ILUSTRÍSSIMOS MEMBROS DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DO SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO – SESC PARANÁ – SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL – SENAC/PR

Sesc 07317/21 AP/PR
Trâmite Interno
10/09/2021 17:22:22

ECONOMICA ENGENHARIA E OBRAS LTDA – ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob n° 72.544.711/0001-38, com sede na R. Padre Francisco João Azevedo, 584 - Jardim Botânico, CEP 80210-160, na cidade de Curitiba, Estado do Paraná, neste ato representado por seus sócios administradores DIOGO ANTONIO MARINS CAPRARO JÚNIOR e/ou DIEGO FELIPE ABRAHÃO CAPRARO, vem com o devido acato a Vossa Senhoria, em atendimento a ATA DE REUNIÃO REALIZADA PARA JULGAMENTO DAS PROPOSTAS COMERCIAIS DA CONCORRÊNCIA n° 66/21, que inabilitou a Recorrente por considerar que a proposta é inexequível e não atende ao prazo de validade exigido no edital, apresentar **RECURSO ADMINSTRATIVO, para ao final declarar vencedora a Recorrente, nos termos que seguem:**

DAS RAZÕES DE RECURSO

I. DA ILEGALIDADE NA DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA POR ERRO SANÁVEL - ERRO MATERIAL CONSTANTE DA PROPOSTA NO TOCANTE AO PRAZO DE VALIDADE

Ao desclassificar a proposta de preços da Econômica Engenharia, violaram a legislação pátria, conforme restará provado ao final do presente tópico.

O principal objetivo de um procedimento licitatório, como se sabe, é suprir demandas de serviços e bens no preço mais vantajoso possível, atendendo-se, desta forma, o princípio do interesse público.

Impedir, portanto, que um licitante participe ou tenha o objeto licitatório adjudicado por meros erros formais, o chamado formalismo exacerbado, pode vir a impedir o cumprimento desta finalidade precípua da licitação. A desclassificação da empresa licitante deve ocorrer somente quando forem infringidos valores jurídicos relevantes, de modo a comprometer os fins visados e não quando podem ser supridos de forma imediata e sem qualquer prejuízo aos demais participantes e à Administração Pública.

Exigência demasiada ou obscura fere todos esses princípios, precisamente, os correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade. Além disso, as normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

Dessa forma, o pregoeiro ou julgador administrativo sempre baseará seus atos no princípio da proporcionalidade com a ampliação da disputa. Tais princípios de corolário constitucional devem prevalecer sobre exigências desarrazoadas, desproporcionais e que restrinjam a competitividade.

Em princípio, quando a exigência for expressa os interessados deveriam impugnar o Edital. Porém, passando desapercebido, a Administração, em prol do interesse público e da economicidade, deve efetivamente extirpar qualquer conteúdo editalício que fira princípios constitucionais e legais, já que estes são superiores hierarquicamente, e de observância obrigatória pelos atos convocatórios.

O Tribunal de Contas da União delibera no seguinte sentido:

> "Observe, ao proceder ao julgamento de licitações na modalidade pregão eletrônico, o procedimento previsto no § 3º do art. 26 do Decreto nº 5.450/2005, quando verificado, nas propostas dos licitantes, erros ou falhas formais que não alterem sua substância, devendo, nesse caso, sanar de ofício as impropriedades, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível aos demais licitantes, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação. Acórdão 2564/2009 Plenário.."

O afastamento de uma contratação mais vantajosa pelo simples fato de existir um erro formal, no caso acima, um erro de soma, constitui uma verdadeira violação à ordem jurídica, em especial aos princípios da competitividade, da economicidade e da razoabilidade e proporcionalidade, bem como da eficiência, afastando-se uma contratação mais vantajosa e onerando os cofres públicos sem qualquer necessidade.

Marçal Justem Filho, in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 13. ed, p. 76, ao tratar do princípio da proporcionalidade ensina, in verbis:

> "O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais."

Nota-se que eventuais erros de natureza formal no preenchimento da proposta não devem implicar na exclusão automática do licitante do certame. Muito pelo contrário, uma vez verificado o equívoco na proposta da licitante, deve o órgão licitante conceder prazo para a regularização do erro, possibilitando, assim, o ajuste da proposta apresentada. Vale destacar que em muitos casos o próprio Edital da licitação prevê que meros erros formais não poderão servir de motivo para desclassificação, o que não é atentado pelas Comissões de Licitação, sendo de absoluta importância a leitura integral do referido documento para que os licitantes tenham conhecimento das regras aplicáveis e argumentos possíveis de defesa em caso de desclassificações indevidas, que, aliás, ocorrem mais do que se imagina.

Temos, assim, que um simples erro formal, passível de correção, por parte da licitante não pode ser motivo suficiente de desclassificação. O Tribunal de Contas da União possui diversos Enunciados neste sentido:

> 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. (TCU no acórdão 357/2015-Plenário)
>
> A existência de erros materiais ou de omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratante realizar diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto. Cabe à licitante suportar o ônus decorrente do seu erro, no caso de a Administração considerar exequível a proposta apresentada. (Acórdão 2546/2015-Plenário)
>
> Licitação. Julgamento. Erros materiais. É possível o aproveitamento de

propostas com erros materiais sanáveis, que não prejudicam o teor das ofertas, uma vez que isso não se mostra danoso ao interesse público ou aos princípios da isonomia e da razoabilidade. (Acórdão 187/2014 Plenário - Representação, Relator Ministro Valmir Campelo).

Apesar da aparente contradição entre as recomendações acima citadas, especificamente quanto à correção de valores ou percentuais inseridos na planilha de preços, constata-se que **o Tribunal de Contas da União entende que o ajuste sem a alteração do valor global não representaria apresentação de informações ou documentos novos, mas apenas o detalhamento do preço já fixado na disputa de lances ou comparação de propostas, ou ainda correção de datas ou prazos.**

Além disso, aos órgãos e entidades subordinados à disciplina das instruções normativas editadas pelo Mpog, a IN nº 02/2008 dispõe expressamente, em seu art. 29-A, §2º, que "erros no preenchimento da planilha não são motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a Planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado, e desde que se comprove que este é suficiente para arcar com todos os custos da contratação".

Conforme o § 3º do art. 26 do Decreto nº 5450/05, no julgamento da habilitação e das propostas, o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação. Inclusive, não é demais lembrar que a própria Lei n.º 8.666/93 está carregada de tópicos de preocupação, acerca da responsabilização de eventuais responsáveis da disputa por: a) imposição de restrições indevidas à ampla concorrência; b) elaboração imprecisa de editais e c) inclusão de cláusulas que denotam o direcionamento do procedimento licitatório.

Dando respaldo a esse poder de cautela, o art. 82 ordena que, os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da lei de licitações, além das sanções próprias administrativas previstas, "sujeitam-se à responsabilidade civil e criminal".

Acrescente-se, por adequado, que restrições indevidas e preferências injustificáveis podem ser enquadradas criminalmente no artigo 90 do Estatuto Licitatório (frustrar mediante qualquer expediente, o caráter competitivo da licitação. Pena de 2 a 4 anos, além de multa).

Com fundamento do art. 49, da Lei n° 8666/93, declarar-se nulo o julgamento da desclassificação da **ECONOMICA ENGENHARIA E OBRAS LTDA – ME, no tocante ao erro material constante no prazo de validade da proposta, para:**

- conhecer válida a proposta apresentada;
- conceder prazo para ECONOMICA ENGENHARIA E OBRAS LTDA – ME retificar a proposta apresentada, com correção do prazo de validade para 120 (cento e vinte dias);
- receber a proposta devidamente retificada em anexo, por tratar-se de mero erro material que não macula o todo da proposta apresentada.

II – DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA

A **ECONOMICA ENGENHARIA E OBRAS LTDA – ME teve sua proposta de preço declarada inexequível, sem que lhe fosse aberta a possibilidade de comprovar a exequibilidade da propostas.**

Ademais, observa-se que a proposta da **ECONOMICA ENGENHARIA E OBRAS LTDA – ME é a mais vantajosa, sendo absolutamente necessário observar que a Recorrente comtempla todos os critérios técnicos para realização dos itens do Edital, os quais contemplam serviços intelectuais, e não obras.**

Ainda, como já aludido a Ata que culminou com a declaração de inabilitação, e desclassificação da Recorrente não fundamenta de forma clara os motivos pelos quais considerou a proposta inexequível, e por quais motivos a Recorrente não teria condições de executar os serviços licitados.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a interpretação do dispositivo não seja rígida, literal e absoluta. A presunção de inexequibilidade, também para a jurisprudência, deve ser relativa, oportunizando ao licitante à demonstração de exequibilidade da proposta.

> 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 inexequibilidade. 2. **A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexequibilidade 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 inexequibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexequibilidade 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, como se verifica, por exemplo:

> 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 inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta. (Acórdão 587/2012 – Plenário, Rel. Min. Ana Arraes)

Corrobora deste 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 inexequível a proposta de valor inferior, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto** (JUSTEN FILHO, 2010, p. 609).

Portanto, a legislação estabelece parâmetros de inexequibilidade dos preços, devendo ser oportunizado ao licitante a oportunidade de comprovação da exequibilidade da proposta.

Trata-se, ainda, de assegurar o cumprimento do interesse público com economia de recursos. Uma vez que o equívoco pode não ser na proposta baixa do licitante, mas, sim, na estimativa elaborada pela Administração. A qualidade do valor orçado pela Administração é questão de destacada pelo notável Prof. Carlos Motta, para a aferição da proposta apresentada na licitação:

> Destarte, e em resumo, o critério descrito no art. 48, notadamente, no § 1°, almeja aferir parâmetros de concretude, seriedade e firmeza da proposta. A consecução desse objetivo dependerá certamente da fidedignidade do valor orçado pela Administração, base de todo o cálculo. (MOTTA, 2008, p. 534)

Ora, a Econômica Engenharia, executa os serviços licitados por seus sócios, e portanto não possui custo exacerbado na realização dos serviços, e sua inabilitação e desclassificação somente irá privar a Administração Pública de contar com o melhor serviço, pelo menor preço.

Desta feita, apresenta-se em anexo justificativa da exequibilidade da proposta, e uma vez comprovada a exequibilidade da proposta, deverá a licitante seguir na disputa.

O artigo 40, inciso X, da Lei n° 8.666/93 dispõe ainda sobre o critério de aceitabilidade dos preços. O dispositivo veda a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação aos preços de referência.

No entendimento do Tribunal de Contas da União, a exclusão do certame de proposta passível de demonstração de exequibilidade constitui falta grave, visto que os fatores externos que oneram a produção incidem de maneira diferente sob cada empresa, a depender da situação empresarial, facilidades ou dificuldades que permeiam nas negociações.

> 18. Não bastasse essa grave falha, verificou-se que não foi dada ao licitante desclassificado por inexequibilidade a oportunidade de demonstrar a viabilidade de sua oferta. Essa impropriedade também se afigura grave porque, como firmado na doutrina afeta à matéria e na jurisprudência desta Corte (vide relatório supra), o juízo de inexequibilidade de uma proposta não é absoluto, mas

> admite demonstração em contrário. Isso, porque não se pode descartar a possibilidade de que o licitante seja detentor de uma situação peculiar que lhe permita ofertar preço inferior ao limite de exequibilidade estimado pelo contratante. Por exemplo, é perfeitamente possível que uma empresa, em especial de maior porte, partilhe custos – como infraestrutura, pessoal etc., entre os diversos clientes, resultando em redução nos preços de seus serviços. Também não se pode descartar que, muitas vezes, a estimação da exequibilidade pelo contratante possa apresentar deficiências, visto que sua visão de mercado não tem abrangência e precisão comparáveis às da empresa que atua no ramo. 19. Em vista dessas ocorrências, restou prejudicado o contratante que poderia ter obtido melhor preço e, consequentemente, uma proposta mais vantajosa. (Acórdão 1.248/2009 Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

Como visto, tanto o legislador quanto o Tribunal de Contas da União, muito sabiamente, manifestaram-se no sentido de evitar a desclassificação sumária das propostas sem a oportunidade de comprovação de exequibilidade do valor ofertado.

Isso porque, é inegável que existe uma grande dificuldade na identificação do patamar mínimo de exequibilidade. A Administração não dispõe de condições precisas e exatas sobre os custos do particular ou sobre suas possibilidades de executar o contrato.

Têm-se, portanto, a questão da variação dos custos, motivo pelo qual o Poder Judiciário e os tribunais de contas veem o tema inexequibilidade como uma questão relativa, trata-se da relatividade dos diferentes fatores econômicos, dos agentes atuantes sobre uma mesma atividade, o que impossibilita a determinação de uma regra padrão.

No que se refere aos custos com insumos ou estrutura operacional, uma proposta pode perfeitamente ser exequível para uma empresa e não ser para outra. O que ocorre no presente caso.

Sendo assim, a análise da inexequibilidade das propostas com base apenas nas condicionantes e percentuais expressos em lei mostra-se totalmente insuficiente, visto a relatividade como o tema já é pacificamente tratado, utilizar como parâmetro somente práticas usuais de mercado, exclui os demais fatores incidentes sob a atividade empresária.

A doutrina aponta ainda uma série de argumentos que se opõem a desclassificação de propostas no processo licitatório com base na constatação equivocada da inexequibilidade do preço.

O primeiro deles reside na declaração de inconstitucionalidade, visto que à Constituição Federal não pode vedar a benemerência em favor do Estado, pois se um particular tiver a intenção de auxiliar à Administração na persecução do interesse público, cobrando para tanto um valor irrisório ou zero pelos seus serviços o dever de negar à proposta é inconstitucional (JUSTEN FILHO, 2010, p. 654-655).

Outra questão é a responsabilidade do licitante pela proposta que ofertar ao poder público, se ela envolve riscos econômicos e ainda assim o proponente quiser aventurar-se, não haverá transferência desse risco ao Poder Público, que poderá tão somente executar a garantia, rescindir o contrato e aplicar as penalidades cabíveis.

O Estado deve, ainda, **executar a garantia adicional**, prevista no § 2° do artigo 48 da Lei n° 8.666/93, para compensar prejuízos sofridos com a inadimplência do contratado.

Conforme o critério apresentado no edital esta garantia adicional seria sobre os R$ 27.246,80, conforme memória de cálculo abaixo:

ID	EMPRESA	PROPOSTA
1	ECONOMICA ENGENHARIA	R$ 495.775,36
2	EFFECT ARQUITETURA E GERENCIAMENTO DE PROJETOS LTDA	R$ 738.900,00
3	FOX ENGENHARIA	R$ 739.648,00
4	OLIVEIRA ARAUJO	R$ 794.865,31
5	MAGNUS ENGENHARIA	R$ 797.236,33
6	TEIXEIRA RIBEIRA	R$ 818.800,00
7	JPM ARQUITETURA	R$ 844.996,57
(A)	VALOR EDITAL	R$ 890.000,00
(B)	MÉDIA ARITIMÉTICA DAS PROPOSTAS	R$ 747.174,51
(C)	70% DO VALOR DA MÉDIA ARITIMÉTICA	R$ 523.022,16
	DIFERENÇA ENTRE (C) E PROPOSTA ECONOMICA ENGENHARIA	R$ 27.246,80

Reafirmamos a exequibilidade da nossa proposta e apresentamos contratos equivalentes, inclusive de complexidade superior em anexo, comprovando a nossa capacidade.

E finalmente, a violação da liberdade concorrencial, sob a máxima de que não cabe à Administração a fiscalização do lucro do empresário, mas tão somente a exigência de comprovação da capacidade de execução do contrato.

III – DO REQUERIMENTO

Assim requer seja conhecido o recurso, e consequentemente provido para:

- receber a retificação com a correção do prazo de validade da proposta, nos termos da fundamentação;
- receber a declaração em anexa para comprovar a exequibilidade da proposta, e consequentemente declaração a Recorrente, habilitada e vencedora do certamente, nos termos da fundamentação.

Outrossim, amparada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir à autoridade superior em consonância com o previsto no § 4°, do art. 109, da Lei n° 8666/93, comunicando-se aos demais licitantes para as devidas impugnações, se assim o desejarem, conforme previsto no § 3°, do mesmo artigo do Estatuto.

Termos em que
pede deferimento.

Curitiba, 8 de setembro de 2021.

Diogo Antonio Caseiro Capraro Jr.
Engenheiro Civil
CREA 205944-D / PR

ECONOMICA ENGENHARIA E OBRAS LTDA – ME
CNPJ n° 72.544.711/0001-38