

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA COMISSÃO PERMANENTE  
DE LICITAÇÕES DA FUNDAÇÃO MUNICIPAL CENTRO UNIVERSITÁRIO DA  
CIDADE DE UNIÃO DA VITÓRIA - UNIUV. ILMA AUTORIDADE COMPETENTE**

**Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO N° 25/2017 – PROCESSO DE COMPRA N° 53/2017**

**ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, devidamente qualificada no processo licitatório em epígrafe, vem, tempestivamente, por meio de seu representante legal, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO**, contra o julgamento de classificação das propostas de preços da empresa **FLAMA CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA**, com fulcro no inciso XVIII, do art. 4º, da Lei nº 10.520/2002 e do art. 26 do Decreto nº 5.450/2005, pelos fundamentos expostos a seguir.

Requer-se, desde já, caso ultrapassado o juízo de retratação, o recebimento das presentes razões de recurso, na forma prevista em lei, com seu encaminhamento, devidamente informado, à autoridade competente para a devida apreciação, requerendo a total e completa procedência.

**I – DA TEMPESTIVIDADE**

De pronto, urge registrar a tempestividade do presente recurso administrativo, tendo em vista que a notificação sobre a apresentação das planilhas de custo da empresa Flama ocorreu no dia 20/03/2018. Assim, considerando que o dia 27/03/2018 foi feriado municipal em União da Vitória, resta cumprido o prazo de 05 (cinco) dias úteis, previsto no 12.1 do instrumento convocatório.

## **II – DOS FATOS**

A Fundação Municipal Centro Universitário da Cidade de União da Vitória - UNIUV instaurou o processo licitatório de Pregão Presencial nº 25/2017, destinado a contratação de pessoa jurídica para a prestação de serviços continuados de limpeza, asseio, conservação e portaria, cuja abertura ocorreu no dia 14/12/2017 às 14 horas.

Decorrida a etapa competitiva de lances foi inabilitada a empresa Flama Construções e Serviços Ltda, por não ter cumprido com os requisitos de habilitação técnica estabelecidos no instrumento convocatório.

Em consequência disso, a recorrida ingressou com recurso administrativo pelo qual restou mantida sua inabilitação, a qual somente foi revista após a apresentação de recurso hierárquico direcionado ao Reitor dessa respeitável instituição, que reformou a decisão e possibilitou a empresa efetuar apresentação proposta de preços readequada ao último lance por ela ofertado.

Todavia, conforme a seguir se comprovará deve a proposta de preços da recorrida ser desclassificada, mormente a existência de erro substancial na proposta de preços, a qual torna a mesma insuscetível de aproveitamento.

## **III – DAS RAZÕES PARA DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA DE PREÇOS DA RECORRIDA**

De pronto, urge destacar que não merece a recorrida ser classificada no processo licitatório, mormente a apresentação de planilha com custos negativos, o que demonstra a total incapacidade de cobrir os custos dos elementos essenciais da execução dos serviços.

Denota-se das planilhas de custo apresentadas pela recorrida para os postos de portaria, especificamente para os **itens 06 e 07**, que estas contemplam taxa de lucro negativas, sendo que **para o item 06 a taxa é de -3,50%** (três vírgula cinquenta por cento negativo), que perfaz a quantidade de - **R\$ 150,05** (cento e cinquenta reais e cinco centavos), e **para o item 07 a taxa é de - 23,50%** (vinte e três vírgula cinquenta por cento negativo), que perfaz a quantia de - **R\$ 1.436,41** (um mil, quatrocentos e trinta e seis reais e quarenta e um centavos).

Com efeito, a recorrente não logrou êxito em comprovar a exequibilidade dos preços ofertados, visto que para execução dos serviços de portaria a empresa deverá desembolsar o percentual de 3,25% sobre o valor total do posto relacionado no item 06 e 27,89% em relação ao posto do item 07.

Item	Valor do Posto	Lucro	Diferença
06	4.620,50	- 150,05	-3,25%
07	5.150,20	- 1.436,41	-27,89%

Não se desconhece que a parcela de lucro é o ganho decorrente da exploração da atividade econômica desenvolvida pela licitante e que por isso o percentual a ser apurado em cada contrato depende da estratégia comercial de cada empresa, a qual poderá renunciar o direito de receber essa parcela, contudo, não é cabível que a licitante se beneficie de taxa de lucro negativa para encobrir o fato de os preços ofertados não serem suficientes para suportar os custos que envolvem a execução dos serviços.

Destaca-se que no presente caso não se trata de manter taxa de lucro com valor zero, onde a empresa deixaria de obter ganhos com a execução dos serviços. Ao manter taxa de lucro negativa na planilha de custos a empresa está demonstrando que a proposta não considerou os custos indispensáveis para execução dos serviços, ou seja, está estampando a inexecuibilidade da proposta de preços.

Desse modo, impossível prestigiar a planilha de custos de tal sorte viciada que fere e macula as regras estabelecidas em lei e estampadas no instrumento convocatório, porquanto não se tratam de meros equívocos que em nada afetam o julgamento da proposta, ao deixar de cotar os custos necessários para execução dos serviços a recorrida obteve vantagem em relação a recorrente que considerou em sua proposta de preços todos os elementos indispensáveis para execução dos serviços.

As irregularidades apuradas na proposta da recorrida não podem ser interpretadas como simples lapso material ou formal, mas como "erro substancial", ou seja, aquele que interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração ou alguma das qualidades a ele essenciais (art. 139, I, Código Civil).

A ausência de previsão dos custos adequados a execução dos serviços configura erro grave, "substancial", que torna o mesmo insuscetível de aproveitamento, defeituoso,

incompleto, não produzindo os efeitos jurídicos desejados, visto que sem a sua correção não há possibilidade de auferir o correto valor da proposta.

O erro substancial provoca o efeito mais indesejado ao licitante: a desclassificação.

É cediço que deve a Administração Pública buscar proposta de preços mais vantajosa, contudo, não é cabível que o diploma seja interpretado de maneira obscura, é necessário que as licitantes concorram em iguais condições e que o julgamento das propostas seja proferido de maneira objetiva, de modo a não permitir a perpetuação de atos ilegais e descabidos.

Assim dispõe o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, *in verbis*:

*“Art. 37, 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”.*

A jurisprudência é pacífica quanto à desclassificação de propostas irregulares:

**“ADMINISTRAÇÃO. LICITAÇÃO. DEMONSTRADA A INCORREÇÃO DA PROPOSTA VENCEDORA É LEGÍTIMA A DESCLASSIFICAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA. RECURSO IMPROVIDO.”** (TRF - 4ª R. Proc. 0408300, Apelação em mandado de segurança. DJ de 24.04.93. Pág. 9819. Rel. Juiz Wolkmer Castilho).

**“ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA, TIPO**

*MENOR PREÇO. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE. DESCUMPRIMENTO DE NORMA EDITALÍCIA ALUSIVA AO PREÇO UNITÁRIO DOS ITENS COMPONENTES DA OBRA. PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IRRELEVÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE, DA EFICIÊNCIA, DA ISONOMIA, E DO JULGAMENTO OBJETIVO. LIMINAR DEFERIDA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA, SUSPENDENDO A OBRA JÁ INICIADA. REVOGAÇÃO QUE SE IMPÕE. AGRAVO PROVIDO. (...). O acolhimento de propostas que violam as exigências do edital e da lei ofenderia, a um só tempo, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da vinculação ao instrumento convocatório; da isonomia, porque as demais concorrentes, em respeito às normas do certame, não puderam fazer o mesmo que a autora; e do julgamento objetivo, dado o reconhecimento particularizado de uma situação que não poderia ter sido acolhida; conspurcando-se a igualdade de tratamento aos participantes, com o risco de contratação de quem possa vir a executar mal os serviços licitados ou empregar materiais de baixa qualidade, em prejuízo da solidez, da segurança e da eficiência da obra.[...]" (AC n. 2007.048276-0, rel. Des. Jaime Ramos, j. 17.4.2008) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.000364-3, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 15-06-2010). (grifamos)*

Pertinente trazer a lição do eminente jurista ADILSON DE ABREU DALARI:

*"A Administração Pública não pode meter-se em contratações aventurosas; não é dado ao agente público arriscar a contratação (...), pois ele tem o dever de zelar pela segurança e pela regularidade das ações administrativas.*

(...)

*Na fase de classificação, contrariamente, deve ser feito um rigoroso e amplo exame da proposta, tendo em vista que tudo aquilo que nela contém vai afetar sensivelmente o futuro contrato. Em síntese, o exame da idoneidade da proposta deve ser muito mais severo do que o exame da idoneidade do proponente. (...). Isso já demonstra, de maneira implícita, que a comissão de julgamento pode e deve ir além do exame daquilo que consta expressamente dos autos do processo licitatório.” (Aspectos Jurídicos da Licitação. 4 ed. Saraiva, 1997, p. 131.)*

Nessa esteira, necessário a observância ao que dispõe o art. 44 da Lei nº 8.666/93:

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

*§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global OU UNITÁRIOS SIMBÓLICOS, IRRISÓRIOS OU DE VALOR ZERO, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos [...].*

Outrossim, o art. 48 da Lei nº 8.666/93, assim determina:

*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 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.*

Consubstanciando o prescrito na base legal acima descrita, José Cretella Júnior oferta a seguinte lição:

***"Preços inexequíveis, por sua vez, são, ao contrário dos excessivos, os fixados em menor valor do que os constantes no mercado, indicando que o proponente não terá condições de cumprir o contratado se vier a ser vencedor, podendo abandoná-lo ou ser levado à ruína econômica.** Em qualquer das hipóteses, a Comissão deve desclassificar a proposta, motivando a rejeição. Em suma, as propostas que não atendem às exigências do edital, por serem desconformes com o que foi fixado ou as que contiverem preços excessivos ou manifestamente inexequíveis serão desclassificadas" (CRETELLA JÚNIOR, José. Das licitações públicas. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 303).*

Necessário observar que o instrumento convocatório ao prever as condições para apresentação da proposta de preços, delimitou a necessidade de a proposta de preços prevê em seus custos a adoção da taxa de lucratividade:

*“IX – DA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA DE PREÇO – ENVELOPE “01”*

*9.1 Os interessados deverão apresentar as suas propostas em uma via, em envelope lacrado, identificado como Envelope “01” – Proposta de Preço, que:*

*(...)*

*d) nos preços propostos deverão estar incluídas, além do lucro, todas as despesas, diretas e indiretas, relacionadas com a prestação de*

*serviços objeto da licitação, vedada a inclusão do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ – e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL;”*

Em outra monta, ao determinar as condições para classificação das propostas, o instrumento convocatório assim disciplinou:

*“11.18.1. Serão desclassificadas as propostas que:*

- a) Não atendam às exigências e requisitos estabelecidos neste edital e seus anexos ou imponham condições;*
- b) Apresentem valores superiores aos constantes do Anexo 10 **ou manifestamente inexequíveis**;*
- c) Sejam omissas, vagas ou apresentem irregularidades ou defeitos capazes de impedir o julgamento.”*

No tocante a inexequibilidade de preços, o item 11.19 do edital estabelece:

*“11.19 – Considerar-se-á inexequível a proposta que não demonstre sua viabilidade por meio de documentação que comprove que os custos envolvidos na contratação são coerentes com os de mercado do objeto deste Pregão.”*

Com base no exposto, resta caracterizada a violação ao art. 41 da Lei n. 8.666/93 que materializa o princípio geral de vinculação ao instrumento convocatório inserido no art. 3º da Lei n. 8.666/93:

*“Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.*

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

Sobre o assunto, convém trazer à colação a respeitada doutrina de Hely Lopes Meireles, Carlos Ari Sundfeld e Marçal Justen Filho, respectivamente:

*“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. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital o modo e a forma de participação dos licitantes, bem como as condições para a elaboração de ofertas, e, no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento ou no contrato, se afastasse do estabelecido e 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 quanto a Administração que o expediu (art. 41)” (in “Direito Administrativo Brasileiro, 21ª Ed., p. 249. São Paulo: Malheiros, 1996).*

*A vinculação ao instrumento convocatório cumpre triplo objetivo. De um lado, aferra a Administração ao Direito, na medida em que a sujeita ao respeito de seus próprios atos. De outro, impede a criação*

*de etapas ad hoc ou a eleição, depois de iniciado o procedimento, de critérios de habilitação ou julgamento destinados a privilegiar licitantes. Por fim, evita surpresas para estes, que podem formular suas propostas com inteira ciência do que deles pretende o licitador. Após o início da licitação, a única surpresa para os licitantes deve ser quanto ao conteúdo das propostas e seus concorrentes”. (in “Licitação e contrato administrativo”. 2ª Ed., p. 21. São Paulo: Malheiros, 1994).*

*“O instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. (...). 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. (...).” (in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”. 9ª Ed., p. 384/385. São Paulo: Dialética, 2002).*

Infere-se, da legislação especial aplicável e da doutrina, que o Edital é a lei interna da licitação. Uma vez dispostas no edital as regras do certame, cumpre ao Administrador e aos licitantes a sua estrita observância, de modo a assegurar o cumprimento da legislação aplicável e das regras da licitação, previamente dispostas no edital, para, consequentemente, preservar o tratamento igualitário dos licitantes (princípios da legalidade e isonomia).

A jurisprudência dos tribunais é pacífica neste sentido:

***EMENTA - 1) DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM EDITAL. CAPACIDADES TÉCNICA E ECONÔMICO-FINANCEIRA NÃO COMPROVADAS. INABILITAÇÃO CORRETA. INDENIZAÇÃO INCABÍVEL. a) Conforme previsto na Constituição Federal (artigo 37, XXI), as exigências de qualificação***

técnica e econômica na licitação são indispensáveis, tendo em vista que são elas que garantem que o licitante será capaz de cumprir devidamente o contrato administrativo. b) Os licitantes, quando se dispõem a participar do processo licitatório, estão cientes das regras previstas em Edital e de que estas devem ser cumpridas, eis que são a garantia da lisura, da legalidade e da isonomia do certame. c) O Edital expressamente previu a necessidade de os atestados de capacidade técnica mencionarem a metragem dos serviços executados. O fato de a Apelante já ter executado os mesmos exatos serviços por seis anos consecutivos não a desobriga de atender ao requisito de comprovação da capacidade técnica na forma prevista no Edital. (...) e) O fato de ter ofertado o menor preço, por si só, não é suficiente para garantir que a Apelante seja a vencedora da licitação, porquanto todos os demais requisitos devem ser cumpridos em conjunto. f) Não preenchidos todos os requisitos, correta a inabilitação da licitante, não havendo qualquer direito à assinatura do contrato administrativo em questão, sendo descabido falar em indenização.

2) DIREITO PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR EXCESSIVO DIANTE DA SIMPLICIDADE DA CAUSA. REDUÇÃO NECESSÁRIA. a) A fixação da verba honorária deve ser arbitrada de forma razoável, proporcional e equânime, a partir dos elementos constantes dos autos. b) Aplicável a redução dos valores para R\$ 1.000,00 para cada parte Ré/Apelada.3) APELO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO PARA REDUZIR A CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PARA R\$ 1.000,00 PARA CADA PARTE RÉ/APELADA. (TJPR - 5ª C. Cível - AC - 1131953-2 - Curitiba - Rel.: Leonel Cunha - Unânime - J. 18.02.2014) (Grifamos)

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DO INSTRUMENTO

*CONVOCATÓRIO. Por força do princípio da vinculação do instrumento convocatório (art. 41 da Lei n. 8.666/93), não pode a Administração deixar de cumprir as normas constantes no edital de licitação, nem o particular se abster de atender às exigências ali estabelecidas. Assim, não se verifica a ocorrência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. O indeferimento da liminar fica mantido.*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70056903388, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 04/12/2013) (TJ-RS - AI: 70056903388 RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Data de Julgamento: 04/12/2013, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/12/2013) (Grifamos)*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO EDITAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATORIO. O edital é a lei interna do procedimento licitatório, não pode ser descumprido pela Administração e deve ser observado por todos os licitantes, para que concorram em igualdade de condições. EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROVA DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR. É possível a exigência de comprovação de experiência anterior, a fim de demonstrar a capacidade técnica da empresa. O objeto da licitação é a contratação de empresa para prestação de serviços de desenvolvimento de layout de formulários, impressão, acabamento e expedição, ou seja, exige aptidão tecnológica e operacional. Conquanto impositiva a comprovação da prestação dos serviços licitados ou compatíveis, a autora não demonstrou a sua aptidão técnica, bem como a experiência indispensável à adjudicação. Ausência de ilegalidade no Edital. AGRAVO DE*

*INSTRUMENTO PROVIDO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70068975481, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 09/06/2016). (TJ-RS - AI: 70068975481 RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Data de Julgamento: 09/06/2016, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/06/2016) (Grifamos)*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. REQUISITOS DO EDITAL. INOBSERVÂNCIA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO. O edital é a lei interna do procedimento licitatório, não pode ser descumprido pela Administração e deve ser observado por todos os licitantes para que concorram em igualdade de condições. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70058222548, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 30/04/2014) (Grifamos)*

Nesse pensar, importa afirmar que a partir dos termos fixados no edital, não há margem para discricionariedade, seja por parte da Administração, seja por parte dos licitantes, pois estes se vinculam ao Edital, que se torna fundamento de validade de todos os atos praticados no curso de licitação. Por essas razões é que se afirma, corriqueiramente, que o edital de licitação constitui lei entre as partes.

No caso em tela, é possível inferir que requerida não cumpriu estritamente com o exigido no edital, uma vez que não cotou taxa de lucratividade em sua proposta de preços, a qual estampa de forma clara e nítida a inexequibilidade dos preços ofertados para os postos relativos os itens 06 e 07, mormente a apresentação de taxa negativa de lucro, o que configura erro substancial e insuscetível de aproveitamento.

Desta forma, registra-se como medida da mais elevada urgência e justiça, a desclassificação da proposta da recorrida.

**IV – DO PEDIDO**

Por todo exposto, para que não se consolide uma decisão equivocada, lembrando o próprio dever de evitar-se o ônus de eventual demanda judicial, a **ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.**, requer:

a) O recebimento e provimento do presente recurso administrativo, para declarar a desclassificação da recorrida;

b) O encaminhamento do presente recurso administrativo para instância superior, caso este seja julgado improcedente, o que se admite apenas como argumentação, para que então, se proceda a reforma da decisão.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento.

Joinville/SC, 27 de março de 2018.

**Raphael Galvani**  
OAB/SC 19.540

**Susana Franciele Folador**  
Representante Orbenk

**Simone Costa**  
OAB/SC 43.503