

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

**AO ILMO. PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO
DA SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL –
SECOM, GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

- Ref. Edital de Concorrência n. 001/2016 – SECOM/ES
- Processo Administrativo n. 74020412/2016
- Recurso Administrativo

E-BRAND ESTRATÉGIAS ONLINE LTDA.-EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ 05.086.973/0001-09, com sede na Av. Carlos Gomes de Sá, nº. 335, Bairro Mata da Praia, Vitória – ES, CEP 29.066-040, neste ato representada pelo seu sócio, RAFAEL TUGUIO ALMENARA ANDAKU, portador do RG n. 1617662 (SSP/ES), inscrito no CPF sob o n. 088.859.657-09, por meio de seus advogados regularmente constituídos, todos integrantes do escritório BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS ADVOGADOS ASSOCIADOS (CNPJ sob o n. 19.757.527/0001-93, OAB/ES n. 14.195619-1060), com sede situada à Av. Nossa Senhora dos Navegantes, n. 955, sala 716, Ed. Global Tower, Enseada do Suá, Vitória-ES, CEP 29.055-335, aonde recebem intimações, vem à presença de Vossa Senhoria, com fulcro no item 9.7 do Edital de Concorrência n. 001/2016, bem como no artigo 109, I, “b”, da Lei n. 8.666/93, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO** contra o Resultado das Propostas de Preços, publicado no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo em 06/04/2017, com base nos fundamentos que passa a expor.

Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, n.º 955, Conj. 716 do Edifício Global Tower
Enseada do Suá, Vitória (ES), CEP 29.050-335. Tel/Fax (27) 2142-2501
www.bdpos.adv.br



BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

ADVOGADOS ASSOCIADOS

1. INTRODUÇÃO

1.1 TEMPESTIVIDADE

A r. decisão da i. CPL que culminou na desclassificação da E-BRAND por inexecutabilidade da proposta de preços foi publicada no Diário Oficial do Espírito Santo de **06.04.2017**. Considerando que, deste ato, cabe recurso no prazo de 5 (cinco) dias úteis, a teor do artigo 109, I, "b", da Lei n. 8.666/93, verifica-se que a E-BRAND tem até o dia **17.04.2017** (segunda-feira) para apresentar o seu inconformismo.

Em que pese a boa fé da E-BRAND em interpor o recurso hoje, **vale destacar que a i. CPL disponibilizou o acesso integral aos autos do processo administrativo tão somente no dia 12.04.2017 (véspera de feriado)**, o que, a rigor, teria o condão de devolver o prazo acima mencionado. Ademais disso, é de bom tom recordar que esta licitação se encontra suspensa por força de medida judicial proferida nos autos do processo 009039-57.2017.8.08.0024, em trâmite na 4ª Vara da Fazenda Pública de Vitória-ES.

1.2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A E-BRAND foi desclassificada do certame em virtude do deferimento do recurso interposto pela licitante SODET. Para tanto, a i. CPL baseou-se em suposta inexecutabilidade da proposta de preços da E-BRAND, embora a empresa tenha demonstrado, em mais de uma oportunidade, a plena viabilidade de seu orçamento.

Como se sabe, a desclassificação de licitante por inexecutabilidade da proposta é medida altamente excepcional, conforme apregoadado pelos Tribunais de Contas pátrios, razão pela qual a decisão da i. CPL causou estranheza e perplexidade à E-BRAND, que não vislumbrou outra alternativa senão o ajuizamento de medida judicial, bem como a apresentação de Denúncia ao TCE-ES.

Nesse sentido, embora a i. CPL já tenha sido intimada de ambos os processos, cabe informar que: (i) o processo judicial, tombado sob o n. 009039-

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

ADVOCADOS

57.2017.8.08.0024, está tramitando na 4ª Vara da Fazenda Pública de Vitória-ES e conta com decisão liminar no sentido de suspender o processo licitatório; e (ii) a Denúncia, tombada sob o n. 02265/2017-5, está no TCE-ES sob a relatoria do Sr. Conselheiro José Antônio Pimentel, aguardando informações por parte desta i. CPL.

1.3 DO RECURSO ADMINISTRATIVO

Trata-se de Recurso Administrativo interposto contra a decisão que deferiu o recurso da empresa SODET e desclassificou a E-BRAND do certame licitatório por suposta inexecuibilidade.

Vale recordar que, em 21.02.2017, **a E-BRAND tinha alcançado a 1ª colocação no resultado geral, já que, além da comprovada capacidade técnica (objeto de análise na fase anterior), apresentou o orçamento mais vantajoso à SECOM.**

Como mencionado anteriormente, é necessário consignar, desde já, que a desclassificação por inexecuibilidade é medida extremamente excepcional (e normalmente empregada apenas em licitações de engenharia, nas quais de fato há avaliação de custos unitários), sob pena de se preterir a proposta mais vantajosa para o interesse da Administração Pública.¹

Portanto, o caso concreto deve ser sempre analisado de acordo com as peculiaridades de cada situação. No presente caso, com a devida vênia, **há indícios de que a E-BRAND tenha sido preterida, uma vez que demonstrou, a contento, a viabilidade de sua proposta de preços, bem como a sua capacidade financeira para executar o contrato sem quaisquer riscos à Administração.**

Causa ainda mais estranheza se considerarmos que o objeto licitado diz respeito a um serviço que depende essencialmente da *produção intelectual* e do *tempo*

¹ Segundo Marçal Justen Filho “o tema comporta uma ressalva prévia sobre a impossibilidade de eliminação de propostas vantajosas para o interesse sob tutela do Estado. A desclassificação por inexecuibilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipóteses muito restritas. O núcleo da concepção ora adotada reside na impossibilidade de o Estado transforma-se em fiscal da lucratividade privada.” JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15.ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 754.,

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

ADVOCADOS GÊNESE S. A.

dispendido por seu prestador, razão pela qual o motivo que culminou na desclassificação da E-BRAND (inexequibilidade) não parece estar bem delineado. **Tampouco as diligências complementares realizadas pela i. CPL após a interposição de recurso pela SODET dão conta de demonstrar que os preços ofertados pela E-BRAND são inexequíveis.**

Isso porque, conforme demonstrado em resposta ao recurso da SODET e em esclarecimentos complementares à i. CPL, a E-BRAND já prestou serviços ao DETRAN-ES, ao Governo do Estado do Espírito Santo (por intermédio da SEP), bem como à Câmara Municipal e à Prefeitura de Vitória, ou seja, **tem ampla experiência na fixação dos preços de seus serviços ofertados ao Poder Público, além da capacidade técnica e financeira necessárias para o zeloso desempenho de seus deveres contratuais.**

A despeito disso, a i. CPL optou por acatar a íntegra do parecer dos setores técnicos da SECOM, sem que tenha havido uma resposta conclusiva acerca das questões suscitadas pelo Ilmo. Presidente da CPL às fls. 1119 do processo administrativo.

Explica-se. **O parecer não avaliou se os serviços apresentados nas notas fiscais, ordens de serviços e orçamentos da E-BRAND possuem relação com os produtos/serviços licitados, tal como questionado pela i. CPL.** Pelo contrário, o parecer tratou apenas de comparar os preços atribuídos pela E-BRAND com os preços atribuídos pelas demais licitantes para se chegar a uma média aritmética que, na realidade, **nada serve para concluir se a E-BRAND já prestou serviços de natureza assemelhada pela mesma média de preços de sua proposta.** Por exemplo, o fato de um preço unitário da E-BRAND estar em torno de 33% do preço unitário dos outros licitantes não implica em dizer que este preço seja inexequível, mormente quando há comprovação de o que serviço já fora executado pela empresa na mesma média de valor.

Ademais disso, chama a atenção que nem os setores técnicos da SECOM tampouco a i. CPL cuidaram de analisar as planilhas de custo detalhadas apresentadas pela E-BRAND, as quais dão conta de demonstrar que os preços propostos pela

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

ADVOCADOS ASSOCIADOS

empresa são perfeitamente viáveis para a execução da totalidade dos produtos/serviços licitados, e não apenas para 1/3 deles.

Para além dessas razões, há outros pontos que devem ser pontuados em relação ao julgamento do Recurso Administrativo da SODET, que culminou na desclassificação da E-BRAND:

- A exigência de que o detalhamento de serviços de “alta”, “média” e “baixa” complexidade seja provado por notas fiscais é inviável (alínea “b”, IV). A UMA, porque, na prática de mercado, inexistente esse tipo de detalhamento nas notas fiscais, que normalmente constam simplesmente a expressão “prestação de serviços de publicidade”; A DUAS, porque a classificação “alta”, “média” e “baixa” complexidade inexistente na literatura especializada; A TRÊS, porque a E-BRAND comprovou ter prestado serviços à administração pública e a entes privados em serviços dos mais complexos aos mais simples, o que serviria de demonstração cabal sobre a sua capacidade de desempenhar o objeto licitado em preços assemelhados aos de sua proposta comercial;
- Após a interposição do recurso pela SODET, em diligência realizada pela i. CPL para verificar a exequibilidade dos preços ofertados pela E-BRAND, o processo fora instruído com orçamentos de outros serviços realizados pela SECOM no passado. Curiosamente, todas as notas fiscais trazidas às fls. 1101/1115 são de uma mesma empresa (Ampla Comunicação Ltda.), o que, por si, seria insuficiente para traçar um comparativo com os preços ofertados pela E-BRAND. Além disso, a AMPLA e a SODET fazem parte da mesma holding empresarial (Grupo DUCA²), sendo fácil concluir que os preços por ela praticados por óbvio se assemelham mais aos preços da SODET do que aos preços da E-BRAND – valendo destacar que se trata de serviço de natureza intelectual, o que abre margem para que cada prestador coloque o preço que bem entender em seu trabalho.

² Vide www.grupoduca.com.br.

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

- A SODET, que indicou como valor global o montante de R\$ 1.999.650,33, ficou atrás dos R\$ 1.296.450,00 da E-BRAND. **Contudo, a SODET é empresa que tem sede em Recife (PE), cidade distante de Vitória (ES), e não especificou como realizará os serviços nesta praça, haja vista que parte considerável demandará atuação direta neste Estado, não podendo ser realizada a distância. A SODET alugará um espaço para atuar no ES? Contratará pessoas aqui ou fará o deslocamento de pessoal próprio (o que exigiria despesas com hospedagem, alimentação e transporte, por exemplo)? Nenhum desses custos estão detalhados na proposta da SODET. Contudo, parece que o rigor apresentado em relação à E-BRAND não apresenta a mesma correspondência com a SODET.**
- A E-BRAND demonstrou que consegue suportar financeiramente o contrato em caso de inexecução, vide fls. 992/999;
- Em serviço de natureza assemelhada, o próprio Estado do Espírito Santo forneceu certidão de capacidade técnica à E-BRAND (fls. 989), o que comprova que, naquela oportunidade, a empresa prestou os serviços licitados a contento e de acordo com o orçamento proposto;
- Como noticiado, os custos e faturamentos detalhados às fls. 1000/1002 não foram devidamente analisados. Independentemente disso, vale repetir: está-se diante de serviço de natureza preponderantemente intelectual, o que abre margem para que cada prestador coloque preço em seu trabalho. Repita-se: a E-BRAND tem estrutura interna preparada para executar os produtos/serviços licitados, além de ampla experiência de mercado, sendo certo que sua proposta comercial ainda prevê um lucro de pouco mais R\$ 200 mil com a contratação, margem que está de acordo com a realidade e que não se revela exorbitante para o Poder Público.

Diante de todos esses elementos – e de outros mais adiante elencados –, a Comissão de Licitação não poderia ter se valido de uma regra tão excepcional para excluir a E-BRAND do certame, pois as provas que saltam aos olhos evidenciam que a proposta mais vantajosa ao Poder Público está sendo deixada de lado. Tudo isso em um momento de crise econômica.

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

AV. JOÃO DE DEUS, 100 - JARDIM SÃO CARLOS - SÃO PAULO - SP

A decisão da CPL que culminou no deferimento do recurso administrativo da SODET (2ª colocada) e, conseqüentemente, na desclassificação da E-BRAND, lastreou-se nos seguintes argumentos, *verbis*:

- (1) “que os preços da proposta da EBRAND são muito inferiores aos que o mercado apresentou: 88% dos produtos/serviços estavam com preços em torno de 33% dos valores propostos pelos demais licitantes (média)”;
- (2) “que a EBRAND pode comparar que que praticava preços assemelhados aos de sua proposta comercial apenas para 1/3 dos produtos/serviços cujos preços estão sendo diligenciados e que, destes, a quase totalidade se referia a produtos/serviços de baixa complexidade”;
- (3) “que a EBRAND não apresentou documentação para comprovar que praticava preços assemelhados aos de sua proposta comercial em relação aos produtos serviços de maior relevância para a SECOM”
- (4) “que 2/3 dos preços apresentados na proposta da EBRAND são manifestamente inexequíveis, pois não tiveram demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprovasse que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado”.

De antemão, parece-nos que a decisão da CPL se baseia em um “jogo de números” sem qualquer embasamento matemático. Em primeiro, porque o valor máximo previsto para a execução dos serviços – de R\$ 3.165.808,62 (três milhões, cento e sessenta e cinco mil, oitocentos e oito reais e sessenta e dois centavos) conforme item 4.1 do Edital – é meramente **estimativo**.

A título de exemplo, podemos citar a própria empresa SODET, que indicou como valor global o montante de R\$ 1.999.650,33, ficando atrás dos R\$ 1.296.450,00 da E-BRAND. **Tais valores, contudo, são apenas um preço de referência, não podendo ser utilizado como base comparativa única para fins de verificação da exequibilidade das propostas, já que nem sempre refletem os reais custos envolvidos.**

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

É apenas a proposta *manifestamente* inexequível que deve ser descartada pela Administração Pública, o que não é o caso dos autos. Como se verifica do cotejo entre os valores globais propostos pelas duas empresas, tem-se que o montante apresentado pela E-BRAND é compatível com o da sua concorrente – que, vale recordar, poderá ter gastos com a montagem de um escritório no Espírito Santo, com a contratação ou deslocamento de pessoal próprio, bem como com a aquisição de aparelhagem.

Desse modo, o caminho lógico não era a desclassificação, desde que o Poder Público tivesse seguido os ensinamentos de Jessé Torres Pereira Junior⁴:

“A Lei n. 8.666/93, ao indicar o preço inexequível como causa de desclassificação de proposta, qualifica-o de “manifestamente inexequível” (art. 48, II e §1º, com a redação da Lei nº 9.648/98). Significa que somente o preço que se demonstrar “manifestamente” inexequível conduz à desclassificação. O advérbio aponta para a necessidade de a Administração demonstrar que o proponente está a cotar preço insuficiente sequer para cobrir os custos da execução”.

Nesse sentido, é necessário destacar que os preços apresentados pela E-BRAND se encontram dentro das possibilidades da empresa para a execução do contrato, sendo certo que, **para chegar a tais valores, ela se baseou nos seus longos anos de experiência profissional no ramo de comunicação digital.**

Por outro lado, tudo leva a crer que a falta de experiência (e, portanto, o mau hábito) das demais licitantes na área – a exemplo da SODET, cujos profissionais listados não possuem experiência na captação, edição ou animação de vídeos ou na área audiovisual – levou à apresentação de preços exorbitantes que prejudicam o Erário.

⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração pública. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 569.

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

2.1.1 DA PRESUNÇÃO RELATIVA DE INEXEQUIBILIDADE – DESCCLASSIFICAÇÃO COMO MEDIDA EXCEPCIONAL.

Está-se diante de licitação englobando serviços de natureza preponderantemente intelectual, cuja valoração dos serviços prestados tem caráter subjetivo e nos conduz à presunção relativa de inexecuibilidade das propostas.

Inicialmente, vale reforçar que os anos de trabalho da E-BRAND, inclusive nas mesmas áreas de atuação descritas no Edital e para entes públicos⁵, permitem que a empresa defina com precisão seus orçamentos comerciais, **sendo certo que a proposta de preços apresentada condiz não só com a sua capacidade financeira como também com a capacidade técnica de seu corpo de colaboradores.**

Não fosse isso, o próprio C. STJ já decidiu que a inexecuibilidade deve ser avaliada casuisticamente, avaliando-se se a proposta apresentada pode ser executada pelo proponente, a saber:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. ART. 48, I E II, § 1º, DA LEI 8.666/93. PRESUNÇÃO RELATIVA. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO PELO LICITANTE DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A questão controvertida consiste em saber se o não atendimento dos critérios objetivos previstos no art. 48, I e II, § 1º, a e b, da Lei 8.666/93 – para fins de análise do caráter exequível/inexequível da proposta apresentada em procedimento licitatório – gera presunção absoluta ou relativa de inexecuibilidade. 2. A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa

⁵ A saber: (1) DETRAN-ES: Criação e desenvolvimento da solução digital chamada “Ligado no Trânsito” que envolveu planejamento estratégico e de conteúdo, criação de web site, produção de vídeos, gestão das mídias sociais, dentre outros; (2) Governo do Estado do Espírito Santo - SEP: Criação e produção de solução digital para orçamento participativo do estado (PPA *Online*). O serviço envolveu a criação de plataforma *online*, gestão de mídias sociais, produção de conteúdos (textos, fotos e vídeos), transmissão ao vivo de eventos e monitoramento das mídias sociais; (3) Câmara Municipal de Vitória: Serviço de comunicação digital envolvendo planejamento estratégico, criação de web site, produção de vídeos e gestão das mídias sociais; (4) Prefeitura de Vitória: Criação e desenvolvimento de solução digital chamada “Gabinete *Online*” com o objetivo de engajar moradores da cidade para discutir temas importantes para a administração municipal como mobilidade urbana e segurança. O serviço envolveu planejamento estratégico e de conteúdo, desenvolvimento de portal, produção de vídeos, conteúdos e monitoramento das mídias sociais e web conferência através de transmissão ao vivo.

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

ADVOCADOS ASSOCIADOS

à Administração Pública, de maneira que a inexecutabilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida. Ao contrário, deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada, embora enquadrada em alguma das hipóteses de inexecutabilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexecutabilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas executável. 3. Nesse contexto, a proposta inferior a 70% do valor orçado pela Administração Pública (art. 48, § 1º, b, da Lei 8.666/93) pode ser considerada executável, se houver comprovação de que o proponente pode realizar o objeto da licitação. Nas palavras de Marçal Justen Filho, "como é vedado licitação de preço-base, não pode admitir-se que 70% do preço orçado seja o limite absoluto de validade das propostas. Tem de reputar-se, também por isso, que o licitante cuja proposta for inferior ao limite do § 1º disporá da faculdade de provar à Administração que dispõe de condições materiais para executar sua proposta. Haverá uma inversão do ônus da prova, no sentido de que se presume inexecutável a proposta de valor inferior, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto" (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 610). 4. Na hipótese dos autos, conforme se pode constatar na r. sentença e no v. acórdão recorrido, houve demonstração por parte da empresa classificada em primeiro lugar (LEÃO & LEÃO LTDA) e por parte do MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO de que a proposta apresentada por aquela era viável e executável, embora em valor inferior ao orçado pela Administração. Conforme informações apresentadas pelo ora recorrido, a vencedora do certame "demonstrou que seu preço não é deficitário (o preço ofertado cobre o seu custo), tendo inclusive comprovado uma margem de lucratividade". Além disso, a empresa vencedora vem prestando devidamente o serviço contratado, o que demonstra a viabilidade da proposta por ela apresentada durante o procedimento licitatório (fls. 92/109, 170/172, 195/200 e 257/261). Assim, considerando que as instâncias ordinárias, com base na interpretação do contexto fático-probatório dos autos, entenderam que houve a devida comprovação da viabilidade da proposta apresentada pela empresa classificada em primeiro lugar, não há como elidir a referida conclusão, sob pena de incorrer-se no óbice da Súmula 7/STJ. 5. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 11.044/RJ, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, consagrou entendimento no sentido de que, "se a licitante vitoriosa cumpriu integralmente (1ª Turma, DJ de 4.6.2001) e o contrato objeto de licitação,

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

ADVOCADOS

afasta-se logicamente a imputação de que sua proposta era inexequível". 6. Recurso especial desprovido. (STJ. REsp 965839 SP 2007/0152265-0. Relatora: Ministra Denise Arruda. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data do Julgamento: 15/12/2009. Dje 02/02/2010)

Seguindo a orientação da C. Corte Superior, as Cortes estaduais têm defendido que **a desclassificação por inexequibilidade de proposta é medida excepcional**, devendo ser pautada em fundamentos precisos, já que não há presunção absoluta nessas hipóteses, como ilustra o seguinte julgado:

*APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. Mandado de segurança. Nulidade de ato administrativo. Licitação. Pregão presencial. Contratação de serviços de limpeza, asseio e conservação diária de unidades escolares e de apoio da rede municipal. Proposta comercial considerada inexequível. Ordem concedida. Admissibilidade. **Desclassificação por inexequibilidade de proposta, que é medida excepcional e deve ser pautada em fundamentos precisos.** Inocorrência. Laudo administrativo a indicar possível prejuízo ou lucro irrisório da licitante, se adotado determinado regime tributário. Inexistência de prova de que essa situação poderá comprometer a prestação do serviço licitado. Precedente. Apelação e reexame necessário não providos. (TJSP; APL 1006406-51.2014.8.26.0609; Ac. 10045551; Taboão da Serra; Sexta Câmara de Direito Público; Relª Desª Maria Olívia Alves; Julg. 05/12/2016; DJESP 26/01/2017)*

O assunto, aliás, já se encontra pacificado perante o COLENO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, que editou a **Súmula 262**: “**O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta**”.

Seguindo o entendimento supra, esta Eg. Corte de Contas também já se manifestou em inúmeras oportunidades:

“É importante esclarecer que os critérios de desclassificação previstos na Lei nº 8.666/93 adotam um parâmetro relativo do que seria considerada uma proposta inexequível, motivo pelo qual tais critérios não podem ser utilizados

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

ADVOCADOS ASSOCIADOS

de forma absoluta e com rigidez que afaste a possibilidade do licitante comprovar a exequibilidade de sua proposta.

O já citado Prof. Marçal Justen Filho, em seus preciosos ensinamentos, leciona que: “Como é vedada licitação de preço-base, não pode admitir-se que 70% do preço orçado seja o limite absoluto de validade das propostas. Tem de reputar-se, também por isso, que o licitante cuja proposta for inferior ao limite do § 1º disporá da faculdade de provar à Administração que dispõe de condições materiais para executar sua proposta. Haverá uma inversão do ônus da prova, no sentido de que se presume inexequível a proposta de valor inferior, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto (JUSTEN FILHO, 2010, p. 609)”.

[...]

Portanto, temos que a adoção de um critério de desclassificação com rigor excessivo e sem a possibilidade de oferecer ao licitante a comprovação da viabilidade da proposta ofertada resulta em restrição ao caráter competitivo do certame, afastando a possibilidade de a Administração Pública alcançar a proposta mais vantajosa ao interesse público.” – Acórdão TC-413/2016 – Plenário; Processo TC-767/2014.

“Como bem frisou a MTP 379/2013, ainda que se confirmasse a possibilidade de os licitantes apresentarem proposta com preço inferior ao estabelecido na Tabela Nacional de Procedimentos Médicos do SUS, não haveria nisso qualquer irregularidade, desde que o preço ofertado seja exequível, ficando atendidos os princípios licitatórios, mormente os da economicidade e da prevalência do interesse público.

(...)

Assim, não há impeditivo legal para que os licitantes apresentem proposta com preço inferior ao estabelecido na Tabela Nacional de Procedimentos Médicos do SUS, desde que não sejam irrisórios ou inexequíveis.” – Instrução Técnica Conclusiva ITC 5822/2013, Processo TC 6117/2013.

No presente caso, fato é que a proposta de preços apresentada se coaduna com as possibilidades financeiras da E-BRAND, justificando-se pela sua própria estrutura interna:

- A E-BRAND conta com uma equipe ampla de profissionais de diferentes áreas, atuando de forma integrada e sem necessidade de terceirização dos

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

ADVOCADOS

serviços, o que oferece ganho de produtividade e reduz a carga tributária da empresa;

- A E-BRAND está preparada para cumprir o contrato sem grandes investimentos em equipamentos, bem como não necessita montar novo escritório no Espírito Santo, diferentemente de outras licitantes que, além de estarem sediadas em outros estados, não possuem estrutura/equipamentos para executar a totalidade do contrato, como a produção audiovisual.

Ademais disso, a proposta de valores apresentada pela E-BRAND também se justifica pela própria estratégia de preços adotada pela empresa, qual seja:

- Conferir maiores descontos para os itens de serviços de pouco volume e menor probabilidade de demanda; e
- Não conferir quase nenhum desconto para os serviços com maior probabilidade de contratação contínua (mensal), como os de Consultoria, Monitoramento e Métricas.

Todos esses fatores, em conjunto, permitiram que a empresa formulasse a proposta mais vantajosa à Administração Pública, sem que isso implique em risco de prejuízo financeiro ou perda na qualidade do serviço, conforme exaustivamente demonstrado no decorrer do procedimento licitatório.

Somado a isso, como demonstrado acima, a jurisprudência pátria entende que (i) a presunção de inexequibilidade é relativa; (ii) a desclassificação por inexequibilidade é medida excepcional, ainda mais em se tratando de contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual.

2.1.2 DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA - CAPACIDADE PATRIMONIAL DA E-BRAND

Outrossim, a E-BRAND apresentou à CPL Demonstrativo de Capacidade Financeira que evidencia que seus índices de Liquidez Geral (ILG), de Solvência Geral (ISG) e de Liquidez Corrente são maiores que 11,00 (onze), enquanto que o mínimo previsto no Edital para habilitação das licitantes equivale a 1,00 (um).

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

ADVOCADOS

Isso, por si, seria suficiente para afastar a presunção de inexequibilidade da proposta da E-BRAND, sendo certo que não há como se concluir incapacidade de atender ao objeto licitado tão somente com base na análise da proposta de preços, devendo-se avaliar, igualmente, a capacidade patrimonial da licitante.

O Egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO já firmou entendimento no mesmo sentido, senão vejamos:

(...) 14. O objetivo da inspeção foi verificar os pontos mencionados no Despacho do Ministro Relator (peça 32), quais sejam: (i) estimativa de custos da Petrobras, com relação à conformidade e consistência nos termos do edital convocatório; (ii) existência de fundamentação para a desclassificação da proposta da empresa Audisaúde, por meio de memória de cálculo, com a quantificação do impacto financeiro, positivo ou negativo, na proposta da Audisaúde, de todos os itens mencionados no documento "Notas de Reunião", de 22/10/2012 (peça 2, p. 24-25), e de todos os itens mencionados no item III da resposta da Petrobras ao Ofício 0002/2013-TCU/SecexAIRJ (peça 16, p. 9-15); (iii) existência de análise que permita concluir que a Audisaúde é incapaz de prestar o serviço nos termos do edital convocatório, levando em consideração o bom histórico de relacionamento contratual entre Petrobras e Audisaúde e o fato de que a exequibilidade deve tomar por base não apenas o valor da proposta, mas também a capacidade patrimonial da licitante. (...) (TCU. ACÓRDÃO 1092/2013 – PLENÁRIO. Relator Raimundo Carreiro. Processo: 046.588/2012-4. Data da Sessão: 08/05/2013)

O fato de a E-BRAND apresentar proposta de preços mais econômica que as demais licitantes não representa qualquer irregularidade, desde que o seu preço seja exequível, o que foi plenamente demonstrado. **Na busca da solução mais vantajosa para o interesse público, o que se deve ter em conta é a real capacidade do proponente de atender satisfatoriamente o objeto licitado.**

2.1.3 DA MARGEM DE LUCRO DA E-BRAND – DECISÃO EMPRESARIAL PRIVADA

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

ADVOGADOS ASSOCIADOS

Por fim, ainda que a proposta de preços da E-BRAND estivesse abaixo da prática de mercado – o que não é o caso –, ao restar evidenciada a sua capacidade patrimonial em executar o objeto licitado, pouco importa à Administração Pública sobre o percentual de lucratividade que a empresa irá auferir.

Com efeito, Marçal Justen Filho elucidava tal afirmação, ratificando o próprio entendimento firmado pelo Eg. TCU, ao dispor que a inexecutabilidade não reside no valor da proposta (por mais que esta não seja capaz de representar lucro à empresa), mas na impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou:

“Discorda-se do entendimento de que todas as hipóteses de inexecutabilidade comportam tratamento jurídico idêntico. Ao contrário, deve impor-se uma diferenciação fundamental, destinada a averiguar se a proposta pode ou não ser executada pelo licitante, ainda que seu valor seja deficitário. A questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais infimo que o seja – o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou.”

A formulação desse juízo envolve uma avaliação da capacidade patrimonial do licitante. Se ele dispuser de recursos suficientes e resolver incorrer em prejuízo, essa é uma decisão empresarial privada. Não cabe à Administração a tarefa de fiscalização da lucratividade empresarial privada. Sob esse ângulo, chega a ser paradoxal a recusa da Administração em receber proposta excessivamente vantajosa.”⁶

2.1.4 EXIGÊNCIAS DESARRAZOADAS E AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DA SUPOSTA INEXEQUIBILIDADE

Como é cediço, o artigo 48, II, da Lei 8.666/93 prevê que a exequibilidade da proposta este diretamente relacionada com a demonstração de que os custos dos insumos são coerentes com os preços de mercado. No caso de serviço de comunicação

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª Edição. São Paulo: Dialética. 2012, p. 754

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

digital, sabe-se que os principais insumos para execução do objeto licitado são a equipe de profissionais utilizada e a infraestrutura necessária.

No caso presente, a compatibilidade de tais custos foi devidamente demonstrada pela planilha de custos e faturamento da empresa apresentados pela E-BRAND por ocasião da apresentação de suas contrarrazões ao recurso administrativo da SODET, bem como quando do pedido de esclarecimentos complementares.

Outrossim, válido destacar que a equipe alocada para o contrato também já foi avaliada pela Submissão Comissão Técnica, confirmando-se compatível com a execução do objeto.

Sendo assim, levando em consideração que a E-BRAND já demonstrou a exequibilidade de sua proposta de preços nos termos acima delineados, **cumpre dizer que a sua desclassificação representa medida desarrazoada e não isonômica por parte da Administração Pública**, uma vez que nem a Lei de Licitações e nem o Edital preveem tais imposições específicas.

Com efeito, o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal veda quaisquer tipos de exigências excessivas por parte da Administração Pública, sejam elas referentes à qualificação técnica ou econômica da empresa, senão vejamos:

“Art. 37. Omissis.

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Por sua vez, a Lei 8.666/93 segue a sistemática constitucional acerca da universalidade de participação em licitações ao vedar expressamente, como requisito de qualificação técnica, a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

limitações de local, tempo, de época ou de quaisquer outras não previstas na Lei que inibam a participação na licitação, a teor do artigo 30, §5º.

Outrossim, Marçal Justen Filho corrobora tais alegações ao analisar que qualquer exigência acima do limite constitucional somente será válida quando essencial para a comprovação da capacidade da licitante em executar o objeto, o que deverá ser devidamente motivado pela Administração:

“Deve considerar-se que incumbe à Administração justificar as exigências de experiência anterior que introduz no convocatório. Não é dever dos particulares demonstrarem que as exigências impostas pela Administração são excessivas. Ou seja, não é possível a Administração invocar algum tipo de presunção de legitimidade de atos administrativos para transferir ao particular o ônus de prova extremamente complexa. Assim o é porque foi a Constituição que determinou a admissibilidade apenas das mínimas exigências possíveis. Portanto, quando a Administração produzir exigências maiores, recairá sobre ela o dever de evidenciar a conformidade de sua conduta em face da Constituição.” – grifamos.

Analogicamente, no que tange a exequibilidade, a Administração também deve demonstrar que eventuais exigências específicas são imprescindíveis para avaliar se a proposta é exequível, ainda mais em se tratando de requerimentos complexos e que podem prejudicar a ampla concorrência ou escolha pela proposta mais vantajosa.

In casu, a E-BRAND já demonstrou de forma objetiva a sua capacidade de cumprir com o objeto da licitação pelos valores propostos por meio de diversas Notas Fiscais, tabela de custos e faturamento, bem como do Demonstrativo de Capacidade Patrimonial, tudo conforme exigido pela CPL com fundamento no artigo 48, inciso II da Lei de Licitações. **Por outro lado, a decisão de desclassificar E-BRAND, além de desarrazoada, encontra-se despida de motivação a justificar a suposta falta de exequibilidade da proposta de preços, sendo certo que o parecer do setor técnico da SECOM não responde aos questionamentos levantados pelo Ilmo. Presidente da CPL às fls. 1119.**

BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

ADVOCADOS ASSOCIADOS

Não há qualquer constatação de que os serviços prestados pela E-BRAND não possuam relação com os produtos/serviços licitados, tampouco que os preços ofertados pela empresa sejam inexequíveis tão somente pelo fato de alguns itens orçados estarem abaixo da média aritmética dos preços ofertados pelos demais licitantes.

É sempre válido lembrar a esta i. CPL que a E-BRAND montou seu orçamento com base em ampla experiência de mais de década neste mercado profissional, inclusive prestando serviços de idêntica natureza para o Poder Público.

Por todo o exposto e tendo em vista a vasta documentação apresentada pela E-BRAND anteriormente, é evidente que a sua proposta, além de plenamente exequível, é a opção mais vantajosa para a Administração Pública no presente certame, devendo ser anulada a r. decisão da CPL que a desclassificou.

No atual estágio desse certame, **a SECOM corre o risco de contratar com empresa que está a oferecer valor exorbitante e não condizente com a prática de mercado capixaba para a prestação do serviço** – isso tudo em um momento de crise econômica e austeridade fiscal.

3. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer o conhecimento e provimento do presente Recurso Administrativo, no sentido de reformar a r. decisão da i. CPL que deferiu o recurso da SODET, desclassificando a E-BRAND da presente licitação.

Ato contínuo, requer o reestabelecimento do certame a partir da sessão pública para recebimento e abertura dos envelopes “E” (habilitação), bem como a reintegração da E-BRAND à licitação, concedendo-lhe o direito de prosseguir na disputa em igualdade de condições com os demais licitantes.

Vitória, 17 de abril de 2017.



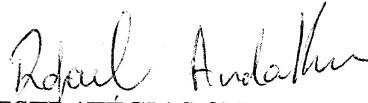
BACHOUR, DALVI, PINTO & OLIVEIRA SANTOS

ADVOCADOS ASSOCIADOS

Marcos Vinícius Pinto
OAB/ES 17.847
marcospinto@bdpos.com.br

Giulia Pippi Bachour
OAB/ES 19.182
giuliabachour@bdpos.com.br

Felipe Itala Rizk
OAB/ES 12.510
felipe.rizk@drm.adv.br



E-BRAND ESTRATÉGIAS ONLINE LTDA.-EPP
CNPJ 05.086.973/0001-09