

## DECISÃO EM RECURSO ADMINISTRATIVO

**PROCESSO LICITATÓRIO nº 094/2019**

**PREGÃO PRESENCIAL nº: 026/2019**

**REGISTRO DE PREÇOS nº 025/2019**

**RECORRENTE: MARIO SÉRGIO CASLINI CONSTRUTORA - ME.**

**RECORRIDOS: DEPARTAMENTO MUNICIPAL AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE OURO FINO e LOPES E TAVARES LTDA- ME**

### **EMENTA DECISÃO:**

O Pregoeiro do DMAAE de Ouro Fino, diante das razões expostas, opina:

**1. Conhecer do recurso interposto pela empresa MARIO SÉRGIO CASLINI CONSTRUTORA - ME., contra a classificação da empresa LOPES E TAVARES LTDA- ME no Processo Licitatório nº 094/2019- Pregão Presencial nº 026/2019, para, no mérito, negar-lhe provimento, encaminhando assim, o processo para autoridade competente para decisão.**

### **2 - DAS FORMALIDADES LEGAIS**

Cumpridas as formalidades legais, registra-se que a empresa LOPES E TAVARES LTDA-ME foi cientificada da existência e trâmite do respectivo Recurso Administrativo, conforme comprovam os documentos acostados ao Processo de Licitação.

### **3 – DA ALEGAÇÃO DA RECORRENTE MARIO SÉRGIO CASLINI CONSTRUTORA - ME**

Insurge a Recorrente quanto a classificação e posterior habilitação da empresa LOPES E TAVARES LTDA-ME no Processo nº 094/2019 – Pregão Presencial nº 026/2019.

Alega a Recorrente em síntese:

Que a Recorrida ofertou produto de marca Plasfio não encontrado no mercado.

Que a Recorrida apresentou proposta com preços inferiores a 50% do estimado no Termo de Referência em desacordo com a legislação.

Que o atestado de capacidade técnica não foi apresentado em papel timbrado, ferindo o disposto no item 7.1.4 do edital.

Ao final requer a desclassificação da Recorrida.

#### **4. DAS CONTRARRAZÕES**

Notificada a Recorrida, a mesma não apresentou contrarrazões ao recurso.

#### **5 – DO MÉRITO**

Inicialmente, temos que dispõe a Lei nº 8.666/93 no inciso II do art. 48 que a inexequibilidade das propostas será aferida de acordo com as condições estabelecidas no instrumento convocatório.

Nesse ponto, destaca-se que não há qualquer menção no edital acerca da matéria.

Lado outro, a Recorrente alega que a legislação determina que propostas abaixo de 50% do valor estimado devem ser justificadas por meio de planilha de custo e notas fiscais de compras.

Não especifica a Recorrente em qual dispositivo legal se ampara para fazer tal alegação, o que nos leva a supor se tratar do disposto no § 1º do citado artigo 48.

Contudo, tais critérios são aplicáveis às contratações de obras e serviços de engenharia, o que não é o caso em tela.

E mesmo que houvesse previsão análoga no Edital, tais critérios não gerariam presunção absoluta de inexequibilidade.

Até mesmo porque, a empresa recorrida só poderia desistir da proposta face à ocorrência de fatos supervenientes de forma que, na hipótese de descumprimento contratual a referida empresa se sujeitará às sanções administrativas prevista no Edital e na Lei nº 8.666/93.

No tocante à atuação do Pregoeiro, dentro das suas atribuições está a de incentivar os licitantes a realizarem ofertas, dinamizando a disputa.



Mas seria possível reconhecer-lhe competência para estabelecer limites máximos de competição? Ou seja, o pregoeiro disporia de competência discricionária para determinar o encerramento da competição por reputar que o limite da exequibilidade teria sido atingido?

O Pregoeiro não é titular de competência discricionária para avaliar a viabilidade de execução de certa prestação ofertada por particular. A escolha acerca do limite mínimo de exequibilidade, fundada em avaliações subjetivas, retrataria inevitável juízo arbitrário do Pregoeiro.

Sem contar ainda que, não pode o pregoeiro adentrar em questões de mercado, onde um ou outro licitante absorve eventuais prejuízos com a finalidade de contratar com a administração pública.

*Vejamos as lições do ilustre Marçal Justen Filho:*

***“5.1.1) A distinção entre inexecuibilidade absoluta (subjetiva) e relativa (objetiva).***

***Discorda-se do entendimento de que todas as hipóteses de inexecuibilidade comportam tratamento jurídico idêntico. Ao contrário, deve impor-se uma diferenciação fundamental, destinada a averiguar-se a proposta pode ou não ser executada pela licitante, ainda que seu valor seja deficitário. A questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais ínfimo que o seja – o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou. A formulação desse juízo envolve uma avaliação da capacidade patrimonial do licitante. Se ele dispuser de recursos suficientes e resolver incorrer em prejuízo, essa seria uma decisão empresarial privada. Não cabe à Administração a tarefa de fiscalização da lucratividade empresarial privada. Sob esse ângulo, chega a ser paradoxal a recusa da Administração em receber proposta excessivamente vantajosa.***

***5.1.2) A imposição constitucional: admissibilidade de benefícios em prol do Estado***



***Enfim, seria inconstitucional o dispositivo legal que vedasse a benemerência em prol do Estado. Impor ao Estado o dever de rejeitar proposta gratuita é contrário à Constituição. Se um particular dispuser-se a aplicar seus recursos para auxiliar o Estado, auferindo remuneração irrisória, isto não pode ser vedado por dispositivo infraconstitucional. Cabe admitir, portanto, que o Estado perceba vantagens e benefícios dos particulares.***

***[...]***

***5.3.2) Ainda a questão da competição desleal***

***Aliás, observe-se que a eliminação de ofertas de valor reduzido pode configurar, por si só, uma ofensa aos princípios da competição leal. Num sistema capitalista, os agentes econômicos são livres para formular propostas e, ao longo da competição pela clientela, promover redução contínua de seus preços. Logo, impedir uma prática essencial ao capitalismo caracteriza uma distorção do processo de competição, em que se pretende impedir a obtenção de contratação por aquele que formula a proposta de menor valor". (Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª edição, Editora Dialética: p. 754-756)***

Desta forma, tanto as exigências formais constantes de editais de licitações quanto a análise das propostas devem guardar coerência com a sua finalidade, afastando-se sempre o rigorismo exagerado e desnecessário.

Nesse mesmo sentido devem ser analisados os demais apontamentos, senão vejamos.

Como constatado no curso da sessão de licitação e registrado em Ata, foi constatado que houve apenas um erro de grafia com relação à marca PLASFIO quando na verdade a marca ofertada é a BRASFIO, de forma que foi aplicado o disposto no item 8.4.5 do Edital que dispõe:

**8.4.5. O(a) Pregeiro(a), no julgamento das propostas, poderá desconsiderar evidentes falhas formais sanáveis que não afetam o conteúdo.**

No tocante ao fato da empresa não ter apresentado o Atestado de Capacidade Técnica em papel timbrado temos que, em que pese estar previsto no edital, a inabilitação pela não apresentação desta forma, implicaria em rigorismo exacerbado.

Nesse sentido colacionamos posicionamento do Tribunal de Contas da União:

**Acórdão 2.843/2012 - Plenário:**

**(...) de que a exigência contida no item 8.5.2 do Pregão 85/7066-2013, no sentido de que os atestados, certidões e declarações devem ser apresentados em papel timbrado da pessoa jurídica, bem como referenciar o presente certame, caracteriza, respectivamente, formalismo desnecessário e restrição indevida ao caráter competitivo do certame, conforme art. 3o, § 1o, inciso I, da Lei 8.666/1993 e art. 37, inciso XXI, parte final, da Constituição Federal.**

Ainda sobre o excesso de formalismo, cumpre ainda discorrermos um pouco mais sobre os aspectos que envolvem os erros meramente formais como no caso sob exame.

As exigências formais constantes de editais de licitações devem guardar coerência com a sua finalidade, afastando-se sempre o rigorismo exagerado e desnecessário.

Nesta mesma esteira o ilustre Hely Lopes Meirelles ensina:

**“(...) a orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismo inúteis e de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados (...)”.** (in. **Direito Administrativo Brasileiro. 22ª edição. 1990. Malheiros Editores Ltda. Pág.266.**)

O colendo Superior Tribunal de Justiça tem manifestado esse entendimento por diversas vezes, primando sempre pela garantia dos princípios da legalidade,

moralidade, publicidade e transparência dos atos públicos, e salientando sempre que, o atendimento desses princípios deve sempre ser analisados à dos princípios a da razoabilidade e proporcionalidade senão vejamos:

***“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – LICITAÇÃO – INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – EXIGÊNCIA DESCABIDA – MANDADO DE SEGURANÇA – DEFERIMENTO.***

***‘A vinculação do instrumento convocatório, no procedimento licitatório, em face da lei de regência, não vai ao extremo de se exigir providências anódinas e que em nada influenciam na demonstração de que o licitante preenche os requisitos (técnicos e financeiros) para participar da concorrência.***

***Comprovando, o participante (impetrante), através de certidão, a sua inscrição perante Prefeitura Municipal, exigir-se que este documento esteja numerado – como condição de habilitação ao certame – constitui providência excessivamente formalista exteriorizando reverência fetichista às cláusulas do edital. Segurança Concedida. Decisão Indiscrepante.” (STJ – MS nº 5647/DF; 1ª Seção – Rel. Min. Demócrito Reinaldo; Publ. DJU 17/02/1999 p. 102; v.u). (G/N)***

Ainda é importante destacar que importante precedente do Superior Tribunal de Justiça onde à disputa acerca da vinculação do administrador ao edital e do formalismo foi levada à apreciação do Superior Tribunal de Justiça. Ao decidir o Mandado de Segurança nº 5.418/DF, houve profunda e preciosa análise das questões através de ilustrado voto do Ministro Demócrito Reinaldo. A relevância do precedente autoriza a transcrição integral da ementa, cujo teor vai abaixo reproduzido:

***Direito Público. Mandado de Segurança. Procedimento Licitatório. Vinculação ao Edital. Interpretação das Cláusulas do Instrumento Convocatório pelo Judiciário, Fixando-se o Sentido e o Alcance de cada uma delas e Escoimando Exigências Desnecessárias e de Excessivo Rigor Prejudiciais ao Interesse Público. Possibilidade.***



**Cabimento do Mandado de Segurança para esse Fim. Deferimento.**

**O Edital, no sistema jurídico-constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, é norma fundamental da concorrência, cujo objetivo é determinar o objeto da licitação, discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e o Poder Público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas.**

**Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao Edital não é absoluto, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração.**

...

**No procedimento, é juridicamente possível a juntada de documento meramente explicativo e complementar de outro preexistente ou para efeito de produzir contraprova e demonstração do equívoco do que foi decidido pela Administração, sem a quebra de princípios legais ou constitucionais.**

**O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes. Segurança concedida.**

**Voto vencido.(G/N)**

A importância do julgado decorre da orientação consagrada pelo Poder Judiciário.

Tratou-se de assegurar a necessidade de interpretar as exigências da lei e do ato convocatório como instrumentais em relação à satisfação do interesse público.



Mesmo vícios formais – de existência irrefutável – podem ser superados quando não importam prejuízo ao interesse público ou ao dos demais licitantes. Não se configura lesão ao interesse de outro licitante restrito apenas à questão de ser derrotado.

É imprescindível evidenciar que os defeitos ou vícios da proposta ou documentação traduzem frustração ao espírito competitivo, à lisura da disputa ou à razão que conduziu a adoção de certa exigência. Esse tratamento deve ser reservado a todos os licitantes, em igualdade de condições.

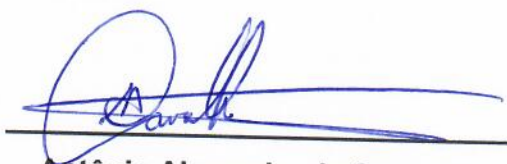
Isto posto, as alegações da recorrente devem ser desconsideradas, devendo ser mantida a classificação da empresa Recorrida.

## 6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, e, em observância aos Princípios Basilares da Licitação, e à legislação de regência, **OPINA** o Pregoeiro pelo conhecimento do Recurso da empresa **MARIO SÉRGIO CASLINI CONSTRUTORA - ME.**, posto que tempestivo, para no mérito seja julgado **IMPROCEDENTE**.

Em face das razões acima e do posicionamento exarado, remetemos a **autoridade superior ao Exmo. Sr. Prefeito, para exame das razões do Pregoeiro para decisão.**

Ouro Fino, 24 de setembro de 2019.



**Antônio Alexandre de Carvalho**

**Pregoeiro do DMAAE**

De acordo:



**José Otávio Ferreira Amaral**

**Assessor Jurídico do DMAAE – OAB/MG 74.071-B  
o Município**



**DESPACHO:**

Diante de todo o exposto pelo Pregoeiro, e, em observância aos Princípios Basilares da Licitação, e à legislação de regência, acato pela **IMPROCEDÊNCIA** do Recurso interposto no Processo nº 094/2019, Pregão nº 026/2019, interposto pela empresa **MARIO SÉRGIO CASLINI CONSTRUTORA - ME .**

Ouro Fino, 24 de setembro de 2019

**BRUNO ZUCARELI**  
Diretor do DMAAE de Ouro Fino