

EDITAL N.º 015/2017
CONCORRÊNCIA PÚBLICA N.º 008/2017

OBJETO: Serviços de manutenção dos pavimentos da Rodovia ERS-128, Trecho: Entr. BRS 386 (p/ Tabai) – Entr. RSC 453 (Teutônia) no segmento do km 13,89 ao km 30,27.

**ATA DE REUNIÃO DA CPL PARA ANÁLISE E JULGAMENTO
DE RECURSO ADMINISTRATIVO E CONTRARRAZÕES**

Ao décimo nono dia do mês de dezembro de dois mil e dezessete, às 10h, reuniram-se a Comissão Permanente de Licitações - CPL, designada pela Portaria n.º 001/2016 e 014/2016, o Departamento de Engenharia e Assessoria Jurídica da EGR, para análise do recurso administrativo e contrarrazões interpostos pelos licitantes participantes do certame, conforme lhes faculta respectivamente o Art. 109, Inciso I, Alínea “a”; e §3º do mesmo artigo, da Lei 8.666/93, quais sejam:

DO RECURSO ADMINISTRATIVO

A empresa **ENCOPAV ENGENHARIA LTDA.**, interpôs recurso administrativo referente a desclassificação de sua proposta financeira, que apresentou composições de custos unitários divergentes e/ou ausentes frente a Planilha Orçamentária de Manutenção de Pavimentos, não atendendo ao item 10.3 do Edital 015/2017. Assim, diante do exposto, a empresa **ENCOPAV ENGENHARIA LTDA.**, interpõe Recurso Administrativo, tempestivamente, solicitando a reformulação do julgamento de desclassificação, em suma:

- a) Que a decisão de desclassificação foi motivada por apego a detalhe formal, considerando a grande vantajosidade financeira da proposta para a Administração;
- b) Mesmo com o equívoco da apresentação da Composição de Custos Unitários com erro de impressão em alguns itens, foi protocolado pedido para juntada da planilha correta.
- c) Considera que o preço não altera em nada tal Planilha de Custos solicitada ser pelo vencedor apresentada até 2 dias depois do conhecimento oficial do preço.

- d) A correção do erro banal não afeta em nada a isonomia licitatória, visto que os dados de tais planilhas não alteram em nada nosso preço ofertado, apenas – nada mais – o explicitam para efeitos de aferição de custos unitários.
- e) Ainda, a ausência de diligência esclarecedora antes do ato que desclassificou a proposta financeira.

*** Recurso Administrativo em anexo a ata.*

DAS CONTRARRAZÕES

A empresa **CONPASUL CONSTRUÇÃO E SERVIÇOS LTDA.**, interpôs tempestivamente contrarrazões ao recurso administrativo apresentado pela empresa Envopav Engenharia Ltda., sustentando:

- a) A desclassificação da proposta, pelo contexto das circunstâncias, não ocorre pelo detalhe formal ou rigorismo dos atos;
- b) O fato da EGR não poder incluir posteriormente documento ou informação que deveria constar originalmente da Proposta, por força do item 11.4 do Edital 015/2017;
- c) A exigência de apresentação de Composição de Custos Unitários longe de se tratar mero expediente formalista ou simplesmente explicativo é, de fato, da essência da proposta.
- d) Aceitar ou analisar Composições de forma extemporânea à determinação editalícia seria grave afronta ao princípio da Isonomia, pois estar-se-ia estabelecendo vantagem competitiva (possibilidade de extensão ou reabertura do prazo – dupla oportunidade) em favor da licitante de forma não prevista ou autorizada no Edital (...);
- e) Por ser circunstância objetiva, não está envolvida na análise de conveniência e oportunidade, podendo, pois, ser objeto de verificação até mesmo pelo Poder Judiciário, mas, especialmente, pelos órgãos de controle, a quem também cabe a verificação da discricionariedade.

*** Contrarrazões em anexo a ata.*

DA ANÁLISE

No que tange a desclassificação da proposta financeira da empresa Encopav Engenharia Ltda., pelos motivos já expostos, a decisão da CPL (Comissão Permanente de Licitações), recaí sob o agravante da ausência de itens na planilha de custos, que deveriam originalmente constar da proposta. Isso posto, é claro o item 11.4 do Edital:

É facultada à Comissão Permanente de Licitação ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

No momento em que o dispositivo veda a inserção de nova informação, não pode a CPL aceitar tal pleito feito pela empresa Encopav Engenharia Ltda., respeita aqui ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, procedimentos adotados para a licitação que devem seguir parâmetros estabelecidos na Lei. Não se entende aqui o mero erro formal, que poderia ser revisto por uma diligência.

Explicita ainda a Constituição a necessidade de que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, inciso XXI). Segundo Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, o instrumento convocatório:

"é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". (Curso de Direito Administrativo, 2007, p. 416)".

Nesse sentido, que o procedimento é comum a todas as licitações da Empresa Gaúcha de Rodovias – EGR, baseia-se não só na proposta apresentada na sessão, é imprescindível para que seja acatada, o atendimento ao item 10.3, combinado ao subitem 10.3.1, que versam quanto a apresentação das Planilhas de Custos Unitários e Demonstrativos de Composição de Custos, isto é, orçamento discriminado, seguindo a mesma estrutura do orçamento de referência da Administração, sem acréscimo ou supressão de itens ou modificação de quantitativos, apresentando preços unitários e total dos materiais e serviços onde

deve constar todas as informações necessárias para uma análise, de modo quando na falta ou incoerência é declarada como desclassificada a proposta.

O STJ já se manifestou diversas vezes a respeito do tema (por exemplo: RESP 595079, ROMS 17658). No RESP 1178657, o tribunal decidiu:

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa", este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a requerida, não supre a exigência do edital. Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes.

Não se trata de um tratamento sem isonomia, destinado unicamente à esta avaliação. É uma prática dotada para qualquer caso, onde não se verifica o excesso de formalismo ou formalismo exarcebado. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração e o licitante a observarem as regras e condições previamente estabelecidas no edital

O TRF1 também já decidiu que a Administração deve ser fiel ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (AC 199934000002288): *"Pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada" (Lei nº 8.666/93, art. 3º, 41 e 43, I). O edital é a lei da licitação. A despeito do procedimento ter suas regras traçadas pela própria Administração, não pode esta se furtar ao seu cumprimento, estando legalmente vinculada à plena observância do regramento".*

O mesmo TRF1, noutra decisão (AC 200232000009391), registrou:

*Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º [Lei nº 8.666/93], pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. (...) **O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido**, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica a pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada.*

Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las (...)"(Justen Filho, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 8ª ed., São Paulo, Dialética, comentários ao art. 41, pgs. 417/420). A conduta da Administração na condução do pleito foi de estrita observância e vinculação ao edital, sendo o direito prejudicado pertencente a terceiro que não observou as prescrições editalícias, sendo descabida a pretensão de beneficiar-se de sua desídia.

Diante de todo o exposto e à luz dos princípios basilares da licitação pública, aos princípios administrativos que norteiam suas decisões, o da legalidade, o da vinculação ao edital e o da impessoalidade, dentre outros, a CPL decide por não admitir o recurso interposto pela empresa **ENCOPAV ENGENHARIA LTDA.**, mantendo a desclassificação de sua proposta ao certame, pelo não atendimento ao item 10.3 e subitem 10.3.1, do Edital 015/2017; e, acolhe as contrarrazões apresentadas pela empresa **CONPASUL CONSTRUÇÃO E SERVIÇOS LTDA.**

Nada mais havendo digno de registro, a CPL, através da presente ata, instrui o presente Processo Administrativo com suas informações/razões de fato e de direito, encaminhando o presente recurso, se acolhido, à Autoridade Superior, na figura do Sr. Presidente, para seu efetivo julgamento, nos exatos termos do disposto no §4º do Art. 109 da Lei n.º 8.666/93.

COMISSÃO:



Bárbara Cardozo
Membro



Jean Carlo Brancher
Presidente



Flávio Moreira
Membro

De acordo:



Nelson Lidio Nunes
Diretor Presidente / EGR

**SENHORES MEMBROS DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DA EMPRESA
GAÚCHA DE RODOVIAS - EGR**

Recebido em 16/11/2017 às 14:35.

Jean Carlo Brancher
Administrador CRA/RS 45.217
EGR-Empresa Gaúcha de Rodovias S/A.

REF: EDITAL 015/2017 - CONCORRÊNCIA 008/2017

ENCOPAV ENGENHARIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida à Estrada do Júlio de Castilhos, 5650, Bairro Arroio da Manteiga, São Leopoldo, RS, São Leopoldo, RS, inscrita sob o CNPJ de nº. 00.061.493/0001-70, legítima vencedora do certame em referência, inconformada com o julgamento desclassificatório de sua proposta de preços, proferido por esse MD Colegiado Julgador, vêm, respeitosamente e com espede no art. 5º, XXXIV, da Carta Magna e no art. 109 da Lei 8.666/93, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

pelo que passa a expor e requerer o que segue:

1 - DA INJUSTA DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA DESTA LICITANTE

Nos termos registrados no Julgamento proferido por esse d. Colegiado Julgador a proposta desta Recorrente foi declarada desclassificada, sob a seguinte motivação:

".... apresentou composições de custos unitários divergentes e/ou ausentes frente a Planilha Orçamentária de Manutenção de Pavimentos. "

Está, portanto, exclusivamente, a motivação de nosso afastamento do competitivo, que restringe-se a divergências ou ausência de composição na Planilha Orçamentária.

Com tal decisão não podemos nos conformar, eis que **a motivação do ato revela apego a detalhe formal** o qual em nosso entender não pode ser determinante de desclassificação da nossa proposta neste certame, haja vista nosso preço revelar grande vantajosidade financeira, com significativa diferença sobre o segundo certamista colocado.

É o que sustentaremos, doravante, nesta via administrativa.

O dispositivo editalício incidente pertinente "Composição de Custos Unitários" assim prescreve:

" 10.3. A **licitante vencedora** deverá apresentar proposta financeira final com os valores da composição de Custos Unitários, ou seja o valor total do objeto e deverá ser distribuído de acordo com o valor final ofertado, **no prazo de 2 (dois) dias consecutivos**, a contar do encerramento da sessão pública. "

Como devido atendemos no prazo tal **requisito esse que é meramente explicitador da nossa proposta de preços vencedora**. Assim, tratava-se de **mera apresentação da composição dos custos unitários dos preços constantes / defluentes de nossa proposta**.

Ocorre que, **não se pode negar**, constatamos após a entrega da Composição de Custos Unitários à EGR, que **por um lamentável equívoco de nosso setor de informática, ocorreu erro de impressão das Planilhas de Composição de Custos Unitários em alguns itens**.

Tal erro foi identificado por esta licitante e prontamente corrigido.

Na data de 09 do corrente mês protocolamos junto a EGR ofício explicando o ocorrido e juntando a Planilha correta. Portanto antes da oficialização (publicação de 10/11) do julgamento no Diário Oficial já havíamos informado e corrigido a falha nos custos apresentados, cuja justificação da razão de nosso equívoco antes já deduzimos

Sobreveio o julgamento desse MD Colegiado Julgador, onde somos afastados da adjudicação contratual, *nos termos antes transcritos* e constantes na ATA de Julgamento produzida pelo Colegiado Julgador da EGR.

2. DO MÉRITO:

Tais erros são absolutamente irrelevantes e **podem-devem ser esclarecidos a posteriori**, antes de homologação final do certame, haja vista em nada afetarem nosso preço global ofertado, o qual manteve-se hígido e eficaz, e com grande economia à EGR, nos termos revelados na sessão pública de 27/10/2017.

Considere-se no caso que, com a emenda feita (apresentação das planilhas de composição de custos unitários corretas) não se está emendando a proposta, o que se sabe é vedado pela LEI e mesmo nesse Edital.

Se está sim explicitando um documento exigível pós-proposta, qual seja a simples demonstração da composição dos preços unitários ofertados lá na sessão antecedente – a da abertura proposta de preços na *sessão pública mediante envelope lacrado*.

O preço não altera em nada tal Planilha de Custos solicitada ser pelo vencedor apresentada até 2 dias depois do conhecimento oficial do preço. **Nosso preço proposto (R\$ 5.254.342,44) mantém-se o mesmo, inalterado , antes e depois de tal Planilha !!!** Parece fácil tal compreensão.

A correção do erro banal havido, refeito com precisão pelas Planilhas de Composição de Custos Unitários entregues em 09/11 à esse Colegiado e que se encontra nos autos deste certame, evidente, NÃO AFETA EM NADA A ISONOMIA LICITATÓRIA, pela simples razão que os dados de tais Planilhas não alteram em nada nosso preço ofertado, apenas – nada mais - o explicitam para efeitos de aferição de custos unitários.

Gize-se que nenhum outro princípio licitatório estará sendo ofendido pelo corretivo (adjetivo) ao núcleo da proposta, MUITO MENOS o princípio do FORMALISMO, o qual restou amplamente resguardado na fase de PROPOSTA em sessão pública – cujo preço será o da contratação !

Assim, o presente pleito de reexame do ato desclassificatório, visa a, respeitosamente, demonstrar a Vossas Senhorias que o fato de ter havido erro nas primeiras Planilhas de Composição de Custo Unitário apresentadas (ora já corrigidas) , não é razão determinante de desclassificação de

nossa proposta, a qual expressa inequívoca manifestação de vontade desta Recorrente.

Portanto, a lealdade e boa-fé está plasmada em nossa proposta e seu corretivo posterior em exigência (tais Planilhas) meramente complementar.

Nesta forma, entendemos que a motivação que nos desclassificou é escusável e mesmo adjetiva no contexto, razão porque reitera esta licitante a proposta que ofertou.

Evidente a injustiça Latente, deste **rigorismo ou o excesso de formalismo que permeia a decisão que nos afasta no certame**, a qual ora discutimos nesta via recursal administrativa e, se necessário for, iremos judicializar.

Neste contexto é de se reconhecer a **possibilidade legal de se convalidar o corretivo havido na Planilha** que confirma nossa proposta oficial de preço nos exatos termos por nós apresentados neste certame.

Vê-se, ilustres Senhores Julgadores, há inconteste manifestação de vontade desta licitante em competir neste certame, **estando suficientemente formalizada a sua proposta que se revelou de MENOR PREÇO à contratação entabulada por essa empresa pública estadual.**

Após a análise anterior, é forçoso se concluir que decisão de maior justiça, no caso, teria sido simplesmente uma **diligência esclarecedora (art. 43º §3º da Lei nº 8.666/93)** antes de nosso ato que desclassificou nossa proposta. Se teria confirmado plenamente o ora sustentado e reconfirmado. E isso ora espontaneamente fazemos.

Noutro giro, se sabe, sem dúvida, que o procedimento licitatório é formal. O que não se pode é confundir-lo com preciosismo como está a ocorrer no caso. A decisão que afastou esta Recorrente, em verdade, tem motivação sem sentido prático algum.

Trata-se em verdade do que proíbe o **art. 3º, inciso I da Lei 8.666/93**:

"...circunstância impertinente e irrelevante ao específico objeto do contrato"

Decorre, razoável, justo, legal, adequado aos princípios maiores licitatórios, seja desconsiderada tal razão que afasta a proposta de preços desta Recorrente.

Deve, pois ser revisto o julgamento original o qual se demonstrou praticado com rigorismo formal, porque de direito e de justiça esta esperada decisão desse digno, imparcial e de reconhecida competência Colegiado Julgador.

Vejamos o melhor direito que ampara estas razões recursais.

3 - DAS RAZÕES JURÍDICAS

Não se desconhece que a Decisão do d. Colegiado está amparada, pretensamente, no princípios licitatórios do *formalismo das licitações e da vinculação das partes ao regramento do certame*.

Entretanto, é consabido, **o rigorismo formal levado ao extremo pode acarretar (e parece ser o caso) um resultado contrário ao buscado pela via LEGAL procedimental licitatória.**

Sabe-se, o que se busca nos certames licitatórios é a ampla competição entre particulares para o melhor contrato de interesse público, sendo que questões pormenores que não maculem o princípio da isonomia entre os licitantes (de natureza adjetiva no contexto - como é o caso) devem ser arredadas do julgamento, em função da ampla competição propugnada pelo instituto.

De outro lado, o procedimento licitatório se reveste também de bom-senso e razoabilidade, nas decisões da Comissão Julgadora, desde que não se afetem, por óbvio, os comandos principiológicos do instituto das licitações.

A discussão centra-se no princípio do procedimento formal das licitações e, até que ponto, o proceder da Comissão Julgadora o ofuscou ou o atingiu.

Indo ao encontro da melhor doutrina sobre a questão, vêm a calhar as lições do administrativista Hely Lopes Meirelles:

" Procedimento formal, entretanto, não se confunde com "formalismo" que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias. Por isso mesmo, não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes. A regra é a dominante nos processos judiciais: não se decreta a nulidade onde não houver dano para qualquer das partes - "pas de nullité sans grief" como dizem os franceses".

(in Direito Administrativo Brasileiro, pág.248, 20ªed.,1995 Malheiros, bem como na obra Licitações e Contratos Públicos, 10ª ed. 1991, pg.24, RT.)

Relevante aduzir que na interpretação e aplicação das normas jurídicas, o princípio da razoabilidade há também que ser observado, em especial no Direito Administrativo, como de resto em todo o Direito.

Colhemos, então, alguns ensinamentos de renomados juristas, sobre esse princípio:

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, assim se manifesta sobre a razoabilidade nas decisões administrativas, com a profundidade que lhe é peculiar:

"A superação do formalismo axiológico e do mecanismo decisorial fica a dever a lógica do razoável, que põs em evidência que o aplicador da Lei, seja o administrador, seja o juiz, não pode desligar-se olímpicamente do resultado de sua decisão e entender que cumpriu o seu dever com a simples aplicação silogística da lei aos fatos.

.....

À luz da razoabilidade, o Direito, em sua aplicação administrativa ou jurisdicional contenciosa, não se exaure num ato puramente técnico, neutro e mecânico; não se esgota no racional nem prescinde de valorações e de estimativas: a aplicação da vontade da Lei se faz por atos humanos"

(pg.72, Curso de Direito Administrativo. Forense. 10ª ed.,1994.)

Esse formalismo necessário e até imprescindível ao procedimento é sim um valioso instrumento da igualdade e da moralidade na seriação dos atos administrativos. Assim, o administrador tem a competência-dever de, no caso concreto, valorar e decidir, dentro do critério de razoabilidade, qual a melhor maneira de concretizar aquela utilidade pública postulada.

Nesse sentido, lapidar e oportunas as ponderações de Cintra, Grinover e Dinamarco, aplicáveis ao processo administrativo:

"A experiência secular demonstrou que as exigências legais, quanto a forma devem atender critérios racionais, lembrada sempre a finalidade com que são impostas e evitando-se o culto das formas como se elas fossem um fim em si mesmas" (cit.de Odete Medauar, in Processualidade no Direito Administrativo, pág.122, RT. 1993.)

Essa mesma autora, na página seguinte de sua obra, refere exemplo de minúcia ou pormenor contrário do princípio do formalismo, que vem a calhar:

"Exemplo de formalismo exacerbado, destoante desse princípio, encontra-se no processo licitatório, ao se inabilitar ou desclassificar participantes por lapsos em documentos não essenciais, passíveis de serem supridos ou esclarecidos em diligências; assim agindo, deixa-se em segundo plano a verdadeira finalidade do processo, que é o confronto do maior número possível de propostas para aumentar, em decorrência, a possibilidade de celebrar contrato adequado ao interesse público."

Ou, como escrito em sua obra Discrecionalidade e Controle Jurisdicional:

"também não se poderiam admitir medidas desproporcionadas, em relação às circunstâncias que suscitaram o ato - e, portanto, assintônicas com o fim legal - não apenas porque conduta desproporcional é, em si mesma, comportamento desarrazoado, mas também porque representa um extravasamento de competência.....segue-se que a medida de competência, in

concreto, é dada pela extensão e intensidade do poder necessário, para, naquele caso, alcançar o fim legal". (Malheiros, 2ª ed. 1993, pg.97-8)

O Tribunal de Contas da União já firmou posição sobre o excesso de formalismo nos julgamentos de licitações:

"... o rigor formal não pode ser exagerado ou absoluto. Como adverte o já citado Hely Lopes Meirelles, o princípio do procedimento formal não significa que a Administração deva ser formalista a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar propostas, diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta..."

A jurisprudência, tem compreendido a questão, evitando-se a proliferação de decisões administrativas sobrepondo os meios aos fins:

***"Não há nulidade sem dano, simples irregularidades não autorizam anulação, quando dessas irregularidades argüidas não resultou prejuízo"**
(STF 41:178 , 81:157-RDA)*

"Visa a licitação pública a fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e

serviços mais convenientes aos seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsistentes com a boa exegese da Lei devem ser arredados"

(Acórdão TJERGS, in RDA, vol.14 pág.240)

" A Lei nº 4.717/65 condiciona a declaração de nulidade dos atos administrativos a conjugação de dois requisitos: a irregularidade e a lesão ao Estado. Irregularidades formais - meros pecados veniais que não comprometem o equilíbrio entre os licitantes, nem causam prejuízos ao Estado - não conduzem a declaração de nulidade".

(MS nº1.113 - TSJ, DJ de 12.05.95, p.6957).

Nesse quadro a exclusão de licitante apenas por razão de mera irregularidade formal é medida que põe o interesse privado dos demais licitantes acima do interesse público. Tal entendimento, a par de beneficiar apenas o interesse privado de licitante, via de regra, traz prejuízos aos cofres públicos. Ora, certamente, não é essa a finalidade da Administração. A esse propósito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

" o procedimento licitatório há que ser o mais abrangente possível, a fim de possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa. Não deve ser afastado candidato do certame licitatório por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial".

(*Rel.Min.José Delgado, Primeira Seção. DJU 17.08.98p.4*)

No mesmo diapasão, as decisões judiciais em situações análogas, abaixo:

Mandado de Segurança nº 5.606-DF:

" as regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior numero possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontre, entre várias propostas, a mais vantajosa."
(DJU 10.08.98 P.4)

E seguem as lições dos Tribunais:

EMENTA: REEXAME NECESSARIO. MANDADO DE SEGURANCA. LICITACAO. FORMALIDADES. INABILITACAO DE LICITANTE. AS FORMALIDADES EXIGIDAS NA LEI DE LICITACOES SAO TELEOLOGICAS E SERVEM PARA PRESERVAR O INTERESSE PUBLICO. DESTINAM-SE A PRESERVAR A ISONOMIA E SECECIONAR A MELHOR PROPOSTA DE ACORDO COM OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ADMINISTRACAO PUBLICA (LEI 8666/93, ART-3). **AS FORMALIDADES NAO SAO UM FIM EM SI MESMO. É PRINCIPIO GERAL DE DIREITO DE QUE NAO SE DECRETA A NULIDADE PELA PROPRIA NULIDADE, POIS NAO HA NULIDADE SEM PREJUIZO.** ADEMAIS, A LEI DE LICITACOES PERMITE QUE SEJAM FEITAS DILIGENCIAS PARA ESLACRECER SITUACOES E COMPLEMENTAR A INSTRUCAO DESDE QUE NAO SE INOVE O PROCESSO (ART-43, PAR-3). SENTENCA CONFIRMADA. (REN Nº 599456001, PRIMEIRA CAMARA DE FERIAS CIVEL, TJRS,

RELATOR: DES. ADAO SERGIO DO NASCIMENTO CASSIANO,
JULGADO EM 18/12/1999) – 1ª CAMARA CÍVEL – TJERGS

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITACAO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. AUSENCIA DE VIOLACAO. A LEI 8666/93, AFINADA A COMPREENSAO DE QUE O PRINCIPIO DO PROCEDIMENTO FORMAL NAO SIGNIFICA A DEFESA INTRANSIGENTE DE FORMALIDADES ONTOLOGICAS, MAS A DE ATENDER O INTERESSE PUBLICO, PERMITIU, EM SEU ARTIGO 43, PARAGRAFO 3º, A REALIZACAO EM QUALQUER FASE DA LICITACAO, DE DILIGENCIA DESTINADA A ESCLARECER OU A COMPLEMENTAR A INSTRUCAO DO PROCESSO. E CERTO QUE RESSALVOU A INCLUSAO POSTERIOR DE DOCUMENTO OU INFORMACAO QUE DEVERIA CONSTAR ORIGINAMENTE DA PROPOSTA EM CONCILIAÇÃO DA REGRA SANEADORA COM O PRINCIPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. APELO DESPROVIDO. (APC Nº 599252608, SEGUNDA CAMARA CIVEL, TJRS, RELATOR: DES. JOAO ARMANDO BEZERRA CAMPOS, JULGADO EM 27/10/1999)

Vê-se Senhores Julgadores, a decisão que desclassificou a proposta desta Recorrente, se revela INJUSTA a toda prova. Afirmação essa com o amplo amparo legal, doutrinário e jurisprudencial anteriores.

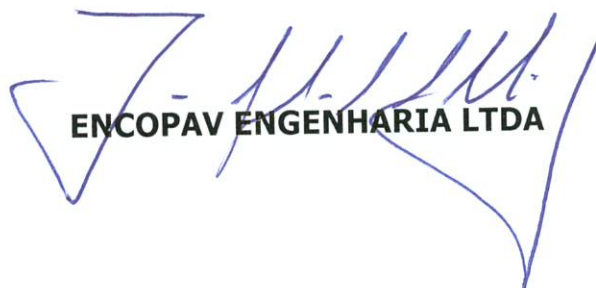
Nesse contexto, confiamos que V.Sas que se notabilizam pela busca da justiça em suas decisões em julgamentos licitatórios, modificarão a decisão original para, sopesados todos os argumentos fático-jurídicos antes expendidos, declarar válida a proposta de preços desta Recorrente.

4 – O REQUERIMENTO:

Por todo o demonstrado anteriormente, constata-se a total sustentabilidade legal de nossa proposta de preços – **a qual se revela também com extremada vantagem de economicidade à essa empresa pública estadual – devendo, por estas razões, ser feito o julgamento com a classificação de nossa proposta e decorrente ultimação da contratação desta licitante ora Recorrente.**

TERMOS EM QUE PEDE DEFERIMENTO.

Porto Alegre/RS, 16 de Novembro de 2017.



ENCOPAV ENGENHARIA LTDA

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DA EGR-EMPRESA GAÚCHA DE RODOVIAS S/A.

CONPASUL Construção e Serviços Ltda., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 90.063.470/0001-97, com sede na Linha Santa Rita s/nº - Interior, na cidade de Estrela, Estado do Rio Grande do Sul, por seu representante legal infra-assinado, tempestivamente, vem, com fulcro artigo 109 § 3º da Lei. 8.666/93, à presença de Vossa Senhoria, a fim de apresentar

CONTRARRAZÕES

Contra o recurso administrativo apresentado pela empresa ENCOPAV ENGENHARIA LTDA., em face a desclassificação da sua proposta financeira, tendo por fundamento legal o não atendimento às disposições do Edital e a existência de vícios insanáveis em tal proposta, conforme os fatos e os fundamentos que seguem:

1. DA DECISÃO RECORRIDA

No recurso ora resistido, a empresa ENCOPAV, sustenta, em suma o entendimento de inconformidade com a justa desclassificação da sua proposta, alegando que tal decisão seria motivada por apego a detalhe formal, que o requisito não atendido seria meramente explicador, irrelevantes e que tais erros não são razão determinante de desclassificação de sua proposta.

2. DAS INCONFORMIDADES DA PROPOSTA APRESENTADA PELA RECORRIDA

Acudindo ao chamamento dessa Instituição para o certame licitatório, Edital n.º 015/2017- Concorrência Pública n.º 008/2017, a recorrente e outras licitantes, dele vieram participar.

Sucede que, após a análise da proposta financeira da empresa ENCOPAV, a mesma teve sua proposta desclassificada por ter apresentado composição de custos unitários divergentes e/ou ausentes frente a planilha orçamentária de manutenção de pavimentos.

Tal Decisão não se revela, como quer fazer crer a recorrente, como apego a detalhe formal, não sendo possível, pelo contexto e pelas circunstâncias, identificar a coisa e validar o ato. A falha substancial torna incompleto o conteúdo da proposta e, conseqüentemente, impede que a EGR conclua pela suficiência dos elementos exigidos; o julgador fica impedido de afirmar que a proposta atendeu ao edital ou apresentou as informações necessárias.

Obviamente que a existência de vícios relevantes, que maculem a essência da oferta, devem ensejar, de plano, sua desclassificação.

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 48, inc. I, estabelece que as propostas que não atendam as especificações contidas no ato convocatório da licitação, devem ser desclassificadas.

De acordo com o Edital da licitação em apreço:

10.3. licitante vencedora deverá apresentar proposta financeira final com os valores da Composição de Custos Unitários, ou seja, o valor total do objeto deverá ser distribuído de acordo com o valor final ofertado, **no prazo de 2 (dois) dias consecutivos**, a contar do encerramento da sessão pública.

10.3.1. As Planilhas de Custos Unitários e **Demonstrativos de Composição de Custos**, isto é, orçamento discriminado, seguindo a mesma estrutura do orçamento de referência da Administração, sem acréscimo ou supressão de itens ou modificação de quantitativos, apresentando preços unitários e total dos materiais e serviços, bem como o total da proposta, expresso em moeda corrente nacional.

Como de conhecimento de todos os licitantes, a licitante vencedora deveria ter apresentado as Composições de Custos Unitários e Demonstrativos de Composição de Custos em até 2 (dois) dias consecutivos a contar do encerramento da sessão pública, eis que a empresa ENCOPAV não o fez.

Apresentou material divergente do solicitado, constatado o equívoco, juntou documentação posteriormente ao prazo.

Não, pode a EGR possibilitar a inclusão posterior de documento que deveria ter constado originalmente da Proposta, por força do item 11.4 que informa que expressamente veda a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente da Proposta.

É importante sinalizar que a lei de licitações, ao prever a possibilidade de realização de diligências (art. 43, §3º), expressamente vedou a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente da proposta. Nesse sentido:

“ Não cabe a inabilitação de licitante em razão de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, facultada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, **desde que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes**. (Acórdão 2873/2014 – Plenário)”

É sabido de todos que a prova do cumprimento de toda e qualquer exigência editalícia deve ocorrer na época oportuna, não podendo relegar-se para o futuro a apresentação de documento que deveria integrar a proposta.

Aliás, o § 3º, do art. 43, da Lei nº 8666/93, deixa patente a impossibilidade de ser incluído documento posteriormente à fase apropriada.

De outra parte, a conduta voltada à aceitação de apresentação de documento de forma extemporânea viola o princípio da isonomia que deve presidir todo e qualquer procedimento licitatório (art. 3º, da Lei nº 8666/93).

Pelos vícios apontados, estes já relacionados na Ata de Julgamento da Proposta Financeira, correto o procedimento da CPL em desclassificar a proposta da recorrida. Assim, a aceitação do presente recurso não importará em obtenção de proposta mais onerosa, mas certamente acarretará na aceitação de proposta mais vantajosa à Administração.

3. DA NATUREZA ESSENCIAL DO "ERRO" E DA IMPOSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO

Como bem destacado pela Comissão na Ata de Julgamento a Recorrente apresentou 47 (quarenta e sete) Composições de Custos com valores divergentes aos valores que constavam da Planilha Orçamentária e 03 (três) composições que simplesmente não foram apresentadas.

A exigência de apresentação de Composições de Custos Unitários longe de se tratar de mero expediente FORMALISTA ou simplesmente EXPLICATIVO é, de fato, da ÊSSENCIA DA PROPOSTA.

Isto pois é com base em tais composições que a Comissão consegue aferir se a empresa efetivamente considerou todos os custos no preço proposto, se considerou custos de acordo com bases oficiais, se corretamente calculou as incidências quantitativas de insumos, etc.



Todo o julgamento da proposta, a bem de aferir se a mesma é EXEQUÍVEL parte da análise das Composições de Custos Unitários.

Posteriormente, na fase de execução contratual, serão também estas composições que permitirão à Administração e à Gestão Contratual, aferir e julgar eventuais pedidos de alteração de preços unitários, realinhamentos, trocas de serviços, complementação de insumos, etc.

Não há a menor possibilidade de se aferir a aceitabilidade da proposta ou de refutar futuros pleitos de realinhamento que visem promover “Jogo de Planilhas” se as Composições apresentadas não refletem os preços propostos.

Mais do que isto, no caso em tela, verifica-se que a maioria das composições apresentadas possui valor superior aos valores da planilha de preços final.

Isto quer dizer que a empresa efetivamente **calculou um custo** e ofertou preço inferior ao custo por ela própria calculado, ou seja, **insuficiente para fazer frente aos compromissos que enfrentará na execução.**

Isto, por si só, já bastaria para taxar de INEXEQUÍVEL O PREÇO PROPOSTO, fazendo, inclusive, cair por terra o argumento da empresa de maior vantajosidade de sua proposta.

Ora, se ela própria não conseguiu provar que os preços propostos estão de acordo com a Composição de Custos Unitários, como poderia pretender que a Comissão assim o fizesse e validasse?

O Tribunal de Contas da União tem sido taxativo quanto não só a necessidade de apresentação das Composições de Custos Unitários pelos Licitantes como também pela sua profícua avaliação na fase de julgamento das propostas:

O próprio Manual de Orientações do TCU, quanto ao julgamento das propostas, traz o seguinte alerta:

É imprescindível a verificação da existência de subpreços ou sobre preços, de modo a evitar possíveis distorções dos preços unitários ofertados. Essa atuação poderá evitar, na apresentação de necessários acréscimos contratuais, especialmente em obras e serviços, o chamado "jogo de planilha", que invariavelmente leva a possíveis aditamentos ao contrato e superfaturamento do objeto contratado.

Licitações & Contratos, Orientações e Jurisprudência do TCU, 4ª Edição, pág. 483

Tal análise, consoante a orientação do TCU, deve ser procedida de forma pormenorizada:

"(...) analise individualmente os preços unitários de propostas apresentadas nas modalidades de preço unitário ou global, desclassificando aquelas que não observarem os critérios de aceitabilidade" (Acórdão TCU nº 253/2002, Plenário. Rel. Marcos Vinícios Vilaça).

Na mesma esteira, define a Lei de Licitações:

LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993,

Art. 48. Serão desclassificadas:

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles **que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato,** condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Havendo exigência expressa no Edital de apresentação de Composição de Custos Unitários de forma individualizada, é obvio que tal se destina à comprovação de exequibilidade da proposta e para prevenção de futuro Jogo de Planilha.



Tendo a Licitante apresentado as Composições, quase todas, acima dos preços propostos e deixado de apresentar composições de itens relevantes do objeto, tal por si só demonstra a inexequibilidade dos preços ofertados, posto que nem a Licitante conseguia calculá-los de acordo e, portanto, não há motivo para a prática do ato de aceitação de proposta sem que possível a verificação detalhada e técnica dos parâmetros de sua aceitabilidade.

O Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou sobre o assunto em questão (grifo nosso): (...)

"2. A licitação da modalidade menor preço compatibiliza-se com a exigência de **preços unitários em sintonia com o valor global** – artigos 40, 44, 45 e 48 da Lei nº 8.666/93. 3. Previsão de legal de segurança para a Administração quanto à especificação dos preços unitários, que devem ser exigíveis com os valores de mercado, tendo como limite o valor global" (ROMS nº 15.051/RS, 2ª Turma. Rel. Eliana Calmon).

Aceitar ou analisar Composições apresentadas de forma extemporânea à determinação editalícia seria **grave afronta ao princípio da Isonomia, pois estar-se-ia estabelecendo vantagem competitiva (possibilidade de extensão ou reabertura de prazo – dupla oportunidade) em favor de licitante de forma não prevista ou autorizada no Edital, ou seja, sem ter por base regra que seria aplicável à todos, mas sempre sujeita ao indesejável arbítrio da personalidade.**

Ainda que houvessem os alegados motivos *fáticos* de aceitação (maior vantajosidade), o que não ocorre pois as composições apresentadas demonstram a inexequibilidade dos preços propostos, não teria a Comissão qualquer motivo de ordem jurídica que lhe permitisse adotar tal postura.

Veja-se, nesse sentido, o estudo clássico de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*"Motivo legal e motivo de fato. Devem ser distinguidos o motivo legal e o motivo de fato. **Motivo legal** é a previsão abstrata de uma situação fática, empírica, contida na regra de direito, ao passo que o **motivo de fato** é a própria situação fática, reconhecível no mundo empírico, em vista da qual o ato é praticável. Evidentemente, para validade do ato, impende que haja perfeita subsunção do motivo de fato ao motivo de direito; vale dizer, cumpre que a situação do mundo fático, tomada como base do ato, corresponda com exatidão ao motivo legal."* (Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª Ed. 6ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005; pg. 87).

Por ser circunstância objetiva, não está envolvida análise de conveniência e oportunidade, podendo, pois, ser objeto de verificação até mesmo pelo Poder Judiciário, mas, especialmente, pelos órgãos de controle, a quem também cabe a verificação da discricionariedade.

Caio Tácito, outro importante nome do direito administrativo brasileiro, há muito afirmou:

*"Se inexistir o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio de direito aplicado, **o ato será nulo por violação da legalidade**. Não somente o erro de direito, como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo. Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco. Em repetidos pronunciamentos, os nossos tribunais têm modernamente firmado o critério de que a pesquisa da ilegalidade administrativa admite o conhecimento pelo Poder Judiciário das circunstâncias objetivas do caso."* (TÁCITO, Caio. Direito Administrativo. São Paulo, Saraiva, 1975, pág. 60 apud BANDEIRA DE MELLO. Ob. Cit.; pg. 88).

Em outras palavras, mesmo no caso de controle judicial, não haveria interferência judicial na esfera discricionária da administração pública, mas a verificação do cumprimento da legislação e do edital por ela publicado. Neste sentido, Confirma-se, novamente, Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Isto posto, não há fugir à conclusão de que o controle dos atos administrativos se estende, inevitavelmente, ao exame dos motivos. A ser de outra sorte, não haveria como garantir-se a legitimidade dos atos administrativos. Daí que a doutrina não apresenta qualquer hesitação em sufragar o entendimento exposto. (...) André de Laubadère também registra a acolhida desta tese na França e recenseia alguns exemplos, todos eles reportados a hipóteses em que cabia imaginar alguma discricção administrativa: *'O juiz não sai de seu papel pois a existência de certas circunstâncias de fato é a própria condição para que o ato administrativo seja legal; não há senão escolher exemplos para citar: a questão de saber-se se, em dadas circunstâncias, a interdição de uma reunião correspondeu ao enfrentamento de uma efetiva ameaça de desordem (Jurisprudência constante em matéria de medidas de polícia); se, em determinada cidade, existe uma crise grave de alojamento em vista da aplicação de textos sobre alojamento compulsório (C.E., 9 já. 48, Consorts Barbedienne, S., 1948, 3.14); se tal organização sindical pode ser considerada como a mais representativa, sobretudo ante o número de seus filiados (C.E., fev. 1943, 3 acórdãos, S., 1950, 3.57, concl. Barbet) etc.'*" (Traité Elementaire de Droit Administratif, 3ª Ed., Ed. LGDF, Paris, 1963, vol. I, pág. 486 apud BANDEIRA DE MELLO. Ob. Cit.; págs. 88 e 89)

Agiu bem, portanto, a Comissão, ao não considerar os documentos apresentados posteriormente, posto que nenhuma validade jurídica possuem e nenhuma motivação de ordem jurídica teria a Comissão para conferir vantagem à um licitante que poderia não ser conferida à outro, por ausência de previsão de regra flexibilizadora do prazo fatal de entrega da Composições CORRETAS, de 02 (dois) dias.

4. DOS PEDIDOS

De sorte que, com fundamento nas razões precedentemente aduzidas, requer-se o desprovemento do recurso, com efeito para que seja:

01 – Declarada total improcedência do recurso impugnado;

02 – Manutenção integral da decisão de desclassificar a proposta da empresa ENCOPAV;

03 – Após a desclassificação, seja dado seguimento ao processo, convocando a proposta subsequente do certame;

Estela, 23 de novembro de 2017.



Olivar Basso

Sócio Administrador