ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DA COMPANHIA ESTADUAL DE TRANSPORTES COLETIVOS DE PASSAGEIROS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – CETURB-ES.

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO N. º 11/2023
PROCESSO ELETRÔNICO N. º 11/2023
PROCESSO N. º 90208056
OBJETO: Outorga de Permissão de Uso Remunerado de Lojas Localizadas nos Terminais Urbanos de Integração de Itaparica e São Torquato.
OBJETO ESPECÍFICO: ***Disputa relacionada ao Lote - 01, Loja 03 localizada no Terminal de Itaparica****.*

A & L BOMBONIERE E REVISTARIA LTDA, inscrita no CNPJ n. º 08.107.152/0003-61, com sede estabelecida na Rod. Darly Santos, 5205, Loja 03, Jockey de Itaparica, Vila Velha-ES, na pessoa do seu representante legal, vem, com supedâneo no item 18.2 do Edital Licitatório, apresentar **RAZÕES DE RECURSO** em face da r. decisão que declarou a empresa **HDA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA vencedora do certame relativo ao Lote 01, Loja 03**, situada no Terminal de Integração de Itaparica, pelos fatos e fundamentos a seguir aduzidos:

1. DA TEMPESTIVIDADE

Acerca do prazo para apresentação das razões recursais o edital prevê:

> "EDITAL - PREGÃO ELETRÔNICO N. º 11/2023
>
> (...)
>
> 18.2. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias úteis para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentar contrarrazões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhe assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses."

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

Ainda, nos termos da Lei 10.520/2002 que regulamenta a Licitação na Modalidade Pregão:

> Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
> (...)
> XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos.

Diante disso, considerando que a Recorrente foi intimada da decisão do Pregoeiro na sessão de encerramento do certame que ocorreu em 24 de agosto de 2023, quinta-feira, e que a contagem de prazo se inicia no primeiro dia útil subsequente à intimação, ou seja, 25 de agosto de 2023, o prazo final para a apresentação das razões recursais se dará na terça-feira, 29 de outubro de 2023, pelo que se comprova a tempestividade do presente recurso.

2. DOS FATOS

Inicialmente, cumpre destacar que o presente recurso se alinhará pela estrita observância à interpretação objetiva e à rigorosa vinculação à legalidade, apresentado em atendimento à preservação do direito conferido à recorrente.

A Companhia Estadual de Transportes Coletivos de Passageiros do Estado do Espírito Santo – CETURB-ES publicou edital licitatório, na modalidade, Pregão Eletrônico n. º 11/2023, que tem por objetivo a Outorga de Permissão de Uso Remunerado de Lojas Localizadas nos Terminais Urbanos de Integração de Itaparica e São Torquato, constando dentre as referidas lojas a disputa relacionada ao **Lote - 01, Loja 03 localizada no Terminal de Itaparica**.

Registra-se que no dia 08/08/2023 foi realizada a "Sessão de disputa do Lote 01, relativa à outorga da Loja n. º 03 localizada no Terminal de Integração de Itaparica", ocasião em que, desde o seu início, houve a apresentação de um lance no valor de **R$ 594.933,60 (quinhentos e noventa e quatro mil, novecentos e trinta e três reais e sessenta centavos)** ofertado pela empresa Comercial São Joaquim Conveniências Ltda., fato esse **que em razão do seu manifesto distanciamento entre o valor mínimo fixado à título de outorga para o certame** ensejou a declaração da referida empresa como a selecionada para o referido lote.

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

Sucede que no dia 11 de agosto de 2023, a empresa **Comercial São Joaquim Conveniências Ltda.**, encaminhou e-mail à Sra. Pregoeira do Certame, **alegando ter sido "induzida a erro pelo Edital" Licitatório, e consequentemente comunicando a sua desistência quando à manutenção da "proposta vencedora"**, no valor acima informado.

Em vista do acima exposto, a Recorrente manifestou intenção de recurso contra a decisão da Sra. Pregoeira que declarou a empresa **HDA Comércio de Alimentos Ltda.,** vencedora do certame relativo ao Lote 01, Loja 03, situado no Terminal de Integração de Itaparica; visto que proposta de valor apresentada pela empresa **Comercial São Joaquim Conveniências Ltda**., no importe de R$ 594.933,60 (quinhentos e noventa e quatro mil, novecentos e trinta e três reais e sessenta centavos) e sua posterior desistência, **desestabilizou o certame, ocasionando prejuízo à disputa pelos demais proponentes, e, consequentemente, prejuízo à lisura na contratação em comento, fato esse que justifica a não continuidade do certame e a sua consequente repetição**.

Esses fundamentos, por demandarem questão de ordem pública, deverão ser apreciados pelo Ente Contratante, seja por parte do seu acolhimento pela Ínclita Sra. Pregoeira, seja em última hipótese, pela via de Recurso Hierárquico.

3. DOS FUNDAMENTOS:

3.1. DA NECESSÁRIA PENALIZAÇÃO DA EMPRESA REPONSÁVEL PELA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA VENCEDORA DO CERTAME – AUSÊNCIA DE JUSTICATIVAS PARA A PRÁTICA DO ATO.

De início, importa registrar que os argumentos empregados pela empresa **Comercial São Joaquim Conveniências Ltda.**, para justificar a sua desistência da manutenção da sua proposta no importe de R$ 594.933,60 (quinhentos e noventa e quatro mil, novecentos e trinta e três reais e sessenta centavos), ao se sagrar vencedora do certame – Lote 01 – relativo a Loja n. º 03 do Terminal de Itaparica, balizou-se, **unicamente** na alegação de "erro" de sua parte.

A esse respeito, é o que podemos inferir do inteiro teor do e-mail por ela encaminhado à Sra. Pregoeira, no dia 11 de agosto de 2023. Em suas razões, os argumentos apresentados pela referida empresa **limitaram-se** aos seguintes aspectos:

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

"Prezada Pregoeira.

A empresa Comercial São Joaquim, inscrita no CNPJ n. º 35.968,874/0001-11. Licitante classificada e declarada vencedora dos lotes 1 e 2 do Pregão Eletrônico n. º 11/2023, vem a presença de V. Sra. para expor e requerer o que segue:

Na elaboração da proposta comercial para participação no pregão acima referenciado, utilizamos como referência o valor da outorga de R$ 222,000,00 (valor de lance), acrescidos dos valores mensais de R$ 6.215,56 que, multiplicado pelo prazo de 60 meses, perfaz um total de R$ 594.933,60, senão vejamos como documentos anexos no Portal de Licitações do BB, também anexos a esse e-mail.

Esse erro material nos deu um referencial de lances absolutamente fora da possibilidade de competição, posto que representa mais do que 100% a mais ao nosso valor de outorga apresentado como proposta para os dos lotes intencionadas dos nós. Como reflexo na operacionalidade da licitação, não houve, por conta desse erro material, possibilidade de competição na mesma, especialmente relativa aos lotes 01 e 02.

Diante do exposto, tendo presente que nossa proposta anexa no portal representa de forma correta a previsão contida no edital **e que o erro material cometido por nós poder trazer ausência de competitividade e lastro financeiro para cobrir o valor de lance (equivocado) lançado no portal**, serve a presente mensagem eletrônica para requerer que a nossa proposta seja considerada nos termos das que foram anexadas ao portal de licitações, onde traz como valor de lance R$ 222.000,00 (duzentos e vinte e dois mil reais) para cada um dos lotes intencionados**, podendo a fase de lances da licitação (lotes 01 e 02) ser remarcada para outra ocasião, como forma de se garantir o correto processamento da mesma e garantida a competição buscada na realização de certames licitatórios**.

Comercial São Joaquim"

Acontece que, malgrado tenha a referida empresa alegado ter incorrido em "erro", quando da apresentação da proposta, este argumento, por si só, não configura **"justo motivo"**, conforme abaixo será demonstrado, e **muito menos corresponde com a realidade dos fatos**.

Imperioso destacar, sobre o assunto, que o edital licitatório foi **claro** ao especificar de forma objetiva o **valor mínimo de outorga** a ser considerado para disputa do certame. É o que podemos depreender do seu item 3.5, abaixo considerado:

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

"EDITAL - PREGÃO ELETRÔNICO N. º 11/2023

(...)

3.5. O pagamento do valor a título de outorga será efetivado impreterivelmente até a data de assinatura do Termo de Permissão de Uso da Loja.

3.5.1. O **VALOR MÍNIMO** a ser ofertado como **LANCE PELA OUTORGA DA PERMISSÃO**, estabelecido de acordo com a avaliação da CETURB-ES, para os LOTES (Lojas), cuja localização e características estão especificadas no ANEXO I e ANEXO II ao presente Edital, será de:

Lote – Loja 03 do Terminal de Itaparica – **R$ 221.726,01 (duzentos e vinte e um mil, setecentos e vinte e seis reais e um centavo)**;

(...)

3.5.2. Na proposta o licitante deverá especificar o seu **LANCE PELA OUTORGA DA PERMISSÃO**, tendo como base os valores mínimos estabelecidos no item 3.5.1, o qual deverá ser lançado no sistema como valor inicial para a disputa.

Assim, apenas para que não restem dúvidas, do dispor a respeito dos critérios para ensejar a apresentação das propostas pelas empresas interessadas, o Edital especificou de forma objetiva, que:

I. O **VALOR MÍNIMO a ser ofertado** como LANCE PELA OUTORGA DA PERMISSÃO, estabelecido de acordo com a avaliação da CETURB-ES, para os LOTES (Lojas), cuja localização e características estão especificadas no ANEXO I e ANEXO II ao presente Edital, especificamente para o **Lote – Loja 03 do Terminal de Itaparica**, seria de **R$ 221.726,01** (duzentos e vinte e um mil, setecentos e vinte e seis reais e um centavo);

E, além disso, que

II. Na proposta o licitante deverá especificar **o seu LANCE PELA OUTORGA DA PERMISSÃO, tendo como base os valores mínimos estabelecidos no item 5.5.1, o qual deverá ser lançado no sistema como valor inicial para a disputa**.

Pois bem, mesmo tendo ciência inequívoca dos fatos aqui narrados, a empresa **Comercial São Joaquim Conveniências Ltda.**, apresentou proposta no certame no importe de R$ 594.933,60

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

(quinhentos e noventa e quatro mil, novecentos e trinta e três reais e sessenta centavos), fato esse que, inevitavelmente, **desestabilizou o certame**, ocasionando **prejuízo à lisura do certame**, à **disputa pelos demais proponentes**, e, consequentemente, **prejuízo financeiro e de tempo e à CETURB**.

E, apenas para que não restem dúvidas, ainda que a empresa **Comercial São Joaquim Conveniências Ltda.** alegue eventual induzimento a erro pelo Edital, tal assertiva não se justifica visto que: além de **o Edital estar claro**; **a referida empresa possui vasta experiência na participação de licitações deflagradas pela Ceturb-ES**, além do fato de **já ter a referida empresa, por intermédio do seu sócio, participado de outros certames paradigma, inclusive, com igual redação e mesma natureza, e ofertado lances, sem que tenha cometido qualquer "equívoco"** na forma como, curiosa e inexplicavelmente, se encontra por ela alegado.

Prescreve o Art. 7º, da Lei nº 4.591/64, que:

> "LEI Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002.
>
> (...)
>
> Art. 7° Quem, **convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato**, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, **ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta**, falhar ou fraudar na execução do contrato, **comportar-se de modo inidôneo** ou cometer fraude fiscal, **ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4o desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos**, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

A esse respeito, vêm decidindo nossos Tribunais:

> LICITAÇÃO. **PREGÃO ELETRÔNICO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. DESISTÊNCIA. PENALIDADE. ART. 7º DA LEI Nº 10.520/2002**. É entendimento do **Tribunal de Contas da União, sedimentado no Acórdão nº 754/2015, que a desistência do certame por meio de formalização do pedido de desclassificação, sem demonstração de conduta escusável pelas circunstâncias, caracteriza a não manutenção da proposta, e portanto, é passível de punição na forma do art. 7º da Lei nº 10.520/2002**, que assim preconiza: Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato,

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, **será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais**. (TRT 12ª R.; RecAdm 0003680-66.2022.5.12.0000; Tribunal Pleno; Rel. Des. Roberto Basilone Leite; DEJTSC 07/03/2023)

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **LICITAÇÃO. DESISTÊNCIA DA PROPOSTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE**. 1.**Da leitura do art. 43, § 6º, da Lei nº 8.666/1993, chega-se à conclusão de que a desistência da proposta, após a fase de habilitação, não é ato unilateral do licitante, havendo a necessidade da conjugação de três condições**: (I) **motivo justo**; (II) **fato superveniente**; (III) **autorização da Comissão de licitação**. 2.Considerando o transcurso de quase um ano da data da apresentação da proposta até a convocação para apresentação da demonstração de sua exequibilidade, ficou caracterizado de plano o requisito da existência de fato superveniente contido no art. 43, § 6º, da Lei nº 8.666/1993. 3.Pretendendo a autoridade impetrada a manutenção das condições apresentadas na primeira, e não na segunda proposta, o prazo a que se refere o citado dispositivo só pode ser considerado da data daquela proposta. Recusa da desistência da licitante e aplicação de sanção de declaração de inidoneidade que se mostram abusivas. 4.Agravo a que se nega provimento. (STF; MS-RO-AgR 35.244; DF; Primeira Turma; Rel. Min. Roberto Barroso; DJE 02/12/2021; Pág. 57)

Por todo o exposto, para o bem do interesse público, espera a Recorrente o reconhecimento da aplicação das penalidades previstas na Lei 10.520/2002, Lei 13.303/2026 e RILC desta Empresa Pública Estadual, visto que as justificativas apresentadas **não apresentam "justo motivo"**, ocasionando **prejuízo à lisura do certame**, além de ter, de **forma visível e irremediável,** repercutido em **prejuízo à disputa pelos demais proponentes,** e, consequentemente, **prejuízo de tempo e financeiro à esta Empresa Pública Estadual**.

3.2. DA CARACTERZAÇÃO DE PREJUÍZO EFETIVO AOS PARTICIPANTES E À CETURB-ES, QUE PODERIA SER EVITADO EM UM AMBIENTE DE AMPLA CONCORRÊNCIA, NA HIPÓTESE DA INEXISTÊNCIA DA PROPOSTA APRESENTADA DE FORMA EXCESSIVAMENTE ELEVADA NO PREGÃO – INDUZIMENTO DAS OUTRAS EMPRESAS A DESISTIREM DA COMPETIÇÃO – ENTENDIMENTO ADOTADO PELO TRIBUNAL DE CONSTAS DA UNIÃO - TCU.

Conforme registrado no tópico anterior, a proposta de valor apresentada pela empresa **Comercial São Joaquim Conveniências Ltda**., no importe de R$ 594.933,60 (quinhentos e noventa e quatro mil, novecentos e trinta e três reais e sessenta centavos) e sua **posterior e injustificada desistência, desestabilizou o certame, ocasionando prejuízo à sua lisura e, consequentemente,**

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

ocasionando prejuízo à disputa pelos demais proponentes, além de prejuízo financeiro à CETURB.

É importante enfatizar que a lógica dos acontecimentos, nos moldes do verificado no desdobramento do referido certame, aponta a **constatação de padrões de comportamento suspeitos**, que merecem ser considerados, quais sejam:

I) uma das empresas participantes da licitação (Comercial São Joaquim Conveniências Ltda.), apresenta **desde o início do certame,** proposta de **valor excessivamente elevado**, no importe de R$ 594.933,60 (quinhentos e noventa e quatro mil, novecentos e trinta e três reais e sessenta centavos);

II) durante o certame, o representante da referida empresa (Comercial São Joaquim Conveniências Ltda.) **se encontrava presente na sala de disputa, e em momento algum se manifestou quanto a eventual erro por ela praticado**, ainda que tivesse pleno conhecimento do Edital;

III) ao final do certame, uma vez declarada vencedora, **sem a demonstração de "justo motivo"** há uma desistência inesperada da referida empresa declarada vencedora, que **não se pode ser explicada racionalmente**;

III) A empresa (Comercial São Joaquim Conveniências Ltda.) e seu sócio possui **ampla experiência na participação de Editais da Ceturb-ES, de idêntica natureza**, não se sustentando a justificativa apresentada pela mesma de ter "incorrido em erro" ficando assim caracterizado que a mesma ofertou proposta, conscientemente, sem reais intenções de vencer a licitação;

IV) diante dessa conjunção de situações, **desde a apresentação da proposta** pela referida empresa, no importe de R$ 594.933,60 (quinhentos e noventa e quatro mil, novecentos e trinta e três reais e sessenta centavos), **no diminuto espaço de tempo conferido aos demais licitantes, concentrou-se a Recorrente em realizar diversos cálculos relacionados aos seus custos para a finalidade de saber se poderia ou não superar a proposta apresentada**, vindo o certame a ser encerrado antes de que a mesma pudesse proceder com essa verificação;

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

V) tal realidade, **desestabilizou qualquer foco por parte da Recorrente e por certo dos demais participantes,** em proceder com uma efetiva disputa**, visto que a proposta apresentada pela empresa** (Comercial São Joaquim Conveniências Ltda.) foi mantida até o efetivo encerramento do Pregão**;**

VI) em virtude do ocorrido, **deixou a Recorrente e muito possivelmente os demais participantes de ofertar lances mais vantajosos para a Ceturb-ES, dentro do tempo ordinário da licitação,** fato esse que repercutiu em **prejuízo efetivo à essa empresa pública**.

Nesse sentido, de forma diversa daquele preliminarmente considerada por esse Ínclita Pregoeira, a proposta de valor apresentada pela empresa Comercial São Joaquim Conveniências Ltda., no importe de R$ 594.933,60 (quinhentos e noventa e quatro mil, novecentos e trinta e três reais e sessenta centavos) e sua posterior e injustificada desistência, **desestabilizou o certame, ocasionando prejuízo à sua lisura e, consequentemente, ocasionando prejuízo à disputa pelos demais proponentes, além de prejuízo financeiro à CETURB.**

No caso presente, em que pese a celeridade seja um dos objetivos do pregão eletrônico, tal intelecção não afasta a necessidade de que o procedimento seja conduzido de forma precisa e inequívoca por parte do agente responsável, **não se admitindo a manutenção de procedimento falho ou limitado, que possa induzir a erro os licitantes**.

Sobre o assunto, a jurisprudência vem entendendo que configura comportamento fraudulento conhecido como "coelho", ensejando declaração de inidoneidade para participar de licitação, a apresentação por licitante de proposta excessivamente elevada em pregão, **para induzir outras empresas a desistirem de competir, em prejuízo efetivo aos participantes, que poderia ser obtido em um ambiente de ampla concorrência, sem a influência do coelho** (**Acórdão TCU: 754/2015**).

Assim, malgrado tenha a Sra. Pregoeira entendido, preliminarmente, por eventual "ausência de prejuízo do desenvolvimento regular do certame para declarar a empresa HDA Comércio de Alimentos Ltda. (segunda colocada), como vencedora" a análise dos fatos e o emprego dos argumentos acima elencados, acentuam a indicação de que: **"os atos praticados pela empresa Comercial São Joaquim Conveniências Ltda., induziram as outras empresas a desistirem de competir, ou no mínimo as desestimularam em prosseguir com os seus lances, em prejuízo**

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

efetivo aos participantes e a esta empresa pública, o que poderia ser revertido em um ambiente de ampla concorrência, sem a influência do "coelho".

Assim, pela exegese do Art. 31, da Lei nº 13.303/2016, deverão as licitações destinarem-se sempre a assegurar a seleção da **proposta mais vantajosa**. Senão vejamos:

> Art. 31. As **licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas** e sociedades de economia mista **destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa**, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

Não se pode olvidar que a celeridade e eficiência buscada, dentre outros objetivos, com o advento do pregão eletrônico não afastam, absolutamente, o **rigor esperado e exigido para as contratações públicas**, as quais não cedem a princípios tais como o da legalidade, igualdade, vinculação ao instrumento convocatório e a **ampla competitividade.**

No caso presente, há prova contunde de **evidente prejuízo aos participantes** ou à **própria Administração Pública**, visto que a proposta de valor apresentada pela empresa Comercial São Joaquim Conveniências Ltda., no importe de R$ 594.933,60 (quinhentos e noventa e quatro mil, novecentos e trinta e três reais e sessenta centavos) e sua **posterior e injustificada desistência**, desestabilizou o certame.

Ademais disso, encontra-se demonstrada a utilidade e pertinência de se anular a licitação, que nem sequer ainda restou adjudicada, de forma à que seja **obtida pela Ceturb-ES a seleção da proposta mais vantajosa**, garantido nesse mesmo sentido às empresas interessadas a oportunidade de **disputa e à formulação de suas propostas em um ambiente de ampla e livre concorrência**, escoimado dos graves vícios acima identificados.

A licitação, como qualquer outro procedimento administrativo, é suscetível de anulação, em caso de ilegalidade, e revogação, por conveniência e oportunidade, nos termos do **art. 49 da Lei 8.666/93** e das **Súmulas 346 e 473/STF**. Mesmo após a homologação ou a adjudicação da licitação, a Administração Pública está autorizada a anular o procedimento licitatório, verificada a ocorrência de alguma ilegalidade, e a revogá-lo, no âmbito de seu poder discricionário, por razões

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

de interesse público superveniente. Nesse sentido: **MS 12.047/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 16.4.2007; RMS 1.717/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 14.12.1992**.

Não menos importante, torna-se essencial para o caso registrar o entendimento adotado pelo **Tribunal de Contas da União** a respeito da matéria, observado quando do julgamento do **Acórdão TCU 2077-2017**:

> "(...)
>
> Nesse desígnio, começamos **aludindo aos elementos que integram o Acórdão 754/2015-TCU-Plenário**, por meio dos quais se esclarece que **a prática perniciosa observada em pregões eletrônicos denominada 'coelho' é descrita como a ação de licitante que apresenta proposta excessivamente baixa em um processo licitatório para que outras empresas desistam de competir, por acreditarem que o outro concorrente teria um preço que não lhes permitiriam prosseguir na disputa**. Na sequência, **uma empresa que esteja em conluio com o 'coelho' oferece o segundo melhor lance e, com a desclassificação intencional da primeira**, acaba sendo **contratada por um valor que possivelmente poderia ser superior àquele que seria obtido sem a influência do 'coelho'**.
>
> Assim, **a lisura do procedimento em que tal ardil se verifica é contaminada e não se pode assegurar que o órgão/entidade pública obteve a melhor proposta, entendida aquela que seria auferida num ambiente concorrencial idôneo, ainda que o caso não tenha abrigado superfaturamento de preços parametricamente aferido.**
>
> (...)
>
> Nesse passo, Maria Auxiliadora do Nascimento e Marimília Cardoso Dias **que atuaram em momentos diferentes como Pregoeiras** foram instigadas em sede de Audiência para responderem pela seguinte irregularidade (peça 31, p. 1, letra 'a' e peça 49, p. 1, letra 'a'): no **exercício das prerrogativas de Pregoeiras** formalmente designadas para o ofício, descumprirem ritos e prazos procedimentais fixados no Decreto 5.450/2005, em especial aqueles de que tratam os artigos 23, 24, caput e §§ 1º a 9º, 25 e 26, daquele instrumento normativo, **bem como por relegarem iniciativa para adoção da medida administrativa prevista no subitem 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, mesmo quando formal, tempestiva e plausivelmente advertidas acerca de indícios da prática da estratégia 'coelho'**, da retirada injustificada de propostas de preços e outros indícios de conluio entre empresas participantes do Pregão Eletrônico 11/2016, realizado no âmbito da Superintendência Regional do Incra no Estado do Tocantins, **concorrendo para simular e restringir a disputa, sujeitando a Administração a riscos e assumindo a responsabilidade pela negligência em verificar a procedência das informações**, além de comprometer a lisura da licitação, ignorar a diretriz fixada no art. 7º da Lei 10.520/2002, condutas e posturas que

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

atentam contra princípios elencados no art. 5º, do Decreto 5.450/2005, em especial os da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, razoabilidade e **competitividade**;

(...)

Convém esclarecer, **não é imprescindível haver manobras que acarretem, posteriormente, prejuízo financeiro ao erário, para que uma licitação seja viciada**, circunstância que exige e justifica atenção percuciente antes da homologação, visando a detecção de indícios de omissões, erros ou fraudes que violem os princípios aos quais estão jungidas as licitações públicas - não se restringindo à verificação de sobrepreço - adotando-se providências cabíveis (retorno do processo para retificação de vícios sanáveis, **anulação do procedimento em virtude de ilegalidades insanáveis**). Essa é conduta esperada do gestor incumbido de homologar procedimento licitatório.

É pertinente lembrar, a homologação é ato administrativo unilateral e vinculado, pelo qual a Administração examina, a posteriori, a legalidade de outro ato jurídico [Dipietro, M. S. Z. Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 239]. A homologação situa-se no âmbito do poder de controle hierárquico da autoridade superior, tendo a natureza jurídica de ato administrativo de confirmação [Carvalho Filho, J. S. Manual de Direito Administrativo. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pág. 265] e não ato de mero encaminhamento formal. Constitui decisão que ratifica atos e procedimentos que lhe antecedem, conferindo-lhes aprovação para que produzam efeitos jurídicos, econômicos e materiais.

São contraditórias as declarações de que a comissão responsável pela licitação averiguou e concluiu que não havia elementos mínimos necessários a instauração do processo administrativo e, logo após, anotar que o Processo Administrativo 54400.000750/2016-73 apura eventuais ilícitos e segue em andamento. A respeito desse processo administrativo reitera-se a análise empreendida no item 68 destas laudas.

O **aspecto da suposta vantajosidade decorrente do pregão não é consistente**, como pretende convencer o dirigente regional do Incra. Nessa dimensão é oportuno recapitular as ponderações anotadas nos itens 41 e 92 desta análise da instrução, embora não tenhamos vislumbrado substância com força capaz de justificar citação e eventual imputação de débito.

Em nossa avaliação **houve sim a prática da estratégia 'coelho' no Pregão Eletrônico11/2016**, reforçada por outros indícios de proximidade entre as empresas, além de procedimentos atípicos que foram decisivos para direcionar o objeto licitado, situação agravada pelo fato de que as empresas que mais contribuíram para esse ambiente não foram admoestadas pela UJ conforme a normatização regente determina.

(...)"

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

Assim, apenas para que não restem dúvidas, no julgamento do Acórdão TCU 2077-2017 acima referenciado, **houve por parte dos ínclitos Ministros daquela corte o emprego das seguintes "premissas" para fins de tratamento do procedimento "Pregão Eletrônico" aludido naquele expediente**, que, inevitavelmente, impingiram um passo a passo de como deveriam os agentes públicos ter agido para o atingimento da finalidade pública pretendida. Vejamos:

> I. Foi invocado pelos Ministros Julgadores **os elementos que integram o Acórdão 754/2015-TCU-Plenário**, por meio dos quais se esclarece que **a prática perniciosa observada em pregões eletrônicos denominada 'coelho' é descrita como a ação de licitante que apresenta proposta excessivamente baixa em um processo licitatório para que outras empresas desistam de competir, por acreditarem que o outro concorrente teria um preço que não lhes permitiriam prosseguir na disputa**. Na sequência, **uma empresa que esteja em conluio com o 'coelho' oferece o segundo melhor lance e, com a desclassificação intencional da primeira**, acaba sendo **contratada por um valor que possivelmente poderia ser superior àquele que seria obtido sem a influência do 'coelho'**.
>
> II. Fixou-se o entendimento de que: "a **lisura do procedimento em que tal ardil se verifica é contaminada e não se pode assegurar que o órgão/entidade pública obteve a melhor proposta**, entendida aquela que **seria auferida num ambiente concorrencial idôneo**, ainda que o caso não tenha abrigado superfaturamento de preços parametricamente aferido.
>
> III. Houve ainda o reconhecimento pelos ínclitos Ministros de que: "**não é imprescindível haver manobras que acarretem, posteriormente, prejuízo financeiro ao erário, para que uma licitação seja viciada**, circunstância que exige e justifica atenção percuciente antes da homologação, visando a detecção de indícios de omissões, erros ou fraudes que violem os princípios aos quais estão jungidas as licitações públicas - não se restringindo à verificação de sobrepreço - adotando-se providências cabíveis (retorno do processo para retificação de vícios sanáveis, anulação do procedimento em virtude de ilegalidades insanáveis)" **sendo essa conduta esperada pelos Ministros a respeito do gestor incumbido de homologar procedimento licitatório**.
>
> IV. Para os Ministros Julgadores: São **contraditórias** as declarações de que a comissão responsável pela licitação averiguou e concluiu que não havia elementos mínimos necessários a instauração do processo administrativo e, logo após, anotar que o Processo Administrativo 54400.000750/2016-73 apura eventuais ilícitos e segue em andamento. A respeito desse processo administrativo reitera-se a análise empreendida no item 68 destas laudas.

Referida constatação, caso não seja reconhecida por essa Ínclita Pregoeira e pela Ceturb-ES, redundará em **manifesta ilegalidade**, nos exatos moldes do entendimento acima sedimentado, torando imperioso seu enfretamento com o necessário rigor, na medida em que, nos exatos

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

termos do julgamento acima adotado: a **lisura do procedimento licitatório em comento restou visivelmente contaminada, não se podendo assegurar que o órgão/entidade pública obteve a melhor proposta, que seria auferida, certamente, em num ambiente concorrencial idôneo e livre de interferências.**

Firme nesse sentido, segue também o entendimento perfilhado pelos nosso Tribunais:

> "ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. **MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO. REVOGAÇÃO**. CONTRADITÓRIO.
> 1. Licitação obstada pela revogação por razões de interesse público. 2. Avaliação, pelo Judiciário, dos motivos de conveniência e oportunidade do administrador, dentro de um procedimento essencialmente vinculado. 3. **Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido**. 4. A **revogação da licitação**, **quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório**. 5. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado. 6. O mero titular de uma expectativa de direito não goza da garantia do contraditório.
> 7. Recurso ordinário não provido." (STJ, o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 23.402/STJ)

Em idêntico sentido, o desfecho do julgamento do Agravo regimental no Agravo de Instrumento n. 228.554-4- Minas Gerais, movido no Supremo Tribunal Federal, seguiu esse mesmo entendimento, conforme se verifica do seguinte trecho da decisão proferida pelo Ministro Relator Cézar Peluso:

> "[...] Ora, **antes da homologação da licitação, não exsurge aos concorrentes nenhum direito subjetivo capaz de impedir a revogação da abertura do processo licitatório, por óbvia conveniência pública** [...]Nessas circunstâncias em que com a revogação nada sofreu a esfera dos direitos e interesses privados, não havia lugar para observância de contraditório e ampla defesa, inerentes à cláusula constitucional do justo processo da lei (*due process of law*), cujo alcance está em impedir ação arbitrária e lesiva ao Estado.".

Diante do exposto, também com base no princípio da **congruência da motivação administrativa** e na **verdade real dos fatos**, bem como no **princípio da pertinência**, pugna-se pela reforma da

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

decisão recorrida, com a consequente invalidação do certame, a fim de que seja preservada a **lisura na contratação em comento, que se encontra visivelmente contaminada, não se podendo assegurar, nos exatos termos do entendimento adotado pelo TCU, que o órgão/entidade pública obteve a melhor proposta, que seria auferida num ambiente concorrencial idôneo e livre de interferências.**

3.3. DA OFENSA AO ARTIGO 53, II da Lei 13.303/2016

A lei das Estatais (Lei 13.303/2016) em seu artigo 53, incido II, prevê que **após estabelecida a vencedora**, outro mecanismo para a administração melhorar as outras propostas ofertadas será o **reinício da disputa aberta**, para a definição das demais colocações.

O **reinício da disputa**, assim, para o caso das empresas públicas, encontra-se previsto **pelo 53, incido II**, da Lei 13.303/2016 e se dá quando, nos termos do edital, após a definição da "melhor proposta", a **diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar é de pelo menos 10% (dez por cento)**. Essa mesma revisão encontra-se descrita no art. 56, § 4º da Lei 14.133/21, aplicando-se nesse último caso aos demais entes da administração pública.

Conforme previsão descrita no citado artigo 53, II da Lei 13.303/2016:

> Art. 53. Quando for adotado o modo de disputa aberto, poderão ser admitidos:
>
> I - a apresentação de lances intermediários;
>
> II - **o reinício da disputa aberta, após a definição do melhor lance, para definição das demais colocações, quando existir diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o subsequente.**
>
> Parágrafo único. Consideram-se **intermediários os lances**:
>
> I - iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta;
>
> II - iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento.

A esse respeito, segue o entendimento do Consultor Jurídico Luciano Henrique da Silva Oliveira, publicado no sítio: https://www.migalhas.com.br/depeso/348828/modos-de-disputa-na-nova-lei-de-licitacoes. Vejamos:

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

"(...)

Assim, a Lei disciplina a hipótese da apresentação de lances intermediários pelos licitantes. São considerados intermediários: 1) **quando adotado o critério de julgamento de maior lance, os lances iguais ou inferiores ao maior já ofertado, mas superiores ao último lance dado pelo próprio licitante**; ou 2) quando adotados os demais critérios de julgamento (notadamente, o de menor preço ou o de maior desconto), os lances iguais ou superiores ao menor já ofertado, mas inferiores ao último lance dado pelo próprio licitante. A característica dos lances intermediários, portanto, **é que eles não cobrem (não superam) o melhor lance até o momento, podendo somente aproximarem-se dele ou, no máximo, igualá-lo**.

A possibilidade de lances intermediários **permite que a administração obtenha propostas mais vantajosas dos licitantes que, em princípio, não vencerão a disputa, mas que poderão vir a serem convocados para contratação, caso o vencedor seja, por exemplo, inabilitado na fase de habilitação, a qual, com a nova Lei, passa a ocorrer, em regra, após as fases de apresentação e de julgamento das propostas (art. 17)**, como já ocorre com o RDC (art. 12 da lei 12.462/2011).

(...)" (grifamos)

Ocorre que, em que pese o Edital Pregão Eletrônico tenha disciplinado que o seu rito seria realizado nos termos da Lei 13.303/2016, **não houve no referido procedimento a observância ao previsto pelo 53, incido II, da Lei 13.303/2016**, fato esse que, de igual modo com os fundamentos já acima disciplinados, repercutiu na ofensa quanto à **obtenção da proposta mais vantajosa entre licitantes**.

Por todo o exposto, espera a Recorrente o reconhecimento de mais essa nulidade apontada, e por consequência, a invalidação do presente certame, a fim de que seja obtida pela Ceturb-ES a melhor proposta, o que somente poderá ser atingido em um ambiente concorrencial idôneo, mediante o emprego de todos os instrumentos legais aplicáveis, para a validade das propostas e livre de interferências.

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

4. REQUERIMENTO

Diante de todo o exposto, requer-se a essa Ínclita Pregoeira, digne-se a:

4.1. **RECEBER** e determinar o regular processamento deste Recurso Administrativo, atribuindo-lhe efeito suspensivo;

4.2. **DETERMINAR** a regular instrução do feito, com garantia do contraditório e da ampla defesa das demais concorrentes interessadas;

4.3. **NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO** ao presente Recurso, mediante manifestação motivada e fundamentada, por escrito, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, se retratando e modificando a decisão recorrida, para a consequente invalidação do certame, a fim de que seja preservada a lisura na contratação em comento, que se encontra visivelmente contaminada, não se podendo assegurar, nos exatos termos do entendimento adotado pelo TCU, que o órgão/entidade pública obteve a melhor proposta, que seria auferida num ambiente concorrencial idôneo e livre de interferências, além do fato de que não houve no referido procedimento a observância ao previsto pelo 53, incido II, da Lei 13.303/2016.

4.4. **ALTERNATIVAMENTE**, caso mantida a decisão, remeter os autos à autoridade competente para a homologação da licitação, a quem caberá manter ou reformar a decisão no prazo de 05 (cinco) dias úteis após o fim do prazo do Pregoeiro.

4.5. **POR FIM**, para o bem do interesse público, espera a Recorrente o reconhecimento da aplicação das penalidades previstas na Lei 10.520/2002, Lei 13.303/2026 e RILC desta Empresa Pública Estadual à empresa Comercial São Joaquim Conveniências Ltda., visto que as justificativas por ela apresentadas não apresentam “justo motivo”, ocasionando prejuízo à lisura do certame, além de ter, de forma visível e irremediável, repercutido em prejuízo à disputa pelos demais proponentes, e, consequentemente, prejuízo de tempo e financeiro à esta Empresa Pública Estadual.

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br

São estes os termos em que pede e aguarda deferimento.

Vitória, 28 de agosto de 2023.

Assinado de forma digital por ADALTON DE ARAUJO MOURA:88044890734
Dados: 2023.08.29 14:01:41 -03'00'

A & L BOMBONIERE E REVISTARIA LTDA

CNPJ n. º 08.107.152/0003-61

ELIFAS MOURA DE MIRANDA JUNIOR:00392329999

Assinado de forma digital por ELIFAS MOURA DE MIRANDA JUNIOR:00392329999
Dados: 2023.08.29 14:19:32 -03'00'

P.p. **ELIFAS MOURA DE MIRANDA JR**

OAB-ES 10.236

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, nº 495, salas 209/210 – Centro Empresarial Enseada – Enseada do Suá – Vitória – ES – CEP: 29.050 -335. Tel/Fax: (27) 3315-9373. Email: dfm@dfm.adv.br
www.dfm.adv.br