

ILUSTRÍSSIMOS SENHORES MEMBROS DA COMPETENTE COMISSÃO TÉCNICA DE JULGAMENTO DA LICITAÇÃO EDITAL DE CONCORRÊNCIA NACIONAL Nº 26/08

HIDROSONDAS Hidrogeologia e Construção Ltda, CNPJ: 02.757.523/0001-02, concorrente, vem respeitosamente e de forma tempestiva, por seu representante legal apresentar,

RECURSO CONTRA JULGAMENTO DAS PROPOSTAS – Edital 26-2008 – CODEVASF

FUNDAMENTAÇÃO: Lei de Licitações 8.666/93, Capítulo V, Art. 109, Inciso I, alínea b), com requerimento de efeito suspensivo aos demais recursos, por dicção do Art. 109, § 2º, abaixo transcritos:

Capítulo V
DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

b) julgamento das propostas;

§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

Contra o Julgamento das propostas e desclassificação de todos os concorrentes do Lote I, enfatizado por essa Douta Comissão, por força do Art. 48, § 3º da Lei de Licitações. Apela-se pela reconsideração do julgamento e inicialmente requer aplicação dos princípios básicos obrigatórios da Lei de Licitações Públicas, Lei 8.666/1993, em que se alinham:

Argumentos:

1 – A licitação é antes de tudo a disputa em concorrência dos interessados em contratar com a Administração Pública, com fiel observância aos preceitos consagrados em Lei, os quais antecedem todo o processo administrativo. Assim, o certame tem que ser justo e as disputantes em iguais condições, tudo isso fielmente ao instrumento convocatório, que neste caso é o edital 26/2008, sob a mais estrita regência do Artigo 3º “caput” da Lei 8.666/93; e da Constituição Federal/88, com ênfase a atender ao princípio da razoabilidade, preconizada pelo Art. 37, inciso XXI.

“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”.

2 – Apregoamos a revisão dos paradigmas do Direito Administrativo, nos novos parâmetros da contratação pública, quais sejam segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “a preeminência dos direitos fundamentais; a exigência de legitimidade. A necessidade de assegurar a competitividade. A indispensabilidade de criar e aperfeiçoar as tecnologias, a importância da publicidade e da visibilidade da atuação pública. A obrigatoriedade da motivação e a inafastabilidade de controles multimodais, cada vez mais especializados” (“O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos”, in Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – Vol. XVII). Neste contexto, releva-se uma maior efetividade do princípio de aproveitamento dos atos processuais que compõem o procedimento licitatório – prévio à contratação – de modo que se dê maior efetividade aos princípios da eficiência e economicidade, que, em última análise, informarão o atendimento ou não do interesse público.

Veremos então a melhor forma de interpretação da Lei 8.666/93 em seu Art. 48, § 3º:

A Constituição Federal de 1988, no art. 37, Inciso XXI, abaixo transcritos determina:

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 pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)

Observar então o Art. 45, Incisos I a IV, Lei Federal 8.666/93: Transcrevemos:

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 pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

Esta mesma Lei Federal traça as regras básicas do procedimento licitatório, estabelecendo alguns princípios jurídicos norteadas pelo seu Art. 3º, retro transcrito no tópico 1, onde ressaltamos o julgamento objetivo das propostas, admitindo a aplicação de outros (princípios) que lhe são correlatos, fato este, que mais que evidentemente inclui a incidência dos princípios do aproveitamento, sempre que possível, dos atos válidos que compõem o procedimento licitatório, da economicidade, eficiência e da razoabilidade. O estatuto acima cuida, com acentuação dos critérios e métodos de julgamento das propostas, tudo com o fim, proclame-se, de selecionar à luz dos princípios jurídicos antes enunciados, a proposta mais vantajosa para contratar com o Poder Público. Também previu em seu Art. 48, Incs. I e II e § 3º hipóteses de desclassificação parcial e total das propostas dos licitantes, estabelecendo a imediata consequência que pode ser adotada pelo administrador público.

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis, 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)

(...)

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

A lei de Licitações elencou taxativamente as hipóteses em que as propostas dos licitantes poderão ser desclassificadas. Se for parcial a desclassificação, o certame continua com os licitantes habilitados e classificados. Caso seja todos os licitantes desclassificados viria então a ser aplicado o § 3º do Art. 48, Lei 8.666/93, que vem gerando crescentes discussões em sede doutrinária e jurisprudencial. Este § 3 do Art. 48 – Lei 8.666/93 encerra para a administração pública uma faculdade e não um dever. Isto que dizer que caberá ao administrador público, ilustrado pelos critérios de conveniência e oportunidade, decidir, fundamentadamente, se, diante da desclassificação de todas propostas, realizará outro certame ou se, ao contrário, buscará escoimar os vícios das propostas apresentadas, aproveitando-se, deste modo, a licitação em curso. **Este dispositivo enuncia a importante tutela de o Poder Público garantir a celeridade e a economia dos atos da licitação.** Estes são os guias da correta interpretação do dispositivo legal em comento.

Este dispositivo § 3 do Art. 48 – Lei 8.666/93 está ou não de acordo com a Constituição Federal/88? Parte da Doutrina afirma ser este ordenamento jurídico inconstitucional por vulnerar os princípios da competitividade, moralidade e isonomia. Argumenta-se que, diante da desclassificação de todos, a única solução possível seria nova licitação. Repensando-se, inclusive, os termos do instrumento convocatório. Vejamos a manifestação de Marçal Justen Filho:

“ A regra infringe princípios constitucionais e não pode ser considerada válida. Uma vez verificada a existência de defeitos na documentação ou na proposta de todos os licitantes, a única solução cabível seria renovar o procedimento licitatório. Em princípio a Administração deverá renovar a licitação, reavaliando inclusive os termos do instrumento convocatório (que, por

excessivas sumareidade ou complexidade, pode ter sido fator relevante para a desclassificação). Ou seja, o dispositivo transforma os anteriores licitantes em titulares de faculdade incompatível com regras e princípios constitucionais. (...)

(...)

Se todas as propostas foram desclassificadas, não há fundamento jurídico para restringir a apresentação de novas propostas apenas aos anteriores participantes. Essa restrição é indevida e ofende os princípios da isonomia, da moralidade e da competitividade. Impede indevida e injustificadamente a participação de interessados no procedimento licitatório". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª Edição., São Paulo, Dialética, 2002, pp. 435/436).

Com a devida licença, não há que se alegar inconstitucionalidade do § 3 do Art. 48 – Lei 8.666/93. Não há ofensa aos princípios da moralidade, da impessoalidade e isonomia. Há explicação correta ao posicionamento:

Ainda mais reforçada fica assim a menção de que o procedimento licitatório destina-se à escolha da proposta mais vantajosa à administração e deve respeitar o princípio da isonomia, paridade de regras, necessária à garantia da intangibilidade do princípio da competitividade. Porém, (grife-se) **os princípios acima mencionados não devem ser interpretados de modo a inviabilizar e trazer formalismos exagerados ao procedimento licitatório, circunstância esta que acabaria por malferir a Constituição Federal/88 em seu Art. 37, inc. XXI, e, sobretudo, a razoabilidade e eficiência.**

Formalismo descreve-se como sendo a exacerbação da formalidade e não é mais admitida no perfil de atuação do administrador público, que se enunciou no tópico 2, quando tratamos os novos paradigmas do Serviço Público. Onde se busca substituir o modelo burocrático (de forte controle interno) pelo modelo gerencial ou consensual da administração pública, moderna e legal, em que se privilegia o resultado. E não poderá, doravante, ser diferente. O formalismo pode conduzir o ato licitatório para a ilegalidade, em razão de desvio de finalidade por violação bruta **à regra da razoabilidade.**

Com efeito, desde que os vícios existentes em todas as propostas sejam sanáveis, e o procedimento amplamente publicado e divulgado não se verificará violação de princípios da competitividade e isonomia, uma vez que todas as que desejaram concorrer e foram habilitados no procedimento, terão segundo o § 3 do Art. 48 – Lei 8.666/93 a possibilidade de escoimar de suas propostas os vícios que as maculam. Assim estará sendo respeitada a isonomia, uma vez que faculta a todos os participantes em disputa a possibilidade de afastar os vícios detectados na proposta, principalmente tratando-se de item de baixa formalidade. Deste modo não se percebe haver inconstitucionalidade, ao contrário, atende ao princípio constitucional da razoabilidade, sob regência do Art. 37 Inc. XXI da Constituição Federal/88,

passa a atender também aos princípios da realidade, economicidade e do aproveitamento dos atos válidos que compõem um procedimento licitatório.

Cabe ao administrador definir se deve renovar o procedimento licitatório, ou primar pelos caminhos da constitucionalidade, competitividade, economia, isonomia, legalidade e razoabilidade, determinando tão somente e sem formalismos, aos licitantes ditos desclassificados que excluam de suas propostas os vícios sanáveis, **desde que não relacionados ao preço final (já de todos os participantes conhecido), valendo-se da regra do aproveitamento dos atos válidos já praticados no procedimento licitatório, dando continuidade perfeitamente ao certame.**

3 – Deste modo, apresenta-se o que melhor é assente ao administrador no caso especial deste certame. **Entende-se excessivamente formal o pedido de apresentação de novas propostas. Sendo descabido tal feito desde quando os preços tornaram se conhecidos e também as intenções de cada competidor.** Por isso mesmo é que reformamos a tese de revisão de julgamento, com a correção dos vícios que foram apresentados igualmente por todos os competidores quanto ao teto salarial dos profissionais diplomados em engenharia, cujo valor previsto em edital seria de R\$ 3.527,50 (três mil e quinhentos e vinte e sete reais e cinquenta centavos) e todos cotaram a menor. **Assim sendo, necessário não haver interferência no valor final de proposta, podendo ser perfeitamente e sem quaisquer formalismos, ser corrigido, sem elevação do preço final da proposta.** É bastante e substantivo a correção do salário, com as parcelas que lhe são afetas em planilha, com reflexos de redução na Bonificação das Despesas Indiretas. Permanecendo inalterado o preço final de proposta. A melhor proposta e mais vantajosa a Administração Pública já foi selecionada e conhecida, sendo aquela pertencente à empresa que apresentou o menor preço, que salvo qualquer engano, é a HIDROSONDAS HIDROGEOLOGIA E CONSTRUÇÃO LTDA.. Ressalve-se que em várias outras licitações com incidências similares a Administração da CODEVASF adotou, com implacável sucesso, o que ora se propõe.

Conforme o que já se adiantou, o § 3 do Art. 48 – Lei 8.666/93 prestigia e impõe efetividade aos princípios da economicidade, do formalismo moderado e eficiência, que apregoam na medida do possível, a desburocratização da atividade administrativa com medidas que, sem afetar o princípio da estrita legalidade, logre obter os resultados mais positivos, legítimos e válidos ao menor custo possível, atendo-se assim ao interesse público aferido no caso concreto.

A aplicação do § 3 do Art. 48 – Lei 8.666/93 induz a que sejam escoimados das propostas dos licitantes somente os erros materiais que a viciaram, sem que, em regra, nova proposta de preço seja apresentada, sob pena de se converter o procedimento em verdadeiro leilão, o que é inadmissível. Veja o entendimento apresentado por Marçal Justen Filho, verbis:

“ Se for admitida a constitucionalidade do art. 48, § 3º, não será permissível à Administração utilizar essa faculdade para desnaturar a licitação. Imaginando ser possível obter propostas mais satisfatórias, a Administração poderia ser tentada a promover arbitrariamente a desclassificação de todas as propostas. Forçaria os licitantes a rebaixar as exigências através da apresentação de novas propostas. A opção do art. 48, § 3º, transformaria a licitação numa espécie de leilão. Os licitantes, tomando conhecimento das propostas existentes, elevariam as vantagens ofertadas à Administração. Ora, o leilão não foi admitido para hipótese em que a administração bem entender” .

(Comentários à Lei de Licitações..., Cit., p 436)

Igualmente, mostra-se a doutrina de Carlos Ari Sunfeld:

“ No sistema legal brasileiro vigora, salvo duas exceções expressas, a regra da imutabilidade das propostas financeiras no curso do procedimento licitatório. A época adequada para a elaboração da oferta é a que vai do chamamento ao certame (...) até a data da chamada abertura, quando se dá a inscrição do licitante com a entrega da proposta. Ultrapassado esse momento, ela não pode mais ser alterada. (...) O antigo Art. 48, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, tornou-se § 3º do mesmo artigo com o advento da Lei nº 9.648/98 (...) Nesse caso, entretanto, é importante que o ente licitante identifique – restringindo o escopo da escoima – os aspectos que necessitam de retificação ou supressão na proposta, impedindo assim a apresentação de verdadeiras novas propostas, caso o aspecto de retificação não tenha repercussão quanto ao conteúdo econômico da proposta original”

(“O formalismo no procedimento licitatório” , in Revista da Procuradoria Geral da República nº 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp 11/12)

Assim, caso os vícios das propostas desclassificadas não digam respeito ao preço propriamente dito, ao valor nelas contido, ou a exigências formais que, de alguma forma, influenciam no preço, mas, tão-somente, a vícios matérias que digam respeito ao edital de convocação, deverão os licitantes apenas “escoimar” os defeitos dela constantes, no prazo de oito dias, sem contudo, apresentar nova proposta de preço.

Entenda-se que o objetivo do legislador no § 3 do Art. 48 – Lei 8.666/93 não teve intenção de estabelecer leilão entre os licitantes, já conhecedores das propostas de preços uns dos outros, apresentariam novas propostas, obviamente com preços mais baixos, mas sim garantir a celeridade, eficiência e economicidade do procedimento licitatório, dentro de uma lógica de moralidade e boa fé, que não pode se desvirtuar da intenção inicial do licitante quando da apresentação de suas propostas de preços, mormente para atender a interesses secundários da Administração Pública.

Entende-se como permissivo legal à licitante escoimar, isto é, 'livrar de defeitos' apenas a causa da sua desclassificação. Deste modo, afasta-se em definitivo a hipótese de apresentação de novas propostas.

Pede-se considerar o teor deste recurso, haja vista que a proposta mais vantajosa à Administração Pública já foi conhecida para o Lote 1 do mencionado edital de concorrência nacional, sendo aquela apresentada por HIDROSONDAS HIDROGEOLOGIA E CONSTRUÇÃO LTDA., exigindo-se seja cumprida a legislação nos seus melhores termos. **Requer sejam refeitas as planilhas, retificados os vícios, sem alteração do preço original e final da proposta apresentada**, mediante a inteligência do teor do Art. 48, § 3º da Lei Federal 8.666/93 e consoante a Constituição Federal, Art 37, Inc. XXI e acatada nossa proposta de preço, **e que sejamos legitimamente declarados vencedores**. Pede-se o cumprimento formal do Artigo 109, Inc I, alínea b) e § 2º, que a Autoridade Competente, à luz da melhor justiça, atribua a este recurso ora interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

Revigoramos nosso respeito ao bom senso e inteligência dessa Comissão de Julgamento, designada pela Decisão nº 418/08, de 06 de março de 2008, para o edital de licitação nº 26/2008, aguardando acato e deferimento deste recurso, para não sermos compelidos a bater às portas dos tribunais.

Petrolina (PE), 2 de Maio de 2008.

HIDROSONDAS Hidrogeologia e Construção Ltda

CNPJ: 02.757.523/0001-02