



*nulidade do procedimento*¹.

11. Isto sem falar na ofensa ao Princípio da Publicidade que, a despeito de sua exigência em toda e qualquer atividade da Administração Pública por força do artigo 37, da Constituição Federal, deve ser observado especificamente no procedimento licitatório, tal como reza o artigo 3º, da Lei 8.666/93.

12. Não obstante estar devidamente caracterizada a nulidade decorrente do não atendimento à solicitação de esclarecimentos direcionada por esta Recorrente ao Sr. Pregoeiro, chama-se a atenção especificamente para o teor de alguns dos questionamentos que foram apresentados pela Recorrente:

Em até 5 dias após declarado vencedor, deverá ser fornecido duas tornozeleiras, dois dispositivos de MONITORAMENTO CONTINUADO e dois dispositivos de proteção à vítima, com acesso e cadastro no software da central de monitoramento, para homologação por parte dos técnicos da SSP/SAPEJUS durante um período de cinco dias, onde serão verificadas todas as funcionalidades descritas no Edital. Obrigação apenas para o vencedor.

Entendemos o processo de testes das amostras deve ser uma audiência pública com a participação de todos os interessados, com data e horário definidos para a abertura da sessão pública referente, por quanto tempo os aparelhos da amostra ficarão ativos. Também devem ser elencados quais e de que maneira os testes das amostras serão feitos, bem como quais serão os critérios de aceitação. Já vimos casos em que um modelo de aparelho feriu a perna de um usuário em três dias de uso contínuo, sendo por isso o teste de uso contínuo fundamental para verificar se o dispositivo não afeta a integridade física do usuário. Está correto nosso entendimento?

13. Justamente por encampar uma álea desconhecida, e diante da limitação da responsabilidade da Administração Pública no Edital, tal esclarecimento se prestava justamente para que a Recorrente pudesse estimar o valor das perdas possíveis e o respectivo modo de recomposição e bem por isso calcular os valores mínimos de lances que poderia fazer durante o Pregão, em conduta responsável. Porém, diante da falta de esclarecimentos por parte do Sr. Pregoeiro, a Requerente ficou literalmente às escuras no que toca a essa

¹ *Direito Administrativo*. 19. Ed. São Paulo: Atlas. 2006. p.357.
Alameda dos Maracatins, nº 1217, Conjunto 516,
Bairro de Indianópolis – CEP: 04089-014
Fone: +55 (11) 2372-4770
www.icconsulting.com.br



informação básica e essencial, sendo obrigada a considerar o pior cenário.

14. Como traço da seriedade que caracteriza a Recorrente em todas as suas contratações, não poderia ela, em razão da ausência de respostas, aplicar verdadeira especulação para assumir que seriam aplicadas as disposições mais favoráveis e, com isso, reduzir a provisão de perdas e custos e aumentar a projeção de receita.

15. Ou seja, justamente por ter sido deixada sem as tempestivas respostas, por conta única e exclusivamente de omissão por Sr. Pregoeiro, tem-se que a Recorrente foi irremediavelmente prejudicada, uma vez que se tivesse obtido os esclarecimentos solicitados anteriormente à realização da Sessão Pública, ter-lhe-ia sido possível apresentar proposta inferior à que fora por si apresentada.

16. Por esta razão, sendo patente a nulidade intransponível do procedimento causada pelo não cumprimento do prazo de esclarecimentos previsto no edital, e a relação direta entre tais esclarecimentos e formação dos preços apresentados pela Recorrente durante a fase de disputa, impõe-se a declaração de nulidade de todos atos praticados posteriormente à Sessão Pública para oferta de preços, devendo esta ser realizada novamente a fim de que seja garantido o tratamento isonômico a todos os licitantes, sob pena de conseqüente eventual declaração nula da vencedora Spacecomm.

B) PROPOSTA DA SPACECOMM É FLAGRANTEMENTE INEXEQUÍVEL E COM VALOR IRRISÓRIO

17. Como é sabido, dentre os princípios que devem ser observados pela Administração Pública Estadual, conforme dicção expressa do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, tem-se o Princípio da Eficiência, definido como *aquele que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional*².

18. Sendo incontestavelmente aplicável aos procedimentos de Licitação em qualquer de suas modalidades, tem-se que a manifestação do Princípio da Eficiência nesta seara não se exaure unicamente no alcance puro e simples do menor preço para o produto/serviço que se pretende contratar. Tanto assim o é que a própria Lei 8.666/93, em seu artigo 3º, determina

² Meirelles. Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 98



que a licitação se presta a garantir a “proposta mais vantajosa para a Administração”, o que deixa claro que o melhor preço, apesar de constituir em critério de julgamento de propostas, por si só não exaure o atendimento do interesse público nas contratações da Administração Pública.

19. Neste sentido, a proposta mais vantajosa deve ser entendida não apenas como aquela que permite à Administração Pública pagar o menor preço na contratação, mas sobretudo como aquela que reúne garantias suficientes de que o fornecedor irá prestar sua obrigação de acordo com as exigências do edital mediante o pagamento do preço ofertado. Disto decorre que uma proposta, apesar de contemplar nominalmente o menor preço, pode não ser a mais vantajosa e adequada ao interesse público por ser inexecutável, assim entendida como *aquela que não se reveste de condições de ser cumprida, porquanto gera ao seu autor mais ônus do que vantagens*³.

20. De acordo com artigo 48 da Lei 8.666/93, a inexecutabilidade da proposta constitui-se em critério objetivo para desclassificação de propostas:

Art. 48 Serão desclassificadas:

[...]

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecutáveis, 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.

21. Por conta disso, exige-se do agente público que preside a licitação um exame rigoroso das propostas, justamente para barrar o que em verdade não passa de um mero artifício (e tudo indica que esta é a intenção da Licitante Spacecomm) destinado à indevida adjudicação do contrato para, na primeira oportunidade, dar ensejo a pedido de revisão do preço com base

³ NIEBUHR. Joel de Menzes. Pregão Presencial e Eletrônico. 3ª ed. Curitiba: Zênite, 2005. p. 195.



na manutenção do equilíbrio contratual.

22. Por outro lado, esta exigência direcionada ao agente público se presta também a evitar o enorme problema que ocorre quando um licitante, não logrando êxito no artil acima exposto - ou simplesmente apresentando um preço sem a devida ponderação e movido unicamente pelo interesse de adjudicar o contrato, cai em inadimplemento, deixando a Administração Pública com a obrigação não só de arcar com os efeitos de sua negligência (e toda a movimentação procedimental a ela inerente que ao final se mostrou inútil), mas também de buscar alternativas emergenciais para evitar a solução de continuidade no fornecimento do produto/serviço que, no mais das vezes, se mostra essencial.

23. Sem prejuízo dos Princípios que norteiam a atividade da Administração Pública, o agente público encontra-se obrigado a, no mínimo, por sob suspeita propostas inexecutáveis - tal como a apresentada pela Licitante Spacecomm - por força da norma trazida pelo artigo 43 da Lei 8.666/93, que, em seu inciso IV, determina a verificação de conformidade com os preços correntes com o mercado:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

24. Com relação ao valor de mercado enquanto principal parâmetro para avaliação de uma possível inexecutabilidade, tem-se que o próprio Decreto 5450/05 - destinado exclusivamente a regular o Pregão Eletrônico - lança mão de tal figura para estimar o valor que deve constar do termo de referência posteriormente à fase externa da licitação:

Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte: