

ILUSTRÍSSIMO PRESIDENTE DA PRODAM - PROCESSAMENTO DE DADOS AMAZONAS SA

SOBRE TOMADA DE PREÇOS No. 001/2015, do tipo Técnica e Preço, para Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de consultoria técnica para apoiar na elaboração e gestão do Planejamento Estratégico, Capacitação em Balanced Scorecard (BSC), Redesenho da Arquitetura Organizacional, Pesquisa e Avaliação de Clima Organizacional e Política de Avaliação e Gestão de Desempenho.

MB CONSULTORIA E TREINAMENTO EM PRODUTIVIDADE E QUALIDADE LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ 00.347.890/0001-02, situada à Avenida Constantino Nery, 2789, Sala 1006, Ed. Empire Center, Chapada – Manaus/AM – CEP 69050-001, neste ato representado por sua procuradora legal, MÁRCIA VIEIRA DE OLIVEIRA, brasileira, solteira, economista, portadora da Carteira de Identidade 1564439-1 SSP/AM e do CPF/MF 515.758.092-49, residente em Manaus/AM, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, tempestivamente, apresentar, na forma do artigo 49 (caput) e § 3º c/c alínea “c”, inciso I, artigo 109, todos da Lei 8.666/93.

CONTRA-RECURSO ADMINISTRATIVO QUESTIONANDO A DECISÃO DA COMLI QUE SERÁ SUBMETIDA À AUTORIDADE SUPERIOR, EM REFERÊNCIA À INDICAÇÃO DE ANULAÇÃO DA TOMADA DE PREÇOS NO. 001/2015, EM REFERÊNCIA A SUPOSTO ERRO SUBSTANCIAL NO EDITAL

I. DO PARECER DA COMLI

O que dizem as páginas 3 e 4 do parecer:

10. O princípio da legalidade pode ser entendido em dois sentidos: legalidade em sentido estrito e em sentido amplo. A legalidade em sentido estrito significa atuar de acordo com a lei, ou seja, obedecer à lei feita pelo parlamento. A legalidade em sentido amplo ou legitimidade significa, não só obedecer à lei, mas também obedecer aos princípios da moralidade e do interesse público. Dessa forma, a palavra legitimidade apresenta um conceito mais abrangente do que o conceito de legalidade, pois legalidade seria obedecer à lei e a legitimidade obedecer à lei e aos demais princípios administrativos.

11. Feitos esses comentários, passamos à motivação e à fundamentação do ato administrativo de anulação.

12. A COMLI, decidiu por revisar todo o processo administrativo da licitação TOMADA DE PREÇO Nº 01/2015, incluindo o Edital e seus anexos. Neste sentido, efetuou simulações quanto às ponderações que determinam a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, no que tange à técnica e preço.

13. Fato que se identificou um erro substancial nas definições da apuração da técnica e preço, impedindo que a COMLI conclua pela suficiência dos elementos exigidos para qualificação dos Licitantes.

14. Identificada a falha substancial do Edital, mormente nos itens 16.3, 16.4 e 16.5 do Anexo 01, Projeto Básico – Planejamento Estratégico, *in verbis*:

PRODAM - PROCESSAMENTO DE DADOS AMAZONAS S/A.

16.3 Obtenção da Pontuação Técnica

Para a obtenção da Pontuação Técnica (PT) e o Índice Técnico (IT) da Licitante serão calculados usando-se as fórmulas a seguir:

$$PT = A + B + C$$

onde A, B, C estão definidos nas tabelas do item 16.2 e seus subitens; e PT é a Pontuação Técnica da LICITANTE.

Será adjudicado ao proponente que obter maior Índice Técnico (IT), resultado da divisão da proposta (PT) pela maior pontuação técnica alcançada pelos candidatos (PTmáximo) e multiplicada por 10:

$$IT = (PT / PT \text{ máximo}) \times 10$$

Se houver somente 01 (uma) proponente, este estará apto a seguir para próxima fase da licitação caso obtenha no mínimo 75% do total dos 100 pontos.

16.4 Obtenção da Pontuação do Índice de Preço

O julgamento da Proposta consistirá também de sua análise e atribuição de Índice Preço (IP) calculado em função do Preço Total Cotado (PC) pela licitante e o Menor Preço Cotado (MPC).

$$IP = MPC / PC$$

onde:

IP: Índice Preço

MPC: Menor Preço Cotado entre as licitantes

PC: Preço Cotado pela licitante

O Índice Preço (IP) será calculado com 02 (duas) casas decimais, desprezando-se as demais.

16.5 A Nota de Julgamento (NJ) de cada proposta será calculada pelo somatório dos valores obtidos na multiplicação do Índice Técnico (IT) pelo fator de ponderação de valor 6 (seis) e na multiplicação do Índice de Preços (IP) pelo fator de ponderação de valor 4 (quatro), como segue:

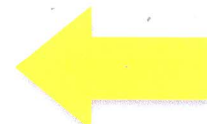
$$NJ = (6 \times IT) + (4 \times IP)$$

15. Neste momento passamos a evidenciar o erro substancial, que se desenvolve na **apuração da Nota de Julgamento (NJ) – Item 16.5.**, decorrente do cálculo da aplicação da fórmula $NJ = (6 \times IT) + (4 \times IP)$, da qual denota-se como fator de ponderação 6 para (IT) Índice Técnico e 4 para (IP) Índice de Preço, ou seja, **maior peso destinado à pontuação obtida na apuração do índice técnico (item 16.3) em relação à pontuação obtida no Índice de Preço (item 16.4).**

PROPOSTA DE LICITAÇÃO Nº 001/2017

17. Fato que, comprovadamente, a Administração incorreu em erro na elaboração da fórmula para cálculo do (IP) Índice de Preço, conforme item "16.4 Obtenção da Pontuação do Índice e Preço", a seguir:

$$IP = MPC / PC.$$



18. A fórmula do (IP) Índice de Preço guarda correlação com a fórmula de apuração do (IT) Índice Técnico, item "16.3 Obtenção da Pontuação Técnica", a seguir:

$$IT = (PT / PT \text{ máximo}) \times 10.$$

19. Assim destacamos, que a fórmula do (IP) Índice de Preço conduz a licitação para o tipo "melhor técnica", não atendendo, desta forma, ao interesse da Administração, que é a seleção da melhor proposta para contratação, por licitação do tipo "técnica e preço".

20. A aplicação das fórmulas de (IP) Índice de Preço e (IT) Índice Técnico, na forma elaborada pela Administração, causa total desequilíbrio para a ponderação da técnica em relação à ponderação do preço, prejudicando a apuração da (NJ) Nota de Julgamento, determinada pela fórmula $NJ = (6 \times IT) + (4 \times IP)$.

21. Para melhor demonstração do acima exposto, apresentaremos, a seguir, a aplicação da (NJ) Nota de Julgamento, considerando o erro substancial indesejado, pois vejamos:

22. Com efeito, nas situações retro apresentadas, com valores reais e hipotéticos, evidenciamos que, a licitante que obteve melhor (IT) Índice Técnico, independentemente de ter o seu preço proposto de R\$ 368.160,00 (situação real), majorado em 2.716% (dois mil setecentos e dezesseis por cento), passando para R\$ 10.000.000,00 (situação hipotética), continuou como vencedora do certame, o que fere de morte o tipo da licitação escolhida "TÉCNICA E PREÇO".

23. A aplicação da fórmula $NJ = (6 \times IT) + (4 \times IP)$, aponta como resultado final, o licitante a ser declarado como vencedor do certame, sendo, invariavelmente, aquele que obtiver o maior (IT) Índice Técnico. Contrariando, portanto, ao interesse público, que é a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, a ser obtida pela ponderação da técnica e preço, e não apenas pela apuração da melhor técnica.

24. Evidencia-se, desta forma, o tratamento anti-isonômico dado aos licitantes participantes do certame, visto que as regras definidas para o julgamento das propostas não conduzem à seleção do licitante que possui melhor técnica e preço para contratação com a Administração, mas, tão somente, aquele que possui apenas melhor técnica.

Ora senhores, causou-nos surpresa o parecer desta conceituada e experiente comissão de licitação, no que indica "a causa motivando a recomendação a anulação da licitação" que nos remete a um olhar tão simples quanto diverso dos levantamentos feitos e reanálise apresentada.

Ainda a simulação proposta pela COMLI para demonstrar suposto "erro substancial" que motivaria a recomendação à anulação do processo licitatório aduz a uma "expressa visão equivocada e fora de correlação" com o que se observa da forma mais simples, que se trata de uma fórmula que atende aos padrões lógicos matemáticos, extremamente utilizada inclusive nas licitações de técnica e preço neste País, e que ao nosso ver nada mais é do que o erro formal ou no máximo material a cerca do notório "x 10" ou "vezes 10" da prática matemática.

OBSERVEM o que diz o Edital na avaliação da proposta de preços:

COMO ESTÁ FORMALMENTE:

$$IP = MPC / PC$$

É simples e meramente formal observar que a administração apenas não digitou no edital o "x 10", mas a fórmula está correta

COMO SERIA NA PRÁTICA "MATEMÁTICA":

$$IP = MPC / PC * 10$$

A título de comparação **OBSERVEM** o que diz o Edital na avaliação da proposta técnica:

$$IT = PT / PT \text{ máximo} \times 10$$

Observem que no item de Pontuação Técnica não o "x 10" está presente, aliás ele está presente em todas as referências, exceto na fórmula de preço. O QUE IMEDIATAMENTE NOS LEVA A VER QUE NÃO HÁ "ERRO SUBSTANCIAL" DA ADMINISTRAÇÃO NA FÓRMULA DA PROPOSTA DE PREÇOS, TAMPOUCO INTENÇÃO DE APRESENTAR FÓRMULA COM DESVANTAGEM COMPETITIVA NA CORRELAÇÃO TÉCNICA E PREÇO.

O que nos parece simples e "AO OLHAR" **é que ocorreu um erro simples ao faltar com o "x 10"**, mas que se observa que é a mesma fórmula, amplamente utilizada em todas as licitações de relação técnica em preço neste País.

Tampouco não observamos que há algum desequilíbrio na correlação de técnica e preço para as notas julgadas nas proporções definidas pelo edital (6 técnica) e (4 preço). Visto que existe apenas um mero ajuste formal a ser feito na fórmula que é extremamente correta, que é: após a obtenção do número fazer o x 10. Ou seja, a simulação de cálculo feita pela COMLI nos parece no mínimo inadequada e irrazoável, para o que na essência é o ajuste formal da adequação matemática da fórmula. Com relação ao equilíbrio do peso entre os fatores técnica e preço,

OBSERVEM O ITEM 16.5 DO EDITAL.

16.5 A Nota de Julgamento (NJ) de cada proposta será calculada pelo somatório dos valores obtidos na multiplicação do Índice Técnico (IT) pelo fator de ponderação de valor 6 (seis) e na multiplicação do Índice de Preços (IP) pelo fator de ponderação de valor 4 (quatro), como segue:

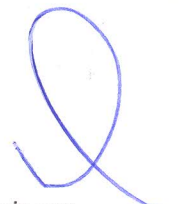
$$NJ = (6 \times IT) + (4 \times IP)$$

É claríssimo no edital, que primeiramente se obtém o IT (índice técnico) - x 10 - e posteriormente o IP (índice de preço) - x 10 - e por último se obtém a NJ (nota de julgamento).

Observem ainda pelo critério de NJ (Nota de julgamento) que este é o momento do cálculo que se obtém a correlação entre técnica e preço, sendo um peso de "6" para a nota técnica e "4" para a nota de preço. Ou seja, é explícito e devidamente adequado que a nota final de julgamento das licitantes vão considerar em peso 6 o índice técnico e em peso 4 o índice de preço.

Com relação ao "x 10", é visível que realmente faltou no edital a expressão "x 10" no cálculo do IP, vejam que no IT o "x 10" foi colocado. Entretanto, a falta do "x 10" em nada impacta no resultado do "IP", pois em sua essência a fórmula matemática está correta, da mesma forma que foi sugerida, se obtém o mesmo resultado. Nesta fórmula matemática o "x 10" serve apenas para "expressar" a pontuação em forma de numeral antes da vírgula". Isto é naturalmente intrínseco ao cálculo de pontuações, trata-se de um erro **meramente formal**, e que nada deveria impactar no cálculo do resultado, tampouco ser considerado **UM ERRO SUBSTANCIAL**.

É notório que não há que se falar em ofensa ao princípio da proposta mais vantajosa, uma vez que os princípios norteadores da licitação pública devem ser entendidos em sua completude, e não interpretados isoladamente, ou privilegiando um em detrimento do outro. E da forma que foi proposto no cálculo de índices de propostas técnicas e de preços, com o devido ajuste formal do "x 10", está sim sendo estabelecido uma correlação de pesos para as propostas apresentadas.



Importante contextualizarmos que No âmbito jurídico temos a classificação dos diversos tipos de erro:

- a) erro no documento (lato sensu);**
- b) erro formal;**
- b) erro material; e**
- c) erro substancial.**

a) Erro no documento (lato sensu)

Trata-se da distorção entre o conteúdo e a vontade daquele que o produziu. Pode ser o vício da declaração, a determinar que o conteúdo do documento é diferente do desejo pretendido por aquele que o redigiu; pode ser o vício contido no documento que retratou situação diferente da que de fato ocorreu; pode ser o vício involuntário a produzir conteúdo inverídico.

Diferente do “erro” é a ação voluntária, consciente e intencional, a produzir conteúdo falso ou diverso do que deveria ser escrito no documento, com objetivo certo, determinado e antijurídico de beneficiar ou prejudicar alguém. Neste caso, trata-se de falsidade ideológica.

b) Erro formal

O erro formal não vicia e nem torna inválido o documento. Haverá um erro formal no documento quando for possível, pelo contexto e pelas circunstâncias, identificar a coisa e validar o ato.

Se um documento é produzido de forma diferente da exigida, mas alcançou os objetivos pretendidos ou a finalidade essencial, reputar-se-á válido (ex.: uma proposta foi manuscrita quando deveria ser datilografada ou impressa; uma proposta foi apresentada em modelo diverso do edital, mas obedeceu a todo conteúdo exigido). Segundo o princípio da instrumentalidade considerar-se-á válido um documento que, embora produzido de forma diferente da exigida, ainda assim, atingir a finalidade pretendida.

c) Erro material:

É o chamado erro de fácil constatação, perceptível à primeira vista, a olhos nu. Não carece de maior exame para detectar que há um flagrante desacordo entre a vontade e o que de fato foi expressado no documento. Não há necessidade de recorrer a interpretação de conceito, estudo ou exame mais acurado para detectar esse erro; ele é percebido por qualquer pessoa. Em suma, o erro material exige a correção uma vez que retrata a inexatidão material, ou seja, reflete uma situação ou algo que obviamente não ocorreu.

d) Erro substancial

A falha substancial torna incompleto o conteúdo do documento e, conseqüentemente, impede que a Administração conclua pela suficiência dos elementos exigidos; o julgador ficará impedido de afirmar que o documento atendeu ao edital ou apresentou as informações necessárias. Não se trata de um simples lapso material ou formal, mas de “erro substancial”, ou seja, aquele que interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração ou a alguma das qualidades a ele essenciais (Código Civil, art. 139, I). A falta de informação indispensável ao documento configura erro grave – substancial – que torna o mesmo insuscetível de aproveitamento; trata-se de um documento defeituoso; incompleto; não produzindo os efeitos jurídicos desejados.

CONSIDERAMOS DE UM RIGOR EXCESSIVO A ANULAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO, DIANTE DO QUE CONSIDERAMOS UM ERRO FORMAL. "O erro formal não vicia e nem torna inválido o documento. Haverá um erro formal no documento quando for possível, pelo contexto e pelas circunstâncias, identificar a coisa e validar o ato. Se um documento é produzido de forma diferente da exigida, mas alcançou os objetivos pretendidos ou a finalidade essencial, reputar-se-á válido (ex.: uma proposta foi manuscrita quando deveria ser datilografada ou impressa; uma proposta foi apresentada em modelo diverso do edital, mas obedeceu a todo conteúdo exigido). Segundo o princípio da instrumentalidade considerar-se-á válido um documento que, embora produzido de forma diferente da exigida, ainda assim, atingir a finalidade pretendida."

É nítido que houve um erro - UM EQUÍVOCO NA ESCRITA - , mas para o efeito, é necessário que esse lapso resulte do contexto, na verdade, o que se percebe é que houve um mero erro de escrita, é um erro não intencional ostensivo.

A COMLI ao fundamentar sua recomendação, entendemos que incorreu em excesso de formalismo e rigorismo, ou mesmo não observou que trata-se apenas de um erro formal de escrita.

JURISPRUDÊNCIA STJ

"Não deve ser afastado candidato do certame licitatório, por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial."(Mandado de Segurança nº 5.631-DF)

JURISPRUDÊNCIA DO TCU

"(...) o edital não constitui um fim em si mesmo. Trata-se de instrumento para a consecução das finalidades do certame licitatório, que são assegurar a contratação da proposta mais vantajosa e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados, nos precisos termos do art. 3º, caput, da Lei 8.666/93.

Assim, a interpretação e aplicação das regras nele estabelecidas deve sempre ter por norte o atingimento das finalidades da licitação, evitando-se o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados, que não contribuem para esse desiderato." (Acórdão nº 1758/2003 - Plenário)

CABE AINDA DESTACAR O ENTENDIMENTO NO ÂMBITO JURÍDICO SOBRE O TEMA:

O erro material no âmbito do Direito é aquele que provém da falsa percepção da realidade, sendo anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanam de erro substancial. O erro pode ser de diversas naturezas - inconsciente, por lapso de escrita, por negligência, mas também pode ser grosseiro, por falta de observância às regras mínimas de cuidado. **NO MUNDO DO DIREITO, os "ERROS FORMAIS E MATERIAIS" são relativamente frequente e está previsto na lei o respectivo regime.** Em

sede de direito substantivo, o simples erro de cálculo (lapsus calami) ou de escrita (lapsus linguae), revelado no próprio contexto da declaração ou através das circunstâncias em que a declaração é feita, concede o direito à retificação desta. Este entendimento, previsto para os negócios jurídicos, é igualmente aplicável a atos jurídicos, nomeadamente a declarações de vontade, podendo, assim, ser objeto de retificação a todo o tempo.

Cabe destacar que o princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas proibindo o excesso. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com o objetivo da exigência e a irrelevância do defeito. A Administração deve adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins.

Neste contexto, é essencial julgar com objetividade e razoabilidade as decisões administrativas, a interpretação do instrumento convocatório e todas as suas exigências devem ser vistas ainda dentro do pressuposto da boa fé.

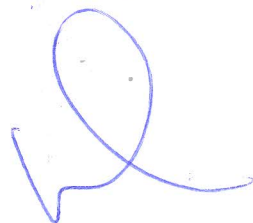
21. As exigências da Lei e do Edital devem ser interpretadas como instrumentais, como adverte o jurista Adilson Abreu Dallari, quando diz que *'existem claras manifestações doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade, se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isto não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação, consulta ao interesse público que haja o maior número possível de participantes.'*

O procedimento de licitação, em nome do interesse público, não cabe suprir-se de hipótese em que não é conveniente "anular" todo um procedimento licitatório diante de erro material ou formal, irregularidade meramente formal, tornando o ato totalmente desproporcional e irrazoável diante de um lapso, puro e simples, e que não ocasiona nenhum prejuízo aos licitantes do processo.

A decisão administrativa não pode encontrar-se revestida de um apego extremo ao formalismo, o que não se pode confundir com um procedimento formal, conforme ensina Hely Lopes Meirelles, em Direito Administrativo Brasileiro:

*'Procedimento formal, entretanto, não se confunde com formalismo, **que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias.** Por isso mesmo, não se anula o procedimento diante de meras omissões formais ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas, desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes. **A regra é a dominante nos processos judiciais: não se decreta a nulidade onde não houver dano para qualquer das partes.'***

Ademais, o julgamento deve se processar observando os princípios insculpidos no artigo 3 da Lei 8.666/93, salvaguardando a competição e o interesse da Administração Pública buscado no certame. Assim, se observado toda esta peça, a suposta anulação da licitação transcende ao interesse da Administração Pública, sendo que todas as exigências jurídicas necessário-essenciais foram atendidas por esta administração, cabendo e com sustentação legal desprezar excessos de formalismos em prol do objetivo maior que é a ampla e justa competição, e que não foi prejudicada conforme "simulado em cálculo da COMLI a justificar a possível existência de um erro substancial", mas sim a necessidade de um mero e simples ajuste matemático para a obtenção da mesma "escala" numérica.



2. DO PEDIDO

Isto posto, a par dos argumentos e dispositivos legais supra articulados, tratando como é, um mero erro formal ou material, PEDIMOS, mui respeitosamente que esta administração se digne a:

l) não proceder com a anulação do certame, visto que:

a) as considerações colocadas sobre o erro simples de falta do "x 10" em um dos itens do edital trata-se de um mero erro formal do edital, sendo óbvio e visto a "olho nu" que tratou-se de um aparente erro de esquecimento da digitação complementar da fórmula matemática que é utilizada amplamente no País, e que não altera o resultado final;

b) A fórmula de obtenção de proposta melhor vantajosa para a administração está devidamente correta, justa e coerente;

c) À vista dos fatos já ocorridos e publicados esta licitante foi a empresa que apresentou proposta mais vantajosa para a administração, visto que possui melhor proposta técnica (maior índice de pontuação técnica) e melhor proposta de preços (maior índice de preços), portanto, possui maior Nota de Julgamento Final, atendendo aos amplos princípios da concorrência que foi prezado durante todo o processo licitatório.

d) O princípio da economicidade obriga ao agente público tomar decisões que representem o melhor custo-benefício para a Administração, **a solução mais eficiente**. Ou, ainda, de acordo com o art. 3º da Lei nº 8.666/93 deve-se buscar a proposta mais vantajosa para Administração.

Esse princípio aplicado especificamente no campo das decisões unilaterais adquire relevância na situação clássica em que o agente público se depara com o exame de duas hipóteses,... **O agente deverá decidir, por meio de uma análise econômica, qual a hipótese que representa maior economicidade para a Administração Pública.**

Para elucidar, Antônio Carlos Cintra do Amaral, levantando a hipótese do agente público cancelar por **erros meramente formais** e fazer nova licitação, **entende que tal ato fere o princípio da economicidade, “quer por acarretar custos extraordinários decorrentes do processo, que por conduzir a uma contratação mais cara.**

Manaus , 07 de junho de 2016.



**MB Consultoria e Treinamento
em Produtividade Qualidade Ltda.**

Márcia Vieira de Oliveira
Assessora da Diretoria
RG 1564439-1