

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

AO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO AMAPÁ

EDITAL N.º 01/2022

PROCESSO: Processo Nº 013/2022

MODALIDADE: CONCORRÊNCIA

OBJETO DA SELEÇÃO: Objeto: Contratação de serviços de engenharia por empresa especializada em obras no regime de contratação integrada para construção da sede do CRM/AP

Assunto: Recurso Administrativo Hierárquico.

E. C. PACHECO LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 27.135.900/0001-00., com sede na rua Hildemar Maia, 577, bairro Jesus de Nazaré, município Macapá-AP, representada neste ato por seu representante legal, já qualificado nos autos da contratação, apresenta RECURSO ADMINISTRATIVO HIERÁRQUICO, contra a decisão que DESCLASSIFICOU sua proposta comercial, que faz pelos fundamentos e nos seguintes termos:

DA TEMPESTIVIDADE RECURSAL

A manifestação recursal foi aceita no sistema na data de 16/05/2023, sendo que conforme dispõe o edital no item 12 a mesma deve ocorrer no prazo de 3 (três) dias, desta forma a mesma se encerra em 19/05/2023, portanto tempestiva a apresentação das razões recursais.

DOS FATOS

A recorrente participa do certame licitatório e dentro de sua expertise e estrutura de custos, bem como, de sua capacidade técnica e financeira, apresentou a proposta mais vantajosa para Administração no valor de R\$ R\$ 5.785.283,00.

Entretanto, a mesma teve sua proposta SUMARIAMENTE DESCLASSIFICADA, tendo com fundamento que: "Recusa da proposta. Fornecedor: E. C. PACHECO LTDA, CNPJ/CPF: 27.135.900/0001-00, pelo melhor lance de R\$ 5.785.283,0000. Motivo: Senhor licitante, com base no parecer técnico do Engenheiro responsável pela elaboração do anteprojeto, a proposta apresentada encontra-se inexecutável, nos termos do item 8.2.4.1."

Tal decisão afronta a legislação, jurisprudência e doutrina pátria e mitiga a seleção da proposta mais vantajosa para Administração e mais grave não possibilita o sagrado direito do contraditório e ampla defesa. Assim, a recorrente apresenta suas razões recursais na certeza de que a sumária e precipitada decisão, seja revista para que possibilite que a empresa possa comprovar a exequibilidade de seus custos.

DOS FUNDAMENTOS QUE ENSEJAM A REFORMA DA DECISÃO.

Com dito a Lei 14.133/2021 traz como vetores os seguintes objetivos:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

- I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos.

O fundamento para desclassificação da proposta da empresa ora recorrente foi a alegação do descumprimento do item 8.2.4.1 do edital, cujo teor reproduzimos abaixo de forma contextualizada:

8.2.4. apresentar preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não tenham sua viabilidade demonstrada por meio 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;

8.2.4.1. Considera-se manifestamente inexequível a proposta cujo valor global seja inferior a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pelo CONSELHO DE MEDICINA DO AMAPÁ.

8.2.4.2. Na hipótese do item anterior será facultado ao licitante comprovar, no prazo assinalado pela Comissão de Contratação, a viabilidade dos preços constantes em sua proposta, sob pena de desclassificação.

8.2.5. não estiver acompanhada da declaração de elaboração independente de proposta, exigida neste Edital;

8.2.6. formulada por licitantes participantes de cartel, conluio ou qualquer acordo colusivo voltado a fraudar ou frustrar o caráter competitivo do presente certame licitatório.

8.3. Diligências complementares. A Comissão de Contratação poderá a qualquer momento solicitar aos licitantes a composição dos preços unitários dos serviços, materiais ou equipamentos, bem como os demais esclarecimentos que julgar necessários para analisar a aceitabilidade da proposta, em atendimento ao estabelecido no artigo 59 da Lei Federal nº 14.133/2021.

8.4. Julgamento. Não serão consideradas, para fins de julgamento da proposta, ofertas de vantagem não prevista neste instrumento convocatório, baseadas nas propostas dos demais licitantes ou que apresentem prazos ou condições diferentes dos fixados neste Edital.

8.5. Classificação. O julgamento das propostas será efetuado pela Comissão de Contratação, que elaborará a lista de classificação provisória observando a ordem crescente dos preços apresentados

A nova lei de licitações – Lei 14.133/21, estabeleceu que para apreciar eventual inexecutabilidade a administração

pode diligenciar, ou seja, aquilo que a jurisprudência indicava como boa prática, na nova Lei torna como oportunidade de defesa à empresa para que ela demonstre a exequibilidade da sua proposta.

Nesse sentido antes da Administração reconhecer definitivamente a inexecuibilidade da proposta e desclassificá-la, deve abrir diligência para oportunizar ao fornecedor o direito de justificativa para demonstrar que a sua proposta está apta a ser classificada uma vez que a mesma é no sentido de que a interpretação do dispositivo não seja rígida, literal e absoluta e que a presunção de inexecuibilidade, deve ser relativa, oportunizando ao licitante à demonstração de exequibilidade da proposta.

Esse é o regramento do Art. 59, in verbis:

(...)

§ 2º A Administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, conforme disposto no inciso IV do caput deste artigo.

Veja que em tema já vinha sendo pacificado na jurisprudência à luz da Lei 8.666/93, esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no REsp: 965839 SP 2007/0152265-0:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. ART. 48, I E II, § 1º, DA LEI 8.666/93. PRESUNÇÃO RELATIVA. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO PELO LICITANTE DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A questão controvertida consiste em saber se o não atendimento dos critérios objetivos previstos no art. 48, I e II, § 1º, a e b, da Lei 8.666/93 para fins de análise do caráter exequível/inexequível da proposta apresentada em procedimento licitatório gera presunção absoluta ou relativa de inexecuibilidade. 2. A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexecuibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida. Ao contrário, deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada, embora enquadrada em alguma das hipóteses de inexecuibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexecuibilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível. 3. Nesse contexto, a proposta inferior a 70% do valor orçado pela Administração Pública (art. 48, § 1º, b, da Lei 8.666/93) pode ser considerada exequível, se houver comprovação de que o proponente pode realizar o objeto da licitação. [...] a vencedora do certame "demonstrou que seu preço não é deficitário (o preço ofertado cobre o seu custo), tendo inclusive comprovado uma margem de lucratividade". [...] (STJ – REsp: 965839 SP 2007/0152265-0, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 15/12/2009, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2010).

No mesmo sentido vem a pacificada posição do Tribunal de Contas da União:

Súmula 262 – TCU

"O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexecuibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta."

A luz da doutrina também segue entendimento o renomado doutrinador Marçal Justen Filho: "Como é vedada licitação de preço-base, não pode admitir-se que 70% do preço orçado seja o limite absoluto de validade das propostas. Tem de reputar-se, também por isso, que o licitante cuja proposta for inferior ao limite do § 1º disporá da faculdade de provar à Administração que dispõe de condições materiais para executar sua proposta. Haverá uma inversão do ônus da prova, no sentido de que se presume inexecuível a proposta de valor inferior, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto (JUSTEN FILHO, 2010, p. 609)."

Na análise da Lei 14.133/2021 o mesmo doutrinador também mantém firme essa convicção em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas - 2ª Edição -2023- Editora Revista dos Tribunais, página 742), que não se trata de presunção absoluta, mas meramente relativa, inobstante a taxatividade da lei quanto ao percentual de 75% do valor do orçamento do poder público.

Assim:

"33.1) O descabimento da tese da presunção absoluta

Não é cabível admitir a tese de que seriam desclassificadas, de modo inevitável, as propostas de valor inferior a 75% do orçado. Essa orientação, que configuraria uma presunção absoluta de inexecuibilidade, equivaleria à reintrodução no sistema jurídico brasileiro da licitação de preço-base" (grifo no original).

Dessa forma, não há critério objetivo o suficiente para a configuração do preço inexecuível, nem mesmo no caso de obras.

O edital nos itens 8.2.4.2 e 8.3, fixa claramente o alinhamento com os apontamentos acima feitos, ao estabelecer a necessidade da diligência, entretanto, o regramento estabelecido a contrario sensu à legislação (Edital faz Lei entre a partes) jurisprudência e doutrina, foi completamente ignorado pela Comissão de Contratação.

Por sua vez, a nova lei de licitações (Lei. 14.133/2021) consagrou expressamente o formalismo moderado ao prever, no inciso III, do art. 12, que o desatendimento de exigências meramente formais, que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta, não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo.

Vejamos:

"Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

(...)

III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;"

No caso da licitação, é correto afirmar que a exigência de formalismo deve ser sopesada diante das características

do caso concreto, em virtude dos princípios da igualdade e da competitividade, para que a Administração consiga alcançar o objetivo de seleção da proposta mais vantajosa.

Ademais, não se pode olvidar que a atuação da Administração Pública, no âmbito das licitações públicas, deve ser norteada pelos princípios insculpidos no art. 5º da Lei Federal nº 14.133/2021, razão pela qual o apego e excesso ao formalismo em detrimento de sua finalidade acaba por contrariar o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

O Tribunal de Contas da União tem asseverado, nas decisões que versam sobre desclassificação de empresas em processos administrativos, que devem prevalecer os princípios da ampliação da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa em detrimento do formalismo, quando se verificar falha formal, que poderia ser sanada mediante diligência, considerando irregular a desclassificação de licitante.

Assim, fica devidamente materializado que os atos praticados pela Comissão de Contratação revestem-se de total ilegalidade, pois não facultou a empresa E. C. PACHECO LTDA comprovar a exequibilidade dos preços ofertados, uma vez que estes são variáveis e diferem de empresa para empresa. Ressalte-se aqui, que mesmo tendo solicitado a empresa não teve acesso ao relatório técnico do Engenheiro responsável pela elaboração do anteprojeto, que culminou com a desclassificação da proposta da recorrente, que contraria dispositivo consagrado na Constituição Federal:

(...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Destarte, prevalecendo o error in procedendo, tal conduta consequente trará um sobrepreço na contratação, que seria um resultado mais prejudicial para Administração, sendo esse sim um ato lesivo ao erário público.

DO PEDIDO

Pelos motivos amplamente fundamentados requer a recorrente E. C. PACHECO LTDA, que:

a- seja CONHECIDO E JULGADO PROCEDENTE o presente recurso, para que seja revista a decisão que ensejou sua desclassificação, e que seja possibilitada, em sede de diligência, que a empresa comprove a exequibilidade da sua proposta.

b- o pedido da recorrente seja submetido a consulta da assessoria jurídica da entidade promotora da licitação, por versar sobre matéria de direito, para uma decisão assertiva frente a legislação, doutrina e aos princípios atrelados a licitação.

c- na remota hipótese de não alteração da decisão de recusa da proposta, considerando a orientação da doutrina e dos tribunais pátrios sobre o formalismo moderado que permeia os processos licitatórios, a recorrente exercerá seu direito junto ao juízo competente.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Macapá, 19 de maio de 2023

E. C. PACHECO LTDA – EPP

CNPJ/MF nº 21.842.152/0001-01

Fechar