

PARECER TÉCNICO**Processo nº 2023.016493 – LCE Nº 140/2023**

Ref.: Processo nº 2024.005343: Recurso apresentado pela empresa DSN LOCAÇÕES LTDA-EPP.

Trata-se de análise de recurso administrativo impetrado pela empresa DSN LOCAÇÕES LTDA-EPP que acusa irregularidade na sua respectiva inabilitação e na habilitação da empresa COMEC como vencedora. Em suma alegaram que há a necessidade de reconsideração das desclassificações das propostas que não aplicaram desconto linear, e que o atestado de capacidade técnica apresentado pela vencedora não estaria em adimplemento com o edital. Pois bem. Passamos a análise pormenorizada de cada um dos pontos em destaque. O primeiro deles refere-se ao fato de que o licitante não apresentou em sua proposta de preço desconto linear conforme previsto no edital, vejamos:

item 15 - PREÇOS, subitem 15.3, do Termo de Referência – ANEXO I do Edital nº 140/2023:

“15.3 Sobre os preços de todos os itens constantes da planilha de preços – ANEXO IV do edital, incidirá o percentual de desconto linear ofertado pelo LICITANTE.”

Argumentação 1: Sobre a Proposta Comercial apresentada:

a) “Diante do exposto, pondera-se que os supostos vícios apontados no item 15, são totalmente sanáveis. Vejamos: (...) 17. No que concerne à alegação de que não houve desconto sobre o preço unitário do item 8348000138 - DESPESAS REEMBOLSAVEIS, é importante pontuar alguns fatores: (i) A natureza do REEMBOLSO é indenizatória, compensatória e devolutiva de um determinado valor que alguém suportou em benefício de outrem. Portanto, aplicar DESCONTO sobre REEMBOLSO é um contrassenso, isso porque reembolso só pode ser de um valor efetivamente gasto! Se o pagamento for a MENOR do que o valor despendido, não pode se tratar de reembolso, mas de outro tipo de verba; (ii) Em todos os procedimentos licitatórios anteriores a PRÓPRIA CESAN esclarecia expressamente que os descontos não se aplicavam a REEMBOLSO, contudo no presente Edital a CESAN mencionou de forma AMPLA e GENÉRICA de que os descontos deveriam ser aplicados a todas as rubricas, sem orientar especificamente quanto ao REEMBOLSO; (iii) A Recorrente foi sumariamente desclassificada por não aplicar desconto a uma parcela previsionada que representa menos de 0,1% do valor total do contrato, portanto, materialmente insignificante.”

Resposta:

Conforme estabelece o Edital nº 140/2023, item 14, subitem 4.1, PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS:

“4.1.1 As dúvidas decorrentes da interpretação do edital poderão ser esclarecidas, até 5 (cinco) dias úteis antes da abertura da sessão, mediante solicitação por escrito.”

A princípio, pontuamos que a oportunidade de esclarecimentos às licitantes sobre eventuais dúvidas a respeito do Edital nº 140/2023, informações e elementos que compõem o Edital, encontra-se em fase anterior a abertura das propostas. Todos os esclarecimentos, inclusive os relativos às despesas reembolsáveis, foram realizados às licitantes no devido tempo, não justificando “o desconhecimento ou mera interpretação a respeito” para não aplicação do desconto sobre o item de serviço código 8348000138 - DESPESAS REEMBOLSAVEIS”. Vide “Resposta à Impugnação ao Edital nº 140/2023”, constante nas fls. 637-645.

Assim posto, passamos às seguintes considerações sobre os documentos apresentados pela DSN LOCAÇÕES LTDA-EPP.

Conforme item 15 - PREÇOS, subitem 15.3, do Termo de Referência – ANEXO I do Edital nº 140/2023:

*“15.3 Sobre os preços de **todos os itens constantes da planilha de preços** – ANEXO IV do edital, incidirá o percentual de desconto linear ofertado pelo LICITANTE.”*

O critério de julgamento das propostas é o de “MAIOR DESCONTO”, devendo este incidir linearmente sobre TODOS os itens constantes na planilha de preços – ANEXO IV do edital. Dessa forma, o desconto linear também deverá ser concedido ao item de serviço “8348000138 - DESPESAS REEMBOLSAVEIS”.

A recorrente afirma também da impossibilidade de manter o rigorismo das normas do edital, quando impossível o atendimento da linearidade dos descontos dos itens propostos, devendo ser aplicado ao caso o formalismo moderado.

É de notória sabença que a licitação consiste em um procedimento administrativo com vistas à contratação de bens e serviços pela Administração Pública. Através do procedimento licitatório se visa a fixação de regras norteadoras para atuação do gestor público, evitando, com isso, qualquer irregularidade no julgamento e nas contratações.

Desta forma, por se tratar de um procedimento administrativo vinculado, faz-se imperiosa a observância dos princípios que regem a administração pública, inclusive, e principalmente, no âmbito das licitações.

Dentre os vários princípios, resta mencionar aqui o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que exerce função importante em matéria licitatória, principalmente por ter base no princípio da legalidade, estabelecendo a obrigatoriedade da observância do instrumento convocatório, com o objetivo de garantir que o resultado obtido ao final do procedimento seja livre de qualquer irregularidade ou ilegalidade.

Nesta senda, cabe registrar que assim como é adotado nos processos judiciais, a Jurisprudência tem de fato se inclinado ao entendimento de que o rigor formal deve ser afastado em determinados casos, a fim de preservar a finalidade precípua da licitação.

Ocorre que, no caso dos autos deste procedimento em análise, não se trata de mera insurgência acerca da adoção de formalismo moderado/mitigado pela Administração Pública. Na verdade, pretende o recorrente discutir a possibilidade, ou não, de desprezar exigência contida de modo expreso no edital, lhe oportunizando o oferecimento de nova proposta, direito este que não foi concedido a qualquer outro participante.

No que tange à possibilidade, ou não, de supressão, ou mesmo mitigação da exigência de aplicação de desconto linear nos itens da proposta apresentada a regra editalícia é cristalina ao dispor sobre sua obrigatoriedade.

As regras estabelecidas no edital fazem lei entre as partes, não vinculando somente os licitantes, mas também a Administração Pública. Assim, em atenção aos princípios da isonomia e da vinculação ao edital, não pode a Administração mudar as regras do edital inadvertidamente, surpreendendo os envolvidos ou promovendo eventual vantagem para um dos participantes.

Aliás, sobre caso IDENTICO a este, nosso Tribunal de Justiça recentemente decidiu da seguinte forma:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. OPORTUNIDADE

DE APRESENTAÇÃO DE NOVA PROPOSTA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. As regras estabelecidas no edital fazem lei entre as partes, não vinculando somente os licitantes, mas também a Administração Pública. Assim, em atenção aos princípios da isonomia e da vinculação ao edital, não pode a Administração mudar as regras do edital inadvertidamente, surpreendendo os envolvidos ou promovendo eventual vantagem para um dos participantes. 2. Por não ter cumprido regra editalícia a agravante São Gabriel Ambiental e Terraplanagem Ltda foi desclassificada no certame em 18/03/2022. Contudo, a Procuradoria Geral do Município de São Mateus, através do parecer nº 281/2022, considerou inaplicável o desconto linear em relação aos gastos com mão de obra, opinando pela revisão do ato de desclassificação, além de oportunizar à licitante a correção da planilha enviada, sendo que tais medidas foram adotadas pela Comissão de Licitação em 08/04/2022. 3. Posteriormente, como a segunda proposta apresentada também foi considerada irregular, em 10/05/2022 foi assegurada nova oportunidade à licitante, momento no qual foi apresentada nova proposta com valores unitários dos produtos alterados. 4. **A aplicação ou não do desconto linear nos itens de mão de obra irá necessariamente impactar nos valores atribuídos aos demais itens que compõe a proposta. Assim, tal regra deve ser aplicada igualmente para todos os licitantes, já que influenciaria na precificação de todos os itens que compõem as propostas dos licitantes.** 5. **Não se trata aqui de mera oportunidade para correção de vícios formais, situação que não acarretaria qualquer comprometimento ao certame, mas sim, de ter sido possibilitada a apresentação de nova proposta, desconsiderando regra estabelecida para todos os participantes.** 6. Recurso conhecido e improvido.

(TJ-ES - AGRAVO DE INSTRUMENTO: 5000272-07.2023.8.08.0000, Relator: JAIME FERREIRA ABREU, 4ª Câmara Cível)

No mesmo sentido é a orientação adotada nos seguintes julgados de outros tribunais:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. ÍNDICES MÍNIMOS APLICADOS.

1. No presente caso, o Município de Porto Alegre publicou edital para a realização de licitação, na modalidade de concorrência, para o registro de preços destinado a compra de material de consumo hospitalar e ambulatorial.

2. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul anulou a decisão que inabilitou a empresa no certame, sob o fundamento de que os índices utilizados para aferir a capacidade econômica dos concorrentes, constantes da Ordem de Serviço 7/1999 (anexo III do edital), foram aplicados sem justificativa concreta no procedimento licitatório.

3. Editada a Ordem de Serviço 7/1999, que esclarece quais os índices contábeis mínimos a serem exigidos no processo de habilitação para a comprovação da capacidade econômico-financeira dos licitantes, e tendo a Administração municipal observado a referida norma, tal como expresso no edital, concluiu-se que os índices exigidos já se encontram devidamente justificados, estando satisfeito o requisito do art. 31, § 5º, da Lei 8.666/1993.

4. Nessa fase do procedimento licitatório, o afastamento dos requisitos estabelecidos no edital privilegia a autora em detrimento dos demais interessados no certame, ferindo o princípio da isonomia dos concorrentes.

5. O princípio da vinculação ao edital restringe o próprio ato administrativo às regras editalícias, impondo a inabilitação da empresa que descumpriu as exigências estabelecidas no ato convocatório.

6. Recurso Especial provido.

(REsp n. 595.079/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/9/2009, DJe de 15/12/2009.)

6500986528 - APELAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA. Mandado de segurança. Licitação. Pregão Presencial nº 043/2022. Prestação de serviços de manutenção e conservação de praças, áreas verdes, vias públicas, canteiros centrais e áreas comuns, parques, campos, jardins, podas de árvores, roçadas, capinação e varrição; manutenção e conservação de áreas comuns no

cemitério e próprios públicos, incluso insumos, maquinários, ferramentas e encargos que onerem esses serviços. R. Sentença que concedeu parcialmente a ordem, confirmando a liminar, para determinar à autoridade impetrada a abertura do prazo de cinco dias para que a impetrante comprove sua regularidade fiscal. Irresignação da licitante habilitada quanto à ordem concedida. Cabimento. Impetrante que deixou de apresentar não apenas documentos concernentes à sua regularidade fiscal, mas também econômica, portanto, embora aplicável a regra dos arts. 42 e 43, § 1º, da LC nº 123/06 para sua situação fiscal, a questão não foi superada para fins de comprovação de sua capacidade econômica. **Regra da vinculação ao edital no procedimento licitatório que não pode ser flexibilizada, sob pena de violação ao princípio da isonomia entre os licitantes.** Reforma da r. Sentença. Recurso e reexame providos. (TJSP; AC 1001522-56.2022.8.26.0040; Ac. 16345235; Américo Brasiliense; Sexta Câmara de Direito Público; Relª Desª Silvia Meirelles; Julg. 18/12/2022; DJESP 23/01/2023; Pág. 2872)

52481042 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. NULIDADE DO CERTAME. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIVERSA DO EDITAL. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E ISONOMIA. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Nos termos do artigo 41 da Lei n. 8.666/93 a **Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.** Se a empresa apresenta outra documentação - reconhecidamente divergente do Edital -, não atende ao exigido. **Afronta aos princípios da vinculação do edital e isonomia.** Recurso não provido. (TJMT; AI 1001639-87.2022.8.11.0000; Segunda Câmara de Direito Público e Coletivo; Rel. Des. Mário Roberto Kono de Oliveira; Julg 18/10/2022; DJMT 31/10/2022)

De forma elucidativa o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também enfrentou frontalmente o tema em debate e decidiu:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - LIMINAR INDEFERIDA - EDITAL - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO MENOR PREÇO - AUSENTE TABELA COM DESCONTO LINEAR EXIGIDA PELO EDITAL - INABILITAÇÃO DA LICITANTE - RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO - AUSÊNCIA. - Uma vez que a impetrante deixou de cumprir disposição previamente contida no edital de licitação para fins de classificação, **não apresentando proposta que atendesse as exigências expressamente previstas no edital, qual seja, "planilha com desconto linear", não é possível falar em ilegalidade do ato que a desclassificou do processo licitatório** - Ausência de demonstração da relevância da fundamentação, a indicar a probabilidade do direito. Inexistência de fumus boni juris, necessário à concessão da liminar pleiteada - Liminar indeferida. Decisão mantida. Recurso a que se nega provimento.

(TJ-MG - Agravo de Instrumento: 1343971-05.2023.8.13.0000, Relator: Des.(a) Júlio Cezar Guttierrez, Data de Julgamento: 05/12/2023, 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/12/2023)

Nem se discute aqui acerca da legalidade de mencionada exigência eis que a fase de imputação de irregularidades possíveis no edital já venceu, no entanto, apenas para clarificar o tema em relevo, tal exigência é perfeitamente admissível conforme preceitua decisão jurisprudencial de nosso Tribunal de Contas do Espírito Santo no Acórdão nº 1204/2021 disse que **"na prática, a aplicação do desconto linear não coloca em risco a execução contratual, mas, justamente o contrário, vez que transfere a responsabilidade do levantamento de todos os serviços contemplados nos projetos para a licitante, o que seria um fator positivo para a Administração Pública."**

Insta consignar, portanto, que não se trata de conceder ou não possibilidade de corrigir eventual erro material, tratou-se de proposta que consiste em frontal violação ao edital, que faz lei entre os licitantes, inclusive a própria Administração, inteligência do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Não a Administração conceder indefinidamente oportunidade de apresentação de propostas, que é feita em momento único, e esta deve estar em pleno atendimento ao Edital, e aquelas em seu desacordo, são conduzidas a desclassificação conforme ocorreu. Conceder uma nova chance é violar a igualdade de condições entre os participantes, em especial, com aqueles que adimpliram o Edital. De igual modo superar tal regra ante sua inobservância é desrespeitá-lo.

Argumentação 2:

b) *“Conforme se verifica através dos documentos juntados ao Anexo 406872, a Recorrente foi desclassificada por **supostamente** não atender ao item 15 do Edital e item 5, subitem 5.2, do Anexo IV.” “(...) Sublinha-se que o Edital não especifica a forma com que a comprovação deveria ser realizada, bem como não há previsão expressa de que a Licitante, ora Recorrente, deveria “quantificar” os veículos extras na proposta.”*

Resposta:

Está disposto no item 05 do Anexo IV do Edital nº 140/2023 - CONDIÇÕES DE EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS:

“5.2 Para a execução dos serviços, em condições normais, a CESAN estima a utilização de:

*5.2.1 Serão utilizados **25 (vinte e cinco) veículos**, com capacidade de 8 a 10 m³, para **atendimento contínuo (mensal)**, no período de vigência contratual, **com a previsão de acréscimos (veículos adicionais com remuneração diária)**, no período que antecede e durante o verão (de novembro do ano corrente a março do ano seguinte), em paralisações para manutenção dos sistemas de distribuição de água e outras ocorrências, conforme necessidade e a critério da CESAN, dimensionados conforme a seguir: (...)*

***OBS: Além dos 25 (vinte e cinco) veículos**, com capacidade de 8 a 10 m³, para atendimento contínuo (mensal), acima referenciados, a contratada deverá ainda mobilizar outros **02 (dois) veículos, de mesma capacidade, para atendimento contínuo (mensal) e no horário noturno (das 18:00 (dezoito) às 06:00 (seis) horas)**, durante todo o período de vigência do contrato.*

A CONTRATADA deverá ter capacidade de mobilização de **no mínimo outros 30 (trinta) veículos adicionais para atendimento extraordinário** (nas situações descritas no item 5.2.1) e emergências na **Região Metropolitana da Grande Vitória e Orla de Aracruz**. A Contratada deverá ter capacidade de mobilização de **no mínimo outros 05 (cinco) veículos adicionais para atendimento extraordinário** (nas situações descritas no item 5.2.1) e emergências **nos municípios do interior do Estado do Espírito Santo.**” (...)

“5.2.2 A contratada deverá dispor de **no mínimo 01 (um) caminhão com capacidade entre 15 a 20m³** para atendimento extraordinário (serviços adicionais para as situações previstas no item 5.2.1) ou emergências, conforme necessidades e a critério da CESAN, comunicados à contratada com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) ou 12 (doze) horas, respectivamente.

5.2.3 A contratada deverá dispor de **no mínimo 01 (um) caminhão com capacidade entre 4 a 6m³** para atendimento específico às regiões de difícil acesso, vielas e locais muito íngremes, onde caminhões pipa de maior porte não conseguem transitar/manobrar, tornando, assim, possível o abastecimento nessas regiões. Para esse atendimento, a CESAN emitirá solicitação de serviço comunicando à contratada com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas.

5.2.4 A contratada deverá dispor de **no mínimo 01 (um) caminhão com capacidade de 35m³** para atendimento específico, conforme necessidades e a critério da CESAN, comunicando à contratada com a antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas.”

Em documento que antecede a Proposta Comercial da licitante (fls.1699-1700), com parte do quantitativo de veículos apresentado, restritamente aos veículos para atendimento contínuo, **não havendo menção sobre os veículos adicionais para os atendimentos extraordinários, relevante e bastante representativo na contratação** (itens 8468000064, 8468000068, 8468000066, 8468000067 (remuneração dia) e demais itens remunerados por hora (horas excedentes às normais – extras), que poderão ser acionados pela CESAN para atendimento às demandas emergenciais ou nas situações informadas no item 05 do ANEXO IV, em referência, dessa forma conclui-

se que a Proposta postulada não abrangeu todo o escopo necessário de serviços para a contratação.

Tratando agora do Atestado de Capacidade Técnica apresentado pela licitante vencedora, entendo que o mesmo está em plena consonância com o previsto no Edital, atendendo exatamente aquilo que fora requerido, todos ratificados em sede de contrarrazões, de modo que não há necessidade mais elucidação para eventual investigação quando ausentes elementos de dúvida no caso concreto. Desta forma, deve ser mantido incólume o resultado do certame.

EM SUMA, para o fim de RESPOSTA ao Processo nº 2024.005343, certifico que os elementos constantes do processo já são suficientes para concluir pelo **INDEFERIMENTO** do recurso, uma vez que a DSN LOCAÇÕES LTDA-EPP. não atendeu ao item 15 - PREÇOS, subitem 15.3, do Termo de Referência – ANEXO I do Edital quando não aplicou de forma linear o desconto no item de serviço código 8348000138 - DESPESAS REEMBOLSAVEIS” e quando deixou de mencionar os veículos adicionais para os atendimentos extraordinários no documento que antecede a proposta comercial.

Vitória, 06 de maio de 2024.

Cesar Juliano Xavier Santos

Gerente Metropolitana Norte