

Direta Emergencial nº 01/2022-AGCON/SLU - Recurso Consórcio Sanches Tripolini - TECASN

Raphaela Leite Jardim <raphaela.jardim@justen.com.br>

seg 26/09/2022 20:39

Para:SLU - Unidade do Agente de Contratação - Lei 14133/2021 <agcon@slu.df.gov.br>;

Cc:Alexandre Wagner Nester <nester@justen.com.br>; Eduardo Nadvorny Nascimento <eduardo.nadvorny@justen.com.br>;

 2 anexos (5 MB)

Proc - SanchesTripolini-Marçal Justen.pdf; ConsorcioSanchesTecsAnRecAdm_final-assinado.pdf;

Ilma. Sra. NEIDE APARECIDA BARROS DA SILVA,
Agente de Contratação da Solicitação de Proposta para Contratação Direta Emergencial nº 01/2022-AGCON/SLU.

Na qualidade de procuradores da **CONSTRUTORA SANCHES TRIPOLONI LTDA.**, empresa líder do **CONSÓRCIO SANCHES TRIPOLINI – TECSAN**, comparecemos respeitosamente com fundamento no art. 5º, inc. XXXIV, alínea “a”, da CF e no art. 165, inc. I, alínea “b”, da Lei 14.133, para interpor o anexo **recurso** contra a sessão pública para negociação de proposta realizada em 21/09/2022.

A sessão pública ora impugnada foi realizada em 21/09/2022, com a respectiva ata lavrada no mesmo dia, a qual foi assinada pela Recorrente em 22/09/2022 – o que atesta a tempestividade do recurso.

Cordialmente,

Raphaela Thêmis Leite Jardim

Advogada | raphaela.jardim@justen.com.br

T. 41 3017 1800 | F. 41 3017 1820

Rua Visconde do Rio Branco, 237 | CEP: 80410-000 | Curitiba | PR | Brasil

www.justen.com.br

O sigilo desta mensagem é protegido por lei. Se você a recebeu por engano, queira apagá-la e informar-nos por e-mail endereçado ao remetente. The confidentiality of this message is protected by law. If you have received it in error, please delete it and inform us by e-mail addressed to its sender.

Marçal Justen Filho
Cesar Pereira
Fernão Justen de Oliveira
Eduardo Talamini
André Guskow Cardoso
Alexandre Wagner Nester
Marçal Justen Neto
Rafael Wallbach Schwind
Felipe Sripes Wladeck
Paulo Osternack Amaral
Guilherme F. Dias Reisdorfer
Karlin Olbertz Niebuhr
William Romero
Rodrigo Goulart de Freitas Pombo
Juliane Erthal de Carvalho
Mônica Bandeira de Mello Lefèvre
Guilherme Augusto Vezaro Eiras
Isabella Moreira de Andrade Vosgerau
Diego Franzoni
Mayara Gasparoto Tonin
Marina Kukiela
Vanelis Mucelin
Fernanda Caroline Maia
Bruno Gressler Wontroba



Victor Hugo Pavoni Vanelli
Luisa Quintão
Doshin Watanabe
Isabella Félix da Fonseca
Lucas de Moura Rodrigues
Isabella Rossito
Raphaella Thêmis Leite Jardim
Marina Kirsten Felix
Stella Farfus Santos
Jefferson Lemes dos Santos
Leticia Alle Antonietto
Eduardo Nadvorny Nascimento
Izabela Moriggi Costa
Rodrigo Costa Protzek
Caroline Martynetz
Mariana Randon Savaris
Júlia Venzi Gonçalves Guimarães
Gabriela Assis Corrêa Demeterco
Edson Francisco Rocha Neto
Matheus Guimarães Pitto
Nicole Mendes Müller
Gabriel Lucas Santos Bonfim
Ana Paula Sovierzoski
Paola Gabriel Ábila

Ilma. Sra. NEIDE APARECIDA BARROS DA SILVA,

Agente de Contratação da Solicitação de Proposta para Contratação Direta Emergencial nº 01/2022-AGCON/SLU.

CONSTRUTORA SANCHES TRIPOLONI LTDA., pessoa jurídica inscrita no CNPJ 53.503.652/0001-05, com sede em São Paulo (SP), na Rua Bandeira Paulista, nº 726, 18º andar, CEP 04.532-912, Itaim Bibi, na qualidade de empresa líder do **CONSÓRCIO SANCHES TRIPOLINI – TECSAN**, por seus advogados (procuração anexa), comparece respeitosamente com fundamento no art. 5º, inc. XXXIV, alínea “a”, da CF e no art. 165, inc. I, alínea “b”, da Lei 14.133, para interpor **recurso contra a sessão pública para negociação de proposta realizada em 21/09/2022**, incluindo todos os atos que culminaram com sua a instauração e o seu resultado.

A sessão pública ora impugnada foi realizada em 21/09/2022, com a respectiva ata lavrada no mesmo dia, a qual foi assinada pela Recorrente em 22/09/2022 – o que atesta a tempestividade do recurso.

A. Cabimento do recurso administrativo

1. O presente recurso é cabível. Ainda que a Solicitação de Proposta para Contratação Direta Emergencial nº 01/2022-AGCON/SLU não preveja expressamente a fase recursal, o Recorrente se vale do direito constitucional de petição (art. 5º, XXXIV, alínea “a”, da CF) e do art. 165, inc. I, da Lei 14.133, que prevê o cabimento de recurso em face da decisão de *“julgamento das propostas”*.

2. Além disso, o Recorrente destaca a existência de recurso anterior que questionou a sua habilitação. Aquele recurso foi conhecido e desprovido (SEI 96022920), o que reforça o cabimento também do presente recurso.

B. Histórico do processo licitatório

3. A Solicitação de Proposta para Contratação Direta Emergencial nº 01/2022-AGCON/SLU, do tipo menor preço global, tem por objeto a “*Contratação emergencial de empresa especializada para operação e manutenção da Etapa 4 do Aterro Sanitário de Brasília*” (item 1.1 do Edital).

4. As propostas poderiam ser apresentadas até o dia 14/09/2022, às 9h. Três interessados ofertaram propostas: o Recorrente, a empresa Proactiva Meio Ambiente Brasil Ltda. e o Consórcio Sustentare-Valor.

5. O Recorrente ofertou a menor proposta. A ordem de classificação foi a seguinte:

Consórcio Sanches Tripolini - Tecsan – R\$30.639.855,49
Proactiva Meio Ambiente Brasil Ltda. – R\$31.315.677,40
Consórcio Sustentare-Valor – R\$33.270.981,06

6. Mesmo ante a inexistência de situação de empate entre as propostas, em 20.09.2022, a Agente de Contratação e sua Equipe de Apoio convocaram todos os três interessados para *Sessão Pública Para Negociação de Proposta*, que seria realizada no dia seguinte (21.09.2022).

7. O Recorrente compareceu à sessão de negociação, mas ressaltou a sua objeção quanto à realização de sessão de negociação não prevista no Edital. Apesar disso, a sessão ocorreu. O Consórcio Sustentare-Valor apresentou, ao final, o menor lance. A nova classificação foi a seguinte:

Consórcio Sustentare-Valor – R\$27.997.200,00
Proactiva Meio Ambiente Brasil Ltda. – R\$28.500.000,00
Consórcio Sanches Tripolini - Tecsan – R\$28.969.360,15

8. Respeitosamente, a sessão de negociação nem sequer poderia ter ocorrido. É o que o Recorrente passa a demonstrar.

C. Invalidade do procedimento adotado na sessão pública para negociação de proposta

9. O Recorrente cumpriu todas as exigências do Edital – o que se confirma pelo desprovimento do recurso do Consórcio Sustentare-Valor. Seguiu o rito do Edital e apresentou a proposta mais vantajosa.

10. Não havia razões para a convocação de todos os interessados para participar de *Sessão Pública Para Negociação de Proposta*. Não há previsão editalícia ou legal que autorize a inclusão de todos os classificados nessa etapa.

C.1. Ausência de autorização editalícia para fase de lances complementar

11. O item 2.4, inc. I, do Edital somente previu fase complementar de lances em caso de empate entre duas ou mais propostas:

2.4. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os proponentes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos proponentes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo proponente de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

IV - desenvolvimento pelo proponente de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

12. Não foi o que ocorreu no caso concreto. O Recorrente apresentou proposta no valor global de R\$30.639.855,49 – i.e., um montante R\$675.821,91 inferior ao segundo colocado. Assim, a instauração de fase de lances é ilegal.

13. A realização de fase de lances não prevista no Edital viola o art. 5º, da Lei 14.133, que impõe o **princípio da vinculação ao instrumento convocatório**, nos seguintes termos: “*Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios (...) da vinculação ao edital*”.

14. Esse princípio se traduz na regra de vedação à adoção de procedimentos diversos daqueles expressamente fixados no edital e na absoluta impossibilidade de modificação das regras do edital de modo inovador durante o processo de contratação.

15. A jurisprudência do STF é consolidada no sentido de que “*A Administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do edital [art. 37, XXI, da CF/1988 e arts. 3.º, 41 e 43, V, da Lei 8.666/1993], sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto*”¹.

¹ STF, AgRg no RMS 24.555/DF, 1.ª T., rel. Min. Eros Grau, j. 21.02.2006.

16. Ademais, depois de realizadas as escolhas atinentes à disciplina da contratação e do futuro contrato, prevista no edital, exaure-se a discricionariedade da Administração para estabelecer os procedimentos a serem adotados.

17. A jurisprudência do STJ corrobora esse entendimento. Reconhece que “o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se ‘estritamente’ a ele”².

18. No mesmo sentido é o posicionamento do TCU:

Somente em situações atípicas o edital pode ser modificado depois de publicado, observado o procedimento adequado para tanto. É o princípio da inalterabilidade do instrumento convocatório. 7. Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola vários princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: da legalidade, da moralidade e da isonomia, além dos já citados anteriormente.³

19. Com respeito, esse entendimento não foi observado no caso concreto. O procedimento adotado na sessão pública de negociação, com a participação dos três interessados em verdadeira disputa de lances, violou diretamente o princípio da vinculação ao Edital.

C.2. Violação à regra do art. 61 da Lei 14.133

20. O procedimento adotado no Sessão Pública Para Negociação de Proposta violou também a regra do art. 61 da Lei 14.133, que prevê o seguinte:

Art. 61. Definido o resultado do julgamento, a Administração poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.

§ 1º A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado em razão de sua proposta permanecer acima do preço máximo definido pela Administração.

§ 2º A negociação será conduzida por agente de contratação ou comissão de contratação, na forma de regulamento, e, depois de concluída, terá seu resultado divulgado a todos os licitantes e anexado aos autos do processo licitatório.

21. O dispositivo é claro: estabelece a possibilidade de se promover uma etapa de negociação apenas com o primeiro colocado (art. 61, *caput*).

22. Disso decorre uma conclusão inequívoca: a regra impunha a convocação apenas do Recorrente para negociar eventual redução de sua proposta.

² STJ, REsp 421.946/DF, 1.ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. 07.02.2006.

³ TCU, Acórdão 2.367/2010, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo.

Afinal, o Recorrente foi classificado em primeiro lugar na fase única, de disputa fechada, prevista no Edital (item 3.1).

23. A negociação sucessiva – i.e., a negociação com os demais classificados, conforme a ordem de classificação das propostas – constitui uma exceção legal (art. 61, § 1º). Depende da desclassificação do primeiro colocado (o Recorrente) – o que somente ocorreria no presente caso se a sua proposta, após a negociação, ficasse acima do preço máximo definido pela Administração.

24. Isso é que explica MARÇAL JUSTEN FILHO:

A negociação se desenvolve na ordem da classificação e deve observar regras objetivas. (...)

Desclassificada a proposta excessiva classificada em primeiro lugar, passar-se-á à negociação com o licitante que ofertou a proposta classificada em segundo lugar. E assim terá seguimento a negociação até a obtenção de uma proposta aceitável ou a desclassificação de todas as propostas.⁴

25. ALEXANDRE SCHUBERT CURVELO e RODRIGO FÜHR DE OLIVEIRA posicionam-se no mesmo sentido:

(...) ainda na fase do julgamento das propostas, a nova lei previu uma etapa de negociação, a ser conduzida pelo agente de contratação ou pela comissão de contratação na forma de regulamento. De acordo com o art. 61, uma vez "definido o resultado do julgamento", o primeiro colocado poderá ser instado a oferecer condições mais vantajosas que as já oferecidas, em diálogo reservado que será divulgado aos demais licitantes apenas depois de concluído.⁵

26. Tal hipótese excepcional de negociação sucessiva (art. 61, § 1º) não está presente no caso concreto.

27. Afinal, a proposta apresentada pelo Recorrente nos termos do item 3.1 do Edital (R\$30.639.855,49) já era muito inferior ao preço máximo fixado pelo item 10.3 do Projeto Básico (R\$33.310.725,10).

28. Logo, nem em tese caberia cogitar da convocação dos demais interessados (segundo e terceiro colocados) para a etapa de negociação. Por expressa previsão legal (art. 61, *caput*), caberia apenas a convocação do Recorrente para eventualmente reduzir a sua proposta.

⁴ Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. São Paulo: RT, 2021, p. 766-768.

⁵ A Lei 14.133/2021 e as Inovações na Fase Definitiva – Notas sobre Julgamento, Habilitação e Encerramento do Certame Licitatório. In: ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de (coord.). A Nova Lei de Licitações. São Paulo: Grupo Almedina, 2021, p. 225.

C.3. Ausência de vantajosidade e de prejuízo à urgência

29. Também é descabido afirmar que a solução teria sido adotada para prestigiar a economicidade. O Recorrente apresentou a menor proposta, que se traduz no valor mais reduzido possível.

30. Esse é o entendimento da doutrina:

Se houve uma competição e uma proposta se sagrou vencedora, presume-se que o seu valor é o mais reduzido possível. O licitante sagrou-se vencedor precisamente por ter ofertado as maiores vantagens possíveis em favor da Administração.⁶

31. Além disso, se a finalidade era a redução do valor ofertado pelo Recorrente, caberia aplicar o art. 61, *caput*, da Lei 14.133, que autoriza a negociação de condições mais vantajosas somente com o primeiro colocado:

Art. 61. Definido o resultado do julgamento, a Administração poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.

32. Nesse caso, o Recorrente apresentaria proposta em patamar equivalente à proposta final do Consórcio Sustentare-Valor, privilegiando assim a contratação pelo menor preço. Tanto, que manifesta seu interesse em cobrir a proposta final ofertada.

33. Tampouco haveria prejuízo à urgência. Ao contrário: a adoção de fase complementar (e ilegal) de negociação com os três interessados apenas prolongou a duração do processo de contratação direta, especialmente quando se sabe que os documentos de habilitação do Recorrente já foram cancelados quando da análise de recurso administrativo anterior (SEI 96022920).

34. Logo, basta que seja retomada a etapa imediatamente anterior à sessão pública de negociação, a fim de promover a contratação do Recorrente, garantindo-se assim a vantajosidade e a urgência da contratação que se pretende.

D. Pedido

35. Diante do exposto, o Recorrente requer a anulação da decisão que determinou a realização de fase de lances, do ato de convocação da sessão pública para negociação de proposta, da própria sessão pública de negociação da proposta realizada em 21/09/2022, de seu resultado e de todos os atos subsequentes, com a retomada do processo ao momento imediatamente anterior, para convocação da

⁶ Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. São Paulo: RT, 2021, p. 764.

primeira colocada, exclusivamente, para negociação nos termos do art. 61 da Lei 14.133.

36. Desde logo, o Recorrente manifesta sua disponibilidade para cobrir a proposta de R\$27.997.200,00 oferecida pelo Consórcio Sustentare-Valor.

37. Por fim, resguarda o direito de eventualmente complementar o presente recurso após ter acesso aos pareceres jurídicos da Procuradoria Geral do Distrito Federal mencionados na ata da sessão pública do dia 21/09/2022, que foram tempestivamente solicitadas pela Recorrente por e-mail enviado no dia 22/09/2022.

Curitiba, 26 de setembro de 2022.

RAPHAELA
THEMIS LEITE
JARDIM

Assinado de forma digital por
RAPHAELA THEMIS LEITE
JARDIM
Dados: 2022.09.26 20:32:19
-03'00'

Alexandre Wagner Nester – OAB/PR 24.510

Raphaella Thêmis Leite Jardim – OAB/PR 96.356

Eduardo Nadvorny Nascimento – OAB/PR 103.225

Marçal Justen Filho
Cesar Pereira
Fernão Justen de Oliveira
Eduardo Talamini
André Guskow Cardoso
Alexandre Wagner Nester
Marçal Justen Neto
Rafael Wallbach Schwind
Felipe Sripes Wladeck
Paulo Osternack Amaral
Guilherme F. Dias Reisdorfer
Karlin Olbertz Niebuhr
William Romero
Rodrigo Goulart de Freitas Pombo
Juliane Erthal de Carvalho
Mônica Bandeira de Mello Lefèvre
Guilherme Augusto Vezaro Eiras
Isabella Moreira de Andrade Vosgerau
Diego Franzoni
Mayara Gasparoto Tonin
Marina Kukiela
Vanelis Mucelin
Fernanda Caroline Maia
Bruno Gressler Wontroba



Victor Hugo Pavoni Vanelli
Luisa Quintão
Doshin Watanabe
Isabella Félix da Fonseca
Lucas de Moura Rodrigues
Isabella Rossito
Raphaella Thêmis Leite Jardim
Marina Kirsten Felix
Stella Farfus Santos
Jefferson Lemes dos Santos
Leticia Alle Antonietto
Eduardo Nadvorny Nascimento
Izabela Moriggi Costa
Rodrigo Costa Protzek
Caroline Martynetz
Mariana Randon Savaris
Júlia Venzi Gonçalves Guimarães
Gabriela Assis Corrêa Demeterco
Edson Francisco Rocha Neto
Matheus Guimarães Pitto
Nicole Mendes Müller
Gabriel Lucas Santos Bonfim
Ana Paula Sovierzoski
Paola Gabriel Ábila

Ilma. Sra. NEIDE APARECIDA BARROS DA SILVA,

Agente de Contratação da Solicitação de Proposta para Contratação Direta Emergencial nº 01/2022-AGCON/SLU.

CONSTRUTORA SANCHES TRIPOLONI LTDA., pessoa jurídica inscrita no CNPJ 53.503.652/0001-05, com sede em São Paulo (SP), na Rua Bandeira Paulista, nº 726, 18º andar, CEP 04.532-912, Itaim Bibi, na qualidade de empresa líder do **CONSÓRCIO SANCHES TRIPOLINI – TECSAN**, por seus advogados (procuração anexa), comparece respeitosamente com fundamento no art. 5º, inc. XXXIV, alínea “a”, da CF e no art. 165, inc. I, alínea “b”, da Lei 14.133, para interpor **recurso contra a sessão pública para negociação de proposta realizada em 21/09/2022**, incluindo todos os atos que culminaram com sua a instauração e o seu resultado.

A sessão pública ora impugnada foi realizada em 21/09/2022, com a respectiva ata lavrada no mesmo dia, a qual foi assinada pela Recorrente em 22/09/2022 – o que atesta a tempestividade do recurso.

A. Cabimento do recurso administrativo

1. O presente recurso é cabível. Ainda que a Solicitação de Proposta para Contratação Direta Emergencial nº 01/2022-AGCON/SLU não preveja expressamente a fase recursal, o Recorrente se vale do direito constitucional de petição (art. 5º, XXXIV, alínea “a”, da CF) e do art. 165, inc. I, da Lei 14.133, que prevê o cabimento de recurso em face da decisão de “*juízo das propostas*”.

2. Além disso, o Recorrente destaca a existência de recurso anterior que questionou a sua habilitação. Aquele recurso foi conhecido e desprovido (SEI 96022920), o que reforça o cabimento também do presente recurso.

B. Histórico do processo licitatório

3. A Solicitação de Proposta para Contratação Direta Emergencial nº 01/2022-AGCON/SLU, do tipo menor preço global, tem por objeto a “*Contratação emergencial de empresa especializada para operação e manutenção da Etapa 4 do Aterro Sanitário de Brasília*” (item 1.1 do Edital).

4. As propostas poderiam ser apresentadas até o dia 14/09/2022, às 9h. Três interessados ofertaram propostas: o Recorrente, a empresa Proactiva Meio Ambiente Brasil Ltda. e o Consórcio Sustentare-Valor.

5. O Recorrente ofertou a menor proposta. A ordem de classificação foi a seguinte:

Consórcio Sanches Tripolini - Tecsan – R\$30.639.855,49
Proactiva Meio Ambiente Brasil Ltda. – R\$31.315.677,40
Consórcio Sustentare-Valor – R\$33.270.981,06

6. Mesmo ante a inexistência de situação de empate entre as propostas, em 20.09.2022, a Agente de Contratação e sua Equipe de Apoio convocaram todos os três interessados para *Sessão Pública Para Negociação de Proposta*, que seria realizada no dia seguinte (21.09.2022).

7. O Recorrente compareceu à sessão de negociação, mas ressaltou a sua objeção quanto à realização de sessão de negociação não prevista no Edital. Apesar disso, a sessão ocorreu. O Consórcio Sustentare-Valor apresentou, ao final, o menor lance. A nova classificação foi a seguinte:

Consórcio Sustentare-Valor – R\$27.997.200,00
Proactiva Meio Ambiente Brasil Ltda. – R\$28.500.000,00
Consórcio Sanches Tripolini - Tecsan – R\$28.969.360,15

8. Respeitosamente, a sessão de negociação nem sequer poderia ter ocorrido. É o que o Recorrente passa a demonstrar.

C. Invalidez do procedimento adotado na sessão pública para negociação de proposta

9. O Recorrente cumpriu todas as exigências do Edital – o que se confirma pelo desprovimento do recurso do Consórcio Sustentare-Valor. Seguiu o rito do Edital e apresentou a proposta mais vantajosa.

10. Não havia razões para a convocação de todos os interessados para participar de *Sessão Pública Para Negociação de Proposta*. Não há previsão editalícia ou legal que autorize a inclusão de todos os classificados nessa etapa.

C.1. Ausência de autorização editalícia para fase de lances complementar

11. O item 2.4, inc. I, do Edital somente previu fase complementar de lances em caso de empate entre duas ou mais propostas:

2.4. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os proponentes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos proponentes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo proponente de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

IV - desenvolvimento pelo proponente de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

12. Não foi o que ocorreu no caso concreto. O Recorrente apresentou proposta no valor global de R\$30.639.855,49 – i.e., um montante R\$675.821,91 inferior ao segundo colocado. Assim, a instauração de fase de lances é ilegal.

13. A realização de fase de lances não prevista no Edital viola o art. 5º, da Lei 14.133, que impõe o **princípio da vinculação ao instrumento convocatório**, nos seguintes termos: “*Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios (...) da vinculação ao edital*”.

14. Esse princípio se traduz na regra de vedação à adoção de procedimentos diversos daqueles expressamente fixados no edital e na absoluta impossibilidade de modificação das regras do edital de modo inovador durante o processo de contratação.

15. A jurisprudência do STF é consolidada no sentido de que “*A Administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do edital [art. 37, XXI, da CF/1988 e arts. 3.º, 41 e 43, V, da Lei 8.666/1993], sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto*”¹.

¹ STF, AgRg no RMS 24.555/DF, 1.ª T., rel. Min. Eros Grau, j. 21.02.2006.

16. Ademais, depois de realizadas as escolhas atinentes à disciplina da contratação e do futuro contrato, prevista no edital, exaure-se a discricionariedade da Administração para estabelecer os procedimentos a serem adotados.

17. A jurisprudência do STJ corrobora esse entendimento. Reconhece que “o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se ‘estritamente’ a ele”².

18. No mesmo sentido é o posicionamento do TCU:

Somente em situações atípicas o edital pode ser modificado depois de publicado, observado o procedimento adequado para tanto. É o princípio da inalterabilidade do instrumento convocatório. 7. Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola vários princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: da legalidade, da moralidade e da isonomia, além dos já citados anteriormente.³

19. Com respeito, esse entendimento não foi observado no caso concreto. O procedimento adotado na sessão pública de negociação, com a participação dos três interessados em verdadeira disputa de lances, violou diretamente o princípio da vinculação ao Edital.

C.2. Violação à regra do art. 61 da Lei 14.133

20. O procedimento adotado no Sessão Pública Para Negociação de Proposta violou também a regra do art. 61 da Lei 14.133, que prevê o seguinte:

Art. 61. Definido o resultado do julgamento, a Administração poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.

§ 1º A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado em razão de sua proposta permanecer acima do preço máximo definido pela Administração.

§ 2º A negociação será conduzida por agente de contratação ou comissão de contratação, na forma de regulamento, e, depois de concluída, terá seu resultado divulgado a todos os licitantes e anexado aos autos do processo licitatório.

21. O dispositivo é claro: estabelece a possibilidade de se promover uma etapa de negociação apenas com o primeiro colocado (art. 61, *caput*).

22. Disso decorre uma conclusão inequívoca: a regra impunha a convocação apenas do Recorrente para negociar eventual redução de sua proposta.

² STJ, REsp 421.946/DF, 1.ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. 07.02.2006.

³ TCU, Acórdão 2.367/2010, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo.

Afinal, o Recorrente foi classificado em primeiro lugar na fase única, de disputa fechada, prevista no Edital (item 3.1).

23. A negociação sucessiva – i.e., a negociação com os demais classificados, conforme a ordem de classificação das propostas – constitui uma exceção legal (art. 61, § 1º). Depende da desclassificação do primeiro colocado (o Recorrente) – o que somente ocorreria no presente caso se a sua proposta, após a negociação, ficasse acima do preço máximo definido pela Administração.

24. Isso é que explica MARÇAL JUSTEN FILHO:

A negociação se desenvolve na ordem da classificação e deve observar regras objetivas. (...)

Desclassificada a proposta excessiva classificada em primeiro lugar, passar-se-á à negociação com o licitante que ofertou a proposta classificada em segundo lugar. E assim terá seguimento a negociação até a obtenção de uma proposta aceitável ou a desclassificação de todas as propostas.⁴

25. ALEXANDRE SCHUBERT CURVELO e RODRIGO FÜHR DE OLIVEIRA posicionam-se no mesmo sentido:

(...) ainda na fase do julgamento das propostas, a nova lei previu uma etapa de negociação, a ser conduzida pelo agente de contratação ou pela comissão de contratação na forma de regulamento. De acordo com o art. 61, uma vez "definido o resultado do julgamento", o primeiro colocado poderá ser instado a oferecer condições mais vantajosas que as já oferecidas, em diálogo reservado que será divulgado aos demais licitantes apenas depois de concluído.⁵

26. Tal hipótese excepcional de negociação sucessiva (art. 61, § 1º) não está presente no caso concreto.

27. Afinal, a proposta apresentada pelo Recorrente nos termos do item 3.1 do Edital (R\$30.639.855,49) já era muito inferior ao preço máximo fixado pelo item 10.3 do Projeto Básico (R\$33.310.725,10).

28. Logo, nem em tese caberia cogitar da convocação dos demais interessados (segundo e terceiro colocados) para a etapa de negociação. Por expressa previsão legal (art. 61, *caput*), caberia apenas a convocação do Recorrente para eventualmente reduzir a sua proposta.

⁴ Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. São Paulo: RT, 2021, p. 766-768.

⁵ A Lei 14.133/2021 e as Inovações na Fase Definitiva – Notas sobre Julgamento, Habilitação e Encerramento do Certame Licitatório. In: ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de (coord.). A Nova Lei de Licitações. São Paulo: Grupo Almedina, 2021, p. 225.

C.3. Ausência de vantajosidade e de prejuízo à urgência

29. Também é descabido afirmar que a solução teria sido adotada para prestigiar a economicidade. O Recorrente apresentou a menor proposta, que se traduz no valor mais reduzido possível.

30. Esse é o entendimento da doutrina:

Se houve uma competição e uma proposta se sagrou vencedora, presume-se que o seu valor é o mais reduzido possível. O licitante sagrou-se vencedor precisamente por ter ofertado as maiores vantagens possíveis em favor da Administração.⁶

31. Além disso, se a finalidade era a redução do valor ofertado pelo Recorrente, caberia aplicar o art. 61, *caput*, da Lei 14.133, que autoriza a negociação de condições mais vantajosas somente com o primeiro colocado:

Art. 61. Definido o resultado do julgamento, a Administração poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.

32. Nesse caso, o Recorrente apresentaria proposta em patamar equivalente à proposta final do Consórcio Sustentare-Valor, privilegiando assim a contratação pelo menor preço. Tanto, que manifesta seu interesse em cobrir a proposta final ofertada.

33. Tampouco haveria prejuízo à urgência. Ao contrário: a adoção de fase complementar (e ilegal) de negociação com os três interessados apenas prolongou a duração do processo de contratação direta, especialmente quando se sabe que os documentos de habilitação do Recorrente já foram cancelados quando da análise de recurso administrativo anterior (SEI 96022920).

34. Logo, basta que seja retomada a etapa imediatamente anterior à sessão pública de negociação, a fim de promover a contratação do Recorrente, garantindo-se assim a vantajosidade e a urgência da contratação que se pretende.

D. Pedido

35. Diante do exposto, o Recorrente requer a anulação da decisão que determinou a realização de fase de lances, do ato de convocação da sessão pública para negociação de proposta, da própria sessão pública de negociação da proposta realizada em 21/09/2022, de seu resultado e de todos os atos subsequentes, com a retomada do processo ao momento imediatamente anterior, para convocação da

⁶ Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. São Paulo: RT, 2021, p. 764.

primeira colocada, exclusivamente, para negociação nos termos do art. 61 da Lei 14.133.

36. Desde logo, o Recorrente manifesta sua disponibilidade para cobrir a proposta de R\$27.997.200,00 oferecida pelo Consórcio Sustentare-Valor.

37. Por fim, resguarda o direito de eventualmente complementar o presente recurso após ter acesso aos pareceres jurídicos da Procuradoria Geral do Distrito Federal mencionados na ata da sessão pública do dia 21/09/2022, que foram tempestivamente solicitadas pela Recorrente por e-mail enviado no dia 22/09/2022.

Curitiba, 26 de setembro de 2022.

RAPHAELA
THEMIS LEITE
JARDIM

Assinado de forma digital por
RAPHAELA THEMIS LEITE
JARDIM
Dados: 2022.09.26 20:32:19
-03'00'

Alexandre Wagner Nester – OAB/PR 24.510

Raphaela Thêmis Leite Jardim – OAB/PR 96.356

Eduardo Nadvorny Nascimento – OAB/PR 103.225