



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

Administração - Contratação de Serviços - 0001170-40.2021.6.21.8000

Despacho SA - doc. SEI n. 0628990.

APRECIÇÃO DO RECURSO INTERPOSTO PELA EMPRESA ELEMENTHAL ENGENHARIA E CONSULTORIA EIRELI - PREGÃO N. 3/2021 - PROCESSO SEI N. 0001170-40.2021.6.21.8000.

A pregoeira designada pela Portaria DG n. 93/2019 de 04-12-2019, servidora Rosana Adolfo, procedeu à apreciação do recurso interposto pelo licitante **ELEMENTHAL ENGENHARIA E CONSULTORIA EIRELI**, doravante denominado recorrente, contra o resultado proferido na sessão pública do Pregão n. 3/2021 (prestação de serviços de apoio à fiscalização de serviços e/ou obras de engenharia do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul), que declarou vencedora a proposta do licitante **SANTIAGO ENGENHARIA LTDA.**, doravante denominado recorrido.

RAZÕES E CONTRARRAZÕES RECURSAIS

A íntegra das razões (doc. 0626388) e contrarrazões recursais (doc. 0626390) encontra-se nos documentos que fazem parte do processo SEI n. **0001170-40.2021.6.21.8000** bem como no campo próprio do Sistema.

APRECIÇÃO E DECISÃO DA PREGOEIRA

Antes da apreciação propriamente dita, cabe esclarecer que este Tribunal, por meio de seus pregoeiros e equipe de apoio, sempre busca o fim público, respeitando os princípios basilares da licitação, em especial, os da legalidade, impessoalidade, igualdade, razoabilidade, proporcionalidade, publicidade, moralidade, vinculação ao edital e transparência. A condução do certame tem como objetivo a preservação do caráter competitivo para alcançar a solução mais benéfica para a Administração Pública.

Pelo cotejo das razões recursais, verifica-se, modo sucinto, que a irrisignação do recorrente orbita acerca da suposta inexecuibilidade da proposta declarada vencedora do certame, com base no disciplinamento e fórmulas matemáticas constantes no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei n. 8.666/1993. Sinaliza, em virtude disso, que ocorreram vícios de condução da sessão pública e descumprimento do edital por parte do pregoeiro.

Transcrevemos as disposições constantes na Lei:

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.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

- a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou
- b) valor orçado pela administração.

É de se esclarecer que as fórmulas matemáticas de inexequibilidade, constantes no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei n. 8.666/1993 e que o recorrente julga não terem sido observadas, foi idealizada para a sistemática das modalidades licitatórias ditas tradicionais (convite, tomada de preços e concorrência), em especial, para licitações de objetos de engenharia.

Em que pese a existência de tal disciplinamento, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União há tempo vem evoluindo no sentido de que propostas não devem ser desclassificadas tão somente pela aplicação rasa das mencionadas fórmulas.

Várias são as decisões nesse sentido. A matéria, inclusive, culminou na Súmula n. 262 cuja orientação é de que o critério definido na Lei n. 8.666/1993 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade.

Súmula n. 262/2010:

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.

Acórdão 2.214/2014- Plenário:

Enunciado

O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas 'a' e 'b', da Lei 8.666/1993 **conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços**, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Acórdão 1.079/2017- Plenário:

Enunciado

A desclassificação de proposta por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, e deve ser franqueada oportunidade de o licitante defender sua proposta e demonstrar sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório, antes de ter sua proposta desclassificada.

Acórdão 1.244/2018-Plenário:

9.2. com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, c/c art. 45, *caput*, da Lei 8.443/1992, assinar prazo de 15 (quinze) dias para que a Universidade Federal da Paraíba adote as providências necessárias no sentido de anular o ato que desclassificou a proposta da empresa Polyserv Serviços Ltda. no âmbito do pregão eletrônico SRP 13/2014, bem como dos atos subsequentes, facultando-lhe a

retomada do processo licitatório no momento imediatamente anterior ao referido ato ou a anulação de todo o procedimento licitatório, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/1993, em razão da identificação do seguinte vício:

9.2.1. desclassificação de proposta por inexecuibilidade a partir de critério subjetivo não publicado no edital e sem demonstração objetiva da razão pela qual a proposta seria inexecuível a ponto de autorizar sua desclassificação, em afronta ao art. 29-A da IN-SLTI/MPOG 2/2008 e à jurisprudência do TCU (Súmula 262 e Acórdãos 1.092/2013, 2.528/2012, 1.100/2008 e 325/2007, todos do Plenário);

A licitação em comento foi efetivada na modalidade pregão, na forma eletrônica. Por uma simples leitura do edital do Pregão n. 3/2021, verifica-se que não consta a regra de aferição de inexecuibilidade constante no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b, da Lei n. 8.666/1993.

A ausência desse disciplinamento não se consubstancia em lapso, mas em entendimento de que, em procedimentos licitatórios na modalidade pregão, não há que se falar nas fórmulas de inexecuibilidade defendidas pelo recorrido.

A doutrina aponta para a inviabilidade de se adotar tais critérios matemáticos sinalados pelo recorrente, em face da sistemática do pregão. Na modalidade, as propostas apresentadas no início do certame não são imutáveis, já que passíveis de alteração durante a etapa competitiva de lances. Além disso, a operação matemática encartada no §1º do art. 48 da Lei n. 8.666/93 importaria, ainda que indiretamente, em estabelecer preço mínimo, que seria instrumento para limitar a possibilidade da disputa, não se compatibilizando com os princípios da competitividade e da economicidade.

Vejamos os esclarecimentos acerca do tema de renomados doutrinadores pátrios:

Marçal Justen Filho ensina:

De todo o modo, a questão da inexecuibilidade não pode ser enfrentada, no âmbito do pregão, com os mesmos critérios e soluções previstos para as demais modalidades de licitação. Os motivos são evidentes, tal como abaixo se exporá.

(...)

13.4.2.3) Impossibilidade de fixação de limites mínimos objetivos

A fixação de um limite mínimo de valor, conhecido de antemão, inviabilizaria a disputa por meio de pregão. Em princípio, todos os interessados formulariam desde logo proposta equivalente ao dito limite. Não teria sequer cabimento iniciar a etapa de lances, eis que nenhum licitante poderia ofertar abaixo do valor alcançado já na fase de propostas. A única solução seria o sorteio para identificar o vencedor. **Nem se argumente que o valor mínimo poderia ser mantido em segredo pela Administração. Solução dessa ordem não é apenas inconstitucional e ilegal como altamente indesejável, eis que representa um incentivo à utilização de meios reprováveis.** Tal como exposto nos comentários à Lei nº 8.666, a existência de orçamentos sigilosos propicia o risco de vazamento de informações, o que comprometeria a seriedade do certame.

Por outro lado, a natureza dinâmica do pregão impede a definição do limite de inexecuibilidade no curso da disputa. Seria inviável aplicar solução similar à do art. 48, § 1º, da Lei nº 8.666. Imagine-se que o limite mínimo admissível fosse calculado a partir das propostas apresentadas por escrito. Isso conduziria a que o valor mínimo admissível seria determinado já na fase de propostas. **Não haveria maior sentido de, depois de definido esse valor, instaurar-se a fase de lances. É que todos os interessados já saberiam o montante da oferta mínima admissível. Bastaria o primeiro ofertar lance equivalente àquele limite para sagrar-se vencedor.** (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5 ed., p. 183).

Na mesma linha, segue entendimento de Joel de Menezes Niebuhr:

A operação aritmética que serve a identificar propostas inexecuíveis somente pode ser aplicada dentro da sistemática da Lei nº 8.666/93, onde ela foi introduzida no §1º do seu art. 48. Isso, porque, na sistemática da Lei nº 8.666/93,

as propostas apresentadas por escrito são definitivas e imutáveis. A referida operação aritmética não pode ser transplantada para o pregão, na medida em que a sistemática da Lei nº 10.520/02 não se conforma com ela. No pregão, as propostas apresentadas por escrito não são definitivas e imutáveis. **A essência do pregão reside na possibilidade de as propostas serem alteradas em disputa aberta, em que os licitantes conhecem os valores propostos. Assim sendo, a operação aritmética encartada no §1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 implicaria, ainda que indiretamente, estabelecer preço mínimo, que seria instrumento para limitar a possibilidade da disputa, não se compadecendo aos princípios da competitividade e da economicidade** (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015).

Ainda, sobre o tema da inexecuibilidade de proposta, seguem as seguintes elucidações:

O item 8.1 do edital dispõe:

8.1 Após a etapa competitiva, serão recusadas as propostas que:

(...)

c) apresentarem preços **manifestamente inexecuíveis**, considerados aqueles que, comprovadamente, forem insuficientes para a cobertura dos custos decorrentes da contratação;

O jurista Adilson de Abreu Dallari, analisando o tema da inexecuibilidade, ensina:

A inexecuibilidade não pode ser simplesmente suposta ou meramente presumida; ela deve ser evidente, manifesta, exte de qualquer dúvida razoável. (Aspectos Jurídicos da Licitação – São Paulo – Ed. Saraiva – 1997 – p. 132).

Segundo Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética. 15ª ed. p. 754- 756):

O tema comporta uma ressalva prévia sobre a impossibilidade de eliminação de propostas vantajosas para o interesse sob tutela do Estado. A desclassificação por inexecuibilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipóteses muito restritas.

(...)

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 é 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.**

(...)

Mais 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 assumira, 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.**

(...)

Por outro lado, a inexecuibilidade se configura, usualmente, como uma questão relativa. Essa relatividade envolve não apenas os diferentes setores econômicos, mas também os diversos agentes atuantes numa mesma atividade.

Logo, existem atividades que comportam margem de lucro muito reduzida, enquanto existem outras que apenas podem ser viabilizadas mediante remuneração mais elevada, logo, não há como estabelecer soluções padronizadas, aplicáveis a diferentes seguimentos de atividades econômicas. Mesmo no âmbito interno de uma mesma atividade, existem diferenças marcantes.

Como os custos são diversos para cada empresa e como cada qual apresenta uma estrutura operacional distinta, é perfeitamente cabível que a mesma proposta possa ser qualificada como inexequível para uma empresa e mereça enquadramento distinto para outra.

(...)

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 a 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 da contratação por aquele que formula a proposta de menor valor.

Por oportuno, cabe transcrever, também, a lição do mesmo doutrinador na obra Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico), 5ª ed., 2009, p. 182:

A tendência deste comentarista é afastar o problema da inexequibilidade, não apenas no âmbito do pregão, mas em qualquer licitação. A formulação de proposta inexequível é problema particular do licitante, que deve resolver-se ou através da punição exemplar (quando não for honrada) ou no âmbito da repressão a práticas de abuso de poder econômico (quando o sujeito valer-se de seu poder econômico para infringir a competição econômica leal).

A licitação destina-se - especialmente no caso pregão, a selecionar a proposta que acarrete o menor desembolso possível para os cofres públicos. Logo, não há sentido em desclassificar proposta sob fundamento de ser muito reduzida. Ao ver do autor, a inexequibilidade deve ser arcada pelo licitante, que deverá executar a prestação nos exatos termos de sua oferta. A ausência de adimplemento à prestação conduzirá à resolução do contrato, com o sancionamento adequado.

Transcrevemos, também, excertos de Acórdãos do TCU que corroboram com o mesmo entendimento. Os grifos são nossos.

Acórdão n. 284/2008 – Plenário:

(...) 3. **O primeiro fato que causa espécie neste certame é a desqualificação sumária das propostas mais baixas. Acredito que o juízo de inexequibilidade seja uma das faculdades postas à disposição da Administração cujo o exercício demanda a máxima cautela e comedimento. Afinal, é preciso um conhecimento muito profundo do objeto contratado, seus custos e métodos de produção para que se possa afirmar, com razoável grau de certeza, que certo produto ou serviço não pode ser fornecido por aquele preço. A questão se torna mais delicada quando verificamos que o valor com que uma empresa consegue oferecer um bem no mercado depende, muitas vezes, de particularidades inerentes àquele negócio, como por exemplo, a existência de estoques antigos, a disponibilidade imediata do produto, a economia de escala, etc.**

Nestes casos pode existir um descolamento dos preços praticados por determinado fornecedor em relação aos dos demais concorrentes, sem que isso implique sua inexequibilidade.

Acórdão n. 325/2007 – Plenário:

(...)

Dependendo da escolha da estratégia comercial, a empresa pode ser bem agressiva na proposta de preços, relegando a segundo plano o retorno do investimento considerado para o contrato. As motivações para perseguir o sucesso em uma licitação em detrimento da remuneração possível pela execução da obra variam: a empresa pode estar interessada na obra específica por

sinergia com suas atuais atividades; pode haver interesse em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado.; pode haver interesse em incrementar o portfólio de execução de obras da empresa; pode haver interesse na formação de um novo fluxo de caixa advindo do contrato. Esses exemplos podem traduzir ganhos indiretos atuais para empresa ou mesmo ganho futuro, na ótica de longo prazo para o mercado.

Assim, é possível que empresas atuem com margem de lucro mínima em propostas para concorrer nas contratações ..., desde que bem estimados os custos diretos e indiretos.

Acórdão n. 3.092/2014 – Plenário:

(...)

Não há norma que fixe ou limite o percentual de lucro das empresas, de forma que atuar sem margem de lucro ou com margem mínima não encontra vedação legal, depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecução da proposta.

A questão da inexecução da proposta, então, deve ser aferida diante das peculiaridades de cada caso concreto, observadas as práticas de mercado e as condições de execução efetivamente evidenciadas pelo proponente, respeitadas, por óbvio, as regras estabelecidas no instrumento convocatório para o julgamento das propostas.

Segundo o Informativo de Licitações e Contratos n. 223/2014 do TCU:

A proposta de licitante com margem de lucro mínima ou sem margem de lucro não conduz, necessariamente, à inexecução, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa. A desclassificação por inexecução deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, após dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta.

(...)

Sobre a questão da margem de lucro, o relator lembrou o Acórdão 325/2007-Plenário que, no seu entendimento, poderia ser aplicado para a contratação de serviços continuados: ‘Dependendo da escolha da estratégia comercial, a empresa pode ser bem agressiva na proposta de preços, relegando a segundo plano o retorno do investimento considerado para o contrato. As motivações para perseguir o sucesso em uma licitação em detrimento da remuneração possível pela execução da obra variam: a empresa pode estar interessada na obra específica por sinergia com suas atuais atividades; pode haver interesse em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado ...; pode haver interesse em incrementar o portfólio de execução de obras da empresa; pode haver interesse na formação de um novo fluxo de caixa advindo do contrato ... Esses exemplos podem traduzir ganhos indiretos atuais para empresa ou mesmo ganho futuro, na ótica de longo prazo para o mercado. Assim, é possível que empresas atuem com margem de lucro mínima em propostas para concorrer nas contratações ..., desde que bem estimados os custos diretos e indiretos.’ Por fim, destacou o relator, ‘não há norma que fixe ou limite o percentual de lucro das empresas’, de forma que ‘atuar sem margem de lucro ou com margem mínima não encontra vedação legal, depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecução da proposta’. O Tribunal, seguindo o voto da relatoria, considerou procedente a Representação e fixou prazo para a anulação do ato de desclassificação da proposta da representante. Acórdão 3092/2014-Plenário, TC 020.363/2014-1, relator Ministro Bruno Dantas, 12.11.2014.”

Segundo o Informativo de Licitações e Contratos n. 350/2018 do TCU:

O juízo do pregoeiro acerca da aceitabilidade da proposta é feito após a etapa competitiva do certame (fase de lances), devendo o licitante ser convocado para comprovar a sua exequibilidade antes de eventual desclassificação. Apenas em

situações extremas, quando os lances ofertados configurarem preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, gerando uma presunção absoluta de inexequibilidade, admite-se a exclusão de lance durante a etapa competitiva do pregão.(...)

No entender do relator, é definitiva a conclusão de que, nos termos da Lei do Pregão e dos decretos regulamentadores, a análise da aceitabilidade da proposta deve ser feita após a fase competitiva do certame". Portanto, "contrario sensu, o exame da exequibilidade não deve ocorrer durante a etapa competitiva, a não ser em casos extremos, onde se perceba, por exemplo, evidente erro de digitação". Prosseguindo no raciocínio, o ministro enfatizou que não existe fundamento normativo para que o pregoeiro, com base em juízo subjetivo acerca da exequibilidade do lance oferecido, faça a exclusão de proposta no decorrer da fase de lances do pregão. Destacou, ainda, que "apenas em situações excepcionais admite-se a desclassificação da proposta quando os preços ofertados configurarem valor irrisório (na dicção do § 3º do art. 44 da Lei 8.666/1993), gerando uma **6** presunção absoluta de inexequibilidade". Relativamente ao objeto licitado, o relator frisou que "a inexequibilidade de preços é ainda mais difícil de ser atestada quando se trata de licenças de software, visto que os custos de produção são relativamente baixos, proporcionando ao licitante a possibilidade de ofertar preços reduzidos como estratégia de mercado ou, por exemplo, para que o representante atinja determinada meta imposta pelo fornecedor". Tal fato vem ao encontro do entendimento consolidado no TCU "de que não cabe ao pregoeiro fazer juízo acerca da exequibilidade da proposta sem que o licitante seja convocado para se pronunciar". (...) o relator concluiu que "a exclusão de lances deve ser feita somente em situações excepcionais". Seguindo esse entendimento, o plenário do TCU, entre outras deliberações, assinou prazo para que o Serpro tornasse sem efeito a exclusão dos lances, anulando o certame caso a empresa vencedora não honrasse a proposta de preço apresentada, e deu ciência à entidade que "a exclusão de lances considerados inexequíveis deve ser feita apenas em situações extremas, nas quais se veja diante de preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero". Acórdão 1620/2018 Plenário, Representação, Relator Ministro José Múcio Monteiro." (grifou-se)

Não há, na proposta apresentada pelo recorrido, indício de manifesta inexequibilidade, formulação de proposta de forma irresponsável ou atentatória aos princípios que norteiam as licitações públicas.

Insta salientar que o licitante, quando da formulação da proposta (entenda-se essa como sendo a registrada no sistema ou a modificada em função de lances) deve, obrigatoriamente, levar em consideração a totalidade das disposições constantes no instrumento convocatório. Forçoso concluir que o envio de proposta deve ocorrer após avaliação criteriosa das disposições editalícias e anuência em relação a esses termos.

Marçal Justen Filho menciona na obra *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*, 4ª ed., 2005, p. 137:

Em suma, aquele que formula proposta no pregão tem o dever objetivo de conhecer os limites do custo e lhe é interdito arriscar-se em contratação cujo valor seja tão reduzido que inviabilize sua execução.

Nesse ínterim, cabe transcrever algumas disposições editalícias que demonstram o comprometimento do licitante com a Administração quando da apresentação de sua proposta:

5.4. Deverão estar inclusos nos preços todos os custos, tributos, despesas ou outros encargos que incidam sobre a prestação dos serviços descritos no item 1 deste edital.
(...)

5.12. O simples envio da proposta será interpretado como concordância com os termos deste edital, minuta de contrato e demais anexos, com o estipulado na Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, Decreto 10.024, de 20 de setembro de 2019, subsidiariamente, pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, bem como com as

regras e condições estabelecidas, no que couber, na Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006 e Lei n. 11.488, de 15 de junho de 2007.

Salienta-se que, em sede de contrarrazões recursais, o recorrido ratifica sua proposta como sendo séria em relação ao preço cotado e seu compromisso com a correta execução contratual.

É importante ressaltar, ainda, que eventual contratada é responsável pela execução total e satisfatória do serviço contratado, sob pena de aplicação das penalidades estabelecidas na legislação de regência e nas disposições do edital e seus anexos, não podendo, com a finalidade de reduzir custos, descumprir as obrigações contratuais previamente definidas. O pleno cumprimento dessas obrigações pela Administração será averiguado por meio da fiscalização/gestão do contrato.

Sinale-se, por oportuno, que por força de disposições contratuais, somente ocorrerão pagamentos da despesa se houver o atesto da execução do objeto pelo gestor.

A inexecuibilidade somente pode ser reconhecida quando se evidenciar risco à viabilidade da execução do contrato. Não há, neste momento, qualquer indício de que o licitante vencedor do certame não possa executar aquilo que ofertou.

Resta evidente que o que se busca, por ocasião da licitação, é a contratação com aquele que apresente o **menor preço total estimado** (segundo critério estipulado) para a prestação dos serviços. Até prova em contrário, a proposta do recorrido consubstancia-se na proposta mais vantajosa para a Administração:

8.2. A classificação dar-se-á pela ordem crescente de preços propostos e aceitáveis. Será classificada em primeiro lugar a proposta que estiver em conformidade com as determinações deste edital, com o preço de mercado e apresentar o menor preço total estimado para a prestação dos serviços (menor desembolso para a Administração).

Relativamente ao julgamento realizado, cabe lembrar que o pregoeiro que conduz a licitação está legalmente obrigado a selecionar a proposta mais vantajosa para Administração, mas em absoluta compatibilidade com os critérios de aceitabilidade e demais disposições consignadas no edital.

Esse é o mote do artigo 3º da Lei n. 8.666/1993:

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 lhes são correlatos.

Essa é a leitura, também, do Decreto 10.024/2019:

Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.

(...)

§ 2º As normas disciplinadoras da licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, resguardados o interesse da

administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

Não é demais enfatizar que, no procedimento licitatório, o edital é o ato pelo qual se realiza a publicidade e se fixam as condições em que se efetivará o certame. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Pelo princípio da vinculação ao edital, somente pode ser exigido dos licitantes aquilo que tenha sido expressamente consignado em edital. O edital licitatório não pode dar margem a dúvidas, omissões ou regras implícitas.

O edital é a lei interna da licitação. Não faz sentido que a Administração fixe um determinado procedimento e forma no edital e que, na hora da análise, quer da documentação, quer da proposta venha a criar regras que não estavam originalmente escritas no instrumento de convocação.

Salienta-se, por oportuno, que em licitação, todo e qualquer julgamento deve ser objetivo. Conforme consta no art. 44, § 1º da Lei n. 8.666/93, *é vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.*

Vale dizer que os critérios que ensejam a desclassificação/ inabilitação de licitante devem sempre ter suas razões fundadas em critérios objetivos do instrumento convocatório, nunca na obscuridade.

Não há, portanto, espaço para discricionariedade durante a condução do procedimento licitatório. O pregoeiro tem dever de ater-se ao disposto no edital de licitação, ao qual está vinculado até o final do certame, garantindo a imparcialidade da Administração e a isonomia entre os licitantes, descartando, assim, subjetivismos em todas as suas fases.

Marçal Justen Filho, assim se posicionou acerca do tema:

Essa competência discricionária exercita-se no momento preparatório e inicial da licitação. Uma vez realizadas essas escolhas, exaure-se a discricionariedade e não mais pode ser invocada – ou, mais corretamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita a refazer toda a licitação. Assim, a **Administração tem liberdade para escolher as condições sobre o contrato futuro. Porém, deverá valer-se dessa liberdade com antecedência, indicando exaustivamente suas escolhas.** Tais escolhas serão consignadas no ato convocatório da licitação, que passará a reger a conduta futura do administrador. Além da lei, o instrumento convocatório da licitação determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 70)

Hely Lopes Meirelles assim se manifestou sobre o princípio da vinculação:

A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam **sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato.** (Licitação e Contrato Administrativo, Ed. Revista dos Tribunais, 10ª edição, 1991, São Paulo, p. 29).

Vinculação ao edital: a vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. **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 edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu. (Direito Administrativo Brasileiro, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000)

Em obra de Jessé Torres consta a seguinte passagem:

(d) o [princípio] da vinculação ao instrumento convocatório faz do edital ou do convite a lei interna de cada licitação, impondo-se a observância de suas regras à Administração Pública e aos licitantes, estes em face dela e em face uns dos outros, **nada podendo ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém de suas cláusulas e condições**; o art. 41 da Lei nº 8.666/93 ilustra a extensão do princípio ao declarar que 'A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada' (...);

(e) o [princípio] do julgamento objetivo atrela a Administração, na apreciação das propostas, aos critérios de aferição previamente definidos no edital ou carta-convite, **com o fim de evitar que o julgamento se faça segundo critérios desconhecidos dos licitantes, ao alvedrio da subjetividade pessoal do julgador**; (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 5ª ed., Renovar, 2002, pag. 55)

Decisão judicial no mesmo sentido:

O princípio da vinculação ao edital presente no procedimento licitatório obriga os licitantes, como também a administração, ao julgamento das propostas pautadas **exclusivamente nos critérios objetivos definidos no edital, com a devida observância ao tratamento isonômico entre os licitantes**(TJSC - ACMS n. , de Blumenau, Rel. Des. Luiz César Medeiros, julgada em 24/04/2007).

É certo que o recurso é um direito que assiste aos licitantes. No entanto, não basta a mera irresignação. O interessado não apresentou, em suas razões recursais, qualquer dado, fato, prova da alegada inexecutabilidade quando lhe caberia o ônus de tal comprovação. Não logrou encaminhar subsídios que pudessem justificar a reforma da decisão atacada neste particular.

A inexecutabilidade das propostas pela proposição de preço vil, não é presumida, devendo a parte interessada demonstrar cabalmente que os preços não refletem os encargos correspondentes. (TRF 1º Região. 6º turma. MS nº 2001.34.00.018039-0/DF. DJ22/09/2003)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem jurídica nacional consagra cada vez mais os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, com o objetivo de criar um sistema de freios que venha a coibir a prática de excessos no exercício das competências públicas com o fito de salvaguardar o interesse público. Por força da utilização desses princípios, o ordenamento jurídico visa assegurar a necessidade de se interpretar as exigências da lei e do ato convocatório como instrumentais em relação ao interesse público. Assim, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade permitem a compatibilização entre os meios utilizados pela Administração Pública e os fins que ela tem de alcançar.

Pelo cotejo das disposições editalícias com as ações que pautaram a condução do certame, não se vislumbram as ilicitudes pugradas pelo recorrente.

Por fim, cabe destacar que não se configura, na espécie, qualquer afronta ao interesse público, à finalidade do procedimento licitatório nem à segurança da contratação, uma vez que venceu o certame licitante que, concorrendo em igualdade de condições, ofereceu proposta mais vantajosa em procedimento no qual se

impõe o julgamento pelo menor preço e que logrou comprovar, durante a sessão pública da licitação, o atendimento às exigências constantes em edital.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, a pregoeira **mantém** a decisão que declarou vencedor do certame o licitante **SANTIAGO ENGENHARIA LTDA.** na sessão pública do Pregão n. 3/2021, submetendo o recurso à decisão superior.

Porto Alegre, **22** de março de 2021.

Rosana Adolfo,
Pregoeira.



Documento assinado eletronicamente por **Rosana Brose Adolfo, Chefe de Seção**, em 22/03/2021, às 13:29, conforme art. 1º, § 2º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sei.tre-rs.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **0628990** e o código CRC **99AEBB35**.

Rua Padre Cacique, 96 - Bairro Menino Deus - Porto Alegre/RS - CEP 90810-240
www.tre-rs.jus.br - Fone: (51) 3294 8308