



JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO EM LICITAÇÃO

PROCESSO ADMINISTRATIVO: nº 061/2020 CAU/SP.

REFERÊNCIA: Pregão Eletrônico nº 018/2021.

OBJETO: Contratação de serviços continuados em assistência médico-hospitalar por meio de plano de saúde para atendimentos de urgência e emergência em nível nacional e rede de recursos para atendimento normal e emergencial no Estado de São Paulo, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus anexos.

RECORRENTE: Central Nacional Unimed – Cooperativa Central

RECORRIDO: Joir Monteiro Neves – Pregoeiro do CAU/SP.

CONTRARRAZOANTE: Amil Assistência Médica Internacional S.A.

ASSUNTO: Trata-se de Recurso Administrativo interposto tempestivamente, via Portal de Compras do Governo Federal (www.comprasgovernamentais.gov.br), pelo **RECORRENTE**, com fundamento no art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/2002 e art. 44 caput da Lei 10.024/2019, em face da decisão do Pregoeiro que aceitou a proposta da empresa **CONTRARRAZOANTE** ao pregão em epígrafe.

Em cumprimento ao disposto inciso VII do Artigo 17 do Decreto nº 10.024 de 20 de Setembro de 2019, o Pregoeiro deste Conselho de Arquitetura e Urbanismo de São Paulo – CAU/SP, instituído pela Portaria Presidencial CAU/SP nº 272, de 12 de março de 2021, em conjunto com a área técnica responsável, procedeu aos julgamento dos Recursos interpostos pela empresa **RECORRENTE**, em 05/11/2021.

I – DAS PRELIMINARES

Em sede de admissibilidade recursal, foram preenchidos por parte da **RECORRENTE**, os pressupostos de legitimidade, interesse processual, fundamentação e tempestividade, com fundamento na Lei nº 10.520/2002 e no Decreto nº 10.024/2019, subsidiados pela Lei nº 8.666/93.

II – DAS FORMALIDADES LEGAIS

Na sessão pública do Pregão em referência, realizada em 19/10/2021, a **RECORRENTE** intencionou interposição de recurso para demonstrar sua insatisfação contra aceitação da proposta e habilitação da empresa **CONTRARRAZOANTE** para o Pregão Eletrônico nº 018/2021, a qual foi admitida pelo Pregoeiro, restando estabelecida a data de 22/10/2021 como prazo final da interposição do recurso e o prazo final para as contrarrazões ao recurso em 27/10/2021.



Preenchidos também os demais requisitos doutrinários, pois a petição é fundamentada e contém o essencial pedido de modificação da decisão de aceitação da proposta que motivou o recurso em face às suas alegações.

Verifica-se, portanto, a tempestividade e a regularidade do presente recurso, atendendo ao previsto no item 12.2 do instrumento convocatório, nos termos do art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 e art. 44 caput da Lei 10.024/2019.

III – DAS RAZÕES RECURSAIS

A **RECORRENTE**, insurge-se contra a decisão do Pregoeiro que aceitou a proposta, classificou e habilitou a licitante **CONTRARRAZOANTE**, para o Pregão em referência, alegando que:

De início, necessário destacar que a sessão em apreço não ocorreu como de costume, isso porque já na abertura do pregão eletrônico era possível notar a enorme diferença de preços existentes entre as duas empresas que participavam da convocação, vejamos:

Nesse passo, e por ser gritante a diferença de valores cadastrados pelas licitantes, o Pregoeiro acertadamente se manifestou no chat do sistema às 10h19min para informar que o erro de inserção das propostas no sistema seria desconsiderado e cada proposta seria analisada na íntegra.

Dessa forma, tendo em ciência de que seu preço menor, essa recorrente se manteve alerta e acompanhando cada movimento realizado dentro do sistema de lances, sendo certo que a todo momento, durante a fase de disputa, constava na condição de melhor lance, vejamos:

Nessa toada, a licitante Central Nacional Unimed prosseguiu com o melhor lance até o final da fase de disputa, tendo a priori logrado êxito com sua proposta, já que foi era isso que consta na tela do sistema após o encerramento dos lances:

Analisando os prints colacionados acima é possível verificar que a todo momento essa Recorrente constava em primeiro lugar na disputa, o que se comprova pela cor verde do sinal de “positivo”, indicando que o lance ofertado era o melhor e de menor valor.

Assim, dúvidas não restam de que em nenhum momento fora disponibilizado no sistema, durante a fase de disputas, eventual lance ofertado pela empresa habilitada, bem como não houve qualquer indicativo no sistema ou no chat sobre lançamento de valores por parte da empresa habilitada.

Diante do exposto, não restam dúvidas de que houve grave falha durante a realização do Pregão Eletrônico 018/2021 realizado pelo Conselho de Arquitetura e Urbanismo de São Paulo, devendo o presente recurso ser analisado pelo Pregoeiro, com a revogação da disputa realizada e redesignação de nova data para o pregão.

A **RECORRENTE** sustenta que:



O art. 37 da Constituição Federal cuida dos princípios imanentes à atividade estatal da seguinte forma:

“Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Regulamentando o art. 37 da Constituição Federal, em 21 de julho de 1993, foi publicada a Lei n.º 8.666, a qual, em seu art. 3º estipula o objetivo das licitações públicas, in verbis:

“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 lhe são correlatos.”

Nota-se que ao prestigiar os princípios da moralidade, legalidade, igualdade e eficiência, o legislador constitucional originário teve como destinatária a proteção do interesse público, já que todas as contratações realizadas pelo Estado devem ser realizadas mediante as melhores condições de preço, qualidade e eficiência.

Ora, não foi isso que aconteceu no presente certamente, isso porque não houve disponibilização do lance da vencedora para ciência imediata da concorrente e, repita-se, o sistema mostrou a todo instante que a o lance da Central Nacional Unimed seria o melhor, vejamos novamente:

À luz dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, além do direito positivado através da Lei n.º 8.666/93, não resta qualquer dúvida de que a Pessoa Jurídica de Direito Público deverá emprestar legalidade, moralidade, eficiência e isonomia a todos os certames licitatórios em busca da contratação mais vantajosa ao interesse público.

No entanto, em que pesem tais considerações, importante ressaltar que para buscar a contratação mais vantajosa ao interesse público, torna-se necessária a segurança atribuída aos habilitantes, vinculando-os ao edital e este ao processo que o antecedeu, conforme o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Ao afrontar a Lei n.º 8.666/93 a autoridade licitante transgrediu o PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE, que é a base do Estado Democrático de Direito e garante que todos os conflitos serão resolvidos pela lei (art. 5º II, art. 37, caput ambos da Constituição Federal), e que, sinteticamente, impõe que a Administração só pode fazer aquilo que a lei autoriza (relação de subordinação com a lei).

Ainda que se admita que a Administração Pública seja dotada de discricionariedade em sua atuação, tal prerrogativa não ampara o ato impugnado neste recurso, posto que a atuação da autoridade licitante in casu se demonstrou arbitrária - e não discricionária - Importante estabelecer a



diferença entre uma e outra, a saber: discricionariedade é a liberdade para atuar, para agir dentro dos limites da lei, ao passo que arbitrariedade é a atuação do administrador além (fora) dos limites da lei. Ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

E não é só, ao dispensar tratamento diferenciado à vencedora, a autoridade licitante feriu também o PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE, o qual impõe que o administrador deve orientar-se por critérios objetivos, não devendo fazer distinções fundamentadas em critérios pessoais. Toda a atividade da Administração Pública deve ser praticada tendo em vista a finalidade pública. Se não visar o bem público, ficará sujeita à invalidação, por desvio de finalidade.

Destarte, não poderia a autoridade licitante privilegiar a vencedora em detrimento dos concorrentes. E tal infração caracterizou também e principalmente violação ao PRINCÍPIO DA ISONOMIA, pois impôs distinção entre as licitantes.

Nesta esteira, a autoridade licitante violou, ainda, o PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE, pois o dever do administrador não é apenas cumprir a lei formalmente, mas cumprir substancialmente, procurando sempre o melhor resultado para a administração. Pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, tem a ver com a ética, com a justiça, a honestidade, a conveniência e a oportunidade.

Pelos mesmos motivos, a autoridade licitante infringiu o PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA, que exige resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades dos administrados (público), o qual pode ser invocado para limitar a discricionariedade do Administrador, levando-o a escolher a melhor opção. Eficiência é a obtenção do melhor resultado com o uso racional dos meios. Ante o exposto, pede seja dado provimento a este recurso administrativo, para o fim de a revogação da disputa realizada e redesignação de nova data para o pregão.

IV – DO PEDIDO DA RECORRENTE

Requer a **RECORRENTE**:

Pelo exposto, confia e espera esta recorrente seja concedido o respectivo efeito suspensivo ao presente recurso e, ao final, seja o mesmo PROVIDO, para determinar a revogação da disputa realizada e redesignação de nova data para o pregão.

Se a nobre e douta Comissão de Licitação entender de forma diferente e decidir não acatar o presente recurso – o que se admite apenas por argumentar, roga-se que a presente peça seja submetida à apreciação da Exma. Presidente do CAU/SP, para que a mesma, na qualidade de autoridade superior, decida nos precisos termos da lei.

V – DAS CONTRARRAZÕES RECURSAIS

A **CONTRARRAZOANTE**, em resposta ao recurso da **RECORRENTE**, alega:



Após participar regularmente do Processo Licitatório em epígrafe a AMIL foi devidamente declarada vencedora, conforme consta da Ata de Realização do Pregão Eletrônico.

Inconformada com tal decisão a CNU interpôs recurso alegando, em síntese e em teoria, o seguinte:

- Que não lhe era permitido identificar, durante a etapa de lances competitivos, os lances apresentados pela AMIL
- Que estaria ocorrendo um tratamento desigual entre os licitantes por parte do CAU-SP.

Com a devida vênia, conforme se demonstrará adiante, não merecem prosperar os argumentos apresentados pela CNU devendo, ao final da análise do Recurso e das Contrarrazões que ora são apresentadas, ser mantida a decisão que consagrou a AMIL vencedora do certame licitatório sob comento.

A **CONTRARRAZOANTE** sustenta que:

A CNU alega não ter sido possível identificar os lances da AMIL na etapa de lances competitivos, mas não comprova sua alegação nas razões recursais apresentadas. Isto porque o fundamento do recurso foi baseado em imagens (“prints”), as quais, em virtude da plataforma em que o certame é realizado, não foram colacionadas nas razões finais apresentadas.

Desta forma, a AMIL sequer consegue determinar o momento do pregão efetivamente questionado pela CNU, vez que essas informações não foram transcritas no recurso interposto.

Ainda assim, de maneira ampla, o item 8.17 do Edital é claro acerca das informações compartilhadas durante o pregão:

“8.17. Durante o transcurso da sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante.”

Tal dispositivo não foi inserido no Edital ao acaso, posto tratar-se de expressa exigência constante na própria regulamentação do Pregão Eletrônico, conforme se verifica do art. 30, § 5º do Decreto 10.024/2019:

“Art. 30. Classificadas as propostas, o pregoeiro dará início à fase competitiva, oportunidade em que os licitantes poderão encaminhar lances exclusivamente por meio do sistema eletrônico. (...)”

§ 5º Durante a sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante.”

Pois bem. Das razões recursais vemos que a CNU suscita a disparidade de valores entre as propostas ofertadas em comparação com os valores apresentados pela AMIL. O que a CNU não relata, porém, é que a disparidade se deve EM RAZÃO DO PREENCHIMENTO EQUIVOCADO PELA CNU DA PROPOSTA NA PLATAFORMA EM QUE O CERTAME SEREALIZOU.

De acordo com a regra prevista no item 17.4 do Edital:

“17.4. O critério de julgamento da proposta é o MENOR PREÇO GLOBAL ANUAL.”(grifos nossos)

Verifica-se, portanto, que o valor que deveria constar no registro da proposta era o preço global anual. OCORREQUE A CNU REGISTROU O VALOR



MENSAL, ENQUANTO A AMIL ACERTADAMENTE REGISTROU O VALOR ANUAL –SALTANDO AOS OLHOS A DISPARIDADE DE PREÇOS CITADA PELA CNU EM SUAS RAZÕES RECURSAIS.

Em que pese tal fato ensejasse a desclassificação da CNU do certame, ainda assim o Pregoeiro optou por reconhecer a inexistência de má-fé da licitante no equívoco quanto ao preenchimento da proposta na plataforma e, por esse motivo, às 10h19, conforme relatado pela CNU, anunciou aos licitantes:

“19/10/2021 10:19:27 Prezados Licitantes: Por análise, A PROPOSTA 1 FOI OFERTADA PELO VALOR MENSAL E APROPOSTA 2 PELO VALOR ANUAL. ESSE ERRO DE INSERÇÃO NO SISTEMA SERÁ DESCONSIDERADO e cada proposta será analisada na íntegra, pelo princípio da formalidade moderada. Façam seus lances tendo essa informação em consideração.” (grifos nossos)

Verifica-se, portanto, que o Pregoeiro registrou a óbvia disparidade de preços decorrente do registro equivocado realizado pela CNU, que não observou a regra prevista no Edital.

A disparidade de valores explica claramente a invalidade do argumento trazido pela CNU em suas razões recursais quanto ao registro no sistema:

“Analisando os prints colacionados acima é possível verificar que a todo momento essa Recorrente constava em primeiro lugar na disputa, o que se comprova pela cor verde do sinal de “positivo”, indicando que o lance ofertado era o melhor e de menor valor.”

Ainda que não tenha sido possível à AMIL identificar a que parte do sistema a CNU fez referência no suposto “print”, o que a AMIL sabe é que a cor verde do sinal de “positivo” que aparece na plataforma É DECORRÊNCIA DO VALOR DE PROPOSTA REGISTRADO INICIALMENTE, AQUELE QUE O PREGOEIRO INFORMOU QUE FOI REGISTRADO DE FORMA EQUIVOCADA PELA CNU E QUE, POR ISSO, ERA OBVIAMENTE MENOR QUE O VALOR REGISTRADO PELA AMIL.

No entanto, aberta a fase de lances, a AMIL registrou um novo valor, enquanto a CNU se manteve inerte. Ato contínuo, seguindo o quanto informou às 10h19, o Pregoeiro analisou as propostas integralmente e, ao analisar a proposta da CNU e o novo lance ofertado pela AMIL, verificou que a AMIL apresentou o menor valor global de acordo com o critério estabelecido no item 2.3 do Edital:

“2.3. O critério de julgamento adotado será o menor preço do grupo, que será composto pelo preço por vida, multiplicado pelo total de vidas, multiplicado pelo período de 12 meses para cada item, sendo o valor do grupo a soma desses dois produtos (conforme tabela no item 2.2) observadas as exigências contidas neste Edital e seus anexos quanto às especificações do objeto.”

Portanto, resta claro que não houve qualquer equívoco na condução do certame em relação à avaliação dos preços e dos lances, porquanto o Pregoeiro advertiu as licitantes quanto ao erro cometido por uma delas (que no caso foi a própria CNU) e quanto ao critério de análise das propostas, sendo certo que a CNU em momento algum apresentou novo lance, sagrando-se a AMIL legitimamente vencedora.

Agora, por outro lado, caso a CNU tivesse condições de ter apresentado uma proposta mais vantajosa para a Administração, por qual motivo deixou de fazê-lo? Se ela tinha condições de apresentar uma proposta mais vantajosa que



a proposta vencedora apresentada pela AMIL, por que não o fez? Afinal, ela teve exatamente a mesma oportunidade, em igualdade de condições, para ofertar um melhor preço.

Portanto, o que se demonstra ao final é que a CNU não se sagrou vencedora do certame e, sem qualquer base, busca uma inabilitação ou desclassificação da AMIL sem qualquer embasamento para tal.

Requer a **CONTRARRAZOANTE**

Por todo o exposto, restando comprovada a mais absoluta aderência da AMIL às regras editalícias, requer que o Recurso da CNU tenha seu provimento negado e, ato contínuo, seja mantida a consagração da vitória da AMIL no certame licitatório sob comento, na medida em que a AMIL apresentou a melhor proposta e, como já reconhecido pelo Pregoeiro.

VI – DA ANÁLISE DO RECURSO

Cumprе ressaltar que todos julgados da administração pública estão embasados nos princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº8666, de 21 de junho de 1993, que dispõe:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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. (BRASIL, 1993, grifei).

Imperioso destacar que tal disposição é corroborada pelo disposto no art. 2º, do Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, in verbis:

Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.

§ 1º O princípio do desenvolvimento sustentável será observado nas etapas do processo de contratação, em suas dimensões econômica, social, ambiental e cultural, no mínimo, com base nos planos de gestão de logística sustentável dos órgãos e das entidades.

§ 2º As normas disciplinadoras da licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, resguardados o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação. (BRASIL, 2019, grifei)



Antes de adentrar na análise das razões recursais, insta registrar que este Pregoeiro, ao analisar a manifestação de recurso, me ative a verificação de determinados pressupostos para admissão da intenção recursal, quais sejam, a sucumbência, a tempestividade, a legitimidade, o interesse e a motivação, conforme ampla jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU:

O registro da intenção de recurso deve atender aos requisitos de sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação, não podendo ter seu mérito julgado de antemão, nos termos dos arts. 2º, § 1º, e 4º, incisos XVIII e XX, da Lei 10.520/2002, c/c art. 26, § 1º, do Decreto 5.450/2005, c/c item 16.3.1 do edital, c/c jurisprudência do TCU (Acórdãos 1.542/2014, 694/2014, 1.929/2013, 1.615/2013, 518/2012, 169/2012 e 339/2010, todos do Plenário). (Acórdão nº 1168/2016 - TCU - Plenário, grifei).

Em exame da peça recursal da **RECORRENTE**, esta afirma resumidamente, o seguinte:

- 1 – Que houve falta de isonomia e/ou tratamento desigual entre as licitantes.
- 2 – Por grave falha durante a realização da sessão pública durante a fase de disputa, não lhe era possível identificar os lances ofertados pela licitante vencedora do certame;

Em análise a esses fatos, considere:

Sobre o item 1:

Aplica-se ao caso a jurisprudência histórica onde o "princípio da vinculação ao instrumento convocatório se traduz na regra de que o edital faz lei entre as partes, devendo os seus termos serem observados até o final do certame " (REsp 354.977/SC, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 9.12.2003, p. 213.)

E no edital está cristalino no item 17.4 que transcrevo:

“17.4. O critério de julgamento da proposta é o MENOR PREÇO GLOBAL ANUAL.”

Portanto, a **RECORRENTE** deveria, no momento do registro de sua proposta inicial, estar atenta aos ditames editalícios, por ser um poder/dever dos licitantes conhecerem o Edital na íntegra.

Se não pelo exposto nas regras do edital, pela diferença abissal e clara entre o valor máximo de contratação da Administração disposto no sistema e o valor cadastrado. Faltou à **RECORRENTE** bom senso e atenção ao momento de cadastrar sua proposta e que, diferentemente do solicitado, cadastrou o valor mensal ao invés do anual.

Entretanto, a legislação de regência confere ao administrador o poder discricionário em alguns procedimentos. Dessa forma, ele deverá escolher entre várias alternativas a que se revelar melhor. Esses atos devem observar o princípio da proporcionalidade e a adequação ao princípio basilar da melhor proposta para a Administração.



Ainda sobre os princípios a serem observados pela Administração pública, está o princípio da formalidade moderada, onde abrandamento do rigor excessivo das formas em benefício da finalidade. Já a instrumentalidade é o aproveitamento do ato nulo ou anulável que, não obstante praticado de outra forma, alcançou sua finalidade. Por isso, nas licitações de melhor preço, mesmo que haja irregularidade, não se anula o certame, mas, conforme o artigo 43, § 3º da Lei de Licitações prescreve que faculta-se 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.

Portanto, pelo princípio do formalismo moderado, os ritos são simplificados em prol da finalidade e enquanto que pelo princípio da instrumentalidade, que não se confunde com o primeiro, o foco é o aproveitamento do ato nulo, mas que atingiu sua finalidade, como exemplo o decidido no HC 560.741/RS, sendo Relator para o Acórdão o Min. Rogério Schietti Cruz, j. 12.05.2020.

A respeito do tema, anotam em sede doutrinária EGON BOCKMANN MOREIRA e FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES (“in Licitação Pública: A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratação/RDC, Ed. Malheiros, São Paulo, 2015, 2ª ed. atualizada, revista e aumentada, p. 389):

“Não se duvida de que o processo de licitação é marcado pelo princípio do formalismo, sendo esse a receita para evitar desvios de fim na manipulação de competências administrativas. Todavia, trata-se de formalismo moderado: as formas não poderão ser entendidas como um fim em si mesmas, desconstruídas das finalidades próprias do certame. Elas revelam-se meramente instrumentais à realização do escopo da licitação. (...)”.

Em erudito Voto o Relator no RMS nº 70084253202 TJ/RS, decidiu que:

Não seria despropositado afirmar que uma tendência aparentemente irreversível na evolução da disciplina jurídica da licitação está na flexibilização da vinculação estrita ao edital de licitação, em homenagem ao incremento da disputa propriamente dita, fim último da licitação. Flexibiliza-se o formalismo para alcançar a maior vantagem buscada com a licitação. Esta filosofia tem permeado as legislações mais recentes acerca do tema, como a Lei do Pregão, a Lei das PPPs e o RDC – todos preveem a relativização do formalismo como diretriz a ser seguida no desenvolvimento da licitação.”

E a jurisprudência do mesmo Tribunal é coerente acerca do tema:

(...) PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BUSCA PELA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Apontamentos com fundamento em formalidades excessivas sucumbem diante da preponderância do princípio da busca pela obtenção da maior vantagem para as contratações da administração pública. Observados os princípios da razoabilidade e da instrumentalidade das formas, bem como o interesse público, é de ser reconhecida a legalidade da habilitação da impetrante. (...) afigura-se descabida a inabilitação da apelante, sob pena de



chancelar-se formalismo excessivo, em detrimento à proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

(...)

Apesar da formalidade que permeia o processo licitatório, não se mostra razoável que mera irregularidade seja suficiente para excluir do certame a impetrante, haja vista que a licitação deve dar-se sempre na busca da oferta mais vantajosa à Administração. 3. O formalismo exacerbado pode gerar danos não só ao Estado como às concorrentes, razão porque, o princípio do procedimento formal merece ser relativizado.

(...)

Impossibilidade de inabilitação, com base em formalismo excessivo na interpretação do edital, sob pena de afastamento de proposta mais vantajosa à Administração Pública.

ODETE MEDAUAR ensina que o princípio do formalismo moderado consiste:

Na previsão de ritos formais simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa, em segundo se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto à forma para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas. visa impedir que minúcias e pormenores não essenciais afastem a compreensão da finalidade da atuação administrativa. Exemplo de formalismo exacerbado destoante desse princípio, encontra-se no processo de licitação, ao se inabilita ou desclassificar participantes por lapsos em documentos não essenciais, passíveis de serem supridos ou esclarecidos sem diligências.

E por esta razão, ainda que tal fato ensejasse a desclassificação da **RECORRENTE** do certame, optei por reconhecer ausência de má-fé da licitante ao identificar o provável equívoco no preenchimento da proposta no sistema, utilizar princípio do formalismo moderado e considerar cada proposta, individualmente e na sua integralidade, conforme informação em chat do sistema, disponibilizado antes que a fase de lances se iniciasse, que reproduzo abaixo:

“19/10/2021 10:19:27 Prezados Licitantes: Por análise, a proposta 1 fora ofertada pelo valor mensal e a proposta 2 pelo valor anual. Esse erro de inserção no sistema será desconsiderado e cada proposta será analisada na íntegra, pelo princípio da formalidade moderada. Façam seus lances tendo essa informação em consideração.”

A partir desse momento, a **RECORRENTE** estava ciente que a classificação das propostas no sistema seria desconsiderada e passaria a ser analisada a proposta em sua integralidade.

Em momento algum faltou a este pregoeiro, isonomia no trato com as licitantes, até mesmo em razão do fato de que até o instante da finalização da fase de lances, a identidade dos licitantes é desconhecida.



O intuito sempre é privilegiar o interesse público de obter, como a lei determina, a proposta mais vantajosa, utilizando-se de princípios legais, advinda através de uma disputa justa, imparcial e isonômica entre licitantes de boa-fé.

Entretanto, ao iniciar a fase de lances, a **CONTRARRAZOANTE**, formulou lance enquanto a **RECORRENTE** permaneceu inerte. Se em algum momento, a **RECORRENTE** reunia condições de melhorar sua proposta, simplesmente não o fez.

Ao comunicar as licitantes sobre o equívoco na inserção da proposta em momento anterior à fase de lances, fora proporcionada uma nova condição de igualdade entre as licitantes a partir de então e, se alguma das licitantes não cometerá equívocos e poderia, caso o ocorrido não tivesse sido relatado precipuamente, reclamar de falta de isonomia ou tratamento desigual, essa seria a **CONTRARRAZOANTE**, e que mesmo assim não o fez e participou do certame da forma esperada por toda Administração Pública.

Em suma, não cabe pedido de anulação baseado em formalismo moderado, pois na nulidade, rege o princípio **pas de nullité sans grief**, segundo o qual não há nulidade sem que o ato tenha gerado prejuízo para as partes. Não se prestigia, portanto, a forma pela forma, mas o fim atingido pelo ato. Por essa razão, a desobediência às formalidades estabelecidas só pode acarretar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado, trazendo prejuízo a qualquer das partes da relação processual.

Para a declaração de nulidade de determinado ato processual, deve haver a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte, o que jamais houve por parte da **RECORRENTE**, de modo que não é suficiente a mera alegação da ausência de alguma formalidade, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca.

Sobre o item 02:

Esta análise é simples por duas razões a saber:

Primeiro, por que o item 8.17 do Edital é claro acerca das informações compartilhadas durante o certame:

“8.17. Durante o transcurso da sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante.”

Tal dispositivo trata de expressa exigência constante na própria regulamentação do Pregão Eletrônico, conforme se verifica do art. 30, § 5º do Decreto 10.024/2019:

“Art. 30. Classificadas as propostas, o pregoeiro dará início à fase competitiva, oportunidade em que os licitantes poderão encaminhar lances exclusivamente por meio do sistema eletrônico. (...)”

§ 5º Durante a sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante.”

A **RECORRENTE**, responsável direta pela disparidade de valores entre as propostas, se valendo do princípio da formalidade moderada e mediante informação sobre a nova forma de avaliação das propostas, deveria, caso realmente lhe fosse interessante, ofertar seu melhor preço.



Em que pese o fato, mesmo a proposta da **RECORRENTE** aparecendo vencedora em decorrência do erro por ela mesmo cometido, poderia acompanhar os lances da outra licitante, o que em momento algum se preocupou em fazer, pois eu acompanhei os lances e eles estão transcritos na ata do pregão, que também a **RECORRENTE** aparentemente também não deve ter tomado ciência dela na íntegra.

E segundo, pela simples razão de não ter havido erro algum no sistema que justificasse a alegação da **RECORRENTE**.

VII - DECISÃO

Ao exaurir as alegações e fundamentos trazidos pela empresa Central Nacional Unimed – Cooperativa Central, com base nas informações extraídas na análise das fundamentações do recurso e também da contrarrazão e em cumprimento ao princípio constitucional da isonomia, a licitação foi 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.

Por todo o exposto, sem mais nada a considerar, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, **CONHEÇO** do **RECURSO** apresentado pela Central Nacional Unimed – Cooperativa Central, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade, para **NO MÉRITO, NEGAR-LHE PROVIMENTO**,

É importante destacar que a presente justificativa não vincula a decisão superior acerca da adjudicação e homologação do certame, apenas faz uma contextualização fática e documental com base naquilo que foi carreado a este processo, fornecendo subsídios à Autoridade Administrativa Superior, a quem cabe a análise desta e posterior decisão.

Desta maneira, submetemos a presente decisão à autoridade competente para apreciação e posterior ratificação.

São Paulo, 04 de novembro de 2021

Joir Monteiro Neves

Pregoeiro