



## DECISÃO ADMINISTRATIVA

**PREGÃO ELETRÔNICO Nº 47/2023**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 87/2023**

**OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PAISAGISMO, MANUTENÇÃO DE ÁREAS VERDES, CANTEIROS CENTRAIS, PRAÇAS, PARQUES E JARDINS, INCLUINDO O FORNECIMENTO DE MATERIAL, EQUIPAMENTOS E MÃO DE OBRA.**

### RELATÓRIO

Trata-se de recurso administrativo interposto por **VINA EQUIPAMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA**, alegando em síntese a irregularidade da desclassificação antecipada de sua proposta, sem a realização de diligência a cargo do senhor pregoeiro, que permitiria o esclarecimento do valor preliminarmente ofertado, dado à confusão gerada pela plataforma, acreditando-se que o sistema eletrônico faria automaticamente a multiplicação por 12. Cita jurisprudência do TCU e pugna pelo retorno à fase lances.

A esta pretensão recursal foram apresentadas, pela empresa **PALMACÉIA JARDINS LTDA**, contrarrazões, onde alega, em síntese, a vinculação ao instrumento convocatório, em especial os itens 8.4 e 28.9 do instrumento editalício e que o equívoco da recorrente não poderia mudar o curso da licitação. Cita jurisprudência.

O pregoeiro foi conduzido por servidor que se encontra (atualmente) afastado por motivo de saúde entendendo o pregoeiro substituto não lhe cabe exercer eventual juízo de retratação, submetendo o feito à decisão superior, aduzindo, contudo, estarem presentes as condições recursais que justificam o processamento e conhecimento (decisão administrativa de 21 de junho de 2023 - doc. anexo).

Considerando a competência da Superintendência de Gestão de Recursos Materiais para proceder, administrar, dirigir e supervisionar todas as atividades e atos administrativos pertinentes ao controle e desenvolvimento de compras e contratações administrativas, processos licitatórios e procedimentos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 40, IV da Lei municipal 5.881/2017), sendo o objeto da controvérsia suposto vício de procedimento, passo a decidir:

Registre-se em primeiro lugar que em termos constitucionais (art. 37, XXI) a licitação pública deve assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes admitidas as exigências de habilitação





indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A lei 8.666/1993, aplicável ao caso em exame, estabelece em seu artigo 3º que a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, devendo ser processada e julgada em conformidade com os princípios 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.

Da leitura do citado dispositivo legal, retira-se uma hierarquia principiológica em que a isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa são os nortes teleológicos da licitação, que será processada com obediência à legalidade e às regras objetivas do instrumento editalício. Isto resta claro quando se lê o inciso I do §1º do mencionado artigo 3º, que proíbe aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem seu caráter competitivo.

Sobre isto, MARÇAL JUSTEN FILHO afirma que “a licitação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento apropriado para o atingimento de certas finalidades. O mero cumprimento das formalidades licitatórias não satisfaz, de modo automático, os interesses protegidos pelo Direito” (2017:90). Para o autor “é incorreto transformar a licitação numa espécie de solenidade litúrgica, ignorando sua natureza teleológica” (2017:90).

Compreender a finalidade do procedimento licitatório a partir de seus elementos normativos é o que justifica a aplicação do formalismo moderado, que decorre de uma exigência de *proporcionalidade*, instrumento jurídico que possibilita o controle das decisões que importem restrições a direitos, prerrogativas e outras liberdades dos administrados, aplicando-se especialmente nas hipóteses em que a norma jurídica atribui competência discricionária para a produção de uma decisão de cunho restritivo. (JUSTEN FILHO, 2017:91).

A jurisprudência segue nesta direção, como se vê abaixo:

*No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.” (TCU – Acórdão 357/2015-Plenário)*





*Apelação e remessa necessária. Administrativo. Mandado de Segurança. Nulidade do ato de desclassificação da impetrante do pregão eletrônico. Excesso de rigor formal na exigência de acordo coletivo com Sindicato de Trabalhadores. (Apelação/Reexame Necessário nº 20160110001583, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de 14/09/2016 )*

Registre-se o paradigmático Acórdão nº 1211/21 do Tribunal de Contas da União, que admite a juntada de documento novo aos autos do processo licitatório; tal como afirmado pelo Ministro relator:

*A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.*

Em todos estes julgados percebe-se a adoção de um juízo de proporcionalidade dirigido às finalidades licitatórias que almejam a melhor proteção do interesse público, em especial a ampla competitividade com vistas a obtenção da proposta mais vantajosa, observado o princípio da isonomia.

Dito isto, passa-se a avaliar o defeito na proposta que causou a inabilitação da recorrente e a possibilidade da realização de diligência que permitisse aquilatar eventuais inconsistências, destacando-se que os defeitos de uma proposta podem ser classificados em formais e substanciais. São formais os defeitos relacionados aos requisitos de exteriorização da proposta e substanciais aqueles pertinentes aos requisitos de conteúdo da proposta. Ainda que muitas vezes haja uma zona cinzenta entre um tipo e outro é certo que os vícios de mera desconformidade entre o modelo legal e (ou) editalício não são suficientes para acarretar a desclassificação quando se pode constatar as intenções do licitante. É indispensável que a desconformidade acarrete um prejuízo a um interesse protegido.

A rigor, essa doutrina antiga de MARÇAL JUSTEN FILHO encontra eco forte em julgados do STJ acerca da vedação ao formalismo exacerbado em licitações e o apego exegético à letra da lei (especialmente aos dispositivos da lei n. 8.666/93 como os parágrafos do seu artigo 43, que acabam por gerar prejuízos enormes nas licitações no Brasil, tanto à Administração como aos licitantes. O rigor formal como vetor legal absoluto, segundo o festejado autor, trouxe prejuízos incalculáveis aos





torneios licitatórios e impediu que a Administração firmasse excelentes contratos a atender o interesse público.

Este são os casos, como citado alhures, de juntada de documento ausente para comprovação de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta ou de elemento relativo à proposta por equívoco ou falha; proposta em padrão diverso do modelo exigido pelo Edital; erro de cálculo na totalização do valor do preço; grafia incorreta; erro na sequência de numeração das páginas dos documentos etc.

Todas estas situações ensejam a atuação assertiva do Pregoeiro ou da Comissão de Licitações que tem o dever legal de agir no sentido de atender às finalidades do certame licitatório, valendo-se da diligência, que pode ser realizada a qualquer tempo, tal como se retira do art. 43, § 3º da Lei 8.666/1993. No âmbito do Pregão eletrônico o art. 47 do Decreto federal 10024/2019 assegura:

*Art. 47. O pregoeiro poderá, no julgamento da habilitação e das propostas, sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, e lhes atribuirá validade e eficácia para fins de habilitação e classificação, observado o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.*

Também o edital em seu item 28.9 estabelece:

*28.9. O desatendimento de exigências formais não essenciais **não importará** o afastamento do licitante, desde que seja possível o aproveitamento do ato, observados os princípios da isonomia e do interesse público. (Grifo nosso).*

Logo, eventuais erros formais ou materiais no preenchimento da proposta que não implicam em alteração do valor a ser proposto, não devem implicar na exclusão automática do licitante do certame. Deve o órgão público, após verificado equívoco na proposta, solicitar e conceder prazo para a regularização do erro sanável, possibilitando, assim, o ajuste da proposta apresentada.

O TCU já se manifestou diversas vezes a respeito, no sentido de que a mera existência de erro material ou de omissão na planilha de custos e de formação de preços da licitante não enseja, necessariamente, a desclassificação antecipada da sua proposta, devendo a Administração promover diligência junto ao





interessado para a correção das falhas, sem permitir, contudo, a alteração do valor global originalmente proposto (Acórdão 1487/2019; Acórdão 2564/2009 Plenário; Acórdão 1734/2009 Plenário; Acórdão 1924/2011 Plenário; Acórdão 1811/2014 Plenário; Acórdão 2546/2015 Plenário; Acórdão 2742/2017 Plenário; Acórdão 2290/2019 Plenário).

Feitas estas considerações, tem-se que o que gerou a discussão foi um vício de procedimento havido quando o senhor pregoeiro não diligenciou para aquilatar se a proposta da recorrente se resumia ao valor inicialmente proposto ou se havia algum equívoco, dada a patente discrepância (de 90%) entre os valores estimados para o certame e que foi de fato apresentado, sendo crível o equívoco na utilização da plataforma eletrônica. Não seria adequada a exclusão de um potencial competidor em razão de uma confusão na utilização do sistema eletrônico, que é uma ferramenta e não um fim em si mesmo.

Ademais, a recorrente fez juntar ao processo, como medida de comprovação de suas alegações, e-mail contendo os valores propostos, reproduzidos que foram na peça recursal apresentada tempestivamente (e não refutados pelo pregoeiro), que demonstra a verossimilhança da alegação.

Sobre a diligência para o saneamento de propostas, o item 10.3 do instrumento editalício é claro ao dispor:

*10.3. Na hipótese de necessidade de suspensão da sessão pública para a realização de diligências, com vistas ao saneamento das propostas, a sessão pública somente poderá ser reiniciada mediante aviso prévio no sistema com, no mínimo, 24 (vinte e quatro) horas de antecedência, e a ocorrência será registrada em ata.*

Vale notar que em momento processual posterior, o senhor pregoeiro determinou diligência para a complementação de documentos referentes à habilitação econômico-financeira (conforme ata parcial) da licitante Palmacéia. Conforme esclarecido pelo Pregoeiro, a abertura dessa diligência foi fundamentada no item 11.1.6. do Edital e nos acórdãos nº 1211/2021 e 2443/2021 do TCU, citados alhures para justificar o formalismo moderado. Deste modo, a ausência de oportunidade para se atestar a validade da proposta da recorrente em momento anterior, a partir dos mesmos fundamentos acima citados, implica ofensa ao princípio da isonomia, com consequências deletérias para a seleção da proposta mais vantajosa com inegável restrição ao caráter competitivo do certame.

Como consequência, ao não oportunizar aos licitantes momento para o esclarecimento sobre a regularidade das propostas iniciais, segundo um juízo de proporcionalidade, houve a negativa de





vigência do art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/1993 e do art. 47 do Decreto federal 10.024/2019 e do item 10.3 do edital, o que compromete o prosseguimento do certame por ilegalidade.

Sobre a ilegalidade na condução do certame, dispõe o art. 49 do estatuto licitatório aplicável:

*Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado*

A nulidade, diferencia-se da noção de poder discricionário (de oportunidade e conveniência) em razão de uma mácula que prejudica a obtenção das finalidades do procedimento licitatório e dos valores tutelados pelo Direito Público. Sobre o tema, o STJ assim decidiu:

*Mandado de segurança, com pedido de liminar, em razão de ato do Sr. Ministro de Estado das Comunicações, que anulou o procedimento licitatório desde a fase de habilitação e adjudicou a outorga da concessão a outra licitante, em prejuízo da impetrante que inicialmente saíra vencedora. (...) 2.A princípio, mostra-se razoável o ato administrativo, considerando que, na fase homologatória, a autoridade impetrada detectou a nulidade na habilitação da impetrante" (AgRg no MS 14.899/DE, 1.a Seção, rel. Min. Castro Meira, i. em 28.03.2012, DJe de 20.04.2012).*

Logo, detectada ilegalidade na fase propostas, tem-se que a anulação total do certame é medida que se impõe, observada a fundamentação constante deste escrito. Registre-se que a anulação não representa ofensa aos direitos dos demais licitantes; a uma porque a decisão se dá em fase recursal; e a duas porque poderão participar do novo certame caso queiram e apresentar, em novo momento, os recursos administrativos que entenderem devidos, na forma do art. 44 do Decreto 10.024/2019.

Diante do exposto,

1. DECIDO por anular, de ofício, o **PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 20/2023**, acatando parcialmente as razões recursais, julgando improcedentes as contrarrazões.





2. Ficam sem efeitos os demais recursos apresentados e julgados pelo Sr. Pregoeiro.

Publique-se, intime-se.

Pouso Alegre, 30 de junho de 2023.

João Romão de Lima

**Superintendente de Gestão de Recursos Materiais**

Augusto Hart Ferreira

**Secretário de Infraestrutura, Obras e Serviços Públicos**

