

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DO ESTADO DE GOIÁS

Concorrência n.º 01/2019 – Processo 201900017005051

Objeto: Contratação de Empresa de Consultoria Especializada na Realização de Estudos no Âmbito do Programa de Revisão e Aprimoramento da Gestão de Licenciamento Ambiental de Goiás

ARCADIS LOGOS S.A, já qualificada na concorrência em epígrafe, por seu representante legal, vem, com fundamento no artigo 109, inciso I, alíneas “b” e “c”, da Lei 8.666/93, em razão da anulação parcial da nota final, homologação e adjudicação da concorrência 01/2019, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO RECURSO ADMINISTRATIVO** interposto pela **EME – ENGENHARIA AMBIENTAL LTDA**, nos termos das razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

I. TEMPESTIVIDADE

Nos termos do art. 109, §3º, da Lei nº. 8.666/93, a impugnação de recurso administrativo deverá observar o prazo de cinco dias úteis.

No caso em epígrafe, a licitante foi intimada pela Comissão Especial de Licitação no dia 29/05/2020 da interposição de recurso administrativo pela EME – Engenharia Ambiental LTDA, de modo que o prazo recursal se encerrará no dia 05/06/2020.

Resta demonstrada, portanto, a tempestividade da presente impugnação ao recurso administrativo.

II. OBJETO DO RECURSO ADMINISTRATIVO ORA IMPUGNADO

O recurso administrativo interposto pela EME – Engenharia Ambiental LTDA objetiva demonstrar a legalidade do ato administrativo que anulou o julgamento das propostas comerciais da Concorrência 001/2019 e seus os demais atos decorrentes – nota final das propostas, homologação, adjudicação e celebração do contrato administrativo.

Para tanto, o recurso administrativo repete a fundamentação do parecer jurídico que embasou o ato de anulação sem considerar, no entanto, que a anulação do julgamento das propostas comerciais e dos demais atos subsequentes está assentado em motivos fáticos inexistentes, viola requisitos procedimentais e não atinge a finalidade legal – contratação da proposta mais vantajosa – e está coberto pela preclusão, o que implica na sua necessária anulação, sob pena de cristalizar graves prejuízos ao interesse público.

Nesses termos, o desfazimento do ato administrativo que anulou parcialmente o julgamento final da proposta comercial, a homologação e a adjudicação

da Concorrência 01/2019 e a conseqüente rejeição do recurso administrativo interposto pela EME Engenharia é medida que se impõe, sob pena de violar os princípios que norteiam as contratações públicas, em especial o da vinculação ao instrumento convocatório, da legalidade, da economicidade e da obtenção da proposta mais vantajosa.

III. BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS FATOS QUE ENSEJARAM A ANULAÇÃO PARCIAL DO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS: INEXISTÊNCIA DE DESCLASSIFICAÇÃO

Por meio da concorrência do tipo técnica e preço em epígrafe, a Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Estado de Goiás objetiva a Contratação de Empresa de Consultoria Especializada na Realização de Estudos no Âmbito do Programa de Revisão e Aprimoramento da Gestão de Licenciamento Ambiental.

Com a publicação do Edital nº 01/2019, sobreveio a sessão de entrega dos documentos de habilitação (Envelope nº 1 – Documento de Habilitação), da proposta técnica (Envelope nº 2 – Proposta Técnica) e da proposta financeira (Envelope nº 3 – Proposta Comercial), em que participaram a Empresa Arcadis Logos, ora Recorrente, a Empresa STCP Engenharia de Projetos LTDA e a EME Engenharia Ambiental LTDA.

Após o exame dos documentos de habilitação apresentados pelas licitantes, momento em que todas as empresas restaram habilitadas, a Comissão Especial de Licitação, no dia 11/03/2020, divulgou o resultado de julgamento das propostas técnicas, de modo que a Empresa Arcadis Logos restou classificada em primeiro lugar:

A Comissão realizou detida análise documental de tudo aquilo que foi apresentado pelos licitantes e, ao final, atribuiu-lhes a devida pontuação técnica, conforme as considerações apontadas no corpo das tabelas acima relacionadas. A pontuação técnica final é a seguinte:

EMPRESAS	PONTUAÇÃO TÉCNICA FINAL	CLASSIFICAÇÃO
ARCADIS LOGOS S.A	97,25	1º
STCP ENGENHARIA DE PROJETOS LTDA	96,5	2º
EME ENGENHARIA AMBIENTAL LTDA	85	3º

Nada mais a consignar, a Presidente da Comissão dá por encerrada a sessão de análise e atribuição de pontuação técnica.



Documento assinado eletronicamente por **DANIELA HINHUG VILARINHO**, Gerente, em 18/03/2020, às 14:32, conforme art. 2º, § 2º, III, "b", da Lei 17.039/2010 e art. 3ºB, I, do Decreto nº 8.808/2016.

Diante do julgamento das propostas técnicas, houve interposição de recurso administrativo em que alterou somente a nota final técnica da Empresa EME Engenharia Ambiental no sentido de majorá-la para 88,25 pontos, sem que alterasse o resultado final da pontuação técnica, isto é, todas as empresas se mantiveram classificadas, de modo que a Arcadis Logos permaneceu em primeiro lugar ao atingir a maior pontuação técnica:

AVISO DE JULGAMENTO DE RECURSO E ABERTURA DO ENVELOPE 03 – PROPOSTA COMERCIAL

CONCORRÊNCIA Nº 01/2019

A SEMAD, por intermédio da Comissão Especial de Licitações - CEL, instituída pela Portaria nº 274/2019, torna público, para conhecimento dos interessados, o resultado do julgamento do Recurso da Proposta Técnica da CONCORRÊNCIA nº 01/2019 relativo ao processo nº 201900017005051, visando a **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE CONSULTORIA ESPECIALIZADA NA REALIZAÇÃO DE ESTUDOS NO ÂMBITO DO PROGRAMA DE REVISÃO E APRIMORAMENTO DA GESTÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE GOIÁS**, de acordo com o relatório da CEL e decisão da Secretária de Estado, nos termos da Lei nº 8.666/93, Lei 123/06 e Lei Estadual nº 17.928/12, aplicáveis à espécie:

QUADRO RESUMO – NOTA FINAL	
EMPRESA	NOTA
Arcadis Logos S.A.	97,25
STCP Engenharia de Projetos LTDA	96,50
EME Engenharia Ambiental LTDA	88,25

A CEL informa que a **sessão para abertura dos envelopes 03 - PROPOSTA COMERCIAL** ocorrerá em **13 de abril de 2020 as 09hs horas na sede da SEMAD, Rua 82, nº 400, Palácio Pedro Ludovico Teixeira, 2º andar, Ala Leste – Centro, CEP: 74.015-908 - Goiânia – GO Fone: (62) 3201-5210 E-mail: licitacao.meioambiente@goias.gov.br, conforme especificações constantes no Edital e seus anexos. O inteiro teor dos documentos encontram-se disponível no site: <http://www.meioambiente.go.gov.br/>.**

Daniela Hinhug Vilarinho
Presidente da CEL

Após a abertura e análise das propostas técnicas, a Comissão Especial de Licitação comunicou a abertura e julgamento das propostas comerciais para o dia 13/04/2020, conforme se depreende do aviso de julgamento acima.

Assim, às 09h12min do dia 13 de abril de 2020, a Comissão Especial de Licitação abriu as propostas financeiras e procedeu a sua análise, de modo a verificar a sua lisura perante os preceitos do edital e calcular a nota final das propostas financeiras dos licitantes.

Com efeito, sem que houvesse a desclassificação de qualquer proposta, a Comissão atribuiu nota às propostas de preço (NPP), de modo que a Arcadis Logos obteve a segunda maior pontuação, com apenas 0,52 ponto a menos que a primeira colocada, a Empresa STCP, o que reside numa diferença de R\$15.952:

NOTA DA PROPOSTA DE PREÇOS				
NPP = 100 - (P - 0,7M) x 25 / (O - 0,7M)				
Onde:	Estimado SEMAD	EME	Arcadis	STCP
NPP = Nota da Proposta de Preços;				
P = Valor da proposta apresentada;		R\$ 1.036.741,71	R\$ 1.014.770,00	R\$ 998.818,00
O = Valor dos serviços orçado pela SEMAD;	R\$ 1.481.059,59			
M = Média aritmética dos preços propostos pelos licitantes superiores a 50% do valor orçado pela SEMAD.	R\$ 1.016.776,57			
	NPP =	89,44	90,15	90,67

Ato contínuo, a Comissão Especial de Licitação, a partir da média ponderada dos valores das Propostas Técnicas e Comerciais, calculou a Nota Final das Propostas, em que se sagrou ganhadora a proposta da Arcadis Logos:

NOTA FINAL				
NF = (7 NPT + 3 NPP) / 10				
Onde:		EME	Arcadis	STCP
NF = Nota Final;				
NPT = Nota da Proposta Técnica;		88,25	97,25	96,50
NPP = Nota da Proposta de Preço.		89,44	90,15	90,67
	NF =	88,61	95,12	94,75

Como se observa, a Arcadis Logos obteve a maior nota final, após o julgamento das propostas técnicas e comerciais, o que tornou a sua proposta a vencedora e, conseqüentemente, a mais vantajosa para Administração Pública.

No mesmo ato, a Comissão Especial de Licitação consignou que a licitante na última colocação, a empresa EME Engenharia Ambiental, de acordo com os artigos 44 e 45 da Lei Complementar 123/06 e com base no §8º do artigo 5º do Decreto Federal 8.538/2015, poderia, em abstrato, apresentar uma nova proposta pelo fato de se enquadrar como empresa de pequeno porte:

Em análise as pontuações e considerando que a empresa **EME Engenharia Ambiental Ltda** CNPJ 11.466.953/0001-66 enquadrada como empresa de pequeno porte de acordo com os artigos 44 e 45 da Lei Federal 123/06, teria o direito de apresentar nova proposta de preço, foi realizado simulações de valores e a Comissão concluiu que conforme art. 48, da Lei 8.666/93, qualquer valor apresentado pela EME não mudaria a classificação final da empresa. O resultado final será divulgado no site da SEMAD e Imprensa Oficial, abrindo-se o prazo para recursos, de acordo com o edital de licitação do presente certame e legislação específica. Nada mais havendo, deu-se por encerrada a sessão, da qual para relatar os fatos, lavrou-se a presente Ata, que vai assinada pelos Membros da Comissão Especial de Licitação.


DANIELA HINHUG VILARINHO
Presidente da CEL


MORIAN SCUSSEL MALBURG

Ocorre que a preferência oportunizada pela Lei Complementar 123/06, no caso concreto, **conforme corretamente analisado pela CEL**, não tinha o condão, sob nenhum ângulo, de alterar a nota final das propostas da presente concorrência, uma vez que uma eventual nova proposta financeira da Empresa EME que pudesse superar a proposta comercial da Arcadis, de acordo com a fórmula proposta pelo Edital no seu item 10.4 e 11.01, não alteraria a classificação final.

Nesse contexto, sem a interposição de qualquer recurso administrativo por parte da Empresa EME, a proposta da Empresa Arcadis Logos foi homologada, ocorreu a adjudicação e, no dia 28/04/2020, o contrato administrativo foi celebrado

entre Estado de Goiás e a Arcadis Logos, ou seja, operou-se preclusão do direito de apresentar nova proposta pela EME – Engenharia Ambiental.

Não obstante a preclusão da Empresa EME em contestar o fundamento da CEL e o final da Licitação com a celebração do contrato administrativo, que gera efeitos jurídicos entre as partes, ocorreu a publicação do ato administrativo que anulou parcialmente o julgamento das propostas comerciais, a classificação final das propostas, a homologação e adjudicação da Concorrência n.º 001/2019 e, mais grave, sem oportunizar o exercício do contraditório e da ampla defesa, anulou o contrato administrativo decorrente da presente concorrência:

**AVISO DE ANULAÇÃO PARCIAL DA NOTA FINAL,
ADJUDICAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO
CONCORRÊNCIA Nº 01/2019**

A SEMAD, por intermédio da Comissão Especial de Licitações, instituída pela Portaria nº 274/2019, torna público, para conhecimento dos interessados, que **torna sem efeito o resultado da nota final, o ato de adjudicação e homologação** da Concorrência 01/2019 SEMAD, processo nº 201900017005051, visando a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE CONSULTORIA ESPECIALIZADA NA REALIZAÇÃO DE ESTUDOS NO ÂMBITO DO PROGRAMA DE REVISÃO E APRIMORAMENTO DA GESTÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE GOIÁS, ao tempo em que, resolve abrir o prazo de 5 (cinco) dias uteis, conforme inciso I, alínea c do art. 109, da Lei Federal 8.666/93, de acordo com o Aviso de Anulação Parcial, nos termos do art. 109, c/c com o caput do art. 49, parágrafos 1º e 3º Lei nº 8.666/93, Lei 123/06 e Lei Estadual nº 17.928/12, e Súmula 473 STF aplicáveis à espécie. O inteiro teor dos documentos encontram-se disponível no site: <http://www.meioambiente.go.gov.br/>

Goiânia, 20 de maio de 2020.

Daniela Hinhug Vilarinho
Presidente da CEL

Protocolo 180864

Como se observa do parecer jurídico que embasou a anulação do julgamento das propostas comerciais, em tese, *“ não agiu bem a Comissão de Licitação ao indeferir a possibilidade de nova proposta por parte da ME/EPP, uma vez que os critérios estabelecidos na Lei Federal nº 8.666/1993 para identificação da inexequibilidade de proposta comercial não são absolutos. Pode a empresa licitante demonstrar a exequibilidade de sua proposta, contrariando a presunção relativa dos percentuais legais.”*

Ocorre que, conforme mencionado, a Comissão Especial de Licitação não desclassificou a proposta comercial da Empresa EME Engenharia, isto é, o motivo fático que embasou o ato administrativo é inexistente, o que enseja necessariamente a sua nulidade.

Registra-se, de início, que, embora a comissão tenha fundamentado a sua decisão no artigo 48 da Lei 8.666/93, não ocorreu a desclassificação de qualquer proposta, inclusive a proposta da Empresa EME, já que ela restou classificada em 3º terceiro lugar e a CEL avaliou a ineficácia da aplicação da preferência contida na Lei Complementar 123/06, em outras palavras, a não apresentação de uma nova proposta comercial não trouxe qualquer prejuízo à Empresa EME, uma vez que ela não alteraria a sua classificação final.

Em verdade, caso tivesse ocorrido a desclassificação da Empresa EME, sequer haveria a possibilidade de se aplicar a Lei Complementar 123/06 e o Decreto Federal 8.538/2015, conforme foi devidamente avaliado pela Comissão Especial de Licitação.

Além disso, o ato administrativo em comento desconstituiu o contrato administrativo decorrente da Concorrência 001/2019 sem observar o exercício do contraditório e da ampla defesa, desrespeitando as suas cláusulas vigentes.

A Licitante Recorrente, assim, insurge-se contra a anulação parcial do julgamento final das propostas e atos subsequentes, haja vista que a aplicação da Lei Complementar 123/06, de modo a permitir a apresentação de nova proposta pela EME Engenharia, é ineficaz, bem como pelo fato de se ressentir de graves nulidades.

IV. MÉRITO RECURSAL

IV.a). Evidente Nulidade *Do Ato Administrativo De Anulação Parcial Da Licitação: ausência de motivo fático*

O ato administrativo para se constituir regularmente necessita se embasar na ocorrência de um fato que autoriza a sua prática, sob pena de se configurar inválido. Nos ensinamentos do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “*a validade do ato dependerá da existência do motivo que houver sido enunciado. Isto é, se o motivo que invocou for inexistente, o ato será inválido.*”¹

Conforme mencionado no item III, o ato administrativo de anulação parcial do julgamento das propostas comerciais e todos os atos subsequentes contém como pressuposto fático a desclassificação da proposta comercial da Empresa EME Engenharia, conforme se extrai do parecer jurídico que analisou o julgamento das propostas comerciais e embasou o ato de anulação:

É ilegítima a atitude de desclassificação sumária e arbitrária, sob a alegação de inexecutabilidade da proposta, sem a devida motivação e sem a oportunidade para que o licitante demonstre a executabilidade de suas propostas. Neste sentido, o TCU tem previamente que a desclassificação de proposta por inexecutabilidade pressupõe critérios previamente estabelecidos, motivação e oportunidade para o contraditório, por porte do licitante potencialmente prejudicado. O Informativo n. 150 do TCU robustece a situação aqui delineada:

¹ Curso de Direito Administrativo. Pág. 405, 32 edição, 2015.

Ao contrário do pressuposto fático – desclassificação da proposta – acima exposto, a Comissão Especial de Licitação não desclassificou a proposta da Empresa EME por inexecutabilidade. Em verdade, pelo fato de a sua proposta ter sido classificada, ela ponderou a eficácia da Lei 123/2006 ao caso concreto, o que foi afastada por não trazer qualquer prejuízo à licitação e à empresa, já que a apresentação de nova proposta não alteraria o resultado final do certame.

Além disso, pelo o fato de o parecer jurídico se assentar em um pressuposto fático inexistente, verifica-se que a sua fundamentação jurídica não é aplicável ao presente caso.

Com efeito, a sua fundamentação jurídica se baseou em acórdãos² proferidos pelo Tribunal de Contas da União em que se analisou, em licitações do tipo menor preço, a desclassificação de propostas por inexecutabilidade de preços.

Em primeiro lugar, a presente licitação é do tipo técnico e preço, o que já evidencia a falta de correspondência do caso concreto com os julgados colacionados.

² Acórdão n.º1857/2011, TC-009.006/2009-9, rel. Min.-Subst. André Luis de Carvalho, 13.07.2011, Acórdão 2.528/2012 do Plenário. Acórdão 1092/2013-Plenário, TC 046.588/2012-4, relator Ministro Raimundo Carreiro, 8.5.2013, Acórdão 2.528/2012 do Plenário. Acórdão 1092/2013-Plenário, TC 046.588/2012-4, relator Ministro Raimundo Carreiro, 8.5.2013

Em segundo lugar e mais importante, a avaliação de nova proposta a ser apresentada pela Empresa EME Engenharia decorreu de seu enquadramento como empresa de pequeno porte e não pelo fato da presente licitação aceitar disputa de lances.

O critério definido pelo edital para avaliação das propostas é composto pela ponderação da nota técnica e da nota comercial, de modo que a nota comercial não permite a disputa de lances, conforme ocorre na modalidade do pregão e do convite, o que afasta definitivamente aplicação dos acórdãos do TCU colacionados no parecer jurídico.

Nesse contexto, diante da verificação do pressuposto fático e fundamentação legal da decisão que anulou parcialmente o julgamento das propostas comerciais e todos atos subsequentes ocorridos na Concorrência 001/2019, resta clara a sua nulidade pela falta de materialidade do ato – ausência de pressuposto fático – e falta de correspondência entre o ato a fundamentação jurídica.

IV.b). Inaplicabilidade da Lei Complementar nº 123/2006 nas licitações do tipo técnica e preço: Lei Estadual 17.928/2012

A Lei Complementar nº 123/2006 instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa da Empresa de Pequeno Porte no sentido de trazer, nas contratações públicas, algumas preferências para as empresas que se enquadram neste regime jurídico.

Entre as preferências estabelecidas na Lei n 123/2006, destaca-se a configuração de empate ficto nas situações em que as propostas apresentadas pelas

microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada, conforme exposto no artigo 44 da Lei 123/2006.

Na hipótese de se configurar o empate ficto, microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, conforme exposto no artigo 45 da Lei 123/2006.

Conforme se verifica a partir das disposições legais, a aplicabilidade do direito de preferência estampado nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar se relaciona somente com as licitações do tipo menor preço, uma vez que esta sistemática desconfigura a licitação do tipo técnica e preço.

Conforme se extrai da Lei 8.666/93, a licitação do tipo técnica e preço, avalia a proposta por meio da ponderação entre elas, de modo que a noção *menor preço* não é aplicada, o que impossibilita estabelecer um critério de preferência nos moldes da Lei 123/2006.

Além disso, a Lei de Licitações do Estado de Goiás, ao tratar da preferência de microempresas e pequenas de pequeno porte em licitações, estabeleceu expressamente no artigo 6 que a aplicação ocorre somente nas licitações do tipo menor preço:

Art. 6º **Nas licitações do tipo menor preço** será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Em complemento, o §1º do Artigo 6º da Lei 17.928/2012 determina que o empate ficto se configura nas situações “*em que as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte **sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores ao menor preço.***” (grifos nossos), isto é, a base de cálculo para a configuração do empate ficto é o menor preço apresentado na licitação e não a nota final obtida, composta pela ponderação entre a nota da proposta técnica e da proposta comercial, o que impossibilita a sua aplicação na presente licitação.

No presente caso, por exemplo, o menor preço foi apresentado pela segunda colocada na nota final e não pela primeira, o mostra a impossibilidade de se utilizar essa prerrogativa nas licitações do tipo técnica e preço.

Como se observa, a partir da interpretação sistemática da Lei 8.666/93, da Lei Complementar 123/2006 e, sobretudo, da disposição estadual a partir da Lei Estadual 17.928/2012, na presente licitação, do tipo técnica e preço, não deve incidir o direito de preferência estabelecido no artigo 44 e 45 da Lei 123/2006.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas do Estado de Goiás, ao julgar o processo 20100004100212, afastou a incidência da Lei Complementar 123/2006 sobre as licitações do tipo técnica e preço, com base na Lei Estadual

Às licitações do tipo técnica e preço não se aplicam as regras da Lei Complementar n.º 123/2006. Muito embora esse entendimento seja diverso entre juristas e doutrinadores, adoto o posicionamento por sua inaplicabilidade. O

Processo nº 201000047000212

Art. 113. Nas licitações do tipo menor preço, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

16.920/2010, revogada pela Lei Estadual 17.928/2012, mas que tinha a mesma determinação legal:

Dessa forma, a aplicação da Lei Complementar 123/2006 deve ser afastada pelo fato de a presente licitação objetivar a contratação da proposta mais vantajosa por meio do critério melhor técnica e preço, o que fulmina o ato administrativo que anulou parcialmente o julgamento das propostas comerciais.

IV.c) Operação da preclusão – dicção do inciso II do artigo 6 da Lei 17.928/2012

Ainda que não se aplica os ditames da Lei Complementar 123/2006 e o artigo 6º da Lei Estadual n.º 17.928/2012, verifica-se no presente que a oportunidade de apresentação de nova proposta precluiu diante da omissão da EME – Engenharia.

Com efeito, após a decisão de julgamento das propostas comerciais pela Comissão Especial de Licitação, não houve qualquer irresignação por parte da Empresa EME para apresentar nova proposta.

Diante deste fato, o inciso II do artigo 6º da Lei 17.928/2012 determina que aplicação do direito de preferência deverá exercido pela microempresa ou empresa de pequeno porte, sob pena de preclusão:

Art. 6º Nas licitações do tipo menor preço será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte:

II – o direito de preferência previsto no inciso I será exercido, sob pena de preclusão:

Portanto, diante da falta de irresignação da EME – Engenharia diante do julgamento das propostas comerciais, o seu suposto direito subjetivo de apresentar nova proposta precluiu, não podendo mais ser exercido.

Dessa forma, o seu recurso administrativo deve ser rejeitado, em razão da preclusão prevista no inciso II do artigo 6 da Lei 17.928/2012.

IV.d). Princípio *Pas de nulitté sans grief* – ausência de prejuízo

Não obstante a inaplicabilidade da Lei Complementar 123/2006, o ato da Comissão Especial de Licitação de não oportunizar à Empresa EME Engenharia o oferecimento de nova proposta comercial deve ser considerado legal diante ausência de prejuízo efetivo decorrente desta conduta administrativa.

Com efeito, após a classificação final das propostas, a Comissão Especial de Licitação verificou a possibilidade de incidência da Lei Complementar 123/2006, que versa sobre a direito de preferência de micro e pequenas empresas na hipótese de se configurar empate ficto.

O artigo 44 da Lei 123/2006 estabelece que se configura empate as situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

No presente caso, a classificação final entre a proposta da Empresa EME e da Arcadis Logos resultou na diferença de 6,51 pontos, o que, ensejaria, em tese, o empate ficto entre as propostas.

Neste caso, a partir do artigo 45 da Lei Complementar e do §4º do artigo 6 da Lei Estadual 17.928/2012, a microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada poderá apresentar **proposta de preço** inferior àquela considerada vencedora do certame. (grifos nossos).

Acontece que, independentemente da proposta de preço que a Empresa EME apresente, a **classificação final das propostas, calculada entre a ponderação da nota técnica e comercial, não se alterará.**

Com efeito, a apresentação de nova proposta, nos termos da Lei Complementar 123/2006, do decreto federal 8.538/2015 que a regulamenta a lei complementar e a Lei Estadual 17.928/2012, deve superar a menor proposta de preço, podendo ser até 10% menor da proposta inicialmente apresentada, parâmetro decorrente da diferença considerada como empate ficto.

No presente caso, portanto, a Empresa EME ofertou uma proposta de R\$ 1.036.741,71, o que ensejaria uma nova proposta de até 10% menor, ou seja, de no máximo R\$ 933.045,93.

Neste caso, a sua nota final, a partir dos métodos definidos no edital, resultaria em uma pontuação final de 89,45, ao passo que, a Arcadis atingiria uma nota final de 94,98, conforme demonstrado pelo cálculo abaixo:

Situação 02: diminuição da proposta apresentada pela EME em 10%				
	EME	Arcadis	STCP	Orçamento estimado SEMAD (O)
Valor da proposta de preço (P)	R\$ 933.067,54	R\$ 1.014.770,00	R\$ 998.818,00	R\$ 1.481.059,59
Média aritmética (M)	R\$ 982.218,51			
	EME	Arcadis		
Fórmula P-0,7M	R\$ 245.514,58	R\$ 327.217,04		
Fórmula O-0,7M	R\$ 793.506,63	R\$ 793.506,63		
Fórmula (P-0,7M)x25/(O-0,7M)	7,735114312	10,30920941		
Fórmula NPP =100-((P-0,7M)x25/(O-0,7M))	92,26488569	89,69079059		
NPT (imutável)	88,25	97,25		
Notas Finais NF=(7NPT+3NPP)/10	89,45446571	94,98223718		

Como se verifica dos cálculos acima, uma nova proposta não resultará em mudança na classificação final, o que evidencia a sua inutilidade para o presente processo e, sobretudo, a ausência de prejuízo para Empresa EME.

Conforme se extrai do princípio “*pas de nullité sans grief*”, ***não há que se falar em nulidade caso não haja prejuízo efetivo decorrente da ação ou omissão do administrador público, ou seja, a decisão de anulação parcial do julgamento das propostas comerciais se mostra equivocada.***

Na lição de Marçal Justen Filho:

A nulidade consiste num defeito complexo, formado pela (a) discordância formal com um modelo normativo e que é (b) instrumento de infração aos valores consagrados pelo direito. De modo que, se não houver a consumação do efeito (lesão a um interesse protegido juridicamente), não se configurará invalidade jurídica.

*Aliás, a doutrina do direito administrativo intuiu essa necessidade, afirmando o postulado de *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem dano)[2]*

Como se observa, a decisão da Comissão Especial de Licitação não acarretou qualquer prejuízo ao processo licitatório e aos seus participantes, o que revela a necessidade de exterminação do ato administrativo que a revogou parcialmente.

Além disso, como forma de demonstrar a total ineficácia de nova proposta comercial, mesmo que a redução fosse de 70% do preço apresentado inicialmente pela EME Engenharia, desrespeitando todas as regras de exequibilidade, a proposta da Arcadis Logos ainda se classificaria como a melhor proposta do certame:

Situação 03: valor diminuído em 70% da proposta Inicial da EME				
	EME	Arcadis	STCP	Orçamento estimado SEMAD (O)
Valor da proposta de preço (P)	R\$ 311.022,51	R\$ 1.014.770,00	R\$ 998.818,00	R\$ 1.481.059,59
Média aritmética (M)	R\$ 774.870,17			
	EME	Arcadis		
Fórmula P-0,7M	-R\$ 231.386,61	R\$ 472.360,88		
Fórmula O-0,7M	R\$ 938.650,47	R\$ 938.650,47		
Fórmula $(P-0,7M) \times 25 / (O-0,7M)$	-6,162746784	12,58085132		
Fórmula $NPP = 100 - ((P-0,7M) \times 25 / (O-0,7M))$	106,1627468	87,41914868		
NPT (imutável)	88,25	97,25		
Notas Finais $NF = (7NPT + 3NPP) / 10$	93,62382404	94,3007446		

Portanto, sob nenhum ângulo, a preferência oportunizada pela Lei Complementar 123/06, no caso concreto, **conforme corretamente analisado pela CEL**, não tinha o condão de alterar a nota final das propostas da presente concorrência, uma vez que uma eventual nova proposta financeira da Empresa EME que pudesse superar a proposta comercial da Arcadis, de acordo com a fórmula proposta pelo Edital no seu item 10.4 e 11.01, não alteraria a classificação final, o que mostra o total equívoco da sua anulação.

Dessa forma, a anulação do julgamento das propostas comerciais deve extirpado do ordenamento jurídico, tendo vista a total regularidade do ato Comissão Especial de Licitação.

IV.e). Da preservação das propostas e da necessária intimação da Comissão

Por derradeiro, cumpre registrar que a empresa EME Engenharia, no afã de conturbar o certame licitatório vencido pela ora Impugnante, traz á baila uma afirmação completamente fora de contexto com a nítida intenção de levar a Comissão de Licitação ao erro.

As fls 5 do recurso apresentado pela empresa citada, esta menciona que o processo licitatório superou os 60 dias e, sendo assim, as propostas comerciais dos licitantes perderam a validade.

Em realidade, ao simplesmente "jogar" o argumento em mero parágrafo, a empresa EME Engenharia não discorre de maneira franca sobre o tema. Vejamos

Nesse aspecto, salienta-se que art. 38, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, o original das propostas, na licitação, assim como dos documentos que a instruírem, serão juntados oportunamente aos autos do processo licitatório.

Ainda, cabe ao edital convocatório, conforme o art. 40, inciso VI, da Lei de Licitações, indicar, necessariamente, as condições para participação na licitação, assim como a forma de apresentação das propostas.

Visto isso, há de se notar que, ultrapassada a fase de habilitação, não caberia a desistência de propostas por parte das licitantes – em alusão ao § 6º do art. 43 da Lei de Licitações – e que a recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato enseja o total descumprimento da obrigação assumida, conforme o caput do art. 81 também da Lei nº 8.666/1993.

Contudo, destaca-se que o diploma legal citado alhures, assinala que, após decorridos 60 (sessenta dias) dias da data da entrega das propostas, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos, como se depreende do § 3º de seu art. 64.

Neste aspecto é importante salientar que a licitação em tela foi devidamente homologada e adjudicada pela Comissão, de maneira legal e correta. Havendo somente a necessidade de nova discussão incabível, ante ao posicionamento

meramente esperneante da terceira colocada e erroneamente acolhido pelo Procurador.

Ademias, neste aspecto o Colendo TCU já se manifestou sobre o tema (Acórdão 542/2005), com destaques para os seguintes trechos do relator:

“Quando o prazo de validade da proposta estiver prestes a findar, a Administração poderá consultar os licitantes para verificar a intenção dos mesmos em prorrogar a validade de suas propostas. Tal procedimento visa a resguardar os atos a serem praticados após o decurso dos 60 dias, ou do prazo fixado no instrumento convocatório, se for diferente.

Poderá ocorrer que o órgão licitante não solicite a prorrogação da proposta dentro do prazo de validade, o que, apesar de não ser aconselhável, não gera nulidade no procedimento. **Assim, vencido o prazo de validade das propostas, e concordando os licitantes em prorrogá-las, poder-se-á dar prosseguimento ao certame, efetuando-se, inclusive, a contratação.**

Portanto, a questão de validade da proposta traria uma consequência quando da assinatura do contrato, ou seja, recairia somente à vencedora do certame, a empresa Arcadis Logos, que poderia não concordar mais com os termos apresentados, o que se refuta cabalmente, pois entende a Arcadis Logos que sua proposta persiste na validação, mesmo após os 60 dias.

Aguardando para concretizar tal validação quando do ato administrativo pertinente e, quando a Comissão de Licitação abrir tal possibilidade à vencedora.

V. PEDIDOS

Ante o exposto, a Empresa Arcadis Logos requer:

1. Quanto ao mérito, a rejeição do recurso administrativo interposto pela EME Engenharia, uma vez que o ato de anulação do julgamento das propostas comerciais e de todos os atos subsequentes foi equivocado, na medida em que (i) não houve desclassificação, a (ii) Lei Complementar 123/2006 não se aplica as licitações do tipo técnica e preço, (iii) operou-se a preclusão do direito de preferência e a (iv) apresentação de nova proposta comercial não alterará a classificação resultado final das propostas

2. Caso nenhum dos pedidos acima sejam aceitos e se dê continuidade ao julgamento das propostas comerciais, requer a intimação pessoal da Empresa Arcadis Logos para renovação de sua proposta comercial

Nesses termos pede deferimento.

Goiânia, 04 de junho 2.020.

ARCADIS Logos S.A.

DocuSigned by:
Sandra Elisa Favorito Raimo
Assinado por: SANDRA ELISA FAVORITO RAIMO 08612296811
CPF: 08612296811
Papel: Diretora Executiva
Hora de assinatura: 04/06/2020 | 15:18:24 PDT

EE219B695BCE40DF8A23DECC70321655

DocuSigned by:
Rodrigo Braga Santini
Assinado por: RODRIGO BRAGA SANTINI 28174716874
CPF: 28174716874
Papel: Diretor Executivo
Hora de assinatura: 05/06/2020 | 06:03:25 PDT

1470268ADC864907B4D654C47A78D6AB