TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Comunicado ASCOM nº 10/2019

Resposta ao recurso contra resultado de sessão pública

Trata-se de recurso apresentado pela empresa Astronautas Filmes contra o resultado da Sessão Pública para contratação de empresa especializada na prestação de serviços de produção audiovisual para a Campanha Democracia Todo Dia, realizada na Sede do Tribunal Superior Eleitoral, na sala VSS35, às 14h, no dia 2 de setembro de 2019, na qual a empresa Nova Biruta sagrou-se vencedora.

1. Façamos breve relato dos fatos.

1.1. Ao final da sessão mencionada, a empresa Fabrika Filmes foi classificada em primeiro lugar, com uma proposta de preço de R$ 87.000,00 e tendo como nota final, que considerou avaliação técnica e preço, a pontuação de 282,00. Apesar disso, por ter ofertado preço com valor menor do que 50% da média das outras concorrentes, foi solicitado à empresa, com base no item 11.4 do edital, que comprovasse a viabilidade de sua proposta.

1.2. No dia posterior ao da realização da sessão, após análise mais detalhada do edital, a empresa Fabrika informou, por e-mail, que não poderia manter sua proposta, oferecendo-se para executar o serviço por R$ 167.000,00, valor que corresponde a 50% da média das propostas apresentadas. A oferta foi recusada, considerando que a empresa estaria sendo beneficiada pelo fato de já ter conhecimento das propostas das outras concorrentes, o que iria de encontro ao princípio da isonomia.

1.3. Além do fato de a empresa Fabrika ter declinado a sua proposta, ressalte-se que, com base em análise de valores de mercado e de propostas de contratações anteriores, a equipe técnica da Assessoria de Comunicação do TSE constatou que a proposta apresentada era, de fato, inexequível. Dessa forma, a empresa foi DESCLASSIFICADA e foi elaborada uma nova planilha com as propostas da Sessão, retirando a proposta desclassificada e mantendo as propostas das outras concorrentes, como apresentadas na sessão pública. Com o recálculo das notas, a empresa Astronautas, que havia ficado com a segunda colocação, quando a proposta da Fabrika ainda estava sendo considerada, permaneceu na mesma posição, enquanto a empresa Nova Biruta, que havia ficado na terceira colocação, passou a ser a primeira colocada, sendo declarada vencedora da Sessão.

1.4. Importante esclarecer que a mudança de classificação se deu pelo fato de a nota final das concorrentes levar em consideração tanto a nota atribuída à parte técnica quanto a nota de preço, sendo que a primeira considera premiações, experiências e atestados apresentados e a segunda é calculada com base no menor valor apresentado pelas concorrentes. A partir do momento em que a proposta da Fabrika foi desclassificada e retirada da planilha, a proposta de menor valor passou a ser a da Nova Biruta, que apresentou o menor preço, cuja nota, somada à nota técnica, fez com que ela tivesse a maior nota final. A fim de ilustrar o fato narrado, incluo abaixo duas tabelas com as notas das empresas citadas e, também, a fórmula do cálculo utilizado para obtenção da nota de preço.

Tabela 1 (considerando a proposta da Fabrika)

Empresa	**Nota Técnica** (somatório de pontos por atestados e premiações)	**Nota de Preço** (conforme cálculo 1 abaixo)	**Nota Final** (somatório das notas técnica e de preço, com seus respectivos pesos - Cálculo 2 abaixo)	**Classificação** (de acordo com a nota final)	**Preço Ofertado**
Fabrika	260,00	100,00	282,00	1ª	R$ 87.500,00
Astronaustas	315,00	27,43	223,56	2ª	R$ 319.000,00
Nova Biruta	295,00	30,49	215,41	3ª	R$ 287.000,00

Tabela 2 (após desclassificação da proposta da Fabrika)

Empresa	**Nota Técnica**	**Nota de Preço**	**Nota Final**	**Classificação**	**Preço Ofertado**
Nova Biruta	295,00	100,00	303,00	1ª	R$ 287.000,00
Astronautas	315,00	89,97	302,36	2ª	R$ 319.000,00

Cálculo 1 (para notas de preço): **N (NPe) = (mVG / VGe) x 100**

Onde:

NPe = nota na avaliação da proposta de preços da empresa
mVG = menor valor global entre as classificadas na habilitação técnica,
VGe = valor global apresentado pela empresa.

Cálculo 2 (para a nota final): **NFe = (NTe x 0,6) + (NPe x 3,15 x 0,4)**

Onde:

NFe = nota final da empresa
NTe = nota na avaliação da proposta técnica da empresa
NPe = nota na avaliação da proposta de preços da empresa

2.Passemos às alegações do recurso interposto pela empresa Astronautas e das contrarrazões apresentadas pela Nova Biruta, ressaltando que ambos foram apresentados tempestivamente.

2.1 A Recorrente, resumidamente, alega:

2.1.1. Que, considerando o art. 50, da Lei nº 8.666/93, que determina que "A administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade", caso a Fabrika não pudesse manter sua proposta ou tivesse sua habilitação jurídica/técnica confrontada, a segunda colocada (ou seja, a Recorrente) deveria ter sido convocada;

2.1.2. Que o fato de a empresa Fabrika ter declinado de sua proposta se assemelha a prática mal intencionada, conhecida como "coelho";

2.1.3. Que o edital prevê que o menor valor global, utilizado para cálculo da nota de preço, deve ser o "menor valor global entre as classificadas na habilitação técnica" e que todas as concorrentes foram habilitadas nessa fase, com nota maior do que a mínima estabelecida, ou seja, 55. Assim, a proposta da empresa Fabrika não poderia ter sido excluída da planilha, ao que questiona, também, como tal descarte poderia elevar a pontuação da Nova Biruta de 215 para 303;

2.1.4. Que, para que as demais concorrentes façam suas propostas, elas não podem ter conhecimento da proposta de menor valor, que balizará a nota de preço das demais, justamente o que aconteceu com a reclassificação ilegal (conforme considera a Recorrente);

2.1.5. Que o instrumento convocatório constitui Lei entre as partes e que a reclassificação acarretou em seu descumprimento, favorecendo a empresa que passou a ter nota 100, sem ter apresentado a menor proposta;

2.1.6. Que deve ser aberto processo administrativo para apurar a conduta das empresas Fabrika e Nova Biruta, com encaminhamento dos fatos ao Ministério Público;

"*todas as empresas foram devidamente pontuadas com a nota de avaliação técnica, acima da nota mínima prevista na TABELA 1 do instrumento convocatório, qual seja 55(...). Com a nota técnica acima da mínima, as empresas teriam suas propostas de preços devidamente analisadas, o que ocorreu com todas as concorrentes descritas na tabela. (...)* por disposição legal, caso a empresa FABRIKA não pudesse manter a sua proposta ou tivesse sua habilitação jurídica/técnica confrontada, a próxima empresa a ser avaliada seria única e exclusivamente a RECORRENTE, sob pena de NULIDADE, conforme deixa muito clara a disposição legal (...) Após ser convocada para a próxima fase da licitação, seguindo a ordem de classificação, a empresa FABRIKA declinou de sua proposta, alegando suposto erro de cotação, em conduta que se assemelha muito a utilização maliciosa do já conhecido "coelho ". Após este requerimento, a Comissão de licitação cometeu grave equívoco, sugerindo a necessidade de uma ilegal reclassificação das propostas, com os seguintes termos: (...). A reclassificação intencionada tomou por base a proposta de uma das concorrentes, notadamente aquela que posteriormente modificou a ordem de classificação e venceu o certame. Este ato acarreta evidente direcionamento do resultado, desprestigiando a ampla competitividade (...) A manobra alterou completamente a ordem de classificação e simplesmente ignorou a proposta de uma das empresas habilitadas tecnicamente, como se a FABRIKA nunca tivesse participado do certame. Com a nova classificação, a Recorrente mesmo com a pontuação técnica acima da NOVA BIRUTA foi mantida em segundo, modificando-se a ordem de classificação (...) Como uma desclassificação, posterior a habilitação técnica, poderia elevar a pontuação referente ao critério TÉCNICO e PREÇO da NOVA BIRUTA de 215 para 303 pontos? O questionamento, por si, é capaz de demonstrar a incoerência jurídica do ato administrativo praticado (...) a desistência da proposta da empresa FABRIKA não tem o condão de gerar a modificação na ordem de classificação. Isto porque o mVG é calculado com base '**no menor valor global entre as classificadas na habilitação técnica**' (...) o entendimento contrário ao mencionado favorecerá a empesa supostamente declarada vencedora e, pior, poderá privilegiar aventureiros. Isto porque como a forma de cálculo da NPe e NFe é conhecida dos licitantes, basta que uma empresa aventureira utiliza-se de preços muito abaixo do praticado no mercado para definir o percentual de pontuação de uma empresa parceira (essa sim com preço competitivo), após a abertura da ordem de classificação, aquela empresa "coelho" defini se desiste ou não da sua proposta. Esta conduta é muito conhecida pelos órgãos de fiscalização, tal qual o Tribunal de Contas da União. A proposta de preço inferior deve balizar a NOTA das demais concorrentes, conforme critério definido no Edital, posto que o menor valor sempre terá pontuação 100. Assim, para que os demais façam suas propostas no sentido de maior concorrência não se pode conhecer a proposta que terá valor 100. Assim, para que os demais façam suas propostas no sentido de maior concorrência não se pode conhecer a proposta que terá valor 100, justamente o que aconteceu com ilegal reclassificação. (...) O instrumento convocatório do procedimento licitatório constitui Lei entre as partes, sendo certo que 'ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia' (...) A inobservância dos dispositivos previstos no instrumento convocatório, referentes a forma de classificação pela Ilma. Comissão de Licitação acarreta o descumprimento do edital e desrespeito ao princípio da isonomia, em virtude do favorecimento da empresa que passa a ter sua proposta corno a média 100, sem ao menos ter apresentado o menor preço. (...) A conduta da empresa FABRIKA deve ser apurada, justamente para se verificar se a desistência da proposta não foi algo previamente arquitetado, para burlar a ordem de classificação e ter ciência do NPe que poderia ser aplicado APÓS abertura dos envelopes (...) A FABRIKA pode ter atuado para favorecer a empresa NOVA BIRUTA, na suposta ação de "coelho ", definindo uma proposta intrigantemente 70% inferior e com números idênticos na casa milesimal. O caso merece abertura de processo administrativo para apurar responsabilidades (...) Ressalta-se que a pena de inidoneidade também pode ser aplicada em casos como tais. A desistência da proposta atrapalhou o procedimento, causou o retardamento do mesmo e pode impedir a contratação da proposta muito mais vantajosa para a administração, valendo-se do critério técnica e preço. Diante da comprovação dos elementos subjetivos e objetivos que consubstanciam o tipo, pleiteia-se pela abertura de procedimento administrativo em face da empresa FABRIKA e NOVA BIRUTA e o envio destes fatos ao Ministério Público".

2.1.7. Por fim, a Recorrente requer que seja dado provimento ao recurso, anulando-se o ato de reclassificação das propostas e declarando a Recorrente como vencedora. Caso isso não ocorra, que ele seja apreciado pela Autoridade Superior. Também informa que, em última instância, se o recurso não vier a ser a ser aceito, acionará os órgãos de controle judiciário:

> "que SEJA DADO PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO, PARA DECLARAR NULO O ATO DE RECLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS, garantindo, assim, o respeito aos princípios basilares do procedimento, notadamente o da ampla competitividade e DECLARANDO A EMPRESA RECORRENTE VENCEDORA DO CERTAME. Requer ainda que seja analisada a situação da desistência da proposta da empresa FABRIKA FILMES LTDA, com suposta intenção de favorecer a empresa NOVA BIRUTA FILMES - PRODUÇÃO E COMUNICAÇÃO LTDA, com a abertura de processo administrativo punitivo, nos termos descritos. Caso assim não entenda, requer o encaminhamento da presente peça à Autoridade Superior, nos termos da lei, para conhecimento e acolhimento da presente peça. Na pior das hipóteses, caso não seja dado provimento ao recurso, evidentemente a decisão administrativa não prevalecerá perante os órgãos de fiscalização e o poder judiciário, o que também será adotado para apuração das condutas supostamente ilegais noticiadas.

2.2. Na apresentação de suas contrarrazões, a empresa Nova Biruta defende:

2.2.1. Que as disposições do Edital foram respeitadas, uma vez que seu item 11.4 previa que as propostas abaixo de 50% do valor da média das outras propostas poderiam ser desclassificadas;

2.2.2. Que a Recorrente se indigna com a violação da ampla competitividade, quando na verdade pretende uma competição que inclui uma proposta inexequível;

2.2.3. Que a Ata da Sessão não previu expressamente que a Recorrente era a segunda colocada, pois a tabela anexa a ela trazia as notas tais como atribuídas naquele momento, dependendo ainda, contudo, de análise da exequibilidade das propostas;

2.2.4. Que a nenhuma das licitantes foi dada oportunidade de apresentar novas propostas ou em condições privilegiadas;

2.2.5. Que manter a proposta considerada inexequível teria apenas o condão de favorecer a Recorrente;

2.2.6. Que o erro alegado pela Fabrika em seu e-mail é plausível, uma vez que em apenas um dos itens não estava prevista a disposição "interagindo com imagens captadas";

2.2.7. Que não há razão para se pressupor ter havido conluio entre a Fabrika e a Nova Biruta;

2.2.8. Que a prática do "coelho" citada pela concorrente é típica de casos de pregão e envolve disputa de preços entre as duas primeiras colocadas.

"É evidente que o Poder Público deve observar as disposições constantes do edital, tal como preceituam, em especial, os art. 3º, *caput1* e art. 41, *caput2*, da Lei 8.666/93. E foi exatamente o que fez, ao observar o item 11.4: 'Com o objetivo de resguardar a segurança e viabilidade da prestação de serviços objeto desta Sessão Pública, assim como a compatibilidade e coerência com os preços praticados pelo mercado, a
critério da administração, poderão ser desclassificadas propostas de preços de valor menor do que 50% da média das outras propostas.' (...) Assim, na ATA Nº 3/2019 ASCOM/PRESI (Anexo 02), ata da sessão pública para apresentação de propostas, restou consignada a seleção da proposta da empresa Fabrika, desde que: 'Com base no item 11.4 do edital, por ter apresentado proposta de preço menor do que 50% da média das outras concorrentes, a empresa Fabrika terá que apresentar, até às 12h do dia 03 de setembro, comprovação da viabilidade de sua proposta'. Ocorre que tal comprovação não ocorreu, uma vez que a empresa Fabrika percebeu/admitiu seu erro em e-mail de 3 de setembro de 2019. (...) Em decorrência da inexequibilidade da proposta em questão, ela restou desclassificada, prosseguindo o certame unicamente com as propostas exequíveis. Propostas estas que, enfatiza-se desde já, apesar de óbvio: são exatamente as mesmas apresentadas no inicia do certame. A Recorrente se indigna com a violação à ampla competitividade, quando na verdade pretende uma competição que inclui uma proposta inexequível. Como apontado no subitem anterior, admitida a inexequibilidade de determinada proposta, esta restou desclassificada.(...)E como pode o cálculo da proposta mais vantajosa depender de uma proposta inexequível, que foi desclassificada? Evidentemente que não pode. Assim, não é preciso inteligência ímpar para entender o que aconteceu: diante da desclassificação da proposta inexequível, o TSE procedeu ao cálculo da proposta mais vantajosa, nos termos do edital e segundo os critérios e fórmulas ali previstos (itens 8.7 e 9.1), chegando à proposta da NOVA BIRUTA como a mais vantajosa e, portanto, vencedora."(...) em momento algum a Ata previu expressamente que a Recorrente era a segunda colocada. A tabela anexa à Ata indicou as notas tal como atribuídas naquele momento, mas, como mencionado, a escolha ainda dependia da exequibilidade das propostas – o que não se confirmou. Mais do que isso, em momento algum a Ata consignou que, diante da desclassificação da proposta da FABRIKA , a Recorrente seria convocada. Assim, diferentemente do que afirma em seu recurso, não houve uma "ordem de classificação homologada para a disputa" (...) Excluída a proposta inexequível, procedeu-se à avaliação das propostas e à seleção daquela mais vantajosa. No mais, a nenhuma das licitantes foi dada a oportunidade de apresentar novas propostas ou em condições privilegiadas, tampouco havendo que se falar em violação à igualdade das condições de participação ou à isonomia. (...) A recorrente insiste na tese de que foi prejudicada por um conluio entre as outras empresas. O que ela pretende, no fundo, é se beneficiar justamente de proposta assumidamente inexequível e que sugere como "aventureira" (...) Não faz sentido que uma proposta inexequível decida a ordem de classificação das empresas, menos ainda a vencedora. Manter uma proposta inexequível na disputa, nesse caso, teria apenas o condão de favorecer a Recorrente (...) Ao que é possível vislumbrar, o erro alegado pela FABRIKA tem sua razão de ser, eis que o edital previa, dentre os produtos a serem entregues: (...) Ou seja, apenas no item 5.4 não constava a disposição "interagindo com as imagens captadas". A leitura apressada, por parte da empresa Fabrika, parece ter feito com que ela apresentasse uma proposta sensivelmente menor que a das demais empresas e, assumidamente, inexequível (...) Não se trata, assim, de fazer elucubrações sobre a atuação da empresa FABRIKA e eventual conluio com a NOVA BIRUTA (...) A prática do "coelho" que a Recorrente imputa, levianamente, à empresa FABRIKA em conluio com a NOVA BIRUTA, é típica de casos de pregão e envolve, portanto, disputas de preços, entre as duas primeiras colocadas, como afirma o Tribunal de Contas da União: (...) A empresa que alega ter ficado em segundo lugar, e que gostaria de se beneficiar de uma proposta inexequível certamente não é a NOVA BIRUTA.(...) A recorrente foi leviana ao sugerir o cometimento de ilegalidade por parte da NOVA BIRUTA, inclusive, em conluio com uma das outras licitantes, sugerindo a abertura de processo administrativo punitivo, e pode se sujeitar às medidas judiciais cabíveis, de forma a reparar tal ataque infundado. (...) Cabe à Recorrente ser mais cuidadosa nas afirmações que lança, com o intuito de sagrar-se vencedora da disputa, sob pena de vir a enfrentar questões criminais (...).

3. Após análise dos argumentos apresentados no recurso da empresa Astronautas e nas contrarrazões da empresa Nova Biruta, consideramos o seguinte:

3.1. Como já esclarecido, os critérios de julgamento definidos no Edital da Sessão Pública em comento levaram em consideração a nota de avaliação técnica e a nota de preço das concorrentes, tendo a nota técnica peso de 60% na nota final e a de preço, 40%. Ressalte-se que a fórmula para cálculo da nota de preços foi balizada pelo menor valor ofertado pelas concorrentes. A escolha desse tipo de julgamento se deu com o fim de selecionar uma empresa detentora de experiência na área, visando à obtenção de um produto de qualidade, sem, contudo, desconsiderar o princípio da economicidade. Assim, a desclassificação da empresa Fabrika, com base no item 11.4 do Edital, ensejou a retirada de sua proposta da planilha, uma vez que uma proposta manifestamente inexequível interferiria consideravelmente no equilíbrio desejado entre técnica e preço, deturpando o objetivo do certame. Ressalte-se que a exclusão da proposta da Fabrika não foi resultado apenas do seu declínio em mantê-la. A proposta nem sequer chegou a ser aceita, uma vez que a ata da Sessão condicionara o aceite da proposta à comprovação de sua exequibilidade.

3.2. Apesar do que é alegado pela Recorrente, não vislumbramos como a oferta e posterior declínio de manutenção de proposta inexequível por parte da Fabrika poderia beneficiar a empresa Nova Biruta. Caso a Fabrika não tivesse participado da Sessão, a proposta da Nova Biruta teria sido declarada vencedora desde o primeiro momento. Nessa linha, a manutenção da proposta inexequível na planilha beneficiaria, na verdade, a Recorrente, que ficaria em segundo lugar, sendo chamada para executar o objeto, mesmo tendo apresentado proposta de preço superior em R$ 32.000,00 à da terceira colocada. Com a exclusão da proposta inexequível da planilha, houve recálculo automático das notas, sagrando-se vencedora a Nova Biruta, que teve nota final maior, por ter apresentado a menor proposta de preço entre aquelas exequíveis e ainda alcançar uma nota alta na avaliação técnica, embora inferior à da Recorrente, alcançando, assim, o equilíbrio buscado pelos critérios de julgamento definidos.

3.3. Em nenhum momento houve desrespeito às regras estabelecidas no Edital. O item 8.7, de fato, estabelecia que as propostas de preço receberiam nota com base no menor valor global entre as concorrentes aptas na habilitação técnica; o 11.4, porém, determinava a desclassificação de propostas de valor menor do que 50% da média das outras apresentadas. Não seria razoável manter em planilha uma proposta desclassificada, que alteraria sensivelmente a dinâmica de disputa entre as concorrentes. Em um certame com critérios de julgamento baseados unicamente no preço ofertado, de fato, seria um caso apenas de se convocar a segunda colocada na disputa, porém, como já dito, o tipo de objeto demandava o equilíbrio entre técnica e preço.

3.4 Seguindo a linha de raciocínio do parágrafo anterior, seria possível que uma empresa tivesse apresentado proposta de preço consideravelmente menor do que a segunda colocada, ainda que com nota técnica inferior, porém dentro do mínimo estabelecido. Uma empresa nessas condições teria sido prejudicada pela apresentação de proposta inexequível. E foi exatamente o que ocorreu. Com a exclusão da proposta da Fabrika, a nota final da Nova Biruta se mostrou aquela com melhor equilíbrio entre técnica e preço. Ademais, diferentemente do que foi alegado pela Recorrente, a reclassificação não implicou em dar oportunidade às concorrentes de apresentarem novas propostas. O recálculo das notas, com a consequente reclassificação, foi todo realizado utilizando as propostas apresentadas na Sessão, inclusive com as mesmas fórmulas.

3.5. Quanto à sugestão de abertura de processo administrativo para apurar a conduta das empresas Fabrika e Nova Biruta, não se vislumbra tal necessidade, uma vez que não identificamos indícios de que as concorrentes tenham atuado para tentar fraudar a Sessão. Como já esclarecido, não há evidências de que a participação da empresa Fabrika tenha beneficiado a Nova Biruta. Caso a Fabrika não tivesse sequer chegado a participar do certame, a Nova Biruta teria sido declarada vencedora logo ao final da Sessão, não sendo necessário aguardar até que fosse analisada a exequibilidade da proposta da primeira colocada. Pelo contrário, como também já explanado, a participação da empresa Fabrika, caso sua proposta tivesse sido mantida na planilha mesmo após sua desclassificação, beneficiaria, sim, a Recorrente, a quem seria entregue o objeto da Sessão, mesmo não tendo tido a proposta com melhor equilíbrio entre técnica e preço.

4. Pelo exposto, registro que não observou-se ilegalidade na condução da Sessão ou na declaração do resultado. A ordem de classificação final, contendo apenas propostas válidas, foi respeitada e todos os atos praticados buscaram atender aos princípios que norteiam a atuação da Administração, observando as disposições legais e editalícias. Com isso, inclusive, foi selecionada, por fim, a proposta mais econômica entre aquelas exequíveis.

4.1. Embora não tenham sido verificados indícios de atuação da empresa Fabrika para beneficiar a Nova Biruta, concede-se à Recorrente a possibilidade de apresentar comprovações da infração atribuída por ela às demais concorrentes citadas, quando, então, serão adotadas as providências cabíveis para apuração e encaminhamento ao Ministério Público.

4.2. Por fim, comunico que, pelas razões apresentadas, considerou-se improcedente o recurso da empresa Astronautas, manteve-se o resultado final publicado e, atendendo a pedido da Recorrente, encaminhou-se o recurso para apreciação pela autoridade superior.

ANA CRISTINA MACHADO DA ROSA
ASSESSOR(A)-CHEFE

Documento assinado eletronicamente em **27/09/2019, às 14:32**, conforme art. 1º, §2º, III, b, da Lei 11.419/2006.

A autenticidade do documento pode ser conferida em https://sei.tse.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0&cv=1148686&crc=789A112E, informando, caso não preenchido, o código verificador **1148686** e o código CRC **789A112E**.