JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

DECISÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE

PROCESSOS Nº: 1967375/2018 e 2095312/2018 (APENSOS AO PROCESSO LICITATÓRIO Nº 8289663/2017 – PREGÃO PRESENCIAL Nº 20170021).
RECORRENTE: LAR ANTÔNIO DE PÁDUA.

I. DOS FATOS

Trata-se de recurso administrativo interposto contra a decisão da Pregoeira que desclassificou a instituição LAR ANTÔNIO DE PÁDUA, ora recorrente, por não ter apresentado documentação relativa à comprovação da exequibilidade de sua proposta comercial, em desacordo com o Edital de Pregão Presencial Nº 20170021.

II. DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELA PREGOEIRA

Em apertada síntese, a Pregoeira esclarece que o recurso em questão insurge-se contra a sua decisão de desclassificar a recorrente por não ter apresentado, junto com sua proposta comercial escrita, a documentação apta a comprovar a exequibilidade de sua oferta comercial, de acordo com o item 12.1., *d)*, do Edital da disputa. Analisando o mérito do recurso em tela, a Pregoeira manteve a sua decisão, assegurando que a condução da análise de todas as propostas que subscreveram taxa de administração presumidamente inexequível se deu de acordo com o rito editalício e, por conseguinte, segundo os ditames legais.

III. DA ANÁLISE

De início, observo que o procedimento recursal segue o rito estabelecido nas Leis Federais Nº 8.666/93 e 10.520/2002, bem como a regulamentação do Decreto Estadual Nº

28.089, de 10 de janeiro de 2006. Portanto, com fulcro no Artigo 10, Inciso V, do supracitado decreto, conheço do recurso em epígrafe e passo a julgá-lo.

Examinando o mérito da questão levantada pelo presente recurso, deve-se esclarecer que a controvérsia gerada após a desclassificação da recorrente encontra solução na legislação pátria pertinente ao assunto, na jurisprudência e no próprio Edital que deu origem à disputa. Vejamos o que dispõe o subitem 12.1. do Edital de Pregão Presencial Nº 20170021:

> **"12. DO CONTEÚDO DO ENVELOPE PROPOSTA**
> 12.1. A "PROPOSTA" deverá conter os seguintes elementos:
> a) nome, endereço, CNPJ e inscrição estadual/municipal;
> b) número do processo e do Pregão;
> c) a proposta deverá explicitar exclusivamente o percentual referente à Taxa de Administração que compõe a Planilha de Custo Máximo por Categoria – Anexo A do Anexo I deste edital, a qual será considerada exequível em percentual não inferior a 1,0% (um por cento). A taxa máxima admitida pela Administração não poderá ser superior a 7% (sete por cento), sob pena de desclassificação;
> d) à licitante arrematante que apresentar taxa de administração presumidamente inexequível, lhe será dada oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta, mediante comprovação por meio de contratos similares, com taxa igual ou inferior ao percentual por ela ofertado, executados ou em execução, desde que decorrido no mínimo um ano do seu início, exceto se contratado por período inferior;
> e) os licitantes não precisarão anexar a sua Planilha de Composição de Custos, a qual deve observar como parâmetro a Planilha de Custo Máximo por Categoria – Anexo A do Anexo I deste edital, quando da fase de propostas, devendo esta ser enviada apenas pelo licitante vencedor do Pregão;
> f) prazo de validade não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias, contados da abertura das propostas;
> g) as propostas deverão ser, obrigatoriamente, apresentadas com, no máximo, 02 (duas) casas decimais."

Depreende-se, após a leitura do subitem acima transcrito, que a proposta das licitantes deve conter os elementos elencados nas letras *a)* a *g)*, os quais se constituem, claramente, as partes componentes da oferta. Dessa forma, é cristalina a presença da comprovação de exequibilidade no envelope proposta quando se fizer necessária. *In casu*, tal elemento (letra *d*) é imprescindível quando se tratar de proposição com taxa de administração presumidamente inexequível, ou seja, em percentual abaixo de 1% (Hum por cento). Observa-se, ainda, que o único dos elementos listados que não deve ser obrigatoriamente anexado à proposta diz respeito à Planilha de Composição de Custos por Categoria, tendo em vista que deverá ser

enviada apenas pelo licitante vencedor, como bem descreve a letra *e)*. Assim, quando o edital quer abrir prazos específicos ele o faz expressamente, não existindo espaço, em instrumentos convocatórios de licitação, para prazos implícitos ou subentendidos.

Ora, é do conhecimento de todos que o edital do certame estabelece regras materiais e procedimentais, ou seja, o conteúdo de seus itens e subitens disciplinam tanto as informações necessárias ao julgamento das propostas pela Comissão de Licitação quanto a forma de apresentação dessas informações. No caso em comento, a recorrente deixou de integrar à sua proposta elemento objetivamente eleito pelo instrumento convocatório como parâmetro de análise de exequibilidade de sua proposta. Trazemos à baila, por oportuno, a seguinte lição do ilustre Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 616):

> "O descumprimento das regras sobre condições de participação em sentido estrito acarretará a exclusão do licitante (inabilitação, se for o caso), por ausência de comprovação do preenchimento das condições do direito de licitar. Já a ofensa às regras sobre "forma de apresentação das propostas" produzirá sua desclassificação por vício formal. A distinção é relevante, eis que a documentação atinente a cada uma dessas duas etapas consta de envelopes distintos.
> *Jurisprudência do STJ*
> (...)
> '**6. Ora, se os ônus de comprovação cabiam à empresa sob pena de desclassificação, fica evidente que o momento de cumprimento desses requisitos era a apresentação dos envelopes de propostas. Até porque não poderia ser diferente, já que as fases licitatórias posteriores não são dadas a esse tipo de comprovação, sendo irregular a satisfação de requisitos por ocasião da adjudicação ou da homologação, ou, pior ainda, depois de assinado o contrato – afinal, é a fase de classificação que concretiza um dos objetivos da licitação, que é a escolha da melhor proposta para a Administração segundo os critérios de julgamento.**
> 7. Se a recorrente tinha dúvidas acerca dos comandos editalícios – embora essas cláusulas, em específico, sejam de fácil compreensão -, deveria ter se valido do expediente de previsto, ainda que de forma indireta, no item 15.1, inciso I, suscitando dúvida perante à Administração competente para saná-la.
> 8. Recurso ordinário conhecido para extinguir sem resolução de mérito o mandado de segurança quanto à questão da ilegalidade do edital e, no mais, negar provimento à pretensão da parte recorrente.' (RMS nº 25.206/SC, 2ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 20.08.2009, DJe de 08.09.2009)." (grifos nossos).

Portanto, assiste razão à Pregoeira quando assevera, em sua peça de Informações, que:

> "(...) é notória a conclusão de que a recorrente não se atentou ao Edital de forma integral, pois a disciplina da análise de proposta presumidamente inexequível se encontra no item que aborda a proposta comercial escrita, conforme já transcrito acima. Assim, sua interpretação há de ser dada de acordo com a sua disposição dentro do corpo do Edital, que está estruturado numa ordenação lógica. De acordo com a melhor doutrina, temos que o primeiro dever do intérprete é o de captar o sentido exato da lei e, no caso em epígrafe, do Edital, uma vez que o mesmo seria uma realidade morfológica e sintática que deveria ser estudada do ponto de vista gramatical, para que o seu significado e o seu alcance não fossem dados pelo arbítrio do intérprete, mas sim pelo exame imparcial do texto, nesse sentido Miguel Reale (Lições Preliminares de Direito. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996)."

Adiante, informa a Pregoeira que:

> "Assim, após a análise das propostas que propunham taxas presumidamente inexequíveis, tendo sido dado a todos que se colocaram nessa posição a oportunidade de comprovar a exequibilidade de suas propostas, a Comissão passou à classificação das propostas consideradas hábeis a prosseguir na disputa, tudo de acordo com as disposições do instrumento convocatório devidamente publicado e do conhecimento de todos, o qual, por sua vez, não sofreu qualquer tipo de impugnação quanto ao assunto ora debatido. Inclusive, na sessão pública de disputa do presente certame, outros licitantes com taxa de administração inferior a 1% anexaram às suas propostas escritas a documentação exigida no item 12.1., alínea *d)*, do Edital. Nesta oportunidade, a Comissão analisou os contratos apresentados e procedeu às devidas desclassificações, uma vez que não eram similares ao porte da contratação objetivada pela Defensoria Pública, o que acarretou a não comprovação da exequibilidade de suas propostas de preço. Portanto, resta evidente que a redação do Edital logrou êxito em explicitar o momento correto de apresentação dos documentos aptos a comprovarem a exequibilidade da proposta."

Nessa esteira, faz-se mister esclarecer que o rito descrito acima pela Pregoeira traduz exatamente a atividade de julgamento das propostas, devendo ser registrado que a fase de classificação se subdivide em dois momentos cognitivos distintos, conforme magistralmente explanado por Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 691):

> "O vocábulo "classificação" possui dois sentidos que devem ser

> diferenciados, para evitar confusões conceituais. O exame das propostas envolve duas tarefas distintas. Uma delas consiste no exame da compatibilidade das propostas com a lei e o ato convocatório. As propostas desconformes serão eliminadas (*desclassificadas*). As que estiverem conformes serão mantidas no certame e, sob um certo ângulo, poderiam ser ditas como "classificadas". Mas o vocábulo significa, nesse ponto, apenas que essas propostas preenchiam os requisitos mínimos de admissibilidade. Passa-se, então, ao exame da vantajosidade das propostas. O resultado é a organização das propostas em uma relação em ordem decrescente de vantajosidade. Essa atividade também pode ser identificada como "classificação".
> Ou seja, o vocábulo "classificação" pode ser utilizado tanto para referir-se à primeira etapa da fase de julgamento como para indicar a segunda. Pode indicar quer a atividade de exame das condições de admissibilidade da proposta como a avaliação da vantagem que apresentam."

Denota-se, pois, que no presente curso licitatório ocorreram desclassificações quanto à forma de apresentação das propostas - visto que as empresas que ofertaram taxa de administração inferior a 1% não demonstraram contratos similares à contratação pretendida por este órgão defensorial, conforme objetivamente previsto no edital em questão -, bem como quanto à vantajosidade das propostas, uma vez que houve análise de contratos anexados às propostas de duas empresas (ATITUDE TERCEIRIZAÇÃO E FUTURA) que tiveram por finalidade, sem êxito, mas seguindo a regra editalícia descrita no subitem 12.1., letra *d*, demonstrar a exequibilidade de suas taxas de administração presumidamente inexequíveis.

Portanto, tal forma de proceder da Comissão Permanente de Licitações da Defensoria Pública também estava condizente com o teor do Edital de Pregão Presencial Nº 20170021 e, inclusive, com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (*Informativo Nº 323*), senão vejamos:

> "**3. A desclassificação de proposta por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, e deve ser franqueada oportunidade de o licitante defender sua proposta e demonstrar sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório, antes de ter sua proposta desclassificada.**
> Em representação formulada por empresa licitante, fora dada ciência ao Tribunal acerca de irregularidade ocorrida em licitação realizada sob o Regime Diferenciado de Contratação, na modalidade

> presencial, pelo Município de Boa Hora/PI, para implantação, com recursos repassados pela Funasa, de sistema de abastecimento de água naquela municipalidade. Entre as irregularidades detectadas, o relator, em seu voto, destacou *"a decisão de desclassificar as empresas que ofertaram as duas melhores propostas, por uma situação de inexequibilidade não cabalmente demonstrada"*. Acerca da questão, citou o esclarecimento apresentado pelo Ministro Benjamin Zymler no voto que embasara o Acórdão 571/2013 Plenário: *"Quando se trata do limite mínimo, ou seja, da aferição da exequibilidade das propostas, não há motivos para se afastar da jurisprudência desta Corte (v.g. Acórdão 1426/2010-Plenário) no sentido de que sempre deve ser propiciado ao licitante a possibilidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta. Ou seja, os limites objetivos de exequibilidade fixados em norma e/ou adotados no edital possuem, em regra, apenas presunção relativa, podendo ela ser afastada de acordo com o caso concreto"*.
> (...)
> Na mesma linha, outras deliberações desta Corte indicam que *'a desclassificação de proposta por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados'. Nessa conformidade, a unidade técnica indicou o Acórdão 2528/2012, reforçado pelo recente 1092/2013, ambos do Plenário"*. Retornando ao caso em análise, o relator consignou que *"pairando dúvidas sobre a exequibilidade dos preços oferecidos no certame, a comissão de licitação deveria ter chamado a Representante [empresa 1] e a [empresa 3] (Representante no TC 018.932/2016-9), ainda na fase de julgamento de propostas, para que demonstrassem a viabilidade dos valores ofertados, em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas (Acórdãos ns. 2528/2012 (Relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho), 571/2013 (Relator Ministro Benjamin Zymler), 1092/2013 (Relator Ministro Raimundo Carreiro) e 3092/2014 (Relator Ministro Bruno Dantas), todos do Plenários, dentre outros).* **Acórdão 1079/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer.**"

Por fim, deve-se atentar que a Comissão de Licitação agiu de acordo com a máxima transparência e objetividade requeridas para o desempenho de suas atribuições, afiançada pelos princípios da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. Transcrevemos, nessa esteira, a lição da magistral jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 424-425):

> "9.3.5 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE
> Outro princípio previsto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 é o da publicidade (v. item 3.3.10), que diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados,

para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade.
(...)
Existem, na Lei nº 8.666/93, vários dispositivos que constituem aplicação do princípio da publicidade, entre os quais os seguintes: o artigo 3º, § 3º, estabelece que a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura; (...) o artigo 43, § 1º, exige que a abertura dos envelopes com a documentação e as propostas seja feita em ato público previamente designado;
(...)
9.3.6 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO
Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado no artigo 41, segundo o qual "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender às exigências concernentes à proposta, serão desclassificados (art. 48, inciso I).
Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.
Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital.
9.3.7 PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO
Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital. E também está consagrado, de modo expresso, no artigo 45, em cujos termos 'o julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.'"

IV. CONCLUSÃO

Com base nas razões acima expostas, DECIDO pela IMPROCEDÊNCIA do presente recurso, devendo ser mantida a desclassificação da associação LAR ANTÔNIO DE PÁDUA, porquanto deixou de apresentar elemento da proposta comercial expressamente exigido pelo instrumento convocatório.

Fortaleza, 03 de abril de 2018.

Mariana Lobo Botelho de Albuquerque
Defensora Pública Geral do Estado do Ceará