

proposta restará exequível, para além de ser a mais vantajosa à disposição da INFRAERO, razão pela qual impende seja a Recorrente classificada para passar à fase de habilitação, caso seja mantido o certame.

3.3. Da exequibilidade da proposta

Por certo que proposta inexecuível é aquela que, no todo, analisando-se a integralidade das obrigações que terão de ser assumidas pela proponente, não pode ser cumprida utilizando-se como recurso somente o valor a ser despendido pela Administração contratante. Descabe a análise, ponto a ponto da proposta, do valor orçado, pois perfeitamente possível que a empresa estime, para determinada atividade, valor maior que os demais licitantes, e para outras atividades, valor menor, desde que na totalidade o serviço seja prestado à Administração Pública pelo menor preço, e nos termos exigidos no Contrato a ser firmado.

O conceito de exequibilidade de uma proposta somente pode ser aquele extraído na legislação pertinente, descabendo sua ampliação ou distorção para abranger hipóteses outras. Segundo a Lei de Licitações e Contratos, aplicável subsidiariamente ao certame em apreço, para definir-se, juridicamente, o que se tem por inexecuibilidade de uma proposta apresentada em sede de licitação, parte-se da análise do art. 48 da Lei 8.666/93:

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 inexecuíveis, 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 inexecuíveis, 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. (não sublinhado no original)

Como se vê da legislação supra colacionada, a Lei 8.666/93 considera sempre o **valor global** da proposta para determinar ser esta superior ao estimado pela Contratante. É este o valor que importa para desclassificar uma proposta apresentada, e não o valor de cada um dos itens orçados, justamente porque o dispêndio da Administração Pública se dá de forma global, cabendo ao licitante vencedor, na vigência do contrato, destinar os recursos de forma a executar apropriadamente a obra ou serviço contratado.

Com relação a preços inferiores aos estimados pela Contratante, mister seja esclarecido que a Administração Pública somente pode desclassificar a proposta que lhe oferecer a maior vantajosidade caso reste demonstrado que a obra ou serviço não pode ser executado com o valor a ser pago pela contratante. Para tanto, novamente, deve ser levado em conta, tão somente, o preço global da proposta. Esta interpretação resta hialina da leitura do §1º do artigo supra colacionado, que define preços manifestamente inexequíveis, e o faz com base nas outras propostas ou no valor orçado pela Administração, sendo que em ambos os casos **é considerado somente o valor global da proposta/orçamento, e não cada um de seus itens.**

Considerando que o certame em apreço realizou-se sob a nova modalidade de **Regime Diferenciado de Contratação**, cumpre atentar para o que o Decreto 7.581/2011, que regulamentou a Lei 12.462/2011 relativa a esta modalidade de contratação, dispõe sobre os preços inexequíveis ou acima do valor estimado:

Art. 41. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, consideram-se inexequíveis as propostas **com valores globais inferiores** a setenta por cento do menor dos seguintes valores:

I - média aritmética dos valores das propostas superiores a cinquenta por cento do valor do orçamento estimado pela administração pública, ou

II - valor do orçamento estimado pela administração pública.

§ 1o A administração deverá conferir ao licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

§ 2o Na hipótese de que trata o § 1o, o licitante deverá demonstrar que o valor da proposta é compatível com a execução do objeto licitado no que se refere aos custos dos insumos e aos coeficientes de produtividade adotados nas composições de custos unitários. (...)

Art. 42. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, a economicidade da proposta será aferida com base nos custos globais e unitários.

§ 1o O valor global da proposta não poderá superar o orçamento estimado pela administração pública com base nos parâmetros previstos no §§ 3o, 4o ou 6o do art. 8o da Lei no 12.462, de 2011.

Conforme se vê da legislação aplicável ao procedimento licitatório em apreço, a avaliação da economicidade e exequibilidade da proposta do licitante vencedor somente é procedida relativamente ao preço global apresentado, e não em relação a cada um dos itens constantes da proposta.

Ainda, caso fosse o caso de a Comissão possuir dúvidas a respeito da possibilidade de executar-se a proposta apresentada, deveria ter sido oportunizada à Recorrente a demonstração de sua exequibilidade, nos termos do Art. 41 §1º e §2º do Decreto 7.581/2011, ou poderia, ainda, a Comissão diligenciar para certificar-se desta questão, conforme preceitua o Art. 40 do mesmo diploma legal:

Art. 40. Na verificação da conformidade da melhor proposta apresentada com os requisitos do instrumento convocatório, será desclassificada aquela que:

(...)

§ 1o A comissão de licitação poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade da proposta ou exigir do licitante que ela seja demonstrada.

O que pretende a Comissão de Licitações, uma vez mais, é ver desclassificada a Recorrente por meros vícios formais, tão irrelevantes que de forma alguma poderiam macular de invalidade a proposta apresentada. Ainda que os valores apresentados para alguns pontos tenham ficado abaixo do valor de custo real, em outros pontos essa diferença é compensada, de forma que, no geral, a proposta está adequada ao pretendido pela Contratante.

Cumprе referir que, adotando uma posição que já se consolidava na doutrina e jurisprudência pátrias, o Decreto 7.581/2011 expressamente refere que somente os vícios insanáveis constante das propostas poderão ensejar a desclassificação do licitante, conforme se vê do Art. 40, incisos I e V:

*Art. 40. Na verificação da conformidade da melhor proposta apresentada com os requisitos do instrumento convocatório, **será desclassificada aquela que:***

I - contenha vícios insanáveis;

II - não obedeça às especificações técnicas previstas no instrumento convocatório;

III - apresente preço manifestamente inexequível ou permaneça acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no caput do art. 9º;

IV - não tenha sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela administração pública; ou

*V - apresente desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, **desde que insanável.***

Salienta-se que a referida norma destaca que as desconformidades com o edital somente poderão desclassificar licitante quando absolutamente insanáveis, o que, sob nenhum esquadro de análise, pode-se dizer das irrisórias irregularidades apontadas pela Comissão para desclassificar a presente licitante.

A licitante vencedora demonstra, portanto, que sua proposta é mais vantajosa e que efetivamente apresentou a proposta nos termos exigidos pelo Edital. O que pretende a decisão recorrida, assim, é alijar ilegalmente do certame proposta que não descumpriu o edital e que tampouco descumprе a lei de licitações e contratos, bem como mostra-se exequível e a mais vantajosa.

Portanto, em que pese a Comissão estar tentando "encontrar" argumentos para afastar a licitante recorrente - conforme vem fazendo desde o início do certame - imperioso o reconhecimento de que, se há irregularidades formais na proposta apresentada, essas não interferem na execução do objeto do contrato, enquadrando-se no conceito de vícios sanáveis. Conforme expresso na legislação aplicável ao certame em apreço, erros na proposta somente podem desclassificar um licitante se insanáveis, razão pela qual deve a Recorrente ser classificada e passar à fase de habilitação.

4. Da necessidade de concessão de efeito suspensivo ao presente recurso

Resta ainda mais evidente a atuação ilegal desta Comissão quando se atenta para o fato de que esta já é a **segunda vez que a presente Comissão de Licitação pretende afastar a Recorrente do certame**, sendo que da primeira vez quebrou a isonomia entre os participantes, oportunizando à segunda colocada o oferecimento de novo lance, quando já encerrada esta fase. Vendo-se diante de Recurso Administrativo desta mesma recorrente, que apontava minuciosamente as flagrantes ilegalidades perpetradas, restou a Comissão obrigada a anular sua decisão, classificando a hora recorrente em primeiro lugar.

Agora, quando do julgamento da proposta, pretende maliciosamente afastá-la do certame novamente, com argumentos descabidos, contraditórios e apontando irregularidades formais insignificantes e irrelevantes para a execução do serviço contratado, pretendendo dá-las o condão de invalidar a proposta.

Do outro lado tem-se a recorrente que, em que pese estar participando validamente do certame, atendendo os requisitos do Edital e buscando oferecer à esta entidade contratante a proposta que mais lhe seja benéfica, vê-se constantemente prejudicada pelo agir ilegal da Comissão, em flagrante afronta ao princípio da legalidade, isonomia, e da moralidade administrativa.

Uma vez mais, portanto, pretende a Comissão afastar ilegalmente esta concorrente do certame que conduz, por motivos desconhecidos, mas que certamente não dizem respeito ao interesse público. Desta vez, em decisão sem qualquer fundamento legal, que aponta apenas irregularidades insignificantes na proposta da ora Recorrente, pretende a Comissão desclassificá-la e já passar, ato contínuo, à análise da documentação da segunda colocada - que, relembre-se, havia já

sido indevidamente privilegiada na fase de lances, quando lhe foi individualmente oportunizado novo lance após encerrada a rodada.

Neste sentido, é importante notar que o desatendimento ao princípio da igualdade entre os participantes constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, e motivo de inúmeros editais anulados pelo Poder Judiciário, em combate a favoritismos administrativos, sem nenhuma vantagem de interesse público.¹ No presente certame, claramente está a Comissão procedendo em detrimento da ora Recorrente, ao pretender afastá-la sob argumentos absurdos do certame.

Desta forma, em se tratando de ilegalidades flagrantes, mister seja concedido efeito suspensivo ao recurso interposto, decidindo-o anteriormente ao julgamento da proposta da segunda colocada. Veja-se que a atribuição de efeito suspensivo a recurso interposto contra a decisão de desclassificação é exigida pela Lei 8.666/93, subsidiariamente aplicável ao presente certame, conforme de vê:

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:

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;
- 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.

Desta forma, considerando que a decisão ora atacada carece de qualquer fundamentação legal e afasta, de forma manifestamente contrária à legislação pertinente e princípios aplicáveis, a Recorrente do certame, é indispensável a concessão do efeito suspensivo ao recurso ora manejado, para que reste qualquer possibilidade de se levar adiante, dentro dos preceitos da Lei, o presente processo de contratação pública.

5. Dos pedidos

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. 2011, p. 288.

Em função de todo o exposto requer a Recorrente:

a) A **concessão de efeito suspensivo ao presente recurso**, para análise de suas razões anteriormente ao seguimento do certame e análise das demais propostas, em vista de serem manifestas as ilegalidades apontadas;

b) Ato contínuo, a anulação do certame em apreço, em razão não comunicação de recurso interposto aos demais licitantes e consequente oportunidade de contrarrazões;

c) Em não se acolhendo a preliminar de nulidade apontada, a classificação da proposta da Recorrente para que passe à fase seguinte do certame, tendo em vista a adequação de sua proposta às exigências editalícias.

São os termos em que pede e espera deferimento.

Porto Alegre, 15 de dezembro de 2011


PROFILL ENGENHARIA E AMBIENTE LTDA.