

GR 2356

À
FUNDAÇÃO DE APOIO À ESCOLA TÉCNICA
Rua Clarimundo de Melo, 847 – Quintino Bocaiuva – Rio de Janeiro - RJ,

A/C - Sr. Presidente Dr João de Melo Carrilho

Recebido em
29/06/2021
às 16:15.
Moreira

Ref.: - EDITAL DE LICITAÇÃO POR CONCORRÊNCIA
PÚBLICA Nº 003/2021
Processo Administrativo n.º SEI 260005/001091/2021

GRANRIO ENGENHARIA LTDA - EPP, inscrita no CNPJ sob o nº 03.611.715/0001-79, sediada à Av. das Américas, 3665, sala 224 – 225 – Shopping Barra Square Expansão – Barra da Tijuca – CEP.: 22631-003, Rio de Janeiro - RJ, neste ato, representada por seu sócio **PAULO CESAR MESCOLIN**, brasileiro, casado, engenheiro civil, portador da carteira de identidade nº 34052-D – CREA/RJ, inscrito no CPF/MF sob o nº 348.202.807-91, diante de vossas senhorias, vem apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, em face da decisão que a desclassificou, nos termos e razões adiante:

DA TEMPESTIVIDADE

O Edital em epígrafe assim estabelece:

17 - DOS RECURSOS

17.1 Os recursos das decisões da Comissão Permanente de Licitação serão apresentados por escrito, no prazo de até 05 (cinco) dias úteis, contados da intimação do ato ou da data da lavratura de qualquer das atas, conforme o caso, e dirigidos ao Pregoeiro. Reconsiderando ou não sua decisão, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, a Comissão Permanente de Licitação encaminhará o recurso à autoridade superior.

(...)

17.4 - A intimação dos atos referidos nas alíneas "a", "b", "c" e "e" do inciso I do Art. 109 da Lei Federal nº 8.666/93 será feita mediante publicação no Diário Oficial do Estado – Parte I, salvo os casos de habilitação ou inabilitação dos Licitantes e julgamento das propostas, se presentes os prepostos de todos os Licitantes no ato em que for proferida a decisão, hipótese em que poderá ser feita por comunicação direta aos interessados, que, nesta hipótese, assinarão a ata.

LEI 8666/1993

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) (...);

b) julgamento das propostas;

GRANRio
engenharia

Portanto, em prestígio ao princípio da publicidade a ser aplicado nos procedimentos licitatórios, e, tendo em vista a recorrente não ter estado presente na sessão realizada no dia 22/06/2021, em que se promoveu o julgamento das propostas, tempestiva é a presente interposição, na medida em que a ata da citada sessão somente foi disponibilizada publicamente no site na data de (29/09/2021). O que se constata com segurança, através do link <http://www.faetec.rj.gov.br/index.php/editais-e-licitacoes-2021/1301-concorrencia-publica>.

DOS FATOS

Versa o edital em epígrafe sobre a licitação, cujo objeto é a *contratação de empresa especializada, devidamente regularizada, para prestar, junto a Fundação de Apoio à Escola Técnica do Estado do Rio de Janeiro – FAETEC, obra de reforma INSTITUTO SUPERIOR DE EDUCAÇÃO DO RIO DE JANEIRO – ISERJ/ FAETEC. Situado Rua: MARIZ E BARROS, 273, PRAÇA DA BANDEIRA, RIO DE JANEIRO.*

Em sessão realizada no dia 22/06/2021, a recorrente foi desclassificada para a continuação no certame, por não ter, supostamente cumprido exigências do edital, conforme transcreve adiante:

...apresenta o cronograma físico financeiro em desacordo com as exigências do edital,, eis que não considera o percentual de 10% a ser retido, que será quitado no momento do aceite definitivo da obra...

No entanto, a decisão de desclassificação foi injusta, e merece ser reformada, senão, vejamos:

Primeiramente, destaca adiante o que estabelece o edital, no que tocam aos itens de cunho desclassificatório:

11.17 O Licitante terá sua proposta de preços desclassificada, nas seguintes hipóteses:

- a) *se deixar de cotar qualquer um dos itens ou alterar a(s) quantidade(s) constante(s) da Planilha Orçamentária (Anexo V);*
- b) *se cotar preços diferentes para uma mesma composição;*
- c) *se apresentar o Anexo V em outra forma que não a prevista neste edital;*
- d) *ultrapassar o preço global estimado no item 5.1*
- e) *o preço unitário ultrapassar os limites admitidos no orçamento estimado, devendo-se ter como referencial, nesta hipótese, a planilha que contemple o regime de contribuição previdenciária eleito pelo licitante, na forma do previsto no Decreto n.º 42.445, de 04.05.10, com redação alterada pelo Decreto n.º 45.633, de 15.04.16;*
- f) *apresentar BDI acima do percentual de 22,99% para a planilha orçamentária elaborada com base no regime de contribuição previdenciária patronal estabelecido na Lei Federal n.º 8.212/1991, e de 22,99% para a planilha orçamentária elaborada com base no regime de contribuição previdenciária conformado pela Lei Federal n.º 12.546/2011, com redação dada pela Lei Federal n.º 13.161/2015, conforme fixado na cláusula 10.2.3.2).*

De se notar que, pelos itens acima elencados, nada se lê a respeito da fundamentação que embasou a desclassificação. Tanto que, sequer se vê na fundamentação da decisão de desclassificação, **qual seria o item do edital** supostamente descumprido pela recorrente.

O que se percebe pela decisão ora questionada, é que a desclassificação da proposta demonstra excesso de rigor, assim como, interpretação errônea das próprias letras editalícias. Cujo ato, com o devido respeito, implica em afronta ao interesse público de se obter a proposta mais vantajosa.

Releva destacar que a proposta apresentada pela recorrente, não só seguiu todas as exigências previstas em lei e no edital, como trouxe o MENOR PREÇO, respeitando todos os limites fixados pela administração.



Por isso, vir a desclassificar a recorrente por não cumprir as exigências editalícias, findou por estabelecer um óbice no seu direito de concorrer. Além de violar o princípio da vinculação ao edital.

É o que se percebe ao ler os seguintes itens expressos no certame:

10.2.7 O Cronograma Físico-Financeiro dos serviços, obedecendo ao prazo previsto no item 7.1, conforme modelo, que constitui o Anexo XIX, deverá conter o percentual do valor de cada categoria de serviço em relação ao VALOR TOTAL, indicado mês a mês, obedecendo, ainda, desembolso financeiro acumulado máximo, conforme abaixo descrito:

10.2.8 Da memória de cálculo deverão constar todos os itens planilhados.

10.2.9 Da Planilha Orçamentária não deverão constar orçados em separado os insumos de mão de obra e equipamentos, por serem parte dos serviços contratados, evitando-se a duplicidade de sua previsão.

10.2.10 O licitante deverá apresentar somente uma única proposta de preços que contemplará em todos os seus itens o regime contributivo por ele adotado e constante da Declaração de Sistema de Contribuição Previdenciária Patronal adotada pelo licitante

Pela leitura dos itens acima, nada se vê a respeito da obrigatoriedade de ser levado em consideração, a retenção de 10%, aquando da elaboração do cronograma.

Convém conjecturar que, em sendo o cronograma físico e financeiro o instrumento que estabelece os marcos, de início e conclusão da obra, desenvolvendo uma cadeia sequencial de tempo e valor, tem o principal objetivo de assegurar que as etapas sejam concluídas dentro do prazo ali definido, e, na totalidade dos serviços contratados. Ou seja, é uma demonstração real de combinação de valor; etapa e tempo. E por isso, não parece ser lógico que se elabore um cronograma com 90% de seu valor, vez que assim, se estaria alinhando, incorretamente, ao tempo contratual da obra, que forçosamente, também teria que ser 90%.

A recorrente entende como inusitada e desprovida de amparo legal a decisão que a desclassificou, e, a sua vasta experiência em participação de licitações permite-lhe dizer que **NUNCA** se deparou em nenhum edital com a obrigatoriedade de se considerar a retenção de 10% na elaboração do cronograma.

E, ainda neste tópico, é conveniente ressaltar que o objetivo primordial do instrumento convocatório é disciplinar a licitação pública, e esclarecer com nitidez as condições e exigências editalícias, de modo a registrar no instrumento convocatório todas as exigências a respeito da licitação. E com isso, evitar desclassificações por assuntos meramente flutuantes e nebulosos no edital. Disciplina esta prevista no artigo 40 da Lei 8.666/1993, que pormenoriza as condições e cláusulas para os editais de licitação pública.

Logo, quisesse essa douda comissão dar como regra editalícia tal exigência, deveria clausular no edital, de forma que ficasse **muito clara** a obrigação pretendida. No entanto, levou o assunto para o contexto do edital, de forma meramente informativa, no "roda pé" do cronograma, donde registra que o valor estava com retenção de 10%, a ser paga ao final da obra.

E, não parece ser crível, tampouco, razoável, que, uma inexpressiva sublinha do cronograma, seja visto como regra editalícia.

Por tal ensejo, a desclassificação da recorrente prejudica o caráter competitivo do certame, malferindo a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

O nosso direito, historicamente, traz claros e clássicos entendimentos nesse sentido, a saber:

É certo que, se o instrumento convocatório de uma licitação impõe determinado requisito, deve-se reputar como relevante tal exigência, arcando o licitante com as consequências de sua omissão. Essa é a regra. Esse rigor não pode ser aplicado, no entanto, de forma a prejudicar a própria Administração.

Nesses termos, a Administração, afastando o excesso de formalismo, deve preferir consagrar vencedora a proposta mais vantajosa, mesmo que para isso tenha de abrir mão de exigências previstas no Edital, desde que isso não implique em lesão e direito dos demais participantes. (Lucas Rocha Furtado, representante do Ministério Público de Contas da União: Curso de Licitações e contratos administrativos. São Paulo: Atlas, 2001, p.31)

Neste mesmo sentido escreveu Ronny Charles Lopes de Torres:

Embora a determinação legal imponha à Administração o cumprimento das normas e condições previstas no edital, devemos lembrar que o formalismo não é uma finalidade em si própria, mas um instrumento utilizado na busca do interesse público, o qual, na licitação, orienta-se pela busca da melhor proposta para a Administração, resguardando o respeito a isonomia entre os interessados (Binômio: Vantagem e Isonomia). (Leis de Licitações Públicas Comentadas, 9ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 566)

LEI 8.66/93

Art. 3º - 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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

1 - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991:

Marçal Justem Filho, in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, assim ensina

"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. (13. ed, p. 76)

E, mudando a angulação, para que, HIPOTETICAMENTE se considere como descumprido o edital por parte da recorrente, o que apenas se argumenta, ainda assim, a decisão deve ser reformada, para devolver a recorrente o direito de prosseguir no processo licitatório, pois, a Administração, ainda que assumam um importante e valioso papel, no sentido de observar determinadas formalidades na análise das propostas, a esta, contudo, é vedada estabelecer exigências, quais, não são capazes de produzir efeitos substanciais no objeto licitado.

Cumpra também aduzir que, na hipótese de algum descumprimento das regras editalícias, o aspecto essencial a ser considerado no julgamento das propostas, é o de aferir se aquela formalidade eventualmente desatendida pelo licitante poderá ser relevada, ou mesmo, sanada pela própria Administração.

E então, analisando a questão, em que, hipoteticamente, fosse um descumprimento do edital o fato da recorrente não ter considerado no cronograma físico e financeiro o percentual de 10% a ser retido e quitado no momento do aceite definitivo da obra, essa douta comissão poderia ter constatado na ocasião do julgamento da proposta que, tal ensejo, não prejudicou o valor da proposta, e, não afetou o prazo de execução do objeto licitado.

Portanto, ainda que se conceba a ideia de que de fato a recorrente teria descumprido o edital, o que apenas se argumenta, há também, de se admitir que tal fato jamais poderia ter sido motivo para sua desclassificação. Pois, se trataria de um simples erro formal, passível de correção. Erro este que não vicia e nem invalida a proposta e o cronograma apresentados.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União também já colacionando um rico acervo, conforme adiante:

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 práticas 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)

Não restando configurada a lesão à obtenção da melhor proposta, não se configura a nulidade do ato. ERRO NO PREENCHIMENTO DA PLANILHA DE FORMAÇÃO DE PREÇO DO LICITANTE NÃO CONSTITUI MOTIVO SUFICIENTE PARA A DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA, QUANDO A PLANILHA PUDER SER AJUSTADA SEM A NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO DO PREÇO OFERTADO. (Acórdão 1811/2014-Plenário)

Diante das razões acima explanadas, requer a recorrente que vossas senhorias reanalisem os motivos que levaram a sua desclassificação, para que, após uma detida análise, possam reconhecer que a decisão deva ser reformada, de modo a devolver para a recorrente o direito de prosseguir na licitação, por duas razões:

1ª - Porque não há nenhuma regra expressa no edital que obrigue a recorrente a elaborar o cronograma considerando os 10% a serem retidos. E por isso, se mantida a decisão de desclassificação, estaria essa douta comissão violando o princípio da vinculação ao edital.

2ª - Porque, ainda que tivesse que se considerar como descumprimento editalício a omissão alegada por essa comissão de licitação, tal ensejo, JAMAIS, poderia ser motiva para desclassificar a recorrente. Cujas decisão, se mantida, estará a administração pública agiu com excesso de formalismo, prejudicando o direito da recorrente de competir, além de obstar a chance de melhor preço para o erário. Na medida em que de acordo com o atual direito, os licitantes somente devem ser impedidos de licitar, e/ou, de prosseguirem no processo licitatório, se por razão de vícios insanáveis e que causem efeitos substanciais à licitação. O que NÃO se vê no caso presente.

DO PEDIDO

Destarte, requer o provimento do presente recurso, no sentido de devolver à recorrente o direito de continuar no processo licitatório, e assim, garantir a chance se ser vencedora, além de abrir a oportunidade de se obter uma melhor vantagem para o erário.

Para tanto, requer, seja suspenso o processo licitatório, ao fim de aguardar o desfecho da presente, por ser tal medida de mais inteira e lidima justiça, para que ao final, na remota hipótese de não ser reconsiderada a decisão que desclassificou a recorrente, seja dado prosseguimento para o setor hierarquicamente superior.

Nesses termos, pede deferimento.

Rio de Janeiro, 29 de junho de 2021.


GRAN Rio
engenharia
Paulo Cesar Méscolin
Sócio-Diretor
CREA 34052-D