

■ Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DO MINISTERIO DA CIENCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÃO E COMUNICAÇÕES - MCTI

Processo Administrativo nº 01200.000539/2016-41
Pregão Eletrônico nº 06/2016

REAL JG SERVIÇOS GERAIS LTDA., já qualificada no Pregão Eletrônico epigrafado por intermédio de seu sócio direto vem à ilustre presença de Vossa Senhoria com fundamento no item 11.1 e ss. do ato convocatório interpor,

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra a classificação e aceitação da proposta feita pela Empresa LIDERANÇA LIMPEZA E CONSERVAÇÃO LTDA, o fazendo na forma das razões e fundamentos a seguir deduzidos.

I. FATOS

Cuida de processo licitatório materializado na modalidade de pregão na forma eletrônica do tipo menor preço, cujo objeto é "contratação de empresa especializada para a prestação dos serviços de Limpeza, Conservação e asseio, incluindo os serviços de manutenção de áreas verdes, a serem realizados de modo contínuo, com fornecimento de mão de obra, material domissanitário e equipamentos, em regime de empreitada por preço global para atender às necessidades do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – MCTIC, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos".

O regime jurídico que regulamenta o prelo, cujos comandos estão definidos no edital, é basicamente a "Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, do Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, do Decreto nº 7.746, de 05 de junho de 2012, das Instruções Normativas SLTI/MPOG nº 02, de 30 de abril de 2008 e suas alterações, nº 02, de 11 de outubro de 2010 e nº 01, de 19 de janeiro de 2010, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e suas alterações, da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, do Decreto nº 6.204, de 05 de setembro de 2007, aplicando-se, subsidiariamente, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e as exigências estabelecidas neste Edital."

Pois bem, o presente recurso administrativo tem como escopo a defesa do interesse público, aqui entendido como sendo a defesa da legalidade, pelo cumprimento do ato de convocação e da legislação pertinente das licitações.

No caso concreto a decisão de classificar a empresa LIDERANÇA, data máxima venia, violou preceitos, inclusive, constitucionais, sujeitando-se a nulidade do certame caso o posicionamento dessa douta Pregoeira não seja imediatamente revisto e reformado.

II. DA INCORRETA DESCLASSIFICAÇÃO DA REAL JG

Considerando o conjunto normativo que rege a licitação e as ocorrências tidas no presente pregão, sendo a maioria abstraída dos diálogos havidos no "chat" e registradas na Ata da Sessão Pública pode se concluir que a desclassificação da REAL JG, ora recorrente, foi ilegal.

Isso porque ao ser desclassificada a decisão foi fundamentada em suposta violação ao item 7.1.1.1 do edital.

7.1.1. Será desclassificada a proposta que apresentar:

7.1.1.1. Valores unitários e global do lance superiores aos estabelecidos na planilha de valor estimado da Administração – Anexo III deste edital;

Ocorre que a REAL JG em rigor não apresentou nenhum valor seja global ou unitário superior ao estabelecido no edital, como restará demonstrado a diante.

E, ainda que algum valor eventualmente pudesse estar acima do estimado é de bom tom do pregoeiro oportunizar quantas vezes forem necessárias a readequação da planilha, por meio de diligências.

E isso não só é legal, como integra uma das principais exigências da licitação pública que é conseguir o menor preço. Ou seja, o pregoeiro nos limites da discricionariedade tem o poder/dever de fazer valer o fim maior da licitação que é a busca da maior vantagem para o erário, através da proposta de menor preço.

Para tanto, o pregoeiro tem a prerrogativa de lançar mão do disposto no art. 43, § 3º da Lei 8.666/93 a fim de realizar quantas diligências julgar necessária para lograr êxito total na contratação.

No entanto, a REAL JG só teve uma única oportunidade para mandar sua proposta, no prazo de 2 horas, conforme se verifica na Ata da Sessão Pública do dia 06.07.2016 entre 15h14min18" e 17h14min". Sendo que às 15:26:45 a douta Pregoeira encaminhou uma proposta de redução de valores para os itens 2 e 4 do edital, para os quais a Recorrente teria que ajustar a planilha, sem que para tanto houve qualquer acréscimo no prazo.

A Recorrente concordou com a redução do preço e encaminhou sua proposta final, dentro do prazo previsto, com uma vantagem econômica para o erário de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em relação a empresa

LIDERANÇA, ora recorrida.

Ou seja, a proposta final ficou em (R\$ 1.691.786,15), computando um desconto total de (R\$ 201.193,97). Ao todo a vantagem que a REAL JG proporcionou, considerando o preço da LIDERANÇA, foi superior a R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).

Pois bem, o pregão prosseguiu e a Recorrida concluiu, num primeiro momento o encaminhamento da documentação exigida. Tanto é que as 17:23:03 a d. Pregoeira comunicou no chat que iria suspender o pregão para o dia seguinte enquanto a documentação era analisada.

No dia 07.07.16 às 08:12:20 a d. Pregoeira chamou o feito a ordem para comunicar que teria ocorrido um equívoco ocorrido depois da desclassificação da FORTALEZA, por ter omitido a oportunidade de desempate de ME/EPP.

Assim, a análise da proposta da REAL JG ou o resultado da mesma ficou suspensa até às 15:31:51 do dia 07.07.16, quando recebeu pelo chat o comunicado de sua desclassificação, ao argumento de suposta violação ao item 7.1.1 do edital.

Ora, o item 7.1.1 diz o seguinte:

7.1.1. Será desclassificada a proposta que apresentar:

7.1.1.1. Valores unitários e global do lance superiores aos estabelecidos na planilha de valor estimado da Administração – Anexo III deste edital

Acorde dito a rigor a REAL JG não cotou nenhum item acima do valor estimado no edital. Mas, não é somente essa a questão. Ou seja, a violação a legalidade do pregão, materializada na equivocada e açodada desclassificação da REAL JG assenta em outros pontos fundamentais. O primeiro, já dito acima, é a falta de oportunidade por meio de diligência para correção de eventual erro ou equívoco na planilha.

Noutros dizeres, a Recorrente deveria ter tido a oportunidade de corrigir a planilha caso houvesse algum valor em desconformidade com o edital.

Aliás, ao ser indagada a REAL JG foi categórica em afirmar que estava disposta a negociar seu preço, conforme se verifica no chat do dia 06.07.16.

Até porque o ato convocatório no seu item 7.5.5 dispõe expressamente que deve ser oportunizado a correção de eventual erro na planilha.

7.5.5. Erros no preenchimento da planilha não constituem motivo para a desclassificação da proposta. A planilha poderá ser ajustada pelo licitante, no prazo indicado pelo Pregoeiro, desde que não haja majoração do preço proposto.

Na vertente hipótese essa Administração deveria ter realizado diligência para sanar eventual equívoco no preço, até porque essa era a previsão do edital:

6.13.6. A CONTRATANTE poderá realizar diligências para conferir a variação de custos alegada pela CONTRATADA.

21.2. No julgamento das propostas e da habilitação, 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.

7.2. Se houver indícios de inexequibilidade da proposta de preço, ou em caso da 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 §3º, do art. 29, da IN SLTI/MPOG nº 2, de 2008

7.3. Quando o licitante apresentar preço final inferior a 30% (trinta por cento) da média dos preços ofertados para o mesmo item, e a inexequibilidade da proposta não for flagrante e evidente pela análise da planilha de custos, não sendo possível a sua imediata desclassificação, será obrigatória a realização de diligências para aferir a legalidade e exequibilidade da proposta.

7.4. Qualquer interessado poderá requerer que se realizem diligências para aferir a exequibilidade e a legalidade das propostas, devendo apresentar as provas ou os indícios que fundamentam a suspeita

Notem na quadra normativa retro transcrita que o pregoeiro não só tem a liberdade de promover diligência como há ocasiões em que ela é obrigatória.

III. DA ANULAÇÃO DO PREGÃO POR FRUSTRAÇÃO DO FIM COLIMADO NA LICITAÇÃO

É cediço que a licitação visa, sobretudo, a busca da maior vantagem para a Administração, a qual é viabilizada por meio da ampliação da competitividade, quando se poderá alcançar o menor preço.

Para tanto, o Pregoeiro não poderá ficar limitado aos rigores extremados das regras editalícias, sob pena de não alcançar o principal objetivo da licitação que é contratar com o menor preço possível.

Assim, na fase de julgamento pode ocorrer de encontrar equívocos na proposta ou na documentação. Para evitar o engessamento do Administrador Público a Legislação faculta a realização de diligências.

O § 3º do art. 26 do Decreto nº 5.450/2005 assim dispõe:

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.

§ 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. [gn]

Neste sentido, Marçal Justen Filho ensina que “não existe uma competência discricionária para escolher entre realizar ou não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas envolverem pontos obscuros, - apurados de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados -, a realização de diligências será obrigatória”.

É salutar sublinhar que a promoção de diligências tanto poderá ser fruto de uma provocação de terceiros, mediante requerimento de um ou mais licitantes, como ocorrer por iniciativa da própria entidade licitadora, iniciando-se, assim, de ofício.

Ademais, segundo a melhor exegese para art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 3.555/2000, é no sentido de que as normas disciplinadoras das licitações devem ser interpretadas sempre em favor da ampliação da participação de empresas.

Ainda sobre o tema Jacoby Fernandes, com a sabedoria que lhe é peculiar, lembra que não podem ser definidas previamente as hipóteses de saneamento:

Não se pode definir previamente ou pretender regular o direito-dever de saneamento, até porque são ilimitadas e multifacetadas hipóteses em que ocorrem erros, defeitos, vícios. Acresce-se, ainda, que toda teoria jurídica de convalidação do ato administrativo na riqueza que só a prática evidencia fica distante de um norte permanentemente orientador.

O TCU por meio do Acórdão 1170/2013-Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes, 15.5.2013 já assentou, inclusive, que é indevida a desclassificação de licitantes em razão da ausência de informações na proposta que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações.

Assim, é correto afirmar, juridicamente, que a omissão dessa douta Pregoeira em determinar a realização de diligência foi totalmente ilegal, violando norma prevista de forma expressa no ato de convocação, conforme visto acima.

Tanto é verdade que a omissão da diligência por um suposto erro na planilha está lesando o erário em mais de (R\$ 200.000,00) por ano. Tal condição é passível não só de anulação do pregão, mas também poderá ensejar processo administrativo para apuração de responsabilidade.

A despeito disso, ainda que não se queira anular todo o pregão trazendo prejuízos maiores. Essa Administração poderá retornar a fase em que desclassificou a REAL JG, repetindo o mesmo ato em que suspendeu o pregão para analisar o desempate das ME/EPP.

IV. DOS MOTIVOS PARA RETOMAR A FASE DE CLASSIFICAÇÃO DA REAL JG E DA SUSPENSÃO DA CLASSIFICAÇÃO DA LICITANTE LIDERANÇA

Em primeiro lugar insta consignar que é mais vantajoso para a Administração retomar a fase de classificação da REAL JG à medida que se evitará uma possível anulação do pregão, ou noutra hipótese, uma contratação desvantajosa.

A REAL JG não praticou nenhum ato ilegal a sua desclassificação ocorreu por ausência de diligência para ajustar eventual erro na planilha.

Outro motivo para retomar a fase de classificação da REAL JG é o preço mais vantajoso em R\$ 200.000,00, anual.

Ademais, para ser muito rigoroso o único item da planilha, cujo valor poderia ter sido considerado superior ao estimado no edital foi o de jardineiro.

Contudo, tal item isolado não renderia ensejo à desclassificação de nenhuma licitante, nesta licitação.

E isso porque ao cotar o valor para o item jardineiro a REAL JG, levando em conta 26 dias de Vale Alimentação e Vale transporte, propôs o preço de R\$ 4.057,78, quando o estimado era de R\$ 3.907,51.

Ocorre que em despacho dessa douta Pregoeira, ao desclassificar a empresa APECE, deixou claro que para o item jardineiro deveria ter cotado para 22 dias. Senão, vejamos:

No dia 13/07/2016 a APECE Serviços Gerais Ltda. Fora desclassificada. E, um dos motivos foi:

“Quanto a planilha de custo a licitante lançou alimentação para 21 dias para o posto de jardineiro e o mínimo aceito, exclusivamente para o cargo jardineiro, é 22 dias, os demais devem ser lançados 26 dias por sábado ser dia efetivamente trabalhado, conforme item 12.41 do Termo de Referência. Fato está em desacordo com o item 7.1.2.2. do edital.”(em anexo)

Ora, se era 22 (vinte e dois) dias para o cargo de jardineiro e, tendo a REAL JG cotado 26 dias, com a redução; seu preço cairia automaticamente para R\$ 3.900,57. Ou seja, abaixo do estimado no ato convocatório que era

de R\$ 3.907,51.

Outra ocorrência havida no decorrer dos procedimentos e que deve ser levada em conta é o fato de que a empresa LIDERANÇA teve mais oportunidade para ajustar sua planilha do que a REAL JG. Sendo que a oportunidade, no caso, foi em forma de diligência.

Ora, porque no caso da LIDERANÇA foi oportunizada a diligência e no caso da REAL JG não? São dois pesos e duas medidas?

Quer se crer que foi um equívoco que deve ser reparado; retrocedendo à fase de classificação da REAL JG para que seja oportunizada, por meio de diligência, que a sua planilha seja ajustada.

Acorde dito não há nenhuma ilegalidade em retroceder a fase de classificação da REAL JG, pois o recurso administrativo serve para que a Administração reveja seus atos. E neste caso não haverá quebra de isonomia, tampouco concessão de vantagem indevida, haja vista que era um direito líquido e certo da REAL a oportunidade de ajustar a planilha, pelo menos uma vez, nos moldes previstos no edital e na legislação pertinente.

Aliás, é de bom tom registrar que a REAL JG tentou em vão durante a fase de análise de sua proposta, inclusive, por meio do e-mail oficial entrar em contato com essa douta Pregoeira a fim de sanar o equívoco na sua planilha.

Ou seja, o que era possível de fazer para não perecer o direito a REAL JG tentou realizar, razão pela qual não cabe argüir eventual preclusão. Pois o direito de ajustar sua planilha restou preservado no e-mail encaminhado, restando, ainda, amparado na legislação.

V. DA INCORREÇÃO DA PROPOSTA DA LIDERANÇA

De acordo com a parte final do preâmbulo do edital em causa o pregão será regido, inclusive, por normas aplicáveis ao objeto deste certame. E, a despeito de tudo o que foi dito anteriormente a decisão que habilitou a Recorrida ainda que estive correta, não poderia persistir sem antes proceder com a diligência, até então, omissa em relação a Recorrente.

Dito isso, cumpre destacar que a decisão que classificou e aceitou a proposta formulada pela empresa LIDERANÇA, ora recorrida, na verdade, se converteu num ato de ilegalidade.

Isso porque a proposta da Recorrida teve alteração na sua produtividade sem, no entanto, terem sido prestados os devidos esclarecimentos, contrariando o edital.

5.6.2.2. Produtividade adotada, e se esta for diferente daquela utilizada pela Administração como referência, a respectiva comprovação de exequibilidade;

5.6.2.3. A quantidade de pessoal que será alocado na execução contratual;

5.6.2.4. A relação dos materiais e equipamentos que serão utilizados na execução dos serviços, indicando o quantitativo e sua especificação.

Os itens susos destacados especialmente o 5.6.2.2 deixa evidente a necessidade de a licitante comprovar a exequibilidade. No caso, a licitante deveria ter esclarecido qual os parâmetros utilizados para demonstrar que já fez o que terá plena capacidade de realizar a produtividade proposta.

Entretanto, a Recorrida se limitou a informar a produtividade diferenciada da prevista no edital, olvidando de demonstrá-la.

Aliás, a Recorrida sequer informou se utilizaria equipamentos e máquinas para aumentar sua produtividade.

Com efeito, o ato administrativo decisório emanado por essa douta Pregoeira, classificando a proposta da Recorrida restou eivado de vício intransponível à medida que deixou passar in albis a ausência da justificativa necessária à comprovação da capacidade de executar os serviços da forma que foi exigida no edital.

Aliás, a IN 02/2008 MPOG e suas alterações coadunam com o disposto no item 5.6.2.2, reforçando ainda mais a exigência da justificativa da produtividade ofertada.

Art. 47. O órgão contratante poderá adotar Produtividades diferenciadas das estabelecidas nesta Instrução Normativa, desde que devidamente justificadas, representem alteração da metodologia de referência prevista no anexo V e sejam aprovadas pela autoridade competente.

Pois bem, verificando a proposta da Recorrida constata-se que a produtividade foi alterada sem a devida justificativa, nem por isso foi desclassificada, essa situação fática configurou lesão ao edital, maculando de vício a lisura do procedimento licitatório em causa.

Portanto, a análise jurídica que se faz do ato decisório exarado, que classificou a Recorrida, violou a legalidade do certame como um todo, devendo o pregão ser anulado por vício insanável.

VI. DA QUEBRA DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL

A licitação é regida com fundamento em preceitos legais e constitucionais sem os quais será impossível ter igualdade, probidade e moralidade no procedimento.

O art. 3º da lei 8.666/93 repedindo o inc. XXI, do art. 37 da Constituição Federal deixa expresso que a licitação

se processará com respeito ao princípio da isonomia e da vinculação ao edital dentre outros.

A permissão da realização de diligência a empresa Recorrida não poderia ser considerada ilegal, se a mesma oportunidade tivesse sido dada a REAL JG. Daí que a decisão que classificou a Recorrida está em desacordo com o que estava previsto na lei e no edital, rompendo com o princípio da vinculação ao edital.

A Lei de Licitações prevê no seu art. 41 a vinculação ao edital, o fazendo nos seguintes termos:

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

Depreende-se do enunciado do dispositivo suso uma expressa vedação à Administração de descumprir as regras do Edital, não se permitindo, pois, que as licitantes não as cumpram.

A jurisprudência e a doutrina em discurso uníssono entende e descreve a relevância do atendimento ao princípio a vinculação ao edital como sendo imprescindível para garantir a isonomia entre os participantes, evitando-se predileção ou dirigismo, bem como violação ao preceito da legalidade. Senão, vejamos:

REEXAME NECESSÁRIO - LICITAÇÃO - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE DA CONCORRÊNCIA E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL - ATO ABUSIVO E ILEGAL - CONCESSÃO DA SEGURANÇA - SENTENÇA MONOCRÁTICA CONFIRMADA - Considera-se abusivo e ilegal o ato da autoridade que inobserva a igualdade da concorrência estabelecida nos artigos 41 e 44, §1º da Lei nº 8.666/93, habilitando empresa que apresentava irregularidades insanáveis, as quais impediam a sua habilitação no certame, assim como fere frontalmente o princípio da vinculação ao edital quando deixa de exigir requisitos ali estabelecidos. (TJRR - RN 065/02/0010.03.001587-8 - T.Cív. - Rel. Des. Robério Nunes - DPJ 03.02.2004 - p. 05) JLEI8666.41 JLEI8666.44 JLEI8666.44.1

116040663 - RECURSO ESPECIAL - LICITAÇÃO - LEILÃO - EDITAL - PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO - EDITAL FAZ LEI ENTRE AS PARTES - O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório se traduz na regra de que o edital faz Lei entre as partes, devendo os seus termos serem observados até o final do certame, vez que vinculam as partes. (STJ - RESP 354977 - SC - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 09.12.2003 - p. 00213)

ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - LICITAÇÃO - PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL - ART. 41, CAPUT, DA LEI 8.666/93 - REQUISITO - APRESENTAÇÃO DE CONTRATOS DE SERVIÇOS PRESTADOS - DESCUMPRIMENTO - EDITAL NÃO IMPUGNADO OPORTUNAMENTE - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - APLICAÇÃO DE MULTA - 1. O princípio da vinculação ao edital, previsto no artigo 41, caput da Lei 8.666/93, impede que a Administração e os licitantes se afastem das normas estabelecidas no instrumento convocatório, sob pena de nulidade dos atos praticados. 2. A apresentação de atestados de capacidade técnica não supre a exigência editalícia de apresentação de contratos de prestação de serviços, tanto mais quando o instrumento convocatório não foi oportunamente impugnado. 3. Ao apresentar documento como se fosse o contrato celebrado com a Administração em decorrência da licitação discutida nos autos, agiu a agravada de forma desleal, pois tentou alterar a verdade dos fatos (art. 17, II do CPC) e induzir esta Corte a erro. 4. Aplicação de multa por litigância de má-fé. 5. Agravo de instrumento provido. (TRF 1ª R. - AG 01000368167 - DF - 5ª T. - Relª Desª Fed. Selene Maria de Almeida - DJU 25.11.2003 - p. 74) JCPC.17 JCPC.17.II

AGRAVO DE INSTRUMENTO - LICITAÇÃO - CONTRATO - MODIFICAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS - INADMISSIBILIDADE - 1. A vinculação aos termos e às exigências do edital de licitação (Lei nº 8.666/1993, art. 41, caput) deve ser observada por todos os licitantes, não podendo exigência nele prevista ser afastada para alguns deles, sob pena de ofensa, também, ao princípio da isonomia dos licitantes. Precedentes desta Corte. 2. Tendo a agravada firmado com a ECT, após regular licitação, contrato de permissão para operação de unidade de atendimento na modalidade de Agência de Correios Comercial Tipo I (ACCI), não tem plausibilidade jurídica a pretensão à modificação das cláusulas contratuais respectivas a fim de que possa atuar nas condições previstas para a Agência de Correios Franqueada (ACF), sob pena de ofensa ao ato jurídico perfeito (Carta Magna, art. 5º, XXXVI). 3. Agravo de instrumento provido. (TRF 1ª R. - AI 2005.01.00.058355-6/MG - 6ª T. - Rel. Juiz Fed. Leão Aparecido Alves - DJU 03.04.2006)

A doutrina abalizada por Jessé Torres Pereira Junior, in Comentários à lei de Licitações e contratos da administração pública, Ed. Renovar, 6ª edição, p 443, acerca do tema em comento descreve que:

"a discricionariedade da administração para estabelecer o conteúdo do edital transmuda-se em vinculação uma vez que este publicado, passando a obrigar tanto o administradores quanto os competidores. O descumprimento de disposição editalícia, pela Administração. Equivale à violação do direito subjetivo dos licitantes de se submeterem ao certame segundo regras claras, previamente fixadas, estáveis e iguais para todos os interessados".

Por sua vez, preclaro doutrinador Marçal Justen Filho, in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, Editora Dialética, 10ª edição, p. 395, assim preleciona sobre a norma em comento.

"... o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia".

Sobre a temática em voga verifica-se afinamento da tese esposada acima o art. 37 da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada ao caput pela Emenda Constitucional nº 19/98)

Não deixando por menos a Lei de Licitações afinou com o dispositivo constitucional supra:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos. Na mesma esteira é a jurisprudência:

MANDADO DE SEGURANÇA – FALTA DE CUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA CONTIDA NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – INABILITAÇÃO DA LICITANTE – Em não tendo a licitante juntado documentação exigida no edital de licitação, acertada a decisão que a inabilita para o procedimento administrativo, eis que o instrumento convocatório é a Lei interna da licitação, o qual vincula a própria Administração, que não pode proceder de outra maneira, a fim de fazer atuar os princípios elencados no art. 3º da Lei nº 8.666/93. Segurança Denegada. (TRT 19ª R. – MS 00014.2005.000.19.00-2 – Rel. Juiz Severino Rodrigues – J. 03.05.2005) JLEI8666.3 [gn].

Realmente, a isonomia que deve entremear a fase de julgamento é um cânon vinculante, não se tratando de orientação secundária, mas sim de guia primordial da licitação.

Veja o entendimento palmilhado pela autorizada doutrina, litteris:

- A igualdade entre os licitantes é o princípio primordial da licitação – previsto na própria Constituição da República (art. 37, XXI) -, pois não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem no julgamento (art. 3º, § 1º). (...) (Hely Lopes Meirelles, Licitação e Contrato Administrativo. 13ª ed. Malheiros. 2002. p. 30)

Tem sido muito comum, no curso dos procedimentos licitatórios, a invocação, pelos licitantes do princípio da razoabilidade como instrumento para quebrar o formalismo inerente ao procedimento da licitação. Invoca-se também o princípio segundo o qual “não há nulidade sem prejuízo” (pas de nullité sans grief). Não se pode deixar de observar, contudo, que esses princípios, se podem ajudar na interpretação da lei aos casos concretos, não podem colocar-se acima dos princípios inerentes à licitação, expressos no art. 3º da Lei n. 8.666, dentre os quais os da legalidade (imposto também pelo art. 37 da Constituição), o da isonomia entre os licitantes, o da vinculação ao instrumento convocatório. (Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e outros. 5ª ed. Malheiros. 2001, p. 39.) (grifos não constam do original)

A propósito, esse é o entendimento dos tribunais pátrios, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – CONCORRÊNCIA – ATRASO NA ENTREGA DOS ENVELOPES CONTENDO PROPOSTAS – ALEGADA INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – SUPOSTO RIGORISMO E FORMALISMO – IMPROVIMENTO DO RECURSO FACE À INEXISTÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO – 1 – A inobservância do princípio da razoabilidade não restou demonstrada. Existe, na licitação, predominância dos princípios da legalidade e igualdade (CF, art. 5º, caput, inc. II). 2 – Inexistência de direito líquido e certo a amparar a pretensão da recorrente. 3 – Recurso ordinário improvido. (STJ – RO-MS 10404 – RS – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado – DJU 01.07.1999 – p. 120) (d. n.)

A Corte Política Máxima brasileira congrega similar entendimento, litteris:

MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO PARA VENDA DE EMPRESA ESTATAL – UTILIZAÇÃO DE TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA – INCIDÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.197, DE 24.11.1995 – PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO – POSSIBILIDADE DE O PRESIDENTE DA REPÚBLICA ESTABELECEER LIMITES PARA A ACEITAÇÃO DE MOEDAS CONVERTIDAS EM TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA COMO MEIO DE PAGAMENTO – SEU RECEBIMENTO EM TRANSAÇÃO REALIZADA ENTRE A UNIÃO FEDERAL E PARTICULARES VALENDO-SE DE TÍTULOS PÚBLICOS – ATO JURÍDICO PERFEITO – INEXISTÊNCIA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES – ARTIGO 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO – 1. (...) 6. O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, de conteúdo conceptual extensível primordialmente aos procedimentos licitatórios, insculpiu o princípio da isonomia assecuratória da igualdade de tratamento entre todos os concorrentes, em sintonia com o seu caput – obediência aos critérios da legalidade, impessoalidade e moralidade – e ao de que todos são iguais a lei, sem distinção de qualquer natureza. (CF, artigo 5º, caput). (STF – MS 22.509 – SP – T.P – Rel. p/ Ac. Maurício Corrêa – DJU 04.12.1996) (g. n.)

Processo REsp 1498982 / SCRECURSO ESPECIAL2014/0318837-1Relator(a)Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (1158)Órgão JulgadorT6 - SEXTA TURMAData do Julgamento05/04/2016Data da Publicação/FonteDJe 18/04/2016

Ementa

RECURSO ESPECIAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.PARADIGMA PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃOINFRACONSTITUCIONAL. OCORRÊNCIA. CRIME FORMAL. CONSUMAÇÃO. QUEBRA DO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. PREJUÍZO ECONÔMICO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE.1. (...) 2. O objeto jurídico que se objetiva tutelar com o art. 90 da Lei n.8.666/1993 é a lisura das licitações e dos contratos com a Administração, notadamente a conduta ética e o respeito que devem pautar o administrador em relação às pessoas que pretendem contratar com a Administração, participando de procedimento licitatório livre de vícios que prejudiquem a igualdade, aqui entendida sob o viés da moralidade e da isonomia administrativas. [gn]

Neste molde, em nome do princípio da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório e da busca da proposta mais vantajosa a Recorrente pugna pela reforma da decisão administrativa a fim de que seja a Decisão de classificação da Recorrida fique suspensa até que se proceda uma nova análise da proposta feita pela REAL JG, com fundamento no § 3º do art. 43, da Lei 8.666/93, § 3.º do art. 26, do Decreto 5.450/2002, do item 7.5.5, 6.13.6, 21.2 todos do Edital.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, espera a certamista REAL JG SERVIÇOS GERAIS LTDA., em consonância com os argumentos acima expendidos o acolhimento do presente recurso para o fim de suspender a classificação da licitante LIDERANÇA, reabrindo para REAL JG a oportunidade de ajustar sua planilha por meio de diligência em obediência ao edital e à legislação de regência.

Caso este não seja o entendimento dessa D. Comissão de Licitação, requer que o presente apelo seja encaminhado à Autoridade Superior, ex vi do art. 109, § 3º da Lei nº 8.666/93, para ser apreciados nos termos da Lei.

José Gomes Ferreira Filho
Sócio Diretor
REAL JG SERVIÇOS GERAIS LTDA

Fechar