portanto, conhece os custos dos insumos que utiliza e o custo final dos serviços que presta. Já tendo cumprido diversos serviços para este órgão licitante, conforme as Atas de Registro de Preços - ARP 029/2017, SRP 51/2019, ARP 65/2019 e ARP 02/2020.

II.3 - Mesmo sob o impacto da pandemia que elevou os custos de insumos, não deixou de cumprir os contratos firmados com diversos órgãos públicos e clientes particulares.

II.4 - Ao analisar o Edital, verifica-se a clareza de suas disposições no que tange à aferição da exequibilidade, conforme o item 8.4, que prevê diligências para aferir a exequibilidade da proposta, com a apresentação de Justificativa de Preços. O que foi prontamente atendido.

II.5 - Outrossim, na proposta está inserida a declaração do item 6.3 do Edital- De que estão inclusos na proposta todos os custos:

“todos os custos, seguro, transporte, carga e descarga do material, testes de fábrica e do campo, mão-de-obra, prestação de garantia, leis sociais, encargos sociais, trabalhistas, previdenciárias, securitárias, tributos (ICMS, PIS, COFINS, IRRF e IPI) e quaisquer encargos/taxas que incidam ou venham a incidir, direta ou indiretamente, nos serviços objeto deste Edital No caso de omissão, considerar-se-ão como inclusas nos preços”.

II.6 - Pois bem, a teor do disposto no item 8.3.1 do Edital, “Considera-se inexequível a proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos”.

II.7 – Instada, a Recorrida justificou os lances que ofertou e ainda revelou seu método de precificação com base nos seus custos pelo ÍNDICE MARKUP , incluindo despesas fixas, Encargos e Lucro, conforme a planilha de justificativa de preços que enviou a esta Comissão. Portanto provou por A+B que seu preço é exequível.

II.8 - À luz do disposto no §3º do art. 44 da Lei 8.666/1993 em conciliação com o inciso X do art. 40 da mesma lei, no caso de serviços outros, a Administração não fixa limites mínimos absolutos de aceitabilidade de preços unitários, apenas faculta aos licitantes a oportunidade de justificar situação peculiar que lhes permita ofertar preços aparentemente inexequíveis.

II.9 - No Acórdão 697/2006, o Plenário do TCU assim se manifestou:

“10. No que se refere à inexequibilidade, entendo que a compreensão deve ser sempre no sentido de que a busca é pela satisfação do interesse público em condições que, além de vantajosas para a administração, contemplem preços que possam ser suportados pelo contratado sem o comprometimento da regular prestação contratada. Não é objetivo do Estado espoliar o particular. Por outro lado, cabe ao próprio particular a decisão acerca do preço mínimo que ele pode suportar”.

II.10 - No mesmo sentido é o entendimento do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 965839/SP (Relatora Ministra Denise Arruda), de cujo voto se extrai o seguinte trecho:

“Destarte, a referida presunção de inexequibilidade da proposta não possui caráter absoluto, porquanto pode ser elidida pela prova em contrário do licitante que ofertou a proposta, por meio da demonstração de que possui condições reais de cumprimento do contrato a ser celebrado com o ente público. A questão da lucratividade empresarial é de interesse e responsabilidade da empresa licitante, e não do Estado, de modo que se aquela apresenta proposta em valor inferior a 70% do valor orçado pela Administração, certamente verificou, previamente, a possibilidade de percepção de lucro ou decidiu correr o risco de eventual prejuízo”.

II.11 - Na linha do decidido pelo STJ, manifesta o doutrinador Renato Geraldo Mendes:

“surgirá um problema quando o licitante que teve o seu preço considerado inexequível alegar que ele é exequível. E o problema se tornará sério quando, além de afirmar que o preço não é inexequível, ele demonstrar, por A+B, que o preço é exequível. Diante deste quadro, não é possível a desclassificação da proposta. Ora, se a proposta não pode ser desclassificada mesmo diante da indicação de que o preço é inexequível em razão do critério legal, para que ele existe então? O critério existe para apontar apenas o indicio de que é possível que o preço possa ser inexequível, mas não de que é, de fato, inexequível”.

II.12 - O Juízo de percepção da “proposta mais vantajosa” não deve se limitar unicamente ao aspecto financeiro da oferta, mas sim ao conjunto de fatores que possam garantir a execução PLENA, SEGURA E EFICIENTE do objeto licitado. Disto já deu prova a Recorrida nos diversos serviços prestados a este órgão licitante por licitações vencidas conforme Atas de Registro de Preços citadas no item I.1 destas Contrarrazões.

II.13 - Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, trazem, que a licitante que tem seu preço questionado pode e tem o direito de demonstrar a exequibilidade. Outro fato que a jurisprudência apresenta é que a licitante pode ser detentora de uma situação peculiar que lhe permita ofertar preços inferiores. No caso, os preços ofertados pela Recorrida envolvem uma avaliação da sua capacidade patrimonial e dos estoques de matéria prima que dispõe. É necessário a percepção de que nos serviços gráficos, muitos componentes de custos não permitem a definição do valor exato a ser considerado, pois variam conforme a estratégia negocial e a realidade de cada empresa.

II.14 – “Para os componentes de custos cujos valores não são fixados por instrumento legal, cada empresa terá liberdade para defini-los, conforme sua estratégia negocial e, a princípio, a Administração não pode arbitrar valores mínimos a serem adotados compulsoriamente pelos licitantes, pois tal prática configuraria a definição de preços mínimos, o que é vedado pelo art. 40, inc. X, da Lei nº 8.666/93”.

II.15 - Observa-se que o preço ofertado pela Recorrida nas licitações que venceu junto à PGJ, também é abaixo do praticado pelas maiorias de empresas que estão no mercado e nem por isso a execução deixou de ser realizada com qualidade e dentro do prazo estipulado. Também anexamos Atestado de Capacidade Técnica afirmando atividades executadas com sucesso todos os resultados esperados.

II.16 - É inquestionável que cada empresa possui a sua realidade financeira operacional, e o que pode ser inexequível para uma, necessariamente não quer dizer que seja para a outra empresa, “o que pode ser caro para certa empresa, pode ser barato para outra, sem que isso implique em risco de inadimplemento”. Na mesma linha de raciocínio, a empresa com uma estrutura melhor, terá mais condições de ofertar um preço mais baixo que as demais licitantes. Também vale destacar, que a empresa NOVA INDÚSTRIA, possui uma estrutura técnica permanente vasta, pois atualmente a empresa tem em andamento a execução de diversos contratos no Estado.

II.17 - Há que se mencionar, ainda, que assiste razão à empresa Recorrida quando pondera, em favor da compatibilidade dos preços por ela ofertados com os praticados no mercado, uma vez que a própria recorrente como parte de sua estratégia apresentou descontos superiores aos da Recorrida na presente licitação, conforme se verifica nos itens 1,2, 7, 9, 12, 13, 18, 55, 56 e 58 – extraídos da Ata da Sessão Pública.

II.18 - Desta forma, entende-se que, no caso concreto em análise, a inexequibilidade resta afastada. Eis que como pode se notar da Ata do Pregão, os valores dos itens 1, 4, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 42, 43, 51, 52, 54, 55, 56, 57 e 58 ofertados pela Recorrida, apresentam desconto médio de apenas 53% em relação ao estimado pelo órgão licitante para compensação aos itens restantes como estratégia empresarial.

II.19 - O Ministro Bruno Dantas do TCU, no Acórdão 3092/2014-Plenário, diz que “não há norma que fixe ou limite o percentual de lucro das empresas”, de forma que “atuar sem margem de lucro ou com margem mínima não encontra vedação legal, depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecução da proposta”. O Tribunal, seguindo o voto da relatoria, considerou procedente a Representação e fixou prazo para a anulação do ato de desclassificação da proposta da representante. Acórdão 3092/2014-Plenário, TC 020.363/2014-1, relator Ministro Bruno Dantas, 12.11.2014.

II.20 - Dessa forma, há que se afastar qualquer presunção de inexecuibilidade dos serviços contidos na proposta da Recorrida, mormente porque restou devidamente comprovado que a empresa NOVA INDÚSTRIA, possui infraestrutura suficiente para o efetivo cumprimento do contrato como atestado. Inclusive já aprovadas as amostras solicitadas.

II.21 - Portanto, diante dos elementos contidos nos autos, e tendo em vista o interesse público, representado no procedimento licitatório pela contratação da proposta mais vantajosa, no presente caso com expressa economia ao erário, conclui-se pela improcedência do pleito da empresa M. F. MOREIRA.

III - DO PEDIDO

III.1 - Diante de todo o exposto não há como conhecer do Recurso Administrativo interposto pela M. F. MOREIRA, uma vez que inexistente a presença de qualquer ilegalidade apta a desclassificar a NOVA INDÚSTRIA.

III.2 – a decisão que classificou a NOVA INDÚSTRIA vencedora do certame pautou-se estritamente nos ditames legais e editalícios, não sendo merecedora de reforma.

III.3 - Diante destas Contra-Razões ora apresentadas, requer seja mantida a acertada decisão do Digno Pregoeiro, que declarou vencedora a proposta da NOVA INDÚSTRIA no Pregão, bem como seja dado prosseguimento ao processo licitatório com sua consequente contratação, por ser medida que se impõe.

Nestes Termos.

Pede Deferimento.

DA ANÁLISE

Pressupostos devidamente atendidos, passamos as devidas colocações.

Encaminhados os autos ao setor técnico nos foram dadas as seguintes informações:

Senhor Pregoeiro,

Em resposta ao DESPACHO-CPL - 2632021, quanto ao RECURSO apresentado pela licitante M. F. MOREIRA (CNPJ: 26.477.376/0001-85) de eventual descumprimento de edital pela licitante NOVA INDUSTRIA, COMERCIO E SERVICOS LTDA (CNPJ N. 86.863.412/0001-70) e suas CONTRARRAZÕES, informo o que se segue:

1. A Lei Federal nº 8.666/93 é arguta ao sinalizar que não deverão ser impostas limitações ao caráter competitivo dos concursos licitatórios não decorrentes de motivação técnica bastante para tal, trazendo inclusive vedação expressa à indicação restritiva de marca (Lei n. 8.666/93, art. 7º, §5º).

2. In casu, para fins de eventual fornecimento de material gráfico à Administração Superior do MPMA, as alegações da RECORRENTE não condizem com o que consta no referido pregão eletrônico, posto que não houve exigência de que apenas esta ou aquela marca específica possa

ser a única capaz de satisfazer o interesse público (TCU - Acórdão 113/16 – Plenário). Assim, o que se pretendeu responder em anterior pedido de esclarecimento sobre marca e fabricante, foi que **“a mera menção à marca de referência é permitida”** como um parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto. Ademais, porque haverá a posterior fase de avaliação das amostras (“bonecas”), cuja apresentação fica a cargo do eventual licitante melhor classificado certame, na qual será realizada a averiguação do cumprimento das especificações técnicas dos itens gráficos encaminhados para produção de amostras, cujo o “fabricante”, necessariamente, será a licitante eventual vencedora de cada grupo de itens gráficos.

3. Nesse sentido, quanto à diferença entre a vedação à indicação de marca e a simples menção à marca de referência, assim se manifestou o Tribunal de Contas da União (TCU):

A diferença básica entre os dois institutos é que o primeiro (excepcionado pelo art. 7º, §5º, da Lei 8.666/1993), admite a realização de licitação de objeto sem similaridade nos casos em que for tecnicamente justificável, ao passo que o segundo é empregado meramente como forma de melhor identificar o objeto da licitação, impondo-se a aceitação de objeto similar à marca de referência mencionada. (TCU - Acórdão 2.829/15 – Plenário). (grifo nosso)

Nesses casos, o órgão licitante “deve necessariamente acrescentar expressões do tipo “ou equivalente”, “ou similar”, “ou de melhor qualidade”, podendo a Administração exigir que a empresa participante do certame demonstre desempenho, qualidade e produtividade compatíveis com a marca de referência mencionada. (TCU - Acórdão 113/2016 – Plenário). (grifo nosso).

4. Assim, conforme previsão editalícia, tais prescrições foram regularmente cumpridas com a especificação completa dos itens gráficos para eventual aquisição sem quaisquer expressa exigência/indicação de “marca” específica.

5. Ainda, considerando que não compete a esta coordenadoria emitir análise eminentemente contábil-financeira ou prover juízo de mérito sobre gestão administrativo-financeira que envolvem esse ramo de atividade empresária para fins de orçamento, durante este certame licitatório, registra-se que a licitante RECORRIDA:

5.1- Enviou sua proposta comercial com a inclusão da descrição detalhada do objeto com adequação às especificações técnicas e quantitativos listados de itens de materiais gráficos institucionais constantes no ANEXO I do Pregão Eletrônico nº 21/2021, de modo a conter informações similares às especificações dos itens previstos no Termo de Referência;

5.2 – Foi a melhor classificada pelo critério de julgamento de menor preço por grupo, em face da similaridade dos itens. E, posteriormente (assim como nas atuais contrarrazões ao recurso administrativo interposto pela RECORRENTE), quando notificada para justificar a exequibilidade de sua proposta comercial, a Empresa Nova Indústria, Comércio e Serviços LTDA apresentou esclarecimentos (e planilha, previamente) para formação de seu orçamento e manutenção de sua habilitação, tendo inclusive declarado margem de lucratividade (“10% - dez por cento”), de modo que a denotar que, para a eventual prestação dos serviços em tela, os valores ofertados são capazes de suportar suas despesas, encargos diretos, indiretos e ganhos econômicos, mesmo com os impactos de mais de um ano dos efeitos financeiros e das consequências sociais decorrentes da pandemia Covid-19, posto que “envolvem uma avaliação da sua capacidade patrimonial e dos estoques de matéria-prima que dispõe”.

5.3 – Outrossim, em sua documentação, a RECORRIDA declarou expressamente: “Inclusão na proposta de todos os custos quaisquer encargos/taxas que incidam ou venham a incidir, direta ou indiretamente, nos serviços objeto deste Edital. No caso de omissão, considerar-se-ão como inclusas nos preços”.

5.4 – Apresentou atestados de capacidade técnica e notas fiscais de fornecimento de material gráfico para pessoas jurídicas de direito público, com aparente similaridade aos itens previstos no pregão eletrônico em referência.

5.5 – Por derradeiro, para dirimir eventual(is) dúvida(s) quanto à eventual e vindoura execução do objeto contratual de forma regular em vista da qualidade da “marca”/materiais utilizada(os), a RECORRIDA foi instada a apresentar como “fabricante” amostras gráficas, cujo envio se deu em tempo hábil e que foram julgadas de qualidade satisfatória.

6. Por outro lado, após prévio contato com a CPL-PGJMA, têm se verificado razoável economia ao erário nos recentes exercícios financeiros nas aquisições de materiais gráficos institucionais, pela diminuição dos valores registrados nas atas de registro de preços em comparação aos custos inicialmente estimados nos respectivos editais licitatórios, pela própria dinâmica de disputa entre licitantes em âmbito nacional e fases de lances do Sistema de Registro de Preços/Pregão Eletrônico no Sistema COMPRASNET.

7. Finalmente, com a finalidade precípua de preservar a supremacia do interesse público da Administração Superior do MPMA para eventual aquisição de material gráfico (“publicações institucionais”), conclui-se que os procedimentos previstos no edital em referência foram correntemente seguidos. E, de modo a prevenir supostos abusos de poder econômico no mercado pelas licitantes constam expressas sanções administrativas no Item 17 do Pregão Eletrônico nº 21/2021_SRP cabíveis para o caso de eventual cometimento de infração(ões) administrativa(s) pelas empresas proponentes.

8. Posto isso, devolvo os presentes autos, para fins de análise e demais providências da CPL-PGJMA.

MARIA DOS REMÉDIOS R. DOS SANTOS - Analista Ministerial - Coordenadora de Documentação e Biblioteca

Rômollo Malta - Técnico Ministerial

Inicialmente se percebe que o recurso se mostra incoerente pois, por um lado, exigir a forma como a qual a PGJ-MA deva exigir comprovações de exequibilidade, sem apontar nenhum regramento legal para tanto, de outro, interpreta de forma peculiar respostas a pedidos de esclarecimentos ou mesmo acórdãos do TCU, conforme tentaremos demonstrar.

Primeiramente quando a exequibilidade da primeira colocada e declarada vencedora, é necessário se fazer um recorte quanto às licitações de material gráfico realizadas por este órgão. É regra o recorde nos descontos conseguidos nas licitações desde o início de sua condução na forma eletrônica.

Basta fazer uma busca nos processos licitatórios deste PGJ-MA junto à plataforma *comprasnet*, para se concluir que todas seguem a regra de descontos recordes aferidos com base no valor de referência e valor adjudicado, se comparada qualquer outra licitação, a exemplo do pregão eletrônico 35/2020 em que tivemos uma redução de 46,55% ou pregão eletrônico 48/2019, quem tivemos uma redução de 69,10% do valor de referência. Os dados são públicos e, portanto, acessíveis para comprovação do afirmado, bastando para tanto a consulta na plataforma *comprasnet*.

A licitante recorrida recentemente, inclusive, participou de uma outra licitação, o pregão eletrônico 42/2020, arrematando dois grupos e um item e, até o momento, não tivemos relatos de quaisquer elementos que desabonem a licitante quanto ao fornecimento, o que nos traz mais uma informação quanto ao alegado pela recorrente. Isso sem levar em consideração episódios em que fora contratada

por outros processos licitatórios, de modo que, se levarmos a cabo o sugestão de comprovação de exequibilidade do recorrente, a possibilidade de economia dos recursos públicos seria muito baixa ou nula, o que afastaria o objeto central de comprovação de exequibilidade, qual seja, garantir o máximo de segurança possível para o contratante sem, no entanto, afastar o princípio da legalidade, economicidade e alcance da proposta mais vantajosa.

Dessa forma, quando se solicita a exequibilidade de determinados itens, não nos limitamos ao que a licitante diga o que é ou não exequível, até por que, esta análise não se limita a análise técnica que a recorrente julga, sem demonstrar onde se descumpriu quaisquer normas licitatórias, seja em edital, seja em legislação infraconstitucional.

Pior, a um segundo momento cita o acórdão do Tribunal de Contas da União acerca de uma interpretação subjetiva. Segundo a recorrente, em pedido de esclarecimento, foi informado que a menção de marca seria permitida, o que não se confunde com a indicação de marca específica ou mesmo com o texto do Acórdão 113/2016 Plenário, que diz que:

2. A indicação de marca no edital deve estar amparada em razões de ordem técnica, de forma motivada e documentada, que demonstrem ser aquela marca específica a única capaz de satisfazer o interesse público. Representação formulada por sociedade empresária questionara a regularidade de pregão eletrônico conduzido pelo Departamento de Logística em Saúde do Ministério da Saúde (DLOG/MS), destinado ao registro de preços para a aquisição de equipamentos hospitalares. Segundo a representante, para o módulo de oximetria de pulso fora exigida tecnologia afeta a fabricantes específicos, sem qualquer laudo, parecer ou respaldo técnico, o que teria restringido o caráter competitivo do certame. Analisando o ponto, registrou o relator, preliminarmente, que as marcas desejadas para o módulo de oximetria de pulso foram, de fato, requeridas no termo de referência anexo ao edital e que a representante tivera sua proposta desclassificada, bem como recurso negado, face ao não atendimento àquela exigência editalícia. No mérito, registrou o relator que “na legislação de regência, a regra é a vedação à indicação de marca (arts. 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993), excepcionada apenas nos casos em que for tecnicamente justificável (art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993)”, entendimento, aliás, já assentado pelo TCU mediante a Súmula 270, segundo a qual “em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, **é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção**”. Nesse caso, relembrou o relator, com espeque em outra deliberação de sua relatoria, que “a vedação à indicação de marca (arts. 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993) não se confunde com a menção à marca de referência, que deriva da necessidade de caracterizar/descrever de forma adequada, sucinta e clara o objeto da licitação (arts. 14, 38, caput, e 40, inciso I, da mesma Lei). A diferença básica entre os dois institutos é que o primeiro (excepcionado pelo art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993), admite a realização de licitação de objeto sem similaridade nos casos em que for tecnicamente justificável, ao passo que o segundo é empregado meramente como forma de melhor identificar o objeto da licitação, impondo-se a aceitação de objeto similar à marca de referência mencionada” (Acórdão 2.829/2015 Plenário). Nesse passo, prosseguiu, para mitigar o risco de direcionamento da licitação, “é indispensável que o órgão licitante, caso realize a indicação de marca específica no edital, observe a /impessoalidade e, logo, esteja amparada em razões de ordem técnica, motivada e documentada, demonstrando que somente a adoção daquela marca específica pode satisfazer o interesse da Administração”. Por fim, tendo em vista que o

DLOG/MS não apresentara fundamentação técnica, laudo ou estudo que comprovasse a necessidade de exigir as tecnologias indicadas no edital, inferiu o relator que “o órgão realizou indicação expressa de marca específica, sem, todavia, ter sido apresentada a correspondente justificativa técnica, o que não pode ser convalidado por esta Corte”. Nesses termos, acolheu o Tribunal a proposta da relatoria, para considerar procedente a Representação, assinando prazo para que o DLOG/MS “adote as providências necessárias no sentido de, exclusivamente em relação ao item 17 do pregão eletrônico SRP 12/2015, anular o procedimento licitatório, a ata de registro de preço e eventuais contratos, em razão de cláusula restritiva ao caráter competitivo do certame, evidenciada pela indicação de marcas específicas sem a correspondente justificativa técnica, contrariando os arts. 3º, caput e § 1º, 7º, § 5º, 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993, o Enunciado 270 da Súmula de Jurisprudência do TCU e a jurisprudência do TCU”. Acórdão 113/2016 Plenário, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas.

O licitante faz parecer que houve indicação de marca por parte do edital, no entanto, o que houve de fato foi a resposta a um pedido de esclarecimento anuindo com a possibilidade de apresentação de marca da matéria prima, mas que em momento algum se colocou como regra de aprovação ou não, o que, caso levado a cabo pelo inconformado eliminaria a necessidade de apresentação de amostra. Para eliminar a possibilidade de contratação de produtos cuja qualidade fosse duvidosa foi exigida amostra por parte da licitante declarada vencedora, nos termos do parecer técnica da Coordenadoria de Documentação e Biblioteca, quando da aprovação técnica da proposta.

O que se depreende dos autos que a interpretação através da regra de apresentação da marca não é de caráter eliminatório já que nada impede licitantes que confeccionem ou transformem a matéria prima possam participar. A marca é uma referência e não única forma de se auferir qualidade do objeto ofertado.

Salvo melhor análise, a peça recursal pretende adentrar em uma fase da licitação que a esfera da execução contratual, o que agradecemos, mas não compete ao licitante recorrente posto a quantidade de elementos que julga ser necessária para a aprovação de determinada proposta em sede de exequibilidade de mostra se mostra irreal e demasiada.

DA DECISÃO

Por todo o exposto, decido pela IMPROCEDÊNCIA do pedido, salientando que em situações como essa, necessário se faz o **pedido de esclarecimento** do interessado com antecedência, a fim de não se interpretar regras claras, sejam as postas em edital, sejam as postas por regramentos infraconstitucionais, instrumento esse que o licitante deixou de utilizar, preferindo a interpretação equivocada de acórdão e pedido de esclarecimento de terceiro, motivo pelo qual se mantém a classificação do recorrido e, sendo assim, como previsto no Artigo 13, inciso IV do Ato Regulamentar nº 001, de 08 de janeiro de 2020, encaminho esta decisão à apreciação da autoridade superior para, querendo, confirmar a decisão ora tomada ou deliberando de forma distinta, emita decisão contrária ao condutor deste certame.

São Luís – MA, 07 de maio de 2020.

Sérgio Henrique Ferreira da Silva
Pregoeiro da CPL/PGJ-MA