Pederneiras, 11 de dezembro de 2019.

Excelentíssimo Senhor Prefeito

**Ref.: Recurso Administrativo**

**Pregão Presencial nº 53/2019**

Trata-se de recurso administrativo interposto pela empresa AGRO-AMIGO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA (AGRO-AMIGO ou RECORRENTE) contra decisão proferida em 17/10/2019, em relação à desclassificação de sua proposta.

Em breve síntese, a referida empresa insurge-se contra sua "inabilitação", alegando que:

a) não foi atendido o princípio da economicidade e eficiência, uma vez que os valores apresentados pela mesma eram menores em relação ao seu concorrente; e

b) que cotou marca similar de igual qualidade ou superior ao exigido e que os níveis de garantia presentes atendem satisfatoriamente ao estabelecido no edital do certame.

Ademais, a RECORRENTE argumenta, item a item, a importância dos elementos que compõem a tabela de níveis de garantia, mais precisamente sobre os tópicos que a mesma desatendeu quando da apresentação da proposta.

Analisados os memoriais, tenho a tecer as seguintes considerações:

Preliminarmente, convêm registrar que alguns termos utilizados pela RECORRENTE não foram bem empregados, tendo em vista que a mesma não foi "inabilitada", e sim desclassificada, estando seu envelope de habilitação lacrado e em poder deste Pregoeiro.

Superada a falha, será demonstrado que os produtos ofertados pela RECORRENTE não podem ser considerados aceitáveis pois não atendem integralmente os requisitos contidos no edital e não satisfazem a necessidade deste Município, razão pela qual entendo que minha decisão não merece ser reformada.

DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Vejamos o que diz o artigo 3º da Lei nº 8.666/93:

> *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.* (Grifei)

Considerando o respectivo texto legal, a proposta da RECORRENTE, se aceita, traria grave prejuízo ao processo e ao outro licitante, pois os princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório seriam desrespeitados.

Explico.

Quando analisadas as propostas apresentadas, verificou-se que os produtos cotados pela AGRO-AMIGO não atendiam integralmente as especificações contidas no instrumento convocatório, o que culminou na sua desclassificação, assim lavrada na Ata de Sessão Pública:

> Ficam desclassificados os itens 01, 02 e 03 da proposta da empresa AGRO-AMIGO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS AGROPECUARIOS LTDA, pelos seguintes motivos:
> Item 01 - PELO NÃO ATENDIMENTO DAS ESPECIFICAÇÕES CONTIDAS NO ANEXO I DO EDITAL, MAIS PRECISAMENTE SOBRE O NÍVEL DE GARANTIA DE SÓDIO (MÍNIMO) PRESENTE NA COMPOSIÇÃO DO PRODUTO;
> Item 02 - PELO NÃO ATENDIMENTO DAS ESPECIFICAÇÕES CONTIDAS NO ANEXO I DO EDITAL, MAIS PRECISAMENTE SOBRE O NÍVEL DE GARANTIA DE CÁLCIO (MÁXIMO) PRESENTE NA COMPOSIÇÃO DO PRODUTO; e
> Item 03 - PELO NÃO ATENDIMENTO DAS ESPECIFICAÇÕES CONTIDAS NO ANEXO I DO EDITAL, MAIS PRECISAMENTE SOBRE OS NÍVEIS DE GARANTIA DE EXTRATO ETÉREO (MÍNIMO) E FÓSFORO (MÍNIMO) PRESENTES NA COMPOSIÇÃO DO PRODUTO.

Agora vejamos: caso o Pregoeiro decidisse aceitar a proposta da empresa AGRO-AMIGO, sabendo das condições dos itens cotados, não seria respeitada a isonomia entre os participantes da licitação, pois a outra participante seria claramente prejudicada por ter apresentado proposta que atendia a todos os requisitos, sem contar ainda que o aceite da proposta da RECORRENTE poderia até mesmo soar como tratamento privilegiado.

Aliás, poderíamos também pensar o seguinte: e se houvessem outras empresas interessadas, mas que não participaram do certame pois imaginaram que teriam suas propostas recusadas, uma vez que não atendiam ao edital nos mesmos quesitos faltantes da RECORRENTE? Certamente sentiriam-se injustiçadas diante de tal ato.

Sendo assim, em respeito a isonomia entre os participantes, foi tomada tal decisão.

Em relação ao descumprimento do edital, lembramos mais uma vez o que estabelece o artigo 3º da Lei de Licitações, mais precisamente sobre o julgamento sendo processado respeitando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu, em caso semelhante, que se o licitante deseja "*participar de procedimento licitatório, deve obedecer às suas regras, estejam elas previstas no edital ou na lei, arcando com as obrigações respectivas. Trata-se do princípio de vinculação ao edital, que incide tanto para a Administração quanto para os licitantes*". (*TJ/SP, Apelação Cível nº 625.045-5/0-00, Rel. Carlos Eduardo Pachi, j. em 25.02.2008.*) (Grifei)

A 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou, por unanimidade, provimento às apelações e ao reexame necessário, mantendo a sentença de nulidade de processo licitatório que aceitou proposta em desacordo com o edital:

> **ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO PÚBLICA. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE OPERAÇÃO DA INFRAESTRUTURA E SERVIÇOS DE TIC. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO ATO QUE HOMOLOGOU A ADJUDICAÇÃO. PROPOSTA EM DESACORDO COM O EDITAL. PROSSEGUIMENTO COM RELAÇÃO AOS DEMAIS LICITANTES.**
>
> **ACÓRDÃO**
>
> Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e ao reexame necessário, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
>
> Porto Alegre, 24 de novembro de 2015.
>
> Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle Relator

> **VOTO**
>
> (...)
>
> Tendo por base os fatos narrados e comprovados nestes autos, tenho que assiste razão à impetrante. Decerto, o Edital vincula as partes no processo de **licitação**, não sendo diferente com relação ao Pregão Eletrônico. A exigência contida no Edital, em seu item 6.3, deveria ter sido preenchida e apresentada pela empresa proponente até a data e hora marcados para a abertura da sessão, e não até o momento da análise das planilhas de custo. Caso não houvesse o preenchimento de tais requisitos, a proposta deveria ser desclassificada.
>
> Consoante se lê do item 7.3 do edital, contido no título "Da Abertura da Sessão Pública"
>
> O Pregoeiro analisará as propostas apresentadas, desclassificando motivadamente aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos neste Edital, forem omissas ou apresentarem irregularidades sanáveis."
>
> Procedendo-se a tal "filtro", somente as propostas classificadas participarão da fase de lances, nos termos do item 7.5 do Edital, de forma que apenas em momento posterior será feita pelo Pregoeiro a análise da Planilha de Custos e Formação de Preços, dentre as licitantes que participaram dos lances.
>
> A partir da aceitação da proposta da empresa Teletex Computadores e Sistemas Ltda. pela impetrada, proposta essa que se encontrava em dissonância com os requisitos exigidos pelo Edital, constata-se a contrariedade aos princípios da vinculação ao edital e isonomia, sendo dado tratamento desigual a um dos participantes do certame.
>
> (...)
>
> *(TRF-4ª Região, Apelação/Reexame Necessário Nº 5009691-10.2015.4.04.7200/SC)*

Portanto, fica bastante clara a necessidade de se respeitar o texto editalício em sua plenitude, sob pena de, agindo em contrário, cair na ilegalidade e trazer prejuízos imensuráveis à Administração.

DA OBTENÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

Assim diz o inciso X do artigo 4º da Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão):

> *X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital*. (Grifei)

O simples fato de se pagar menos pelos produtos não quer dizer economia nem vantagem, pois primeiramente devem ser respeitados todos os requisitos norteadores do processo (edital e legislação pertinente).

Mister estabelecer que a finalidade do pregão, bem como de qualquer outra modalidade de licitação, é viabilizar a melhor relação preço-benefício, o que equivale dizer: visa garantir o benefício definido no edital e reduzir, ao máximo, o preço a ser pago pelo benefício. A lógica da relação preço-benefício no pregão implica, por um lado, a redução do preço e, por outro, a manutenção **integral** do benefício proposto pelo licitante.

Em outras palavras, no pregão, quando do julgamento e da classificação das propostas, adotamos o critério de menor preço; contudo devemos, entretanto, observar outros fatores, como as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e qualidade.

O renomado Carlos Pinto Coelho Motta comenta que:

> "(…) *não se trata, por força, da proposta nominalmente mais barata, mas da 'menor melhor' (...). A proposta classificada em primeiro lugar deve guardar simetria com o objeto licitado e o valor de mercado, obrigando-se o pregoeiro a decidir motivadamente acerca da sua aceitabilidade. (...) Após classificação das propostas em primeiro lugar, poderão, a nosso ver, ser exibidos testes, amostras, laudos, carta-compromisso do fabricante, provas de resistência, etc. desde que sua exigência não deturpe o propósito de agilidade e resolutividade do pregão, e sempre adequadamente especificados no edital*". (*MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 830.*) (Grifei)

Já o ilustre Jessé Torres Pereira Júnior observa que **adotar o critério de menor preço não significa que o julgamento encerra-se na análise do preço**,

> "*posto que, antes de cogitar o preço, é indispensável que o julgador compare a proposta com a especificação do objeto, tal como posta no edital. Se a proposta referir-se a objeto cuja especificação desatenda ao edital, a consequência será a sua desclassificação, ainda que cote o menor preço. Desloca-se o eixo de equilíbrio do tipo para adequada especificação do objeto. (...) O termo de referência e o edital, onde devem estar definidos os parâmetros mínimos de desempenho e qualidade, guiarão o pregoeiro no julgamento das propostas: classificará as que se compadecem com as especificações e os parâmetros fixados; desclassificará as demais*". *(PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Sessão Pública. In: GASPARINI, Diogenes. (Coord.). Pregão presencial e eletrônico. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 107.)* (Grifei)

Ainda sobre o critério de julgamento de menor preço, o aclamado Benedicto de Tolosa Filho assevera que:

> *"aparentemente o julgamento com essa característica – menor preço – pode levar o operador, no caso o pregoeiro, a inferir que prevalecerá o menor preço, independentemente de outras circunstâncias previstas no edital, o que induz um julgamento ilegal e desatento ao dogma de busca da proposta mais vantajosa para a Administração. Evidente que o peso desse critério ou tipo de licitação aponta na direção da escolha da proposta de menor preço, no entanto,* ***o menor preço somente será decisivo como critério quando as propostas se mostrarem ajustadas às demais exigências do edital****. Assim,* ***o preço somente poderá ser usado como fator de decisão quando a proposta atender ao edital quanto às características do objeto, quanto ao prazo de fornecimento ou de execução, quanto ao prazo de validade da oferta e quanto às condições de pagamento, dentre outras exigências constantes do instrumento convocatório"****. (TOLOSA FILHO, Benedicto de. Pregão – Uma nova modalidade de licitação – Comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 57.)*

Conforme visto, deve-se verificar, para a obtenção da proposta mais vantajosa, entre outros, os princípios básicos da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.

Em suma, é leviano afirmar que sempre que uma proposta de menor valor for desclassificada, tal atitude acarretará prejuízo ao erário pois será dispendida uma maior quantia para aquisição do bem, visto que, além do preço, é elementar que o produto atenda aos dispositivos editalícios.

DAS CONTRARRAZÕES APRESENTADAS

A única concorrente da empresa AGRO-AMIGO neste processo, a empresa AGROPECUÁRIA TEODORO & RAGGHIANTI LTDA, apresentou suas contrarrazões em 23 de outubro de 2019.

Em seus memoriais, a empresa afirma que a decisão do Pregoeiro foi acertada pois fez-se cumprir o edital, uma vez que a aceitação de níveis de garantia desconformes poderiam prejudicar a digestibilidade e a aceitação por parte dos animais.

Afirma ainda que não há que falar-se em economicidade e eficiência, tendo em vista que os produtos ofertados são de qualidade inferior, o que justificaria a diferença de valores entre ambos.

Finalmente, a empresa juntou fotos das embalagens dos produtos propostos para comprovar o atendimento de todos os quesitos exigidos no Anexo I do edital, informando que os animais atualmente consomem e já estão acostumados com o alimento, frisando ainda que a troca pode causar distúrbios no metabolismo e prejudicar o bem-estar dos mesmos.

DA ANÁLISE TÉCNICA DOS PRODUTOS OFERTADOS

Em relação ao alegado nos memoriais da RECORRENTE que seu produto é similar de igual qualidade ou superior ao disposto no edital, a Secretaria de Meio Ambiente, através de uma de suas médicas veterinárias, também se manifestou sobre o tema, por ser a mesma a responsável pela compra das rações.

Segundo a Dra. Daniela Midori Satake, "*de acordo com a IN SARC no. 09, de 09 de julho de 2003, que regulamenta os padrões de identidade e qualidade de alimentos destinados a cães (MAPA,2003), existem limites que devem ser obrigatoriamente seguidos pelas indústrias*".

No que diz respeito a ração de cães adultos, os valores nutricionais em manutenção "*devem seguir os seguintes valores: 12% de umidade (max), 16% de proteína bruta (min); 4,5% de extrato etéreo (min); 6,5% de fibra bruta (max), 12% de matéria mineral (max),* ***2,4% de cálcio (max);*** *e 0,6% de fósforo (mínimo)*".

Ou seja, segundo as normas vigentes e correlacionando a tabela nutricional apresentada pela empresa AGRO-AMIGO, "*o nível de cálcio (max) apresentado na ração é de 25g/kg (2,5%), o que extrapola o limite máximo exigido pelo Ministério da Agricultura, de 2,4% para alimentos secos*" segundo a Dra. Satake.

Quanto à ração de gatos adultos, a Dra. Satake contesta as informações prestadas pela RECORRENTE, afirmando inclusive que, "*se possível, gostaria que a empresa encaminhasse trabalhos técnicos onde afirmassem que a diferença de 0,1% de Na/Kg na composição da ração culminaria no aumento do risco/chances de 'aumento de pressão' e formação de cálculos renais*".

Aproveita para citar ainda que, "*comportamentalmente, os gatos são extremamente sensíveis a diferenças mínimas na composição dos alimentos oferecidos e podem se recusar a seguir uma dieta devido as suas preferências alimentares, podendo resultar consequências clínicas graves (Zaghini et al., 2005)*".

Finalmente, em relação à ração para cães filhotes, a Dra. Satake não se manifestou tecnicamente sobre o assunto, informando somente que "*teremos que manter a justificativa do descumprimento nutricional exigido em edital*".

Sendo assim, entendemos, num primeiro momento, que o posicionamento da Secretaria de Meio Ambiente e de sua responsável técnica é o de que não devem ser aceitos os produtos da empresa AGRO-AMIGO, pois os mesmos não cumprem o edital e não atendem as necessidades do setor.

DO ENVIO DE AMOSTRAS PARA TESTES

Para dirimir quaisquer dúvidas que poderiam pairar sobre a qualidade dos produtos ofertados pela RECORRENTE, foi solicitado à mesma que apresentasse amostras dos itens cotados para que fossem servidas aos animais, analisando assim a aceitabilidade por parte dos cães e gatos residentes do abrigo municipal.

Após a realização dos experimentos, foi constatado que somente a ração direcionada aos cães filhotes teve resultado satisfatório, com o mantenimento dos resultados obtidos com a ração citada como referência, sendo que as rações para gatos adultos e cães adultos não foram aceitas pelos animais e, quando administrada, causou inclusive problemas intestinais nos cães cobaias, conforme relatório elaborado pelas médicas veterinárias, Dra. Daniela M. Satake e Dra. Giovanna Moscatelli Fabiano (anexo).

Portanto, diante deste cenário, mantêm-se a necessidade de recusar os produtos oferecidos pela AGRO-AMIGO quanto aos cães e gatos adultos, cabendo a reconsideração no que diz respeito ao produto para cães filhotes. Neste caso, a solução mais apropriada é a revogação do referido item deste processo e a abertura de nova licitação devidamente adequada quanto às especificações mínimas, para que o produto esteja dentro da conformidade necessária e exigida no instrumento convocatório.

OUTRAS CONSIDERAÇÕES

É relevante destacar que, no caso em tela, se por qualquer razão alguém discordasse do texto contido no instrumento convocatório ou se desejasse esclarecimentos, deveria ter contatado a municipalidade antes da data da realização do certame, inclusive com a possibilidade de IMPUGNAR O EDITAL.

O simples fato de discutir, neste momento, as especificações já traçadas no processo não são oportunas e não merecem prosperar.

Percebe-se que tudo o que foi afirmado pela RECORRENTE sobre seu produto ser mais vantajoso e superior, na verdade, não procede. Somente um deles mostrou-se, no máximo, equivalente a marca citada como referência no que diz respeito a aceitabilidade.

Como se pode ver, a desclassificação da licitante está devidamente fundamentada e foi baseada no cumprimento fiel do edital do certame, que é soberano, e da legislação que regulamenta as aquisições públicas.

DOS JULGAMENTOS

a) Em relação ao descumprimento dos princípios da economicidade e eficiência, entendo que NÃO dever ser dado provimento, uma vez que houve flagrante descumprimento do edital do certame e tal fato fere de morte os princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, princípios estes presentes na Lei de Licitações; e

b) Em relação às alegações de que o produto ofertado atende integralmente ao edital e de que é superior ao solicitado, entendo que NÃO deve ser dado provimento, por ter sido comprovado que trata-se de produto desconforme e que traria prejuízos a este órgão.

Diante do exposto, tem-se que as razões apresentadas pela RECORRENTE são infundadas, motivo pelo qual não devem prosperar, principalmente pelo fato de que contrariam as disposições contidas no Edital do Pregão Presencial nº 53/2019 e os interesses desta municipalidade.

Contudo, deve-se levar em conta o resultado obtido nos testes realizados, principalmente quanto à ração para cães filhotes.

Assim, proponho para que seja mantida minha decisão, proferida em 17/10/2019, mantendo-se a desclassificação da empresa AGRO-AMIGO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA, sendo classificados os itens 01 por R$ 7,50/kg e 02 por R$ 3,80/kg em favor da empresa AGROPECUÁRIA TEODORO & RAGGHIANTI LTDA, passando-se em seguida para a homologação do processo.

Proponho ainda que seja revogado o item 03 e que seja realizada nova licitação para o referido item, com a adequação das especificações mínimas exigidas para que o produto cotado pela empresa AGRO-AMIGO possa atender ao edital integralmente, uma vez que houve boa aceitação por parte dos animais residentes no abrigo municipal e considerando também a economicidade gerada na aquisição, haja vista a diferença entre os preços das duas marcas.

Eram essas, Senhor Prefeito, as informações que competiam ser dadas a Vossa Excelência sobre o caso, nos termos do Edital do certame em epígrafe.

Atenciosamente,

CENDY BIAZUZO RAMOS
Pregoeiro