

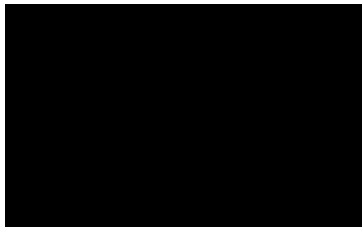
ILUSTRÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DE OBRAS DO ESTADO DE RONDÔNIA E AUTORIDADE SUPERIOR – CPLO/RO

RECURSO ADMINISTRATIVO

CONCORRÊNCIA N. 06/2022/CPLO/SUPEL/RO
RECORRENTE: [REDACTED]

A empresa [REDACTED], de CNPJ n. [REDACTED] já devidamente qualificada nos autos, vem, perante Vossa Senhoria, interpor Recurso Administrativo, com fundamento no art. 109 da Lei 8.666/93, diante da sua DESCLASSIFICAÇÃO no certame, pelos motivos abaixo expostos.

[REDACTED]



I – DA TEMPESTIVIDADE

O presente recurso é tempestivo, vez que a decisão foi publicada no Diário Oficial do Estado de Rondônia em 27 de outubro de 2023 (edição 204), contabilizando-se o início do prazo no dia 30 e findando-se no dia 06 de novembro, haja vista a ocorrência de feriado no dia 02 de novembro. Logo, demonstra-se a tempestividade deste recurso.

II – DOS FATOS

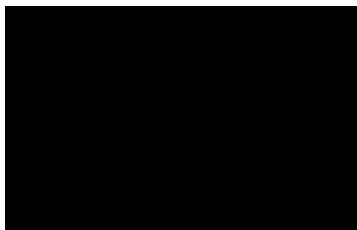
A recorrente está participando do processo licitatório, na modalidade Concorrência, de n. 06/2023/CPLO/SUPEL/RO.

Na abertura da proposta, o *preço global* da recorrente foi o melhor ofertado à administração, ficando na primeira classificação, na seguinte ordem:

Classificação	Empresa	Valor global (R\$)
1°		<u>2.751.468,30</u>
2°		3.000.206,52
3°		3.056.403,77
4°		3.248.797,76
5°		3.348.481,83
6°		3.413.027,47

Após a avaliação das propostas, a Comissão de Licitação desclassificou a proposta da recorrente, alegando que “o valor unitário superior ao constante na Planilha Orçamentária disponibilizada pela Administração Pública no item 5.1.3.3.,





contrariando assim o disposto no item 19.2, alínea "c", do Edital, bem como quantitativo superior ao constante na Planilha Orçamentária disponibilizada pela Administração Pública no item 5.2.2.1., contrariando assim o disposto no item 19.2, alínea "g", do Edital"

Ocorre, ilustríssima, que mesmo havendo a previsão neste edital, erros meramente formais e de preenchimentos são absolutamente corrigíveis, conforme se vislumbra a seguir.

III – DOS DIREITOS

III.1 – DO CABIMENTO DO RECURSO E DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

Art. 109. Da lei 8.666/93:

Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - Recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

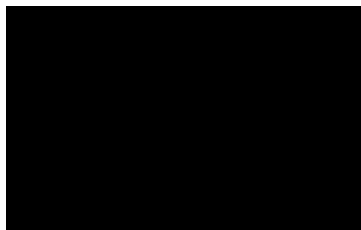
b) julgamento das propostas:

§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

§ 3º Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.





Por se tratar de decisão de julgamento da proposta, o recurso é cabível, nos termos do art. 109, I, “b”, devendo ser **inicialmente** encaminhado à Presidente da Comissão de Licitação para reconsiderar sua decisão, pelos motivos abaixo expostos. Caso haja a manutenção da decisão, requer-se o encaminhamento à autoridade superior, ou a quem o fizer de direito, nos termos do § 4º do art. 109 da Lei 8.666/93.

III.2 – DA FORMA DE JULGAMENTO DO MENOR PREÇO GLOBAL. DA ILEGALIDADE DOS ITENS 19.2, ALÍNEAS “C” e “G” DO EDITAL. NÃO PREVISIBILIDADE DESTE MODELO DE JULGAMENTO NA LEI 8.666/93.

A administração, neste procedimento licitatório, optou pelo uso da lei 8.666/93 e pelo tipo de julgamento de MENOR PREÇO GLOBAL.

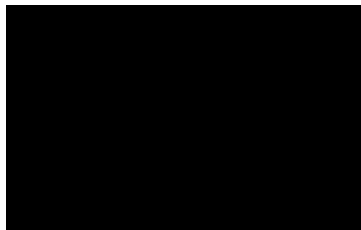
A lei 8.666/93, em seu art. 45 traz as regras de julgamento da proposta e no parágrafo primeiro elenca os tipos de licitação. Vejamos:

Art. 45. **O julgamento das propostas será objetivo**, devendo a Comissão de licitação ou o 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

§ 1º **Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação**, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que





apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

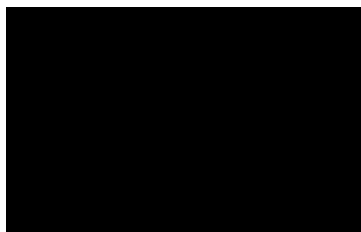
§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

§ 3º No caso da licitação do tipo "menor preço", entre os licitantes considerados qualificados **a classificação se dará pela ordem crescente dos preços propostos**, prevalecendo, no caso de empate, exclusivamente o critério previsto no parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu parágrafo 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação "técnica e preço", permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 5º É vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo.
(grifamos)





Com isso, constata-se que são quatro os tipos de licitação, ou seja, são quatro os modos de julgamento da proposta da licitação, quais sejam: a) menor preço; b) melhor técnica; c) técnica e preço e d) maior lance ou oferta.

Desde logo, esta Concorrência Pública optou pelo o tipo de licitação de “**menor preço global**”. Tanto é que isso é previsto em outros itens do edital.

Ou seja, o único modo que as propostas submetidas a este certame poderiam ser julgadas seria pelo menor preço global, isto é, apenas avaliar o preço final de forma geral.

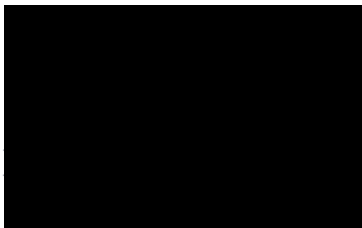
Diógenes Gasparini, tem cristalina explicação sobre o tema. Para ele,

O menor preço global é exigido pelo instrumento convocatório e ofertado pelo proponente para o objeto licitado no seu todo. É o que ocorre, por exemplo, quando se ajusta o preço para uma obra ou serviço concluído. Embora seja assim, *o instrumento convocatório deve solicitar que a proposta também apresente o preço unitário dos insumos indispensáveis à execução da obra ou serviço*; **essa exigência não descaracteriza o preço global e permite a utilização desses preços em casos de acréscimos ou supressões. Como o julgamento é feito pelo menor preço global, nenhuma relevância tem o valor dos preços unitários dos insumos.** (GASPARINI, Diógenes, DIREITO ADMINISTRATIVO, 17ª Edição, pag. 677, 2012) (GRIFAMOS)

Logo, conforme se abstrai dos ensinamentos da lei, ao se utilizar o julgamento de menor preço global, a observância se dá apenas ao valor global da proposta, isto é, o valor total.

Por outro lado, o próprio mandamento legal dispõe que “é vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo”.





Quando a administração julga e diz que alguns itens, que não seja o valor global, possivelmente estão acima, abaixo ou com seus quantitativos diferentes da administração e desclassifica a proposta, cria-se uma nova regra de julgamento.

A lei corretamente previu essas possibilidades e vedou o julgador incrementar e usar outros meios objetivos para o julgamento da proposta, que não os dispostos no art. 45, § 1º.

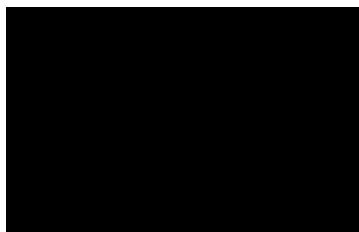
Logo, se o administrador selecionou o julgamento da proposta sendo o de “menor preço global”, a avaliação dos itens de forma unificada não encontra qualquer respaldo legal, seja por vedação expressa prevista no art. 45, § 5º, seja por derivação do princípio da legalidade administrativa, no qual o administrador só pode fazer aquilo que a lei prevê de forma vinculada, ou quando não vinculada, de forma discricionária, mas sempre havendo previsão nos limites de atuação deste.

Desta feita, a incrementação dos itens 19.2, alínea “c” e “g” do edital como critério de julgamento da proposta afronta diretamente o que dispõe o art. 45, § 1º da lei 8.666/93.

III.3 – DA PRECLUSÃO DE ATOS ILEGAIS, MESMO DIANTE DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

Não bastasse isso, a ilegalidade ao criar uma nova fórmula de julgamento, não pode a administração trazer à baila argumentos de que a vinculação ao instrumento convocatório convalidaria as regras apresentadas no edital e não impugnadas ao seu tempo, ante a possível preclusão.





A Lei 8.666, traz entre o art. 40 e seguintes, requisitos para o julgamento da proposta. Só elas são aptas a levar a desclassificação de qualquer que seja a proposta.

A lei existe com uma finalidade: normatizar os procedimentos diante de todos os entes federativos e que não haja criação de normas sem fins previstos na lei, com fito de promover a segurança jurídica no julgamento das propostas e habilitações, bem como, ao empreendedor, conhecer das normas que fosse submeter suas propostas em qualquer ente federado sem ser surpreendido com normas ilegais.

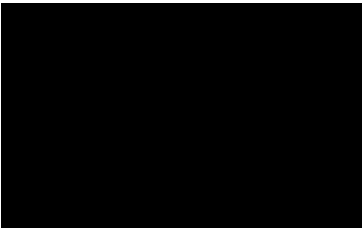
A jurisprudência do Tribunal de Contas da União, quando a administração elege normas e as insere no edital – principalmente as que contrariam o julgamento objetivo da proposta –, causando desclassificação dos participantes do certame, por mera formalidade, é no sentido de afastar a aplicação de tais regras.

Ante o caráter taxativo das regras previstas na lei, a simples previsão editalícia não as torna legal.

Ou seja, não há se falar de preclusão por não impugnar a regra não prevista na lei, mas somente no edital, no prazo da impugnação deste, vez que se trata de matéria de ordem pública e cria uma nova condição desclassificava para a avaliação da proposta.

“REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES NA TOMADA DE PREÇOS 002/2016. LICITAÇÃO SEM COMPETIÇÃO DADA A INABILITAÇÃO DA QUASE TOTALIDADE DOS LICITANTES POR DESCUMPRIMENTO A EXIGÊNCIA MERAMENTE FORMAL E NÃO PREVISTA EM LEI. DELIBERAÇÃO ANTERIOR PELA PARALISAÇÃO CAUTELAR E DETERMINAÇÃO DE OITIVA. MANIFESTAÇÕES INSUFICIENTES PARA AFASTAR A IRREGULARIDADE, VISTO QUE O PRINCÍPIO DA





VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO NÃO DEVE SER UTILIZADO PARA RESTRIGIR A COMPETITIVIDADE. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ANULAÇÃO DO CERTAME.”

Teor do voto:

14. Não assiste razão à Prefeitura Municipal de Dom Macedo Costa/BA na defesa efetuada da adoção dos tais documentos: 'Termo de Abertura' e 'Termo de Encerramento'.

15. A simples previsão editalícia não os torna ilegais, haja vista a sua não previsão do rol taxativa de documentos previstos no disposto nos art. 27 a 31, da Lei 8.666/1993.

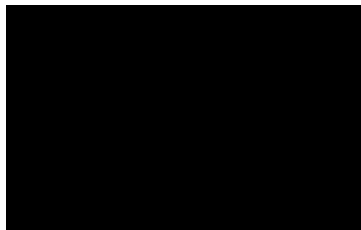
16. A observância do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório não pode ser utilizado para fins de restrição ao caráter competitivo da licitação e nem para inabilitar TODAS as licitantes, com a exceção de uma. Sopesando o mencionado princípio com os da isonomia e da competitividade, tem-se por antijurídico prestigiar o primeiro em detrimento aos dois últimos.

17. A preclusão temporal arguida, frente à representante para impugnar os termos do edital, não torna a previsão editalícia legal. Por se tratar de matéria de ordem pública a sua impugnação junto ao Tribunal de Contas da União não prescreve no prazo aventado, sendo nula de pleno direito.

18. A assertiva de a licitação ter havido caráter competitivo e a ampla participação cai por terra frente à constatação de que todas as licitantes foram inabilitadas e permanecendo no certame, para a fase de abertura das propostas de preço, apenas uma das concorrentes, conforme se depreende da leitura do documento de p. 333, p. 15.

19. Destarte, a assertiva da 'participação de diversos interessados' é apenas retórica.

20. Os gestores públicos devem ter em conta que os princípios previstos na Constituição Federal para a realização da despesa pública para a aquisição



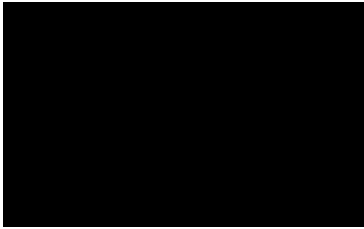
de bens e serviços devem ter utilizada substantiva e não apenas procedimental. Procedimentos viciados na sua origem não se tornam legal por suposta obediência ao texto da lei e agressão aos fins por ela almejados.

21. Impõe-se a anulação do certame, considerando o fato de o edital conter previsão ilegal, nos termos expostos acima. Tal medida não gerará impacto financeiro ao erário, haja vista a informação contida no item 13 de que não houve pagamento de despesas até o momento.

(ACÓRDÃO DE RELAÇÃO 6294/2020 - PRIMEIRA CÂMARA **RELATOR:** AUGUSTO SHERMAN; **PROCESSO:** 026.845/2016-4 ; **DATA DA SESSÃO** 02/06/2020)

E vamos além, se a administração entender necessário colocar requisitos objetivos no edital, além das previstas no rol exaustivo da lei 8.666/93, deve-se fazer de forma justificada, o que não é o caso, pois não há justificativa técnica para a exigência imposta nos itens 19.2, alínea “c” e “g” do edital, tampouco no projeto básico. Trata-se de incremento de novo critério de julgamento da proposta, que analisa apenas o aspecto formal.

REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES NA CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 3/2010 - SEMARH/RN. EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA RESTRITIVA À COMPETITIVIDADE DO CERTAME. OITIVA PRÉVIA DA ENTIDADE. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A ANULAÇÃO DO CERTAME. 1. As exigências de qualificação técnica devem estar limitadas aos itens de valor significativo e de maior relevância, os quais precisam ser indicados no edital com clareza e fundamentadamente, a fim de se evitarem restrições indevidas à competitividade do certame, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e dos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 30, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.666/1993. 2. Conforme a jurisprudência desta Corte, restringe o caráter competitivo do certame a inclusão de cláusula exigindo, na fase de habilitação, que a empresa licitante já possua usina de asfalto instalada, ou, em caso negativo, que apresente declarações



de terceiros detentores de usina. 3. Verificada a inclusão de cláusula restritiva ao caráter competitivo do procedimento licitatório, deve a entidade proceder às medidas necessárias com vistas à sua anulação, em prazo fixado por este Tribunal. (acórdão plenário 20/2010 – TCU.
Relator: Marcos Bemquerer)

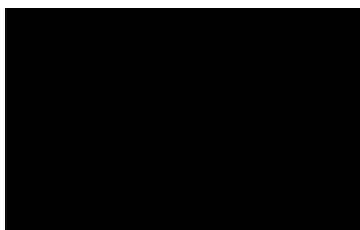
Ora, a administração, sem nenhum estudo, elencou mais um requisito objetivo para a avaliação das propostas, além dos legais, sem nenhum estudo prévio ou que se explique o objetivo de sua obrigatoriedade.

Não há preclusão de normas ilegais, ainda mais daquelas que põe em xeque a concorrência diante do formalismo excessivo. O mero formalismo da norma, em muito, prejudicou a administração, pois a proposta até então classificada foi a que ficou na 2º colocação, trazendo um prejuízo para administração em mais de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil) reais.

Ora, a vinculação ao edital não é absoluta. Não se vinculam normas que são contra às leis e normas que fulminem a concorrência do certame. A regra elencada item 19.2, alínea “c” e “g”, é contra a lei, pois criou mais uma condição de validade da proposta.

Desta feita, a ilegalidade dos itens 19.2, alínea “c” e “g” do edital perdura mesmo diante do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, vez que sua não previsão editalícia contraria a previsão legal, além de que não há convalidação de sua validade, tampouco há preclusão ante à ilegalidade.

III.4 – DO AVANÇO DA JURISPRUDÊNCIA NA AVALIAÇÃO DA PROPOSTA MAIS BENÉFICA À ADMINISTRAÇÃO. DA RELATIVIZAÇÃO DO FORMALISMO EXCESSIVO E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO ANTE À PROPOSTA MAIS VANTAJOSA.



A proposta da empresa está absolutamente correta, com exceção dos erros formais no julgamento do item 5.1.3.3 e 5.2.2.1 da proposta de preço.

No item 5.1.3.3 a administração entendeu que era motivo de desclassificação em razão de o preço ofertado pela empresa ser superior ao orçado pela administração.

Valor da administração	Valor da [REDACTED]
R\$ 24.142,62	R\$ 48.427,86

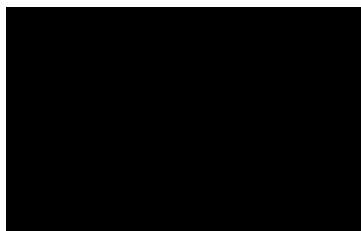
Já no item 5.2.2.1 a administração entendeu que era motivo de desclassificação em razão de o quantitativo ofertado pela empresa ser superior ao orçado pela administração.

Quantitativo da administração	Quantitativo da [REDACTED]
02	20

Ou seja, apenas dois itens, por erros de preenchimento da planilha, levaram a desclassificação da recorrente.

Porém, trata-se de erros meramente formais e sobre tais erros há farta jurisprudência para que eles possam ser sanados, principalmente por não haver vinculação ao instrumento convocatório de atos ilegais.

A licitação busca a proposta mais vantajosa para a Administração, que resulte na satisfação do interesse público, não se admitindo a recusa de proposta por conta de falha (de programa) que pode ser facilmente corrigida.



Trata-se da aplicação dos princípios da razoabilidade e do formalismo moderado, além da possibilidade de saneamento de falhas por meio de diligências, cuja previsão se encontra na legislação e na jurisprudência pacífica do Tribunal de Contas da União (TCU), a saber:

(...) em face do princípio do formalismo moderado e da supremacia do interesse público, que permeiam os processos licitatórios, o fato de o licitante apresentar proposta com erros formais ou vícios sanáveis não enseja a sua desclassificação, podendo ser corrigidos com a apresentação de nova proposta desprovida dos erros. (Ac. 1217/23-Plenário)

(...) 1. O intuito basilar dos regramentos que orientam as aquisições pela Administração Pública é a contratação da proposta que lhe seja mais vantajosa, obedecidos os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

2. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (Ac. 357/2015-Plenário).

Desta feita, se for o caso de não atender às explicações dispostas nos itens III.2 e III.3 desta peça, há necessidade e possibilidade de se corrigir os possíveis erros formais.

Aliás, há um julgado recente da Primeira Câmara do TCU que trata em caso idêntico a este. Vejamos:



[REDACTED]

“a análise isolada de apenas um dos componentes do preço, custo direto ou BDI, não é suficiente para caracterizar o sobrepreço ou o superfaturamento, pois um BDI elevado pode ser compensado por um custo direto subestimado, de modo que o preço do serviço contratado esteja compatível com os parâmetros de mercado”

Acórdão 10929/2023 Primeira Câmara, Recurso de Reconsideração, Relator Ministro Benjamin Zymler. (grifamos)

Desta feita, os erros formais são ajustáveis, desde que a proposta final da empresa, em seu valor global, não seja alterável, de forma que a empresa solicite o provimento em seu recurso para que a empresa retifique os itens onde a administração apontou as falhas, mantendo-se o preço global.

IV – DOS PEDIDOS.

Seja o processo encaminhado à presidente da Comissão Permanente de Licitação para reconsiderar sua decisão e reformá-la, a fim de que CLASSIFIQUE a recorrente [REDACTED] e conceda prazo para retificar os possíveis erros formais apresentados por esta comissão de licitação, pelos motivos acima expostos.

Caso não haja reconsideração da decisão pela Presidente da CPL, requeiro o envio dos autos à autoridade superior, para que reforme a decisão da Comissão de Licitação e que CLASSIFIQUE a recorrente [REDACTED] e conceda prazo para retificar os possíveis erros formais apresentados por esta comissão de licitação, pelos motivos acima expostos, com anterior manifestação de sua Procuradoria.

Porto Velho, 06 de outubro de 2023.

[REDACTED]

[REDACTED]

PROCURAÇÃO

EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL

OUTORGANTE: [REDACTED], com sede em [REDACTED] inscrito no C.N.P.J. sob o nº [REDACTED], neste ato representado pelos senhores **Orivaldo Batista Gomes**, Brasileiro, Solteiro, RG; [REDACTED] e C.P.F. nº [REDACTED], residente e domiciliado na [REDACTED]

OUTORGADO: [REDACTED], brasileiro, união estável, Advogado, [REDACTED], CPF n. [REDACTED], RG [REDACTED] Residente e Domiciliado na [REDACTED] CEP [REDACTED]

OBJETIVO e PODERES:

Poderes: por este instrumento particular de procuração, o Outorgante nomeia e constitui seus bastantes procuradores os Outorgados, concedendo-lhes amplos poderes da cláusula ad judicia et extra, para o foro em geral, podendo, portanto, promover qualquer medida judicial ou administrativa, em qualquer instância, assinar termo, substabelecer com ou sem reserva de poderes, também praticar todos os atos necessários e convenientes ao bom e fiel desempenho deste mandato.

Poderes Específicos: a presente procuração também outorga aos Advogados os poderes especiais para transigir, fazer acordo, firmar compromisso, substabelecer, receber citações, receber intimações, renunciar, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, reconhecer a procedência do pedido, receber intimações, receber e dar quitação, praticar todos atos perante repartições públicas Federais, Estaduais e Municipais, e órgãos da administração pública direta e indireta, recorrer a quaisquer instâncias e tribunais, podendo atuar em conjunto ou separadamente, dando tudo por bom e valioso.

Os poderes acima outorgados poderão ser substabelecidos, com ou sem reservas de poderes, com a necessidade de prévia notificação ao Outorgante.

Manaus, 11 de maio de 2022.

[REDACTED]