



JULGAMENTO DE RECURSO DE LICITAÇÃO

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 06/2018/COREN-AM

O Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas, neste ato representado por sua Pregoeira, designada pela Portaria Coren-AM nº. 002 de de 03 de janeiro de 2017, publicada no D.O.U. no dia 17 de janeiro de 2017, página 53, seção 2, vem em razão do **RECURSO contra a decisão do Pregoeiro no Pregão Eletrônico em epígrafe**, interposto pela(s) licitante(s): FACTO Turismo - EIRELI, inscrita no CNPJ sob o nº 14.807.420/0001-99, com sede na Avenida Pedro Lessa, nº 1064, Conjunto.32, Bairro Ponta Praia, na cidade de Santos/SP, apresentar as suas razões, para, ao final decidir, como segue:

I – DO RELATÓRIO

Trata-se da análise do **RECURSO contra a decisão do Pregoeiro no Pregão Eletrônico Nº 06/2018**, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na prestação, de forma contínua, por intermédio de operadora ou agência de viagens para cotação, reserva e fornecimento de fornecimento de passagens aéreas nacionais e internacionais, rodoviárias nacionais e fluviais nacionais, por meio de atendimento remoto (e-mail e telefone) e/ou posto de atendimento para atender às necessidades do Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas – COREN-AM, **objetivando a inabilitação da empresa L.A. Viagens e Turismo Ltda, por apresentar proposta incorreta e inexequível.**

II – PRELIMINARMENTE – DO RECEBIMENTO E DA ADMISSIBILIDADE

A análise preliminar cumpre a verificação dos requisitos formais para apresentação do recurso.

A empresa FACTO Turismo - EIRELI enviou recurso pelo portal comprasnet respeitando a data final para encaminhamento de alegações previstas para 27/06/2018 até 23:59, portanto **dentro do prazo** e em **conformidade** com a exigência do subitem 11.5 do Edital, no que se refere à TEMPESTIVIDADE, senão vejamos:

11.5. Uma vez admitido o recurso, o recorrente terá, a partir de então, o prazo de três dias para apresentar as razões, pelo sistema eletrônico, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contrarrazões



Coren^{AM}

Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas

também pelo sistema eletrônico, em outros três dias, que começarão a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis a defesa de seus interesses.

Também no que se refere a Lei 8666/93:

Art. 109. 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:

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;*
- b) julgamento das propostas;*
- c) anulação ou revogação da licitação;*
- d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, suas alteração ou cancelamento;*
- e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei;*
- f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;*

§ 1º. A intimação dos atos referidos no inciso I, alíneas “a”, “b”, “c” e “e”, deste artigo, excluídos os relativos à advertência e multa de mora, e no inciso III, será feita mediante publicação na imprensa oficial, salvo para os casos previstos nas alíneas “a” e “b”, se presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

§ 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.



Coren^{AM}

Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas

§ 5º. Nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado.

Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

Também no que se refere a Lei 10520/2002

Art. 4º. A fase externa do pregão iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

XVIII. declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3(três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos.

XIX. o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX. a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor.

XXI. decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor.

Art. 8º. Os atos essenciais do pregão, inclusive os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados no processo respectivo, com vistas à aferição de sua regularidade pelos agentes de controle, nos termos do regulamento previsto no art. 2º.



Coren^{AM}

Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas

Art. 9º. Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993.

Também no que se refere o Decreto 5.450/2005

Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

§ 1º A falta de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer, nos termos do caput, importará na decadência desse direito, ficando o pregoeiro autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor.

§ 2º O acolhimento de recurso importará na invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.

§ 3º 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.

III – DO CONHECIMENTO

Tendo em vista a tempestividade dos recursos, ocorre que o administrador deverá fazer uma leitura e análise acerca dos argumentos trazidos pelos recorrentes, como forma de autotutela de seus atos, pois, eventualmente, o recorrente, poderá ter razão e haverá a necessidade de revisão do ato padecente de vício.



Coren^{AM}

Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas

Outrossim, no tocante à forma de apresentação verificou-se que os recursos foram interpostos de forma escrita no portal comprasnet, com petição endereçada ao Pregoeiro e no qual foram inseridas as razões de recurso, contendo: Fundamentação, Pedido de Nova Decisão e observada a legitimidade da parte recorrente.

Desta forma, verifica-se que a apresentação do Recurso foi analisada a bem do serviço público.

Sendo assim, considerando os pressupostos de admissibilidade de interposição de recurso, quais sejam legitimidade ad causam, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir, tempestividade e inconformismo da empresa insurgente, esta Pregoeira tomou conhecimento, para à luz dos preceitos legais, analisar os fundamentos aduzidos pela requerente, senão vejamos:

IV – DAS RAZÕES APRESENTADAS PELA REQUERENTE FACTO TURISMO - EIRELI

“ (...) I – DOS FATOS

1. Interessada em adjudicar o objeto, a FACTO credenciou-se no certame, registrando sua proposta nos termos do Edital, respeitando, inclusive, a presunção inexecutabilidade de propostas inferiores a R\$ 539.090,82 (Anexo I, item 5.5.). A recorrida, por seu turno, apresentou proposta de R\$ 497.584,32. Ressalta-se: com taxa de agenciamento negativa de R\$ 130,51 para voos nacionais. Ou seja, a proposta é manifestamente inexecutável.

2. A Recorrida, contudo, foi declarada vencedora do certame, mesmo que sua proposta esteja em absoluto desacordo com o Edital.

3. E não há de se fazer malabarismo intelectual e/ou contábil para se dizer que a proposta está de acordo com o Edital, pois, um dos pressupostos da licitação é a objetividade nos critérios de julgamento da proposta, sendo defeso a qualquer licitante praticar manobras obscuras, sob pena de fraude ao Edital.

4. Isto se dá, pois, todas as licitantes que se vincularam ao instrumento convocatório devem receber tratamento isonômico por parte da Administração. A recorrida, portanto, deve ser desclassificada, em face da objetividade editalícia em presumir que propostas inferiores a R\$ 539.090,82 são manifestamente inexecutáveis.

5. Na eventualíssima hipótese de não ser este o entendimento da Administração, deve-se necessariamente promover diligência para verificação da executabilidade da proposta. Afinal, qual seria o procedimento contratual diante de passagens aéreas inferiores a R\$130,61? A L.A. Viagens pagaria ao COREN a diferença? Perguntas que merecem respostas, a fim de se evitar intempéries na execução contratual.



**V – DA ILEGALIDADE APONTADA PELA REQUERENTE FACTO
TURISMO - EIRELI**

II.a. Da objetividade da regra editalícia e a manifesta inexecuibilidade da proposta da recorrida.

6. O Edital em seu Anexo I, item 5.5. do edital foi de uma solar clareza ao estabelecer que será considerada manifestamente inexecuível proposta inferior a R\$539.090,82 (Quinhentos e trinta e nove mil, noventa reais e oitenta e dois centavos) no valor total anual das passagens, constante da coluna D.

7. Nesse sentido, qualquer proposta que vá de encontro a isto deve automaticamente ser desclassificada, consoante propugna o Anexo I em seu item 5.4. , motivo pelo qual a decisão deve ser reformada, com a imediata desclassificação da recorrida.

8. Agir de maneira contrária incorre em expressa afronta ao pressuposto de objetividade nos julgamentos das propostas, em que a seleção do licitante vencedor deve ser baseada no preenchimento ou não dos requisitos estabelecidos em lei ou no Edital. É dizer, não há espaço para subjetividade nem discricionariedade.

9. Do contrário, haverá afronta aos Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório e da Isonomia entre os Licitantes.

II.b. Da Vinculação ao Instrumento Convocatório e da Isonomia entre os Licitantes.

10. O princípio da legalidade veda ao órgão licitante “adotar qualquer providência ou instituir qualquer restrição sem autorização legislativa” . Ocorre que seria inviável que todo e qualquer procedimento licitatório fosse regulado por lei, pois haveria “necessidade de uma lei disciplinando cada licitação”. A lei se assemelha a uma moldura, estabelecendo bases e limites ao processo licitatório.

Art. 3º (Lei 8.666/1993). A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com 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.

Art. 4º (Lei 10.520/2002). [...]

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão

declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

11. A Lei, além de garantir a observância dos princípios da isonomia e da vantajosidade, determina que a proposta deve ser processada e julgada em estrita conformidade com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Significa que a autoridade administrativa fica subordinada ao instrumento convocatório, e o julgamento somente pode se basear nos critérios objetivos nele estabelecidos, pois, “é vedado alterar os critérios e as exigências fixados no ato convocatório.”

12. A respeito do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO ensina:

“A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.”

13. Resta, assim, consolidado que o aceite de propostas que vão de encontro ao item 5.5. do Anexo I, acaba por afrontar a isonomia entre todas as licitantes que vincularam-se aos termos do edital, que foi bem objetivo em estabelecer que propostas inferiores R\$ 539.090,82 seriam desclassificadas.

II.c. SUBSIDIARIAMENTE – Da verificação da exequibilidade da proposta da recorrida.

14. Caso se entenda que a proposta da recorrida não está em desacordo com o Edital, a Recorrente recorda que a Administração está imbuída do poder-dever de diligência para a verificação da exequibilidade da proposta em debate, a fim de resguardar o interesse público em contratar a proposta mais vantajosa.

15. Tal instrumento toma maior relevância ao se deparar com uma taxa de agenciamento negativa de R\$ 130,51! Renova-se o questionamento de como será o proceder da Administração quando o valor da passagem adquirida for inferior ao desconto ofertado. A agência terá, além de entregar a passagem, ainda pagar a diferença? Essa opção não parece fazer qualquer sentido. Por outro lado, se a Administração aceitar apenas a entrega da passagem, então o desconto ofertado não terá sido de R\$ 130,51 na prática, o que comprova que, ao final, terá havido fraude ao procedimento competitivo.

16. A fim de dirimir tais dúvidas, torna-se imperioso que se realizem as prerrogativas (poder-dever) da Administração em verificar a exequibilidade da proposta, a fim de proteger o interesse da Administração.



17. Sobre o tema, o leciona Marçal Justen Filho:

A realização da diligência não é uma simples “faculdade” da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora. Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. Se a dúvida for sanável por meio de diligência será obrigatória a sua realização.

18. Inclusive, veja-se que o item 7.5. impõe a verificação de exequibilidade da proposta, veja-se:

Se houver indícios de inexecutabilidade da proposta de preço, ou em casoda necessidade de esclarecimentos complementares, poderão ser efetuadas diligências, na forma do § 3º do artigo 43 da Lei nº 8.666, de 1993, a exemplo das enumeradas no anexo VII-A, item 9.4 da IN no 05/2017, para que a empresa comprove a exequibilidade da proposta. 19. Assim, em face do exposto, solicita-se, subsidiariamente, que Vossa Senhoria atue em seu poder-dever de diligência, requerendo da recorrida a comprovação da exequibilidade de sua proposta.

VI – DO PEDIDO DA REQUERENTE FACTO TURISMO - EIRELI

20. Diante do exposto, a Recorrente REQUER a reforma da decisão impugnada para a desclassificação da proposta da Recorrida, em face de estar em desacordo com o Edital, Anexo I, item 5.5. Subsidiariamente, requer a promoção de diligência para que a Recorrida comprove a exequibilidade de sua proposta.

São os termos em que pede e espera deferimento.

De Santos/SP para Manaus/AM, 26 de junho de 2018.

VII – DAS CONTRA - RAZÕES APRESENTADAS PELA RECORRIDA L. A. VIAGENS E TURISMO LTDA.

“ (...) II – DOS FATOS

Em suas contra-razões, a licitante declarada vencedora do certame replica os argumentos da recorrente nos seguintes termos:



Coren^{AM}

Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas

1. O Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas realizou licitação na modalidade Pregão Eletrônico, na data de 22/06/2018, às 10:01 hs, cujo objeto abrangeu a Contratação da prestação de serviço de natureza continuada, por intermédio de operadora ou agência de viagens, para cotação, reserva e fornecimento de passagens aéreas nacionais e internacionais, rodoviárias nacionais e fluviais nacionais, por meio de atendimento remoto (e-mail e telefone) e/ou em Posto de Atendimento Físico da Contratada, em regime de empreitada por preço unitário, para atender as necessidades deste Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas, em Manaus - AM, por meio de condições explícitas no edital ao qual o pregão estaria vinculado, restando vencedora desta licitação a empresa L.A Viagens e Turismo Ltda, ora Contrarrazoante.

2. Insatisfeitas com a decisão proferida pela ilustríssima pregoeira, as empresa supracitadas interpuseram Recursos Administrativos, aduzindo em suas razões dentre outros argumentos, que a empresa L.A Viagens não poderia restar vencedora do certame ora em comento, uma vez que a proposta por ela apresentada seria inexecutável, bem como estaria afrontando regra editalícia. O argumento apresentado pelas Recorrentes traduz-se em alegações de empresas perdedoras em licitação, indo de encontro ao preceituado em decisões do TCU quanto à alegação genérica de inexequibilidade.

3. Preliminarmente, cumpre salientar que a decisão proferida pela pregoeira em rever a decisão de desclassificação da empresa Contrarrazoante foi TOTALMENTE acertada, uma vez que no discurso do prof. Marcelo Alexandrino, "a anulação de atos ilegais ou ilegítimos constitui num verdadeiro PODER-DEVER da administração pública", de modo que como a anulação retira do mundo jurídico atos com defeito de validade (atos inválidos), ela retroage os seus efeitos ao momento da prática do ato (ex tunc). Nesta senda, todos os efeitos produzidos pelo ato devem ser desconstituídos. Seguem as Súmulas do STF que trata da possibilidade da Administração Pública declarar a invalidade do seu ato:

Súmula 346

"A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos".

Súmula 473

"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

4. No caso em tela o ato praticado pela pregoeira de desclassificação estava



Coren^{AM}

Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas

eivado de vícios, uma vez que a proposta apresentada pela L.A Viagens está em consonância com o esclarecimento prestado pela Administração Pública, sendo legítima a revisão do Ato Administrativo. É importante anotar que as respostas a esclarecimentos solicitados pelos interessados apresentam cunho vinculante para a Administração, conforme entendimento do STJ, no REsp n. 198.665/RJ, 2ª T, rel. Min. Ari. Pargendler, j. em 23.03.1999, DJ de 03.03.1999, litteris:

“ A resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital”

5. De forma a corroborar o acima sustentado, segue transcrito abaixo o esclarecimento prestado pelo COREN/AM, o qual está bastante claro quanto à possibilidade de se ofertar taxa de agenciamento negativa, e ainda foi devidamente publicado no sítio eletrônico do Compras Governamentais, sendo respeitados os princípios da isonomia entre os licitantes e a publicidade do ato administrativo, de forma que alegação das Recorrentes não merecem prosperar.

“ Dessa forma, a empresa deverá apresentar no sistema ComprasNet o valor global conforme em exemplo o ANEXO II do Edital a planilha de preço, a empresa poderá alterar seu valor global ajustando na planilha a coluna B referente a Remuneração do Agente Viagem – RAV (R\$) o que resultará na diminuição do valor global conforme a metodologia de cálculo expresso no ANEXO II. Fica claro que a coluna B poderá ser expressa em valor negativo pois será entendido que a empresa não exigirá remuneração e sim desconto nas passagens. Suponhamos a Coluna B com valor negativo: Colunas: (A) Quantidade Anual de Passagens = 248; (B) Remuneração do Agente Viagem – RAV (R\$) = R\$ - 0,50; (C = A x B) RAV Total (R\$) = R\$ - 124,00; (D) Valor Anual das Passagens (R\$) é um valor fixo = R\$360.230,10; (E = C + D) Valor Anual Estimado da Contratação (R\$) R\$ 360.106,10 já com o desconto de 124 reais.”

6. Num outro giro, o valor ofertado pela empresa L.A Viagens e Turismo LTDA. de taxa negativa, frise-se que não há nenhuma anormalidade, tendo em vista que é uma prática costumeira nas licitações recentemente ocorridas que tem por objeto a prestação de serviços de emissão e afins de passagens aéreas. Como prova do que está sendo alegado, listam-se a seguir alguns nomes dos Órgãos que realizaram pregões no corrente ano, em que os vencedores dos certames ofertaram o valor de agenciamento negativo: CONTAG, TRE/ES, TRE/RS, dentre outros.

7. Passemos neste instante analisar o tema da inexequibilidade. Não se pode simplesmente presumir que uma proposta é inexequível, visto que o valor



Coren^{AM}

Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas

constante em qualquer Termo de Referência trata-se de mero valor estimado. Imaginar que o valor constante no edital seria aquele efetivamente ganho pela empresa vencedora do certame, resultaria numa frustração do caráter competitivo que é inerente à natureza do Pregão Eletrônico, o qual prevê em sua origem disputa sucessiva de lances.

8. Cumpre ressaltar que no tocante à inexequibilidade, a sua apuração tem de fazer-se caso a caso, sem a possibilidade da eleição de uma regra objetiva padronizada e imutável, conforme aduzido pelas Recorrentes, pois consideraram a priori um verdadeiro absurdo o lance formulado pela ora Contrarrazoante, desconhecendo definitivamente os elementos que compõem a proposta apresentada, que se configura totalmente idônea, haja vista que somente a empresa L.A Viagens é conhecedora dos valores que a compõem.

9. Nesta toada, considerar sumariamente uma proposta como inexequível, significa alegar que a Administração é conhecedora profunda do mercado em questão, da composição de custos e das características pertinentes ao objeto licitado, de molde a avaliar genericamente o limite da inexequibilidade, o que se configura como argumento ilegítimo e inidôneo.

10. Acerca do tema da inexequibilidade, merece destaque a lição do renomado doutrinador Marçal Justen Filho em “Pregão (Comentários à legislação comum e eletrônica)”, 5ª edição, *ipsis litteris*:

“ Tem de reconhecer-se que a pluralidade de propostas distintas e autônomas revela a possibilidade de os particulares executarem a prestação por preço ainda inferior ao que imaginara a Administração. Não existe qualquer defeito jurídico nesse exemplo, relacionado ao que costumeiramente se denomina de assimetria de informações. A expressão indica que o particular, que domina o processo econômico, é capaz de obter informações muito mais precisas do que a Administração. É da inerência da atividade econômica a impossibilidade de a Administração conhecer as características e os meandros da atividade produtiva tão bem quanto os particulares.

11. Ainda no que tange o tema da inexequibilidade, faz-se imperioso transcrever o consubstanciado nos seguintes acórdãos proferidos pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

Acórdão n. 559 de 2009, 1ª C., rel. Min. Augusto Nardes

“Representação. Pregão. Demonstração da Exequibilidade das Propostas Apresentadas em Licitação. Estabelecimento, por Parte da Comissão de Licitação ou do Pregoeiro, de Critérios Subjetivos para aferir a Exequibilidade

das Propostas. Impossibilidade. Jurisprudência do TCU. Conhecimento. Determinação.

Nos termos da Jurisprudência do TCU, não cabe ao pregoeiro ou à comissão de licitação declarar a inexecutabilidade da proposta da licitante, mas facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a executabilidade das suas propostas.”

Acórdão n. 287 de 2008, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar
“ 18. A respeito do preço contratado, cabe registrar, em razão de argumentos apresentados pela empresa vencedora do certame, e que foi, por fim, contratada, que não há que se falar em inexecutabilidade do preço da representante. A executabilidade deve ser demonstrada pela participante, cabendo ter em mente algumas considerações.
19. A desclassificação de propostas em razão de preço tem por objetivo evitar que a administração contrate bens ou serviços por preços excessivos, desvantajosos em relação à contratação direta no mercado, ou inexequíveis/irrisórios, que comprometam a satisfação do objeto almejado com consequências danosas à administração.

20. No que se refere à inexecutabilidade, entendo que a compreensão deve ser sempre no sentido de que a busca é pela satisfação do interesse público em condições que, além de vantajosas para a administração, contemplem preços que possam ser suportados pelo contratado sem o comprometimento da regular prestação contratada. Não é objetivo do Estado espoliar o particular, tampouco imiscuir-se em decisões de ordem estratégica ou econômica das empresas. Por outro lado, cabe ao próprio interessado a decisão acerca do preço mínimo que ele pode suportar.

21. Assim, o procedimento para aferição de inexecutabilidade de preço definido no art. 48, inciso II, parágrafo 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexecutabilidade de preços. Isso porque, além de o procedimento encerrar fragilidades, dado que estabelece dependência em relação a preços definidos pelos participantes, sempre haverá a possibilidade de o licitante comprovar sua capacidade de bem executar os preços propostos, atendendo satisfatoriamente o interesse da administração.

22. Nessas circunstâncias, caberá à administração examinar a viabilidade dos preços propostos, tão somente como forma de assegurar a satisfação do interesse público, que é o bem tutelado pelo procedimento licitatório. (...)”.

12. Nesta esteira, a L.A Viagens e Turismo é conhecedora dos princípios norteadores de licitações públicas, sendo uma empresa de reputação ilibada, firmando-se no mercado de turismo há mais de 17(dezessete) anos, não havendo qualquer conduta que desabone sua qualificação de empresa séria e reputação ilibada, e salienta-se, mais uma vez, que seu lance é legítimo e legal, cabendo tão somente à empresa vencedora do certame comprovar a sua



Coren^{AM}

Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas

exequibilidade, consoante afirmado pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, de modo que a Contrarrazoante fica à disposição da ilustre pregoeira para apresentar a sua Planilha de Custos, caso a solicite, comprovando a exequibilidade do seu lance.

13. Por fim, cumpre esclarecer que o Termo de Referência do edital em comento, traça como tipo de licitação, o menor preço global, traduzindo-se assim na proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sendo imperioso destacar as lições sobre a definição do pregão pelo Mestre Marçal Justen Filho em Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª edição, à fl. 09:

“ Pregão é uma modalidade de licitação de tipo menor preço, destinada à seleção da PROPOSTA MAIS VANTAJOSA de contratação de bem ou serviço comum (...). O pregão é, em princípio, uma licitação do tipo menor preço. Isso significa que o critério de seleção das propostas é o MENOR VALOR A SER DESEMBOLSADO pela Administração Pública.” (grifo nosso).

14. No caso em análise, a proposta da empresa L.A Viagens e Turismo Ltda é aquela que apresenta a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, incidindo neste momento o princípio embasado no art. 41 da lei 8.666/93, denominado princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o qual obriga a Administração, bem como o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. O edital é dito a lei interna da licitação e deve definir tudo aquilo que é importante para o certame. Para tanto, transcreve-se em sua totalidade o artigo em epígrafe mencionado:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

15. Em suma, pelo exposto, a conduta adotada pela ilustríssima pregoeira está em consonância com o entendimento da Corte Maior de Contas Brasileira, esperando-se que o ato decisório praticado seja ratificado, culminando na adjudicação do objeto da presente licitação à empresa L.A. Viagens e Turismo Ltda. e posterior homologação.

VIII – DO PEDIDO DA RECORRIDA L. A. VIAGENS E TURISMO LTDA.

Ex. positis, requer a V. Sa, que dê provimento às Contrarrazões apresentadas, mantendo-se a decisão proferida, com a consequente adjudicação do objeto deste pregão e respectiva homologação do procedimento licitatório à empresa L.A Viagens e Turismo Ltda. (Travel & Tours).



IV – DO JULGAMENTO

Diante do documento contestador e contra-razões apresentadas, passamos a análise e julgamento da peça recursal:

1. Inicialmente, temos a esclarecer que os critérios utilizados para aceitabilidade e julgamento estão dispostos no item 7.2.3 do Edital;
2. Tendo em vista o equívoco cometido pela Pregoeira sobre a aceitabilidade da Proposta da empresa L. A. VIAGENS E TURISMO LTDA., que desclassificou a proposta da referida, que após diligência interna e análise mais detalhada, e ainda considerando a prerrogativa da Administração Pública em rever seus atos, conforme Súmula do STF 346 e 473, do qual serviu de embasamento para que a Pregoeira decidisse pela aceitabilidade da proposta.
3. Segundo, trazemos ao teor deste documento determinação do artigo 48 da Lei nº 8666/93, que trata especificamente dos critérios de aceitabilidade de propostas:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis, 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.

4. Complementarmente, incluímos o Acórdão nº 697/2006 Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar:

” 1. Os parâmetros de aferição de preços inexeqüíveis, previstos nos §§ 1º e 2º do inciso II do artigo 48 da Lei nº 8.666/93 podem ser incluídas em editais cujo objeto não seja obras e serviços de engenharia.



Coren^{AM}

Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas

10. No que se refere à inexecutabilidade, entendo que a compreensão deve ser sempre no sentido de que a busca é pela satisfação do interesse público em condições que, além de vantajosas para a administração, contemplem preços que possam ser suportados pelo contratado sem o comprometimento da regular prestação contratada. Não é objetivo do Estado espoliar o particular. Por outro lado, cabe ao próprio particular a decisão acerca do preço mínimo que ele pode suportar.

11. Assim, no contexto da definição de critério para aferir inexecutabilidade de preço, julgo que não há prejuízo à transparência e à lisura do certame valer-se dessa fórmula definida no art. 48, inciso II, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ainda que para outras contratações de menor preço que não as relativas a serviços e obras de engenharia, uma vez que constitui mais um instrumento para verificação da executabilidade do preço. Na verdade, esse dispositivo conduz a uma presunção relativa de inexecutabilidade de preços. Isso porque sempre haverá a possibilidade de o licitante comprovar sua capacidade de bem executar os preços propostos, atendendo satisfatoriamente o interesse da administração.”

5. Conforme destacamos acima, existem regras específicas para determinação de preço inexecutável, não cabendo aos licitantes interpretações próprias baseadas meramente em avaliações superficiais, sem nenhuma relevância legal ou sustentação jurídica.
6. Com relação ao valor cotado pela Recorrida, podemos afirmar que, nem mesmo a determinação de inexecutabilidade por cálculos exatos, seguindo a regra anteriormente exposta, bastaria para motivar a exclusão do menor lance. Tal entendimento eleva-se do fato de que determinações subsequentes limitam os poderes do Pregoeiro e, como exemplo, segue fragmento da instrução normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, MPOG:

Art. 29. Serão desclassificadas as propostas que:

- I - Contenham vícios ou ilegalidades;*
- II – Não apresentarem as especificações técnicas exigidas pelo Projeto Básico ou Termo de Referência;*



Coren^{AM}

Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas

III - Apresentarem preços finais superiores ao valor máximo mensal estabelecido pelo órgão ou entidade contratante no instrumento convocatório;

IV - Apresentarem preços que sejam manifestamente inexequíveis; e

V – não vierem a comprovar sua exequibilidade, em especial em relação ao preço e a produtividade apresentada.

§ 1º Consideram-se preços manifestamente inexequíveis aqueles que, comprovadamente, forem insuficientes para a cobertura dos custos decorrentes da contratação pretendida.

§ 2º. A inexequibilidade dos valores referentes a itens isolados da planilha de custos, desde que não contrariem instrumentos legais, não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta.

§ 3º Se houver indícios de inexequibilidade da proposta de preço, ou em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, poderá ser efetuada diligência, na forma do § 3º do art. 43 da Lei 8666/93, para efeito de comprovação de sua exequibilidade, podendo adotar, dentre outros, os seguintes procedimentos: (Grifo nosso)

7. Cumpre ainda ressaltar uma importante ressalva feita pelo iminente Marçal Justen Filho, ao discorrer sobre a questão da inexequibilidade:

“ A desclassificação por inexequibilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipótese muito restrita. O núcleo da concepção ora adotada reside na impossibilidade de o Estado transformar-se em fiscal da lucratividade privada e na plena admissibilidade de proposta deficitária.” (Comentário a Lei de licitações e contratos administrativos).

“ Mas ainda, um particular plenamente capaz pode dispor de seus bens, inclusive para lançar-se em empreitadas econômicas duvidosas. Poderá assumir riscos, de que derivarão prejuízos. Não é cabível que o Estado assuma, ao longo da licitação, uma função similar à de curatela dos licitantes. Se um particular comprometer excessivamente seu patrimônio, deverá arcar com o insucesso correspondente.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos



Coren^{AM}

Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas

Administrativos. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 628. (Sem grifo no original)

8. Impende ressaltar que, por força de contrato, a licitante declarada vencedora do certame será obrigada a prestar o serviço com a qualidade exigida por esta Administração e respeitando os parâmetros determinados no instrumento convocatório, estando sujeita às penalidades legais em caso de descumprimento das regras contratuais, conforme **detalha o item 18 do Edital, reforçado ainda pelo art. 21, parágrafo único da instrução normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, MPOG:**

Art. 21. As propostas deverão ser apresentadas de forma clara e objetiva, em conformidade com o instrumento convocatório, devendo conter todos os elementos que influenciam no valor final da contratação, detalhando, quando for o caso:

I. Os preços unitários, o valor mensal e o valor global da proposta, conforme o disposto no instrumento convocatório;

II. Os custos decorrentes da execução contratual, mediante o preenchimento do modelo de planilha de custos e formação de preços estabelecidos no instrumento convocatório.(...)

Párrafo único. A apresentação das propostas implica obrigatoriedade do cumprimento das disposições nelas contidas, assumindo o proponente o compromisso de executar os serviços nos seus termos, bem como fornecer todos os materiais, equipamentos, ferramentas e utensílios necessários, em quantidades e qualidades adequadas à perfeita execução contratual, promovendo, quando requerido, sua substituição.

9. Conforme as disposições constantes dos artigos, 23, 24 e 29-A, § 2º, ambos da Instrução Normativa MPOG nº 02/2008, as quais têm por finalidade ilustrar a tendência acima descrita:

*Art. 23. A contratada deverá arcar com ônus decorrente de eventual **equivoco no dimensionamento dos quantitativos de sua proposta**, devendo complementá-los, caso o previsto inicialmente em sua proposta não seja satisfatório para o atendimento ao objeto da licitação*



Coren^{AM}

Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas

exceto quando ocorrer algum dos eventos arrolados nos incisos § 1º do art. 57 da Lei 8666/93.

§ 1º. O disposto no caput deve ser observado ainda para custos variáveis decorrentes de fatores futuros e incertos, tais como o valor provido com o quantitativo de vale transporte.

(...)

*Art. 24. Quando a modalidade de licitação for pregão, a planilha de custos e formação de preços deverá ser entregue e analisada no momento da aceitação do lance vencedor, **em que poderá ser ajustada, se possível, para refletir corretamente os custos envolvidos na contratação, desde que não haja majoração do preço proposto.***

Art. 29-A. (...)

§ 2º 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.”-

10. Portanto, a decisão do Pregoeiro em desclassificar a licitante vencedora não poderia se basear na inexecutabilidade da proposta;
11. O terceiro fato a ser analisado refere-se a equívocos que geraram divergência entre a forma de julgamento das propostas constantes no item 7.2.3, b do Edital e do item 5.5 do Termo de Referência anexo ao mesmo. Embora houvesse divergência entre o Edital o Termo, esta foi dirimida através de pedido de esclarecimento Nº 001, divulgado no site comprasnet disponível a todos os interessados. Entende que esclarecimentos prestados anteriormente a abertura do certame são parte integrante do Edital.
12. Ressalta-se que este esclarecimento do pregoeiro está devidamente registrado em área específica no portal Comprasnet, dando ampla divulgação aos licitantes, sendo o seu conteúdo vinculante para Administração e aos licitantes, conforme se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: "a resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital" (REsp 198.665/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 3.5.1999).



13. Ademais, quanto ao caráter vinculante dos esclarecimentos prestados, ressalta o doutrinador Marçal Justen Filho (em "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos". 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, pp. 402/403) que:

"é prática usual, fomentada pelo próprio art. 40, inc. VIII, que a Administração forneça esclarecimentos sobre as regras editalícias. A resposta formulada administrativamente apresenta cunho vinculante para todos os envolvidos, sendo impossível invocar o princípio da vinculação ao edital para negar eficácia à resposta apresentada pela própria Administração."

O autor acrescenta, ainda, que:

"a força vinculante da resposta ao pedido de esclarecimento envolve as hipóteses de interpretação do edital. Ou seja, aplica-se quando há diversas interpretações possíveis em face do ato convocatório. Se a Administração escolhe uma ou algumas dessas interpretações possíveis e exclui outras (ou todas as outras), haverá vinculação".

IX – DA DECISÃO

Em referência aos fatos acima expostos e da análise ao recurso, Sra. Pregoeira, no uso de suas atribuições e em obediência as Leis Nº 10520/02 e nº 8666/93, bem como, em respeito aos princípios licitatórios, decide pelo **INDEFERIMENTO** do pedido formulado pela recorrente, **em desclassificar a proposta da empresa L. A. VIAGENS E TURISMO LTDA.**, diante dos fatos e considerando as prerrogativas da Autoridade Competente prevista em lei, conforme trechos transcritos abaixo:

Decreto Nº 3.555 de 08/08/00:

Art. 7º. À autoridade competente, designada de acordo com as atribuições previstas no regimento ou estatuto do órgão ou da entidade, cabe:

- I. determinar a abertura de licitação;*
- II. designar o pregoeiro e os componentes da equipe de apoio;*
- III. decidir os recursos contra atos do pregoeiro; e*
- IV. homologar o resultado da licitação e promover a celebração do contrato.*

Vale citar sobre a contribuição do Pregoeiro perante a qualquer pregão que assim foi realizado pelo mesmo, tendo em vista que o DECRETO Nº 3.555,



Coren^{AM}

Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas

DE 8 DE AGOSTO DE 2000 em seu Art. 9º traz as atribuições do pregoeiro, dessa forma o mesmo tem a responsabilidade dos atos praticados.

9. De acordo com o Inciso VIII do Art. 9º do DECRETO Nº 3.555, DE 8 DE AGOSTO DE 2000 **este pregoeiro tem total autonomia e responsabilidade pelo recebimento, o exame e a decisão sobre o recurso.**

VIII - o recebimento, o exame e a decisão sobre recursos; e

IX - o encaminhamento do processo devidamente instruído, após a adjudicação, à autoridade superior, visando a homologação e a contratação.

Diante do exposto, **encaminho processo para a Procuradoria Geral** emitir Parecer Jurídico e posterior encaminhar a **Presidência** deste Regional, para homologação do procedimento licitatório.

Manaus, 16 de julho de 2018


Marlice Cristina Rodrigues
Pregoeira – COREN-AM