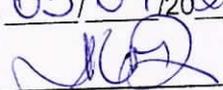
912
✓**À COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL DE JACAREÍ/SP.****CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 01/2019**

CÂMARA MUNICIPAL DE JACAREÍ
PROTOCOLO GERAL Nº 406
DATA 03/07/2020

FUNCIÓNÁRIO

MESTRA COMUNICAÇÃO LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 08.737.006/0001-58, sediada à Rua Padre Rodolfo, nº 168, Vila Ema, São José dos Campos/SP, CEP 12243-080 vem, perante esta Comissão, interpor **RECURSO** em face do julgamento da proposta de preço com base nos fatos e fundamentos a seguir aduzidos:

I – DA TEMPESTIVIDADE

1. O resultado do julgamento da proposta de preço foi publicado no Boletim Oficial do município em 26/06/2020, iniciando-se o prazo recursal de 5 dias úteis em 29/06/2020 e findando em 03/07/2020. Portanto, o presente protocolo é manifestamente tempestivo.

II – ATRIBUIÇÃO EXCESSIVA DE PESO À NOTA TÉCNICA EM DETRIMENTO DO PREÇO. VÍCIO INSANÁVEL DO EDITAL.

2. A presente licitação, segundo consta no edital, é regida pela modalidade técnica e preço, segundo o previsto nas Leis nº 12.232/2010 e 8.666/1993.

+55 12 3308 1088

Edifício New Worker Tower - NWT

Rua Armando de Oliveira Cobra, 50 | Sala 1909 | Aquárius

São José dos Campos/SP | CEP 12.246-002 | www.gmpadua.com.br

913
8

3. O edital também estabelece, no item 9.1, que será atribuído peso 0,8 para proposta técnica e 0,2 para a proposta de preço. Neste cenário, se uma licitante alcançar pontuação máxima na técnica, a sua pontuação final será de 80 pontos e se alcançar a máxima pontuação na proposta de preço, a pontuação final deveria ser de 20 pontos, totalizando 100 pontos. Contudo, não é o que ocorre no presente certame.

4. Segundo a fórmula estabelecida no item 9.9 do instrumento convocatório, **a pontuação final da proposta de preço poderá chegar, no máximo, em 4 pontos ao invés de 20.** Assim, há um completo desequilíbrio entre a proposta técnica e de preço, pois na técnica é possível chegar a 80 pontos e no preço somente a 4 pontos. Logo, **caso uma licitante apresentasse uma proposta perfeita, a pontuação máxima obtida por ela seria de 84 pontos (80 de técnica e 4 de preço)**, o que não é crível. Vejamos o que diz o edital em relação ao julgamento da proposta de preço:

9.1. O critério de julgamento para classificação das licitantes será o de TÉCNICA E PREÇO, nos termos do art. 5.º da Lei n.º 12.232/2010 e dos artigos 45, parágrafo 1.º, III, e 46, parágrafo 2.º, incisos I e II, da Lei 8.666/93, sendo estabelecido o peso 0,80 para a Proposta Técnica e o peso 0,20 para a Proposta de Preço.

9.8.3. Será considerada a melhor proposta comercial aquela que atingir a maior pontuação através da fórmula abaixo:

NFPC = Nota Final da Proposta Comercial

P1 – Percentual de honorários sobre serviços de produção externa

P2 – Desconto sobre a Tabela de Custos Internos do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de São Paulo

P3 – Percentual de honorários incidentes sobre custos dos serviços de criação e desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária destinadas a expandir os efeitos das mensagens, em consonância com novas tecnologias, quando realizados externamente e intermediados pela Agência:

NFPC = P1 + P2 + P3

3

5. No caso em tela, a Recorrente obteve a pontuação máxima nos itens P1, P2 e P3, ou seja, 60 pontos. Assim, os 60 pontos divididos por 3 conforme o edital, resultariam em 20 pontos. Tal pontuação, por sua vez, para atender o critério de média ponderada, deveria se somar ao resultado da nota técnica, que, no caso da Recorrente, foi de 75,99.

8
[Handwritten signature]



914
✓

6. Ocorre que o edital, mais adiante, determina que o resultado da proposta de preço, no caso da Recorrente 20 pontos (pontuação máxima), seja multiplicado por 0,2, o que resulta numa pontuação máxima de 4 pontos. Vejamos:

9.9. A Pontuação Final será obtida através da fórmula abaixo, conforme previsto no art. 46, parágrafo 2.º, incisos I e II, da Lei 8.666/93:

$$PF = (NFPT \times 0,80) + (NFPC \times 0,20)$$

PF = Pontuação Final

NFPT = Pontuação Final relativa à Proposta Técnica

NFPC = Pontuação Final relativa à Proposta Comercial

7. Ora, se o correto é a atribuição de peso 80 para a técnica e 20 para o preço, **não é possível que o edital limite a pontuação do preço a 4 pontos.** Nesse contexto, se uma licitante obter 100% na técnica e no preço ela irá alcançar no máximo 84 pontos pela fórmula do edital, o que é absolutamente inconcebível.

8. Da forma como está, com a atribuição de peso muito maior para a nota técnica e **atribuição de peso irrisório para a proposta de preço**, qualquer variação na nota técnica poderá resultar em uma contratação mais onerosa para os cofres públicos. E é o que ocorreu, pois na técnica as notas tiveram uma variação de 1,05 pontos (Regional – 77,04 e Mestra 75,99) e, no preço, a Mestra obteve 20 pontos e a Regional 18,33. **Se o edital atribuísse, de fato, o peso de 2 para o preço, a Mestra ficaria com uma pontuação final de 95,99 e a Regional com 95,37.** Deve ser levada em consideração, também, que a proposta de preço da Mestra é **mais vantajosa** para os cofres públicos, pois concede desconto maior nos honorários para serviços internos:

Proposta de preço Regional

Em decorrência dos trabalhos de criação e produção interna será aplicada a tabela referencial de custos internos editada pelo sindicato das agências de propaganda do estado de são paulo com um desconto de 82% (oitenta e dois por cento)

J
M



aj

Proposta de preço Mestra

b) Em decorrência dos trabalhos de criação e produção interna, será aplicada a Tabela Referencial de Custos Internos editada pelo Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de São Paulo, com um desconto de 90 % (noventa por cento).

9. Assim, considerando que o edital traz um **patente desequilíbrio no julgamento das propostas de técnica e preço**, que extrapola até mesmo a margem de discricionariedade e que a licitação deve buscar a proposta mais vantajosa para o Poder Público, o certame precisa ser anulado, pois o vício é insanável, devendo ser aplicada a **Súmula nº 473 do STF**, que diz:

“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.”

10. O jurista Marçal Justen Filho, sobre o tema, preleciona o seguinte:

“Uma questão extremamente relevante reside nos critérios de ponderação das notas para as propostas de técnica e de preço, na licitação de técnica e preço. A proposta vencedora será determinada a partir de um procedimento matemático, que deverá estar disciplinado no edital.

A valoração da proposta técnica e o valor da proposta de preço deverão ser transformados em valores numéricos, produzindo-se a partir daí uma média. Existe uma margem de discricionariedade para a Administração dispor sobre isso no edital. Faculta-se que o edital inclusive reconheça a importância maior para a nota técnica.

Todavia, essa autonomia não autoriza reconhecer predominância tão intensa à nota técnica que a proposta econômica deixaria de apresentar relevância. Em termos concretos, a solução mais equilibrada é reconhecer que a proposta vencedora será determinada por uma fórmula que reconheça peso igual para as notas técnica e de preço. Pode-se admitir a atribuição de peso maior à nota técnica mediante justificativa adequada. Mas se afigura

Y
M



9/16

desarrazoado atribuir à nota técnica peso superior a 7 e à nota de preço peso inferior a 3 (Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012).

11. Neste sentido é a jurisprudência do TCU. Vejamos:

“9. Além da utilização indevida do tipo de licitação “técnica e preço”, a unidade técnica constatou que foi **atribuído peso excessivamente elevado à proposta técnica em relação à proposta comercial**. Em que pese constar do anexo II do edital que os pesos das propostas técnica e comercial seriam, respectivamente, 7 e 3, de acordo com os itens 1 e 2 do referido anexo, verifico que a proposta técnica poderia atingir o máximo de vinte pontos, enquanto seria atribuído à proposta comercial com menor preço global o máximo de um ponto.

10. Assim, **a pontuação final restou composta, efetivamente, por 97,90% do índice técnico e por apenas 2,10% do índice de preço**. Para que a proporcionalidade desejada pela administração fosse mantida, 70% do fator técnica e 30% do fator preço, ambos os índices deveriam apresentar o mesmo valor máximo. **Da forma como foi praticada, a metodologia tornou irrisório o fator preço, reduzindo-se, praticamente, à consideração exclusiva da proposta técnica.**”
(Acórdão nº 327/2010, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

Determina-se a **anulação de licitação cujo edital apresenta vícios que representam potencial restrição indevida ao caráter competitivo do certame pelo estabelecimento de critérios de pontuação de proposta técnica excessivamente restritivos e desproporcionais às características exigidas dos licitantes para a prestação dos serviços, com prejuízo ao alcance da proposta mais vantajosa para a Administração.**

Acórdão 1782/2007 Plenário (Sumário)

12. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, por sua vez, corrobora com o mesmo entendimento, senão vejamos:

EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONTRATAÇÃO DE AGÊNCIA DE PUBLICIDADE. PREVISÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE PONTUAÇÃO MÍNIMA NA PROPOSTA TÉCNICA. REGRA DE PARAMETRIZAÇÃO DE TODAS AS PROPOSTAS DE

Handwritten signature or initials in blue ink.

917
8

PREÇOS AOS MENORES VALORES OFERTADOS. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A PONTUAÇÃO DA NOTA TÉCNICA E A DE PREÇO. DIVERGÊNCIA EXISTENTE ENTRE ITENS DO EDITAL. REQUISIÇÃO DE CÓPIA AUTENTICADA DE DOCUMENTOS DOS REPRESENTANTES LEGAIS QUE ASSINARÃO O CONTRATO. ESTABELECIMENTO DE PERCENTUAL FIXO SOBRE TODAS AS MÍDIAS CONTRATADAS DURANTE A EXECUÇÃO CONTRATUAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. A regra de parametrização de todas as propostas de preços aos menores valores ofertados desborda do disposto no pelo artigo 46, § 2º, II, da Lei de Licitações, que prevê que a “desclassificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório”.

2. O estabelecimento de diminuta faixa de pontuação para as propostas econômicas acaba por descaracterizar o critério de julgamento por “técnica e preço”, na medida em que “pequenas variações de notas na Proposta Técnica são capazes de compensar toda a variação existente na nota de proposta comercial (TC-003402.989.16-4)”.

...

Nesta esteira, ainda que a característica técnica possua impacto significativo na contratação, por se tratar de licitação do tipo “técnica e preço”, a escolha da proposta mais vantajosa à Administração deve se pautar na seleção da melhor média ponderada entre as propostas técnicas e de preços apresentadas, de modo que determino a reavaliação da pontuação atribuída, de forma a assegurar a devida proporcionalidade entre elas e, com isso, atender às peculiaridades deste critério de julgamento.

(TC-010848.989.19-0. Cons. Relator: Sidney Estanilau Beraldo. Sessão plenária de 28/08/2019)

“Procedentes as impugnações incidentes sobre a pontuação final das propostas técnica e comercial, fixadas, respectivamente em 70% e 30% (subitem 15.28).

Como bem salientou a Chefia de ATJ, **este Tribunal já analisou situações análogas posicionando-se pela ilegalidade de critérios que atribuam valoração excessiva para a nota técnica, em detrimento da proposta comercial, afinal, a escolha pelo tipo de licitação técnica e preço, por si só, já estabelece ponderação entre os critérios de melhor preço e melhor técnica.**

1
2



918

Nesse sentido, os r. votos acolhidos por este E. Plenário em Sessões de 23/3/16 (TCs 373/989/16 e 3402/989/1644) e 4/9/13 (TC1581/989/1345), esse último nos seguintes termos: „E, quanto ao critério de julgamento “técnica e preço”, acolho o parecer da i. Secretaria-Diretoria Geral que, ao fazer uma inteligência do Anexo III, conclui que receberá a maior pontuação a proposta comercial de menor fator K (atribuição de pontos da proposta comercial), afirmando que o critério de julgamento adotado, para as propostas comerciais, será o maior desconto para a tarifa pré-fixada no edital.

Não obstante, sobre a questão, a análise minuciosa da fórmula utilizada revela que a variação possível nas notas a serem dadas na proposta comercial é excessivamente diminuta, o que decorre da nota mínima fixada ser demasiadamente elevada. Com efeito, o piso da Nota Comercial é de 80 pontos, em uma escala de 0 a 100. Deste modo, em face do peso de 30% da nota técnica, verifica-se que a amplitude total entre as notas recebidas pelas Propostas Comerciais corresponde a apenas 06 pontos na Nota Final – também estabelecida em uma escala de 0 a 100. **Por conseguinte, pequenas variações de notas na Proposta Técnica são capazes de compensar toda a variação existente na nota da Proposta Comercial, o que me parece um importante desacerto da Administração.**

Ademais, consoante revela o exame do Anexo II, contendo as “Informações Gerais para Elaboração da Proposta Técnica”, incorre em erro a Origem ao estabelecer uma métrica de avaliação excessivamente subjetiva e, ao mesmo tempo, descritiva dos serviços que serão contratados.

Permito-me, portanto, inferir dos autos que embora a conjugação dos fatores comercial e técnico esteja em sintonia com o inciso V do artigo 15 da Lei n. 8987/95, a fórmula escolhida equivale, na prática, à eleição apenas dos fatores técnicos como critério decisivo para a decisão do certame, agravando assim a excessiva subjetividade.

Tais falhas demandam, logo, imediata correção pela Administração, a fim de garantir um grau de competição adequado ao procedimento.” Ressalto que igual entendimento constou da decisão Plenária de 23/3/16, exarada nos autos dos TCs 373/989/16 e 3402/989/1646 .

Deve a Administração, com isso, reavaliar os dispositivos questionados a fim de evitar eventuais restrições à competitividade e impactos negativos sobre os preços contratados.

(TC-010075.989-16-0. Cons. Relator: Renato Martins Costa. Sessão plenária de 29/06/2016)

J
MA

919
8

“Procedente também se mostra a crítica quanto à desproporcionalidade entre os critérios de julgamento, tendo em vista a inconsistência entre os dispositivos que definem os critérios de distribuição entre as notas das propostas técnicas e de preço (estabelecidos na cláusula “7.2”³ à razão de 0,70 para a Proposta Técnica e peso 0,30 para a Proposta de Preço) e os critérios de apuração dispostos nas cláusula “7.3” a “8.3”, que acabam por estabelecer o peso de 92,11% para a proposta técnica e apenas 7,89% para a proposta de preços, inobservando a jurisprudência desta E. Corte, a exemplo do decidido nos processos TC1581.989.13-4, TC-010805.989.15-7, TC-00373.989.16-9, TC003402.989.16-4 e TC-010075.989.16-0. Assim, deve o edital ser retificado para que não haja desequilíbrio dos pesos aplicados, mantendo-se a proporcionalidade entre a Proposta Técnica e a Proposta de Preço.”

(TC-009842.989.17-0. Cons. Relator: Dimas Eduardo Ramalho. Sessão plenária de 30/08/2017)

13. Na hipótese de manutenção do certamente mesmo diante do patente vício, corre-se o risco de ser formulada representação junto à corte de contas, ainda que tão questão não tenha sido suscitada na fase de impugnação, nos termos do art. 113, § 1º da Lei nº 8.666/1993, que diz: *“Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo”*. Nesta esteira, vejamos:

“19. Com efeito, não se pode confundir o pedido de impugnação do ato convocatório do pregão de que trata o art. 12 do Decreto 3.555/2000, conduzido no âmbito da Administração processante, com a representação endereçada a órgão de controle externo com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93. Assim, ainda que eventualmente o pedido de impugnação do edital apresentado fora do prazo possa ser considerado intempestivo por aqueles que conduziram o certame, tal intempestividade não obsta a representação por ilegalidades junto a esta Corte de Contas, como se dá neste caso específico.”

(TCU - RP: 00820020190, Relator: AUGUSTO NARDES, Data de Julgamento: 09/10/2019, Plenário)

8
M

920
8

Apelação Mandado de segurança Anulação administrativa da licitação da qual a impetrante sagrara-se parcialmente vencedora Ordem denegada Inconformismo Inexistência de direito líquido e certo do impetrante à contratação **Anulação que se justifica em razão de vício insanável no edital de licitação** Recurso improvido.

(TJSP; Apelação Cível 0159353-72.2006.8.26.0000; Relator (a): Castilho Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9.VARA; Data do Julgamento: 09/08/2011; Data de Registro: 12/08/2011)

14. Portanto, diante do **vício constante no edital que macula a obtenção de uma proposta vantajosa para o Poder Público em razão do desequilíbrio latente entre o peso atribuído para as notas das propostas de técnica e preço**, a anulação do certame é medida de rigor. Há, aqui, **restrição ao caráter competitivo**, o que não pode ser admitido.

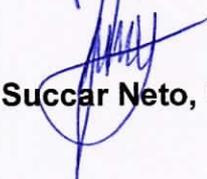
III -DOS PEDIDOS

15. Ante todo o exposto, **a Recorrente postula pela revisão da pontuação às propostas de preço e, subsidiariamente, anulação do presente certame em razão da existência de vício insanável**, com base na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, levando em consideração que o vício ora apontado é insanável e o entendimento majoritário dos Tribunais de Conta do Estado e da União.

Nestes termos, pede deferimento.

De São José dos Campos/SP para Jacareí/SP, 03 de julho de 2020.


Giuliano Mattos de Pádua, OAB/SP 196.016.


Elias Succar Neto, OAB/SP 405.854.