À

EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA – INFRAERO

Comissão de Licitação

Setor Comercial Sul, Quadra 03, Bloco A, lotes 17/18

Edifício Oscar Alvarenga I e II, 2º andar, Entrada A

Brasília - DF

Ref.: RDC PRESENCIAL N° 004/DALC/SBFZ/2011 – Contratação do projeto executivo e da execução das obras e serviços de engenharia para reforma, ampliação e modernização do TPS, adequação do Sistema Viário de acesso e ampliação do Pátio de Aeronaves para o Aeroporto Internacional Pinto Martins, Fortaleza/Ceará - SBFZ

ENCALSO CONSTRUÇÕES LTDA., estabelecida na Praça Dom José Gaspar, 134 – 4º andar cj. 43, - Centro, São Paulo-SP, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 55.333.769/0001-13, na qualidade de empresa líder do Consórcio Encalso-Kallas com fundamento no art. 45, inciso III, da Lei Federal n° 14.462, de 5 de agosto de 2011, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, interpor o presente RECURSO contra a Habilitação do Consórcio CPM Novo Fortaleza, pelas razões de fato e de direito adiante enunciadas.

INFRAERO - SEDE
Protocolo Recebido
Nº 3845
Data 14 / 02 / 2012
Hora 15:10

I - SÍNTESE DOS FATOS

A INFRAERO lançou edital para o RDC Presencial n° 004/DALC/SBFZ/2011, com o objetivo de selecionar as empresas aptas a participar do futuro certame, destinado a

VISTO

elaborar o projeto executivo e a executar as obras e serviços de engenharia para reforma, ampliação e modernização do TPS, adequação do sistema viário de acesso e ampliação do pátio de aeronaves para o Aeroporto Internacional Pinto Martins, Fortaleza/Ceará – SBFZ.

Foi movida pelo especial intuito de participar daquele certame e sagrar-se vencedora que o Recorrente formulou sua proposta e, durante a 1ª etapa de lances instituída pelo subitem 7.1 do Edital, ofertou o menor preço, na esfera de R$ 346.083.000,00.

Ocorre que, para surpresa do Recorrente e vencedor do certame, esta D. Comissão de Licitação interpretou de modo oblíquo e equivocado a alínea "g" do subitem 7.1, subvertendo a ordem legal ao determinar que todos os licitantes, na 2ª etapa de lances, ofertassem preços inferiores à proposta melhor qualificada, a fim de reabrir a 1ª etapa de lances, JÁ ENCERRADA!

O equívoco cometido pela D. Comissão convergiu no sentido de atribuir ao comando legal do art. 21, par. 2º. c/c o art. 20, do Decreto 7.581/2011, que regula a Lei 12.462/2011, interpretação incompatível com sua finalidade e propósito.

A Lei que institui o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) e seu respectivo Decreto regulamentador são claros ao asseverar que realizada a primeira fase de lances com uma proposta comercial vencedora, apenas as demais licitantes participariam de uma nova fase de leilões para a busca da segunda colocação.

Na primeira fase de lances, o Consórcio Encalso-Kallas sagrou-se vencedor, alcançando a primeira colocação por apresentar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Se a autoridade coatora tivesse seguido a determinação editalícia e as regras constantes da Lei 12.462/11 e do Dec. 7.581/11, teria aberto a segunda fase de lances apenas e tão somente para que as demais empresas (portanto apenas as outras 10 concorrentes que não obtiveram a melhor classificação) efetivassem novos lances, no

VISTO

intuito de reposicionar suas propostas e selecionar aquela que ficaria com a segunda colocação.

Mas não foi isso que a D. Comissão fez. Ocorre que, para surpresa de todos, **e sem nenhuma justificativa legal**, ela simplesmente ignorou o resultado da 1ª. Fase de lances, na qual o Recorrente sagrou-se vencedora, para abrir nova oportunidade para todas as licitantes darem novos lances, subvertendo a ordem legal.

Não bastasse isso, ciente do erro em que incorreu, tentou restaurar o prumo de legalidade perdido com aberrante ilegalidade, mediante uma nova seção de lances de preços, contrariando toda a lógica do Edital e do RDC, sob o qual se apóia.

Ao retomar a 1ª. Fase de Lances no dia seguinte – 07/02/2012, três consórcios não compareceram, demonstrando claramente a insatisfação das empresas com as decisões tomadas por esta D. Comissão. Decisões estas que contrariam a intenção do ordenamento jurídico brasileiro em escolher a proposta mais vantajosa, quando empresas deixam de participar em nome das irregularidades verificadas no julgamento das propostas.

Ocorre que, a despeito de todas as irregularidades ocorridas durante a fase de julgamento das propostas, a D. Comissão, ainda assim, declarou o Consórcio CPM Novo Fortaleza vencedor do certame.

O presente Recurso destina-se, pois, a solicitar a essa D. Comissão que restabeleça os prumos de legalidade do qual nunca deveria ter se desviado, anulando todos os atos posteriores à 1ª Etapa, restabelecendo a ordem e o direito do Consórcio de ter a sua proposta comercial de R$ 346.083.000,00, decretada válida e assegurada na primeira colocação, podendo comprovar a sua Habilitação, como jamais deveria ter deixado de ser considerado.

VISTO

II – A VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL N° 12.462/2011

Da impossibilidade de reabertura da 1ª etapa de lances

A Lei nº 12.462/11, que institui o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) e o Decreto 7.581/11 dispõem que após a definição da melhor proposta, se houver diferença de pelo menos 10% entre a proposta melhor classificada e a segunda classificada, será reaberta a disputa, para **a definição das demais colocações.**

> "Art. 21 (Dec. 7581/11): Após a definição da melhor proposta, se a diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar for de pelo menos dez por cento, a comissão de licitação poderá admitir o reinício da disputa aberta, nos termos estabelecidos no instrumento convocatório, para a definição das demais colocações."

Poderão ser admitidas, nas condições estabelecidas em regulamento, a apresentação de lances intermediários, durante a disputa aberta e o seu reinício após a definição da melhor proposta **para a definição das demais colocações,** sempre que existir uma diferença de pelo menos 10% entre o melhor lance e o do licitante subseqüente.

A Lei n° 12.462/11 considera intermediários os lances "iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento da maior oferta" ou "iguais ou superiores ao menor já ofertado quando adotados os demais critérios de julgamento".

O próprio Edital, no Item 7.1, alínea "g", aderiu às regras do RDC e possibilitou uma segunda fase de lances para a definição das demais colocações, após a definição do melhor lance:

> g) **após a definição do melhor lance**, se a diferença em relação ao lance classificado em segundo lugar for de pelo menos 10% (dez por cento), a COMISSÃO reiniciará a

VISTO

disputa aberta, **para a definição das demais colocações**; (grifamos)

Ou seja, a abertura de nova etapa de lances pressupõe que a proposta vencedora já tenha sido definida, devendo ser então procedida à definição do segundo colocado, conforme ordena o artigo 17, da Lei do RDC:

> Art. 17. O regulamento disporá sobre as regras e procedimentos de apresentação de propostas ou lances, observado o seguinte:
> I - no modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado;
> II - no modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para que sejam divulgadas; e
> III - nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento das propostas, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à administração pública, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como do detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao lance vencedor.
> § 1º Poderão ser admitidos, nas condições estabelecidas em regulamento:
> I - a apresentação de lances intermediários, durante a disputa aberta; e
> II - o reinício da disputa aberta, após a definição da melhor proposta e para a definição das demais

VISTO

> colocações, sempre que existir uma diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o do licitante subsequente.
>
> § 2º Consideram-se intermediários os lances:
>
> I - iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta; ou
>
> II - iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento.

A D. Comissão de Licitação, entretanto, desvirtuou o procedimento e permitiu que todas as empresas dessem novos lances, a fim de suplantar aquele já sagrado melhor colocado e efetuado pelo Recorrente.

A determinação acima mencionada carece de fundamentação, pois como atesta a "Ata da Primeira Reunião Pública da Comissão de Licitação", lavrada no dia 06/02/2012, não há nenhum motivo justo e legítimo para a ilegalidade perpetrada de reabrir a primeira fase de lances.

O erro cometido foi objeto de formal manifestação por parte do Consórcio e de outras participantes, havendo, pois, tempo para que a D. Comissão o corrigisse, como demonstra o seguinte trecho da Ata de Primeira Reunião Pública:

> Assinala o representante do Consórcio Equipav/Onix que "considera que preços ofertados ter sido efetuado os lances de todas as empresas manifestado as suas intenções comerciais considera que o processo fica prejudicado ao retornar o início dos lances e que pede a suspensão do certame."

VISTO

A D. Comissão, entretanto, preferiu ignorar o alerta e até mesmo todas as fases anteriores para reiniciar a licitação, o que configurou verdadeira arbitrariedade a ser corrigida nesta nova oportunidade.

Não bastasse isso, ciente da ilegalidade em que incorreu, a autoridade coatora cometeu nova e aberrante ilegalidade, mediante uma nova seção de lances de preços, no dia 07/02/2012, contrariando toda a lógica do Edital e do RDC, sob o qual se apoia o certame.

A ilegalidade dessa absurda conduta da autoridade coatora foi, aliás, impugnada na audiência pública do dia 07/02, pelo Consórcio Encalso-Kallas, assim como pelos Consórcios Passarelli-PB, Marquise-EIT, Construtor Equipav/Ônix e Fortaleza que, juntos, requereram o "cancelamento do processo licitatório em decorrência da inobservância pela comissão de licitação dos procedimentos legais para a condução da licitação, em especial aos itens 7.1 e alineas, 7.6 e alíneas, 7.6.5.1, artigo da lei 12.462/2011".

O edital é claro ao afirmar que a reabertura da disputa deverá ser apenas para **DEFINIÇÃO DAS DEMAIS COLOCAÇÕES**. O que não ocorreu na equivocada decisão da D. Comissão, que deu nova interpretação ao item, prejudicando o direito das licitantes.

Não se admite surpresa quando da aplicação das regras dispostas no instrumento convocatório e que visa garantir a segurança aos licitantes, a transparência e moralidade do procedimento. É o ensinamento da mais culta doutrina e jurisprudência:

> Com extraordinária e raríssima felicidade já observou o eminente e culto desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, José Fernandes Filho:
> "A única surpresa que o licitante deve ter, a meu ver, no procedimento licitatório, é aquela que ele deve,

VISTO

necessariamente, experimentar, diante da moralidade do procedimento, quando se abrem as propostas dos outros concorrentes." [1]

"A licitação vem propiciar à Administração selecionar a proposta mais vantajosa e aos licitantes igual oportunidade de concorrerem. O edital, lei interna a regular o procedimento, deve conter todas as condições, bem como os critérios a serem observados no julgamento, não sendo admissível sejam os concorrentes surpreendidos com critérios dos quais não tinham conhecimento. A igualdade de tratamento entre os licitantes é princípio constitucional que desatendido constitui em desvio de poder, reparável pelo Mandado de Segurança.[2]

Afigura-se claro, portanto, que todos os atos subseqüentes à primeira fase de ofertas da licitação, na qual o Consórcio Encalso-Kallas alcançou a primeira colocação com o melhor preço estão eivados de nulidade, por flagrante desrespeito à lei e ao próprio edital.

Inclusive, é nulo o ato que declarou habilitado e, logo, vencedor o Consórcio CPM Novo Fortaleza, uma vez que a definição da sua proposta como vencedora está eivada de irregularidades. Isto porque, quando é nulo o ato anterior, e, portanto não pode produzir efeitos, todos os atos que lhe são supervenientes serão consequentemente nulos.

Corroborando esta posição, lecionou Marçal Justen Filho, em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

---

[1] DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.92.
[2] TJ/PR, Reex. Nec. 40/83, AC. 2.35 – 2ª Câmara Civil. Banco de Dados de Jurisprudência do TJ/PR.

VISTO

> (...) Todos aqueles (atos) que se revelarem afetados pela pronúncia da nulidade deverão ser também invalidados. (...) Se não for possível, o procedimento licitatório deverá ser renovado de modo integral e amplo Mesmo atos que não tenham conexão imediata e direta com aquele viciado serão afetados pelo vício.[3]

No entanto, a legalidade somente poderá ser restabelecida mediante a decretação, por esta D. Comissão, da nulidade dos atos subseqüentes à primeira etapa de lances, na qual o Consórcio Encalso-Kallas conseguiu a primeira colocação, determinando-se a realização da 2ª. Etapa, para **nova fase de lances apenas das demais licitantes (segunda colocada em diante)**.

III - PEDIDOS

As disposições apontadas justificam o presente Recurso contra o RDC Presencial nº 004/DALC/SBFZ/2011 e conduzem o Recorrente a requerer a esta D. Comissão de Licitação que se decrete a nulidade de todos os atos subsequentes à primeira etapa de lances, na qual o Consórcio Encalso-Kallas conseguiu a primeira colocação, determinando-se a realização da 2ª. Etapa, para nova fase de lances apenas entre as demais licitantes (da segunda colocada em diante), inclusive, mas não se limitando à habilitação do Consórcio CPM Novo Fortaleza.

[3] 14ª Ed. São Paulo: 2011, p. 680/681.

VISTO

Não é demais lembrar que a favorável acolhida à presente impugnação não constituirá nenhum demérito a essa Administração, muito ao revés, consubstanciará ato legítimo restaurador dos prumos de legalidade dos quais nunca deveria ter se afastado.

Nesses termos,

Pede e espera deferimento.

De São Paulo, 16 de fevereiro de 2012.

ENCALSO CONSTRUÇÕES LTDA.(líder)
CONSÓRCIO ENCALSO - KALLAS
Ronaldo Alves Machado
Representante Legal

VISTO