

PARECER JURÍDICO Nº 122/2019

Processo: 002/2019

Concorrência Pública: 001/2019

Objeto: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA URBANA.

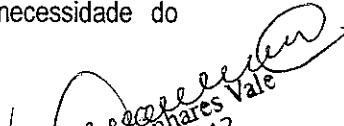
I – RELATÓRIO

Versa o presente parecer sobre requerimento da Comissão Permanente de Licitação acerca do procedimento licitatório 002/2019, na modalidade de Concorrência Pública 001/2019, que tem por objeto a contratação de empresa para Prestação de Serviços de Limpeza Urbana, com valor médio estimado em 2.673.252,08 (dois milhões, seiscentos e setenta e três mil, duzentos e cinquenta e dois reais e oito centavos).

Compulsando os autos, percebe-se que, devidamente publicado o processo licitatório em comento, várias empresas demonstraram interesse em participar do certame. Ocorreram impugnações ao edital, as quais foram adequadamente superadas, dando continuidade à seleção para fins de contratação pública.

Após os trâmites de praxe, foi declarada vencedora a empresa CONSTRUTORA PONTES DE MINAS LTDA – EPP, com a proposta mais vantajosa para a Administração, com base no critério de julgamento de menor preço apresentado, qual seja, R\$ 2.422.733,24 (dois milhões, quatrocentos e vinte e dois mil, setecentos e trinta e três reais e vinte e quatro centavos), que corresponde a 90,63% do preço de referência.

Após esta fase, as empresas **CONSTRUTORA ALICERCE MG LTDA** e **RT AMBIENTAL LTDA - EPP**, inconformadas com a decisão da Comissão de Licitação que declarou vencedora da etapa de propostas, apontando, em síntese, que a proposta apresentada pela licitante vencedora é inexecutável e que a cláusula editalícia que prevê a apresentação de planilha de custos da empresa vencedora, após 15 dias da assinatura do contrato, não atende às necessidade do procedimento licitatório.


Estane Linhares Vale
MG 83.412
Especial
Monlevade

Em seu recurso, a empresa **RT AMBIENTAL LTDA – EPP** questiona também a exequibilidade da proposta da empresa **CONSTRUTORA ALICERCE MG LTDA**.

Em sequência as empresas recorridas, **CONSTRUTORA PONTES DE MINAS LTDA –EPP** e **CONSTRUTORA ALICERCE MG LTDA** apresentaram suas contrarrazões aos recursos.

II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Antes, porém, de adentrarmos ao mérito do caso, cumpre nos tecer alguns comentários aos pressupostos da licitação e dos princípios que regem à atividade da Administração Pública, especialmente no que concerne ao seu poder de autotutela e discricionariedade, na busca pela legalidade na realização do interesse público.

1 - A licitação possui regramento próprio especificamente para que os processos de seleção realmente estabeleçam critérios objetivos, baseados nos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública.

O **Princípio da Vinculação ao Instrumento Editalício** trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

Segundo Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, o instrumento convocatório:

“é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416)

O STJ já se manifestou diversas vezes a respeito do tema, como podemos constatar do RESP 595079 e ROMS 17658. Colacionamos abaixo a decisão no RESP 1178657:


Christiane Linhares Vale
OAB/MG 83.412
Assessora Especial
Município de João Monlevade

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa", **este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica.** Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a requerida, **não supre a exigência do edital.** Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, é **privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes.**

O TRF1 também já decidiu que a Administração deve ser fiel ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (AC 199934000002288):

"Pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada" (Lei nº 8.666/93, art. 3º, 41 e 43, I). O edital é a lei da licitação. A despeito do procedimento ter suas regras traçadas pela própria Administração, não pode esta se furtar ao seu cumprimento, estando legalmente vinculada à plena observância do regramento".

O mesmo TRF1, noutra decisão (AC 200232000009391), registrou:

Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º [Lei nº 8.666/93], pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. (...) **O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido**, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica a pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las (...) "(Justen Filho, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 8ª ed., São Paulo, Dialética, comentários ao art. 41, pgs. 417/420). A conduta da Administração na condução do pleito foi de estrita observância e vinculação ao edital, sendo o direito prejudicado pertencente a terceiro que não observou as prescrições editalícias, sendo descabida a pretensão de beneficiar-se de sua desídia.

Christiane Linhares Vale
OAB/MG 83.412
Advogada Especial
João Monlevade

Por fim, colacionamos recomendação do TCU aposta no Acórdão 483/2005:

“Observe com rigor os princípios básicos que norteiam a realização dos procedimentos licitatórios, especialmente o da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo, previstos nos artigos 3º, 41, 44 e 45 da Lei nº 8.666/1993”.

Hely Lopes Meirelles esclarece que :

“Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado”.

O princípio do julgamento objetivo é decorrência lógica do princípio da vinculação ao edital, impondo-se que a análise das propostas se faça com base no critério indicado no ato convocatório e nos termos específicos das mesmas, sem qualquer nova interpretação, objetivamente.

Tal princípio está garantido expressamente nos arts. 44 e 45 da Lei 8.666/93, que assim determinam:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou no convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelo órgão de controle.

Celso Antônio Bandeira de Melo acertadamente demonstra que a intenção do legislador foi:

“impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora”.

Deve a Administração Pública pautar pelo respeito aos demais princípios que regem a atividade administrativa, não nos esquecendo jamais de considerar os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade.

Princípio da Razoabilidade - Pelo princípio da razoabilidade, a Administração, no uso da discricionariedade, deverá obedecer a critérios aceitáveis na prática de seus atos.

A respeito dessa liberalidade do administrador público, assim expressa o prof. Celso Antônio Bandeira de Melo:

"...Não significa, como é evidente, que lhe seja outorgado o poder de agir ao saber exclusivo de seu libito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidade ou critérios personalíssimos e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicada".

Quanto ao **Princípio da Proporcionalidade**, preceitua que as competências administrativas somente poderão tomar-se válidas quando exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.

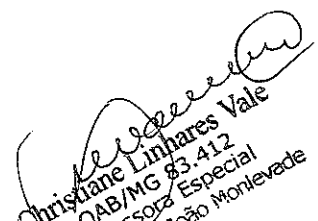
A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências:

Art. 40. O edital conterà [...]

[...]

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

[...]



Christiane Linhares Vale
CAB/MG 83.412
Assessoria Especial
João Monlevade

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

[...]

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Art. 48. Serão desclassificadas:

[...]

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Celso Antônio Bandeira de Mello em relação a classificação sobre exequibilidade da proposta, descreve requisitos essenciais à análise da viabilidade do instrumento, conforme abaixo exposto:

*Para serem apreciadas, as propostas necessitam ser **sérias, firmes e concretas**, como acentua Marcello Caetano¹. A estes caracteres Adilson Abreu Dallari² acrescenta, com razão, um quarto requisito, a saber: **ajustadas às condições do edital**. Conviria aduzir, ainda: **e à lei**, pois o edital poderá omitir alguma condição legalmente exigida para a regularidade das propostas.*

*Proposta **ajustada** às condições do edital e da lei, como intuitivamente se percebe, é a que se contém no interior das possibilidades de oferta neles permitidas.*

*Proposta **séria** é aquela feita não só com o intuito mas também com a possibilidade de ser mantida e cumprida.*

*As propostas inexequíveis não são **sérias**, ou, então, são ilegais, porque terão sido efetuadas com propósito de dumping, configurando-se comportamento censurável, a teor do art. 173, § 4º, da Constituição, segundo o qual: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".*

[...]

*Trata-se, afinal, de saber se dada proposta reúne ou não condições objetivas de ser cumprida, ou seja, se é ou não economicamente viável, por ser este o único tópico enfocado no art. 48. Ora, se o for, não pode ser desclassificada, pena de ofensa ao direito do licitante – autor da melhor proposta – de vê-la reconhecida e proclamada como tal, até porque de outra sorte violar-se-ia o art. 37, XXI, da Constituição, que inadmitte exigências excedentes do indispensável ao cumprimento das obrigações. Inversamente, se não o for, **será obrigatória sua desclassificação.***

[...]

*Proposta **firme** é aquela feita sem reservas, quais as de cláusula condicional ou resolutiva. Proposta **concreta** é aquela cujo conteúdo do ofertado está perfeitamente determinado nela mesma, sem estabelecer remissões a oferta de terceiros, quais, *exempli gratia*, o “preço que for mais baixo” ou “tanto por cento menos que a melhor oferta” etc³.*

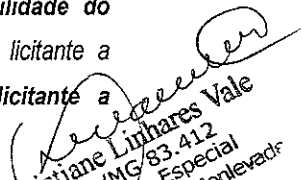
No mesmo sentido, em outra abordagem, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, de reconhecido e respeitado saber no âmbito jurídico administrativo, trazemos à baila pequeno excerto de sua obra em que recomenda ao pregoeiro como proceder ao exame da compatibilidade de preços (em suas palavras) em sede de pregão, matéria que estamos a discutir, mormente na análise da viabilidade financeira da proposta.

Em sede argumentação e orientação sobre o tema, o mestre Marçal Justen Filho aduz que:

Outro problema sério é o da inexecuibilidade de propostas e lances. O problema agrava-se quanto a estes últimos. A natureza do processo de oferta de lances pode produzir uma ausência de controle efetivo por parte da Administração acerca de preços inexecuíveis. Os interessados, no afã de obter a contratação, acabariam por ultrapassar o limite da exequibilidade, reduzindo a montantes inferiores aos plausíveis.

A solução para o problema da inexecuibilidade não pode ser adotada em termos gerais apriorísticos. Ou, pelo menos, não é viável determinar um limite formal, matemático, para a configuração da inexecuibilidade da proposta. Isso conduziria à supressão da competitividade e ao surgimento de uma espécie de licitação de preço-base.

Dáí não se segue, no entanto, a omissão de critérios para apreciação desse aspecto. É indispensável que a Administração estabeleça regras sobre preços unitários e imponha ao particular a apresentação de planilhas destinadas a comprovar a viabilidade do cumprimento da proposta apresentada. Isso não equivale a subordinar o licitante a observar os preços estimados pela Administração. Trata de sujeitar o licitante a


Christiane Linhares Vale
OAB/MG 83.412
Assessoria Especial
João Monlevade

demonstrar, de modo objetivo, os custos em que incorrerá para executar a sua proposta.

Ressalte-se que o interesse em obter a proposta mais vantajosa não legitima a aceitação de proposta inexequível. (Sem grifos no original).

O Tribunal de Contas da União já projetou diversos julgados. É o caso da Súmula nº 262/2010-TCU, que determina: "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".

Diversos julgados do TCU nesse sentido justificam a orientação doutrinária dominante:

[...] sempre haverá a possibilidade de o licitante comprovar sua capacidade de bem executar os preços propostos, atendendo satisfatoriamente o interesse da administração. 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. Acórdão 141/2008 Plenário

Se o particular puder comprovar que sua proposta é exequível, não se lhe poderá interditar o exercício do direito de apresentá-la. É inviável proibir o Estado de realizar contratação vantajosa. A questão é de fato, não de direito. Incumbe o ônus da prova da exequibilidade ao particular. Essa comprovação poderá fazer-se em face da própria Administração, pleiteando-se a realização de diligência para tanto. Acórdão 85/2001 Plenário

Sobre outro aspecto, mas também muito utilizado, que propõe a adoção de critérios matemáticos como parâmetro de aceitabilidade:

De mais a mais, o órgão não poderá deixar de verificar se o preço é irrisório, para efeito da desclassificação preceituada pelo § 3º do art. 44 da Lei no 8.666/1993. Como sabido, o parâmetro de confrontação é o mercado.

Com o fito de imprimir maior transparência nessa aferição, seria interessante usar dos critérios de aceitabilidade de preços unitários, previstos no inciso X do art. 40 da referida lei, para estabelecimento prévio do menor valor de mercado admissível. Embora a lei proíba a fixação de preço mínimo pelo critério de aceitabilidade, compreendo que o disposto no § 3º do art. 44 comporta uma exceção, assim como são de modo expresso as fórmulas de conferência de exequibilidade das propostas, contidas nos §§ 1º e 2º do art. 48.

Seja como for, pode-se ainda emprestar ao critério de aceitabilidade uma expressão matemática que tenha como base a média das demais propostas de preços unitários concorrentes na licitação, de forma semelhante ao que se faz com as fórmulas

exequibilidade. Somente como ilustração, um preço unitário que se afastasse para menos de 50% da média dos preços unitários oferecidos pelos demais licitantes seria considerado fora do padrão de mercado e, portanto, sem condição de classificação. Acórdão 1700/2007 Plenário.

Por isso entendemos que cabe à CPL, sempre que entender necessário, exigir a comprovação da exequibilidade

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que "inexequibilidade é uma questão 'de fato'. Assim, a inexequibilidade prevista no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.666/93, apenas firma uma presunção *juris tantum*, ou seja, que pode ser destruída pela demonstração documentada da exequibilidade da proposta".

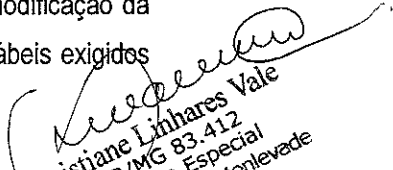
Verifica-se que o preço ofertado pela licitante vencedora equivale a 90,63% do preço médio apurado para composição dos valores de referência do contrato, elaborados em planilha assinada por engenheiro da competente área técnica.

Portanto, em primeira análise, a proposta apresentada não demonstra qualquer presunção de inexequibilidade, quando avaliado o critério preço total e atentando-se para a cláusula 11.9 do edital, que estabelece os percentuais de avaliação de exequibilidade da proposta e apenas as propostas que estavam dentro desta regra foram classificadas.

Lado outro, os argumentos trazidos a efeito pelas Recorrentes não delimitaram quais os fatores específicos que fariam a proposta vencedora se tornar impraticável, impedindo uma análise técnica destes argumentos.

Ainda assim, caso a CPL entenda necessário, poderá, através de diligência solicitar a produção de todas as informações que entender necessárias tecnicamente.

Desta forma, entendemos que não merecem prosperar os recursos administrativos apresentados, uma vez que não trazem fundamentos fáticos suficientes para ensejar a modificação da decisão da CPL, estando a proposta apresentada dentro dos parâmetros técnicos e contábeis exigidos nessa fase.


Christiane Linhares Vale
OAB/MG 83.412
Assessora Especial
de João Monlevade

CONCLUSÃO:

Assim sendo, por todo o exposto e com fulcro no instrumento editalício, que obedeceu ao regramento pátrio, e às decisões da CPL que atendeu aos princípios da vinculação ao edital e da legalidade, na observância dos critérios técnicos referenciados, entendemos que devem ser declarados **IMPROCEDENTES** os recursos interpostos pelas empresas **CONSTRUTORA ALICERCE MG LTDA** e **RT AMBIENTAL LTDA - EPP**, nos autos do Concorrência Pública 001/2019.

Isto posto, entendemos que a proposta apresentada pela empresa **CONSTRUTORA PONTES DE MINAS LTDA – EPP**, atende ao edital e deverá a Administração providenciar os trâmites de continuidade do certame.

Este é o nosso parecer.

João Monlevade, 08 de Abril de 2019.


CHRISTIANE LINHARES VALE
Assessora Especial
OAB/MG 83.412