

Ao Sr. PREGOEIRO DA CODEPLAN – Companhia de Planejamento do Distrito Federal

Ref.: Pregão Presencial Nº 03/2013 - Contratação de empresa especializada para fornecimento de uma solução global de Call Center.

REC 031
15.04.2013
Edirlei Batista Carvalho
Secretário Geral

BSB ADMINISTRADORA DE ATIVOS S.A., inscrita no CNPJ sob o nº 12.875.569/0001-80, com sede no SIA Trecho 3/4, lotes 1665 a 1675, Guará-DF, CEP 71.200-030, por meio de seus representantes legais que ao final subscrevem, vem perante Vossa Senhoria, com fulcro no item 9.1 do Edital c/c com o disposto no inciso XVIII, do art. 4º da Lei 10.520/02, apresentar

MEMORIAIS DE RECURSO

contra a decisão que habilitou a empresa MARIANA VAN ERVEN SANTOS EPP no certame epigrafado, pelos fundamentos de fato e direito a seguir.



1. DA TEMPESTIVIDADE. EQUÍVOCO DO PREGOEIRO QUANTO À CONTAGEM DO PRAZO RECURSAL.

Inicialmente, cabe destacar que a decisão do Pregoeiro quanto aos termos inicial e final do prazo recursal não se coaduna com a regras editalícias e a Lei nº 8.666/93. O edital do Pregão Presencial nº 03/2013, em seu item 9.1, estabelece:

9.1. Declarada à vencedora, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer na própria sessão, podendo a interessada, no prazo de 03 (três) dias úteis, apresentar as razões do recurso, contados da lavratura da ata, nos casos de:

a) julgamento das propostas; e

b) habilitação ou inabilitação da licitante.

9.2. A apresentação das contra-razões das demais licitantes ocorrerá no prazo de até 03 (três) dias úteis após o prazo do recorrente.

De forma complementar, a Lei de Licitações, aplicável subsidiariamente ao pregão por força do art. 9º da Lei nº 10.520/2002, contém regra sobre a contagem de prazos, a seguir transcrita:

Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

E mediante o exame dos termos editalícios, verifica-se que este reproduz o teor do preceito legal, *ipsis litteris*: "17.12. Na contagem dos prazos excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto o contrário no Edital, e só se iniciam e vencem os prazos em dia de expediente do Órgão licitante".

A intenção de recurso por parte do representante da BSB ATIVOS foi manifestada em sessão realizada no dia 11/04/2013 e, portanto, com base nos dispositivos legal e do instrumento convocatório reproduzidos acima, o termo inicial do prazo recursal seria o dia 12/04/2013 e o termo final o dia 16/04/2013.

Destarte, o Pregoeiro, contrariou o próprio edital e a legislação aplicável, para cercear parcialmente o direito de defesa pelo Recorrente, como consta em ata, e estipulou que o prazo recursal seria contado a partir do dia 11/04/2013 até o dia 15/04/2013, e não o dia 16/04/2013.

Não obstante, a despeito da conduta do Pregoeiro, atentatória ao edital, a BSB ATIVOS apresenta seus memoriais tempestivamente nesta data (15/04/2013).

2. DOS FATOS

Está em curso o Pregão Presencial nº 03/2013 da CODEPLAN, que tem por objeto a "Contratação de empresa especializada para fornecimento de uma solução global de Call Center, para atender aos serviços da Central Única de Atendimento Telefônico do Governo do Distrito Federal, envolvendo todos os recursos tecnológicos e humanos, incluindo pesquisa e desenvolvimento de métodos, técnicas e padrões, interação e relacionamento com os usuários por meio de multicanais (telefone, e-mail, chat, web, mídias sociais, etc ...), de acordo com as especificações contidas no Termo de Referência e anexos que integram este Edital", consoante preâmbulo do instrumento convocatório.

Apenas duas empresas foram credenciadas: a BSB ATIVOS e a empresa MARIANA VAN ERVEN SANTOS EPP, havendo esta última oferecido a proposta de menor valor. Superada a fase de lances, houve a suspensão da sessão, para fins de permitir a área técnica que procedesse a análise da documentação desta última empresa (fls. 938/939).

Retomados os trabalhos em 15/03/2013, o Pregoeiro exarou sua decisão final, consoante Ata de Continuidade do Pregão Presencial nº 03/2013 (fls. 1.035/1.036), com o seguinte teor:

"Em seguida, o Senhor Pregoeiro, informou que a documentação técnica apresentada pela empresa Mariana Van Erven Santos EPP, CNPJ 10.462.672/0001-72, foi encaminhada a área técnica da CODEPLAN, para manifestação, na forma prevista no item 6.23 do Edital de Pregão nº 03/2013, por conseguinte o Senhor Hamilton Tadeu de Castro, matrícula nº1779-5, Gerente da Central de Relacionamento 156, assim, manifestou-se: "informo que diante dos atestados de capacidade técnica apresentados pela Empresa Mariana Van Erven Santos EPP, às (fls. 887/899) e de acordo com visita técnica realizada, em 15/03/2013, às 10h40min horas, nas instalações da sede da citada empresa, informo que a empresa Mariana Van Erven Santos EPP, atende as condições técnicas previstas no Edital de Licitação - Pregão Presencial nº 03/2013". Sendo assim, o Pregoeiro acolheu a manifestação da área técnica da Codeplan, e, informou que após verificada a documentação de habilitação da Mariana Van Erven Santos EPP, CNPJ 10.462.672/0001-72, a mesma atende aos requisitos de habilitação do Edital de Pregão nº03/2013. No entanto, cabe registrar o disposto na Decisão nº 928/2013 (processo TCDF nº 9500/2013), a qual em suma determina: "O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu: I) conhecer da Representação de

fls. 36 a 58 e anexos (fls. 59 a 121), de autoria da empresa Olympus Telecom Ltda.; II) deferir o pedido cautelar formulado pela representante e determinar à Codeplan que se abstenha de adjudicar o objeto do Pregão Presencial n° 03/20/3, até ulterior deliberação desta Corte;”.

Após obter a autorização necessária do TCDF, a CODEPLAN retomou o procedimento licitatório, oportunidade em que o Pregoeiro declarou vencedora a empresa ora Recorrida, que apresentou o menor preço global no valor de R\$ 12.481.398,24 (doze milhões, quatrocentos e oitenta e um mil, trezentos e noventa e oito reais, vinte e quatro centavos), e o representante da BSB ATIVOS manifestou sua intenção em recorrer.

Este é, em síntese, o relatório.

3. DO DIREITO.

Como será abaixo demonstrado, a decisão do Pregoeiro que concluiu pela habilitação da empresa MARIANA VAN ERVEN SANTOS EPP, com arrimo no exame dos documentos perpetrado pelo setor técnico, não deve prevalecer, pois a licitante declarada vencedora não preenche os requisitos de habilitação exigidos no edital do pregão em debate.

3.1 DA INSUFICIÊNCIA DOS ATESTADOS FORNECIDOS PELA EMPRESA MARIANA VAN ERVEN SANTOS.

O edital do Pregão Presencial 03/2013-CODEPLAN delimitou os requisitos de habilitação cuja comprovação era imprescindível ao licitante que pretendesse sua contratação em seu item 7.6, que consiste em reprodução do item 15 do termo de referência, abaixo destacado:

15. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Comprovar capacitação técnica operacional por meio de apresentação de atestado de capacidade técnica fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado que comprovem a aptidão da empresa por desempenho de atividade de forma satisfatória pertinente e compatível, em características e quantidades com o presente objeto, indicando o local, natureza, volume, quantidades e outros dados característicos dos serviços:

Entende-se por pertinente e compatível os atestados que



Folha N°	1063
Processo N°	11.000.285/2012
Rubrica/Mat.	106-0

comprovem capacidade do objeto ora requisitado, em contrato(s), contemplando no mínimo as seguintes parcelas de relevância:

15.1- Implantação, Operação e Gestão de Centrais de Atendimento (Call Center/ Contact Center) incluindo:

a) Serviços de teleatendimento receptivo/ativo compreendendo a disponibilização e administração de espaço físico, recursos tecnológicos e de telecomunicações e recursos humanos com no mínimo 50% da quantidade de Posições de Atendimento – PA's objeto desta contratação;

15.2- Fornecimento, Implantação e Manutenção de Plataforma de Telecomunicações para operações de teleatendimento incluindo:

a) PABX/DAC em tecnologia Voip (Voz sobre IP) com no mínimo 480 troncos;

b) Unidade de Resposta Audível (URA) com processamento de transações integradas a Sistemas Gerenciadores de Banco de Dados com no mínimo 480 canais simultâneos;

c) Gravação Digital de voz e telas;

d) Integração de Sistemas de Informação e base de dados com plataforma de telefonia utilizando tecnologia CTI (Computer Telephony Integration);

e) Fornecimento de solução integrada de informações gerenciais-CRM, contemplando serviços de levantamento, modelagem e implementação do sistema.

Os atestados exigidos nos subitens acima, de acordo com o disposto no Art. 30 da Lei 8.666/93, deverão estar registrados nas entidades profissionais competentes atendendo as seguintes exigências:

Comprovação de Registro ou inscrição da licitante no Conselho Regional de Administração – CRA competente da região a que estiver vinculada, que comprove atividade relacionada com o objeto da presente licitação.

Não serão aceitos como compatíveis para atendimento apresentação de capacidade técnico/profissional por meio de acervos técnicos em nome dos responsáveis técnicos da empresa em substituição aos atestados de serviços prestados efetivamente pela empresa participante do certame.

A atividade e condições da empresa deverá ser compatível com o objeto desta contratação;

Todavia, pela simples leitura dos atestados de capacidade técnica fornecidos pela empresa MARIANA VAN ERVEN SANTOS EPP, depreende-se que estes não são suficientes para comprovar o atendimento aos pressupostos elencados no edital e no termo de referência que embasou a licitação.

Para fins de se habilitar no certame em comento, as licitantes deveriam provar o preenchimento de todas as condições listadas no item 15.1, alínea a), e no item 15.2, alíneas a) a e), de forma cumulativa.

No intuito de demonstrar que estava habilitada a prestar os serviços, a empresa declarada vencedora apresentou três atestados de capacidade técnica (fls. 889/898), emitidos pelo Departamento de Trânsito do Distrito Federal – DETRAN/DF (Contrato nº 22/2013), pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST (Contrato PE-012/2012), e pelo Ministério da Saúde – MS (Contrato nº 14/2011).

Veja-se o objeto de cada um destes ajustes, que ensejaram a lavratura dos atestados de capacidade técnica ora apreciados:

“Contrato nº 22/2012 do DETRAN/DF

DESCRIÇÃO DOS SERVIÇOS: Acolher as solicitações compreendidas nas atividades de atendimento de utilidade pública 154, em geral de pedidos de informações relativos aos serviços do DETRAN/DF recebido por meio dos canais de comunicação colocados a disposição do usuário (central de atendimento), nas dependências da CONTRATADA, com gestão de serviços baseada em Acordo de Níveis de Serviços e utilizando recursos de CTI, gravação digital e solução de gestão de atendimentos em arquitetura Web.

Contrato PE-012/2012 do TST

(...) cujo objeto é a prestação de serviços de implantação e operação da Central de Atendimento Telefônico da Ouvidoria do Tribunal Superior do Trabalho, compreendendo as atividades de atendimento telefônico geral do TST e do Disque-Ouvidoria, conforme documento anexo.

Contrato nº 14/2011 do MS

OBJETO – Contratação de EMPRESA ESPECIALIZADA EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEATENDIMENTO ATIVO E RECEPTIVO, cujos empregados sejam regidos pela CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS (CLT), para atender as necessidades do Departamento de Ouvidoria Geral do SUS, Coordenação-Geral de Pesquisa e Processamento de Demandas – DOGES/SGEP/MS, Conselho Nacional de Saúde, Coordenação de



Atendimento ao Servidor, Fundo Nacional de Saúde, referente aos serviços prestados pela Central de Teletendimento ativo e receptivo ao cidadão de acordo com as especificações e quantitativos previstos no Edital".

Há um detalhe que merece destaque. O Contrato PE-012/2012 do TST, decorrente do Pregão Eletrônico nº 012/2012 da Corte Trabalhista, tem por objeto tão-somente a alocação de mão de obra, consistente na contratação de 15 postos de trabalho, e todos estes prestadores de serviço trabalham nas dependências do TST, segundo o edital disponível *site* do Tribunal.

Com base nas informações do edital daquela licitação, forçoso concluir que este atestado não se presta para a finalidade pretendida, pois não contempla o fornecimento, implantação e manutenção de plataforma de telecomunicações para operações de teletendimento, como exigido no item 7 do edital do Pregão Presencial nº 03/2013 da CODEPLAN. Além disso, sequer há indicação de quantitativo de pontos de atendimento, para servir de comprovação ao disposto no item 15.1 do referido instrumento convocatório, o que seria inócuo, ante a característica de mera alocação de mão de obra do contrato correspondente.

O atestado de capacidade técnica fornecido pelo DETRAN/DF, por seu turno, corrobora que somente foram operacionalizadas, por intermédio do contrato que se relaciona, 37 posições de atendimento humano e 60 Portas de Unidades de Resposta Audível (URA), estando aquém do exigido, sendo também insuficiente para atender ao previsto no edital quanto ao fornecimento, implantação e manutenção de plataforma de telecomunicações para operações de teletendimento.

Por fim, o atestado do MS também é atinente a contrato que tem por escopo a mera cessão de mão de obra, sendo omissivo quanto ao número de Posições de Atendimento, e não abrange o fornecimento, implantação e manutenção da plataforma de telecomunicações para operações de teletendimento.

O edital da licitação desta CODEPLAN em epígrafe, consoante descrito no termo de referência e no edital, requer, a título de habilitação, que o(s) atestado(s) contemple(m), no mínimo, 76 Posições de Atendimento (50% de 151 PAs) e 480 URAs. Confira-se a planilha comparativa que segue abaixo, discriminando o não preenchimento das exigências de habilitação técnica:



REQUISITO DE HABILITAÇÃO TÉCNICA	ATESTADO DETRAN/DF	ATESTADO TST	ATESTADO MS
15.1- Implantação, Operação e Gestão de Centrais de Atendimento (Call Center/ Contact Center) incluindo: a) Serviços de teleatendimento receptivo/ativo compreendendo a disponibilização e administração de espaço físico, recursos tecnológicos e de telecomunicações e recursos humanos com no mínimo 50% da quantidade de Posições de Atendimento – PA's objeto desta contratação; (76 PAs)	37 PAs. Insuficiente.	Não contempla quantitativo de PAs. Tem por objeto apenas a cessão de mão de obra.	Não contempla implantação, operação e gestão de Call Center, mas apenas cessão de mão de obra.
15.2- Fornecimento, Implantação e Manutenção de Plataforma de Telecomunicações para operações de teleatendimento incluindo:			
a) PABX/DAC em tecnologia Voip (Voz sobre IP) com no mínimo 480 troncos;	60 Portas. Insuficiente.	Não contempla.	Não contempla.
b) Unidade de Resposta Audível (URA) com processamento de transações integradas a Sistemas Gerenciadores de Banco de Dados com no mínimo 480 canais simultâneos;	60 URAs. Insuficiente.	Não contempla.	Não contempla.
c) Gravação Digital de voz e telas;	Não especifica se há a gravação de telas.	Não contempla.	Não contempla.
d) Integração de Sistemas de Informação e base de dados com plataforma de telefonia utilizando tecnologia CTI (Computer Telephony Integration);	Contempla.	Não contempla.	Não contempla.
e) Fornecimento de solução integrada de informações gerenciais-CRM, contemplando serviços de levantamento, modelagem e implementação do sistema	Não contempla CRM.	Não contempla.	Não contempla.

Pelo cotejo do teor dos atestados com as exigências de habilitação técnica do edital do Pregão Presencial nº 03/2013 da CODEPLAN, não restam dúvidas que a licitante declarada vencedora não preenche os requisitos insertos no instrumento convocatório e deveria ter sido considerada inabilitada.

E segundo as regras de distribuição do ônus probatório, cabe à Recorrida provar o fato constitutivo de seu direito, o que não o fez, pois deixou de entregar ao Pregoeiro para apreciação, junto com os atestados de capacidade técnica, os contratos correspondentes. Sem tais instrumentos, não há como se obter o efeito esperado dos atestados, pois estes, por si só, não certificam o alcance do mínimo exigido no instrumento convocatório.

Como é sabido, a atuação do Pregoeiro deve estar pautada estritamente pelos termos do instrumento convocatório, em respeito a princípios basilares da licitação, quais sejam, o da legalidade, o da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo, todos consagrados no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Após tudo que foi explanado nesta petição, é inconteste que a empresa MARIANA VAN ERVEN SANTOS EPP deveria ter sido inabilitada no certame, por não ter fornecido atestados de capacidade técnica comprobatórios da prestação de serviços nas quantidades mínimas impostas no edital.

A licitação é o procedimento formal que tem por escopo a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. Este procedimento se realiza com base no edital, que deve conter as exigências de habilitação necessárias e suficientes para certificar a aptidão da licitante para prestar os serviços que se pretende contratar. As regras do edital não podem, de forma alguma, serem ignoradas pelo Pregoeiro no julgamento das propostas e da documentação.

Portanto, a partir do momento em que o setor técnico da CODEPLAN encarregado da elaboração do edital do Pregão Presencial nº 03/2013 definiu os requisitos de habilitação, surge a vinculação da Administração, do Pregoeiro e dos licitantes aos termos do instrumento convocatório, e somente poderão ser consideradas habilitadas as empresas que conseguirem demonstrar o efetivo preenchimento de todos os requisitos.

Na espécie, a decisão do Pregoeiro de julgar habilitada a empresa MARIANA VAN ERVEN SANTOS EPP foi tomada com arrimo na conclusão do Sr. Hamilton Tadeu de Castro – Gerente da Central de Relacionamento, constante às fls. 943 deste processo administrativo.

Ocorre que nenhum dos dois agentes observou o que estava expresso no edital, que estabelece de maneira objetiva e vinculante os requisitos de habilitação. Os parâmetros traçados no instrumento convocatório devem nortear a atividade do julgador, que não tem o poder de julgar a habilitação do licitante de acordo com suas cogitações pessoais ou particulares, como leciona Marçal Justen Filho:

“O conteúdo do edital restringe as possibilidades dos concorrentes e delimita as propostas que serão apreciadas etc. Daí aludir-se ao princípio da vinculação ao edital, para indicar o exaurimento da competência discricionária. Ao produzir e divulgar o ato convocatório, a Administração exercita juízos de conveniência e oportunidade sobre o objeto a ser contratado, os requisitos de participação, os critérios de seleção do vencedor. Se a Administração identificar, posteriormente, algum defeito na sua



*atuação anterior, ser-lhe-á assegurada a faculdade de rever o edital – mas isso importará a invalidação do certame e a renovação da competição. No curso de uma licitação, é vedado alterar os critérios e as exigências fixadas no ato convocatório”.*¹

Conforme consignado na ementa de acórdão decorrente do julgamento do Resp 947.953/RS, da Relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “é fato incontroverso que o instrumento convocatório vincula o proponente e que este não pode se eximir de estar conforme as exigências apresentadas no Edital. Devem estar em conformidade com o documento administrativo, tanto a qualificação técnica, como a jurídica e a econômica-financeira” (DJe 06/10/2010).

E não é o que se depreende estar ocorrendo na espécie dos autos, ante a documentação coligida. Os atestados de capacidade técnica da empresa MARIANA VAN ERVEN SANTOS EPP denotam que esta não comprovou a presença dos requisitos essenciais à sua habilitação.

A referida empresa já tinha conhecimento de que não está apta a se habilitar para a licitação em debate, o que a fez ingressar com uma ação judicial no intuito de obter a modificação do edital, notadamente a exclusão de alguns dos requisitos de habilitação.

Tal processo consiste no Mandado de Segurança nº 2013.01.1.031530-7, em trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal. Por meio desta ação a empresa MARIANA VAN ERVEN SANTOS EPP pretendia a exclusão de determinadas exigências do edital, segundo decisão abaixo transcrita:

“DECISÃO INTELOCUTÓRIA

Vistos etc...

(...)

No caso presente, a impetrante alega que há duas exigências ilegais no Pregão Presencial nº 03/2013, promovido pela CODEPLAN para a contratação de empresa especializada em Call Center: **1) o edital veda a demonstração de capacidade técnica por meio de “Certidão de Acervo Técnico”, em manifesta afronta ao que dispõe o art. 30, § 3º, da Lei nº 8666/93, bem como 2) afirma que a exigência de habilitação técnica referente a equipamentos também viola os preceitos do art. 30, § 6º, da Lei nº 8666/93.**

De plano, deve ser destacado que o art. 30, § 3º, da Lei nº 8666/93, admite a comprovação de aptidão por meio de certidões ou

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. ed. Dialética: São Paulo, 2010, p. 73.

atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior. A vedação contida no edital diz respeito à apresentação de certidão de capacidade técnico profissional por meio de acervos técnicos em nome dos responsáveis da empresa. Ou seja, neste momento, não se visualiza a alegada ilegalidade da cláusula editalícia.

Quanto à habilitação técnica referente a equipamentos, também não se visualiza infringência ao que dispõe o art. 30, § 6º, da Lei nº 8666/93. Em verdade, a norma em referência diz que as exigências mínimas relativas às instalações de equipamentos serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração forma da sua disponibilidade. Por sua vez, o edital apenas faz as exigências mínimas, nos termos do art. 30, §6º, da Lei nº 8666/93, sem qualquer restrição à forma de demonstração da aludida habilitação técnica.

Assim, no caso presente, nesta fase processual, não se visualiza a apontada ilegalidade, tampouco a liquidez e certeza do direito alegado pela impetrante.

Assim, indefiro a liminar, pois a pretensão ostentada pela impetrante não se enquadra no conceito de "direito líquido e certo" devidamente previsto no art. 1º, caput, da Lei nº 12.016/09. Requistem-se as necessárias informações.

(...)

Brasília - DF, terça-feira, 12/03/2013 às 18h37."

Pelo disposto na decisão, a empresa Recorrida praticamente confessa que não detém os requisitos essenciais à sua habilitação, e tenta obter a retirada de algumas exigências por meio de um provimento jurisdicional. De toda sorte, o Magistrado que decidiu corroborou a legalidade dos requisitos de habilitação dispostos no edital da CODEPLAN, para negar a liminar postulada.

Por tudo que foi aqui minuciosamente explicado, deve ser observada a regra de julgamento veiculada no ato convocatório, e declarada inabilitada a empresa MARIANA VAN ERVEN SANTOS EPP, uma vez que os atestados de capacidade técnica emitidos pelo TST e pelo MS não guardam relação de compatibilidade com o objeto licitado, tratando-se de simples disponibilização de mão de obra para atuar dentro das entidades públicas contratantes, e o atestado expedido pelo DETRAN/DF não contempla os quantitativos mínimos exigidos para todos os requisitos do edital, razão pela qual outra solução não resta ao Pregoeiro, senão reconsiderar sua decisão.

Neste ponto, não há como suprir a ausência dos atestados por meio de uma visita técnica. Esta tem caráter complementar e objetiva permitir à Administração aferir se as instalações das empresas habilitadas em procedimentos licitatórios se conformam com as disposições do edital.

Porém, em hipótese alguma, a visita técnica tem o condão de elidir ou substituir os demais requisitos de habilitação, que devem ser atendidos em sua integralidade, não podendo serem descumpridas ou ignoradas as exigências de habilitação do edital do Pregão Presencial nº 03/2013.

A Administração não pode ignorar as regras editalícias. Somente são válidos os atos praticados em consonância com o instrumento convocatório, de modo que o descumprimento às suas regras deve ser reprimido, com a consequente reforma da decisão que habilitou a Recorrida.

E não se trata de faculdade, mas dever do agente público, anular os atos ilegais, conforme as súmulas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 346. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula nº 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Sendo assim, deve ser reformada a decisão que considerou habilitada a empresa MARIANA VAN ERVEN SANTOS EPP, e, conseqüentemente, anulado o ato posterior, qual seja, a adjudicação do objeto à Recorrida.

3.2 DA INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA DA RECORRIDA.

A despeito da inabilitação da Recorrida, outro ponto que afasta por completo a possibilidade de adjudicação do objeto licitado à empresa MARIANA VAN ERVEN SANTOS EPP é a inexecuibilidade de sua proposta.

O julgamento objetivo das propostas é princípio basilar do procedimento licitatório, e implica na necessidade de que as propostas sejam julgadas com base em critérios e fatores previamente estipulados no edital. E no momento do



Julgamento deve ser verificada a exequibilidade e aceitabilidade da proposta da licitante vencedora.

Para fins de melhor elucidar o que será debatido neste tópico destes memoriais, cumpre trazer à colação aresto do Tribunal de Contas da União, a seguir reproduzido, no qual são apresentadas algumas definições básicas de conceitos afetos ao tema.

"Proposta inexecúvel é decorrente de preços manifestamente superiores ou inferiores àqueles efetivamente praticados no mercado ou que não venham a ter demonstrada a viabilidade. Preço exequível é o que pode ser aceito pela Administração. Preço aceitável é aquele que não representa claro viés em relação ao contexto do mercado, ou seja, abaixo do limite inferior ou acima do maior valor constante da faixa identificada para o produto ou serviço, conforme disposto no Acórdão 2170/2007 Plenário (Sumário)".

A área responsável pela avaliação técnica da proposta no âmbito do licitante deve, antes de declarar se a empresa que ofereceu o melhor preço é vencedora do certame, proceder a análise minuciosa de todos os elementos e itens que formam as planilhas de custos e formação de preços, documento que deve possuir nível detalhado de composição de todos os custos integrantes do preço ofertado, para concluir de forma expressa pela sua aceitabilidade ou não.

É corolário da licitação a imprescindibilidade de aferição da conformidade das propostas, inclusive sob os aspectos econômicos e quanto aos preços cotados, devendo tudo isto ficar expressamente registrado em ata de julgamento, consoante posicionamento sedimentado do TCU:

"No julgamento das propostas, deve ser verificada a conformidade de cada uma com os requisitos previstos no 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. Esse exame deve ser registrado na ata de julgamento.

É imprescindível a verificação da existência de subpreços ou sobrepreços, de modo a evitar possíveis distorções dos preços unitários ofertados. Essa atuação poderá evitar, na apresentação de necessários acréscimos contratuais, especialmente em obras e serviços, o chamado "jogo de planilha", que invariavelmente leva a possíveis aditamentos ao contrato e superfaturamento do objeto contratado.

Ocorre jogo de planilha, em princípio, pela cotação de altos preços para itens que o licitante sabe que serão alterados para mais, isto



é, acrescidos nos quantitativos, e de baixos preços para aqueles que não serão executados ou reduzidos. Esse procedimento tem origem principalmente em projeto básico falho e insuficiente".²

A regra geral que impera nesta seara é a presunção relativa de inexequibilidade das propostas, a qual somente pode ser elidida por meio de uma análise minudente da proposta de menor preço, por parte da entidade da Administração promotora da licitação, balizada pelos critérios definidos no instrumento convocatório, e consequente ateste da exequibilidade pelo setor técnico competente.

"No que se refere à inexequibilidade, entendo que a compreensão deve ser sempre no sentido de que a busca é pela satisfação do interesse público em condições que, além de vantajosas para a administração, contemplem preços que possam ser suportados pelo contratado sem o comprometimento da regular prestação contratada. Não é objetivo do Estado espoliar o particular, tampouco imiscuir-se em decisões de ordem estratégica ou econômica das empresas. Por outro lado, cabe ao próprio interessado a decisão acerca do preço mínimo que ele pode suportar.

Assim, o procedimento para aferição de inexequibilidade de preço definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei no 8.666/1993, conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços. Isso porque, além de o procedimento encerrar fragilidades, dado que estabelece dependência em relação a preços definidos pelos participantes, sempre haverá a possibilidade de o licitante comprovar sua capacidade de bem executar os preços propostos, atendendo satisfatoriamente o interesse da administração.

*Nessas circunstâncias, caberá à administração examinar a viabilidade dos preços propostos, tão-somente como forma de assegurar a satisfação do interesse público, que é o bem tutelado pelo procedimento licitatório. Por essas razões, tivesse o certame chegado a termo distinto, caberia ao licitante vencedor demonstrar a exequibilidade de seu preço, na eventualidade de a administração vislumbrar a possibilidade de estar comprometida a regular prestação do serviço contratado". **Acórdão 287/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator)***

A Corte de Contas tem jurisprudência consolidada no sentido de que cabe ao Pregoeiro ou à Comissão de Licitação declarar à inexequibilidade da proposta

² Licitações & Contratos / Orientações e Jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 483.

da licitante, após facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade guerreada.

Portanto, cabe à Recorrida elidir a presunção de inexequibilidade de sua proposta, o que deverá fazê-lo em sede de contrarrazões, sob pena do perecimento de tal direito.

4. DO PEDIDO.

Por tudo que restou exposto, com fundamento nas razões fáticas e jurídicas expendidas nestes memoriais, protocolados tempestivamente, a BSB ATIVOS requer que, após oferecimento de contra razões pela Recorrida, V. Sa. reconsidere a decisão adotada nas atas de continuidade do Pregão Presencial nº 03/2013, a fim de declarar inabilitada a licitante MARIANA VAN ERVEN SANTOS EPP, posto que esta não atende as condições técnicas previstas no edital correspondente, tornando sem efeito a adjudicação do objeto à referida empresa, como consectário lógico de sua inabilitação, e dando prosseguimento ao certame, com a abertura do envelope de habilitação da Recorrente.

Caso não seja reconsiderada a decisão recorrida, fica desde já requerida a subida deste apelo à instância superior, na forma do item 9.7, alínea "a", do edital que rege a licitação, para que o Presidente da CODEPLAN decida a respeito.

Desde já, a Recorrente ressalta que não irá deixar de buscar a via judicial, caso necessário, para que seja assegurada a observância das prescrições editalícias, especificamente os requisitos de habilitação dos licitantes.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Brasília, 15 de abril de 2013.


Marco Aurélio Monteiro de Castro
Diretor Superintendente


Pedro Ferreira Caixeta Junior
Diretor de Operações