

ORIENTAÇÃO N.º 192/2023

TCE/SP RECONHECE QUE HÁ CERTA SUBJETIVIDADE NATURAL NO JULGAMENTO DE PROPOSTAS TÉCNICAS

Orientação

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE/SP, no **TC 027253.026.10¹**, decidiu que em licitações do tipo técnica e preços, o julgamento das propostas técnicas carrega certa subjetividade, especialmente quando se tratam de contratações de objetos predominante intelectuais, complexos, veja:

EMENTA: RECURSOS ORDINÁRIOS. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONTRATO. LICITAÇÃO DO TIPO TÉCNICA E PREÇO. VALORAÇÃO DA PROPOSTA TÉCNICA EM CONSONÂNCIA COM AS RECOMENDAÇÕES JURISPRUDENCIAIS. CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO RAZOAVELMENTE OBJETIVOS E CONCRETOS. AMPLO UNIVERSO CONCORRENCIAL. RECOLHIMENTO ANTECIPADO DA GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO. CONDUTA PASSÍVEL DE RELEVAMENTO À LUZ DO ENTENDIMENTO PREPONDERANTE À ÉPOCA DOS FATOS. CANCELAMENTO DAS MULTAS. PROVIMENTO. Em licitações do tipo técnica e preço, o julgamento de propostas técnicas que busquem a resolução de problemas complexos, dotados de natureza predominantemente intelectual, tolera certo grau de subjetividade, desde que estabelecidos parâmetros mensuráveis, exaustivamente motivados e condizentes com a qualidade e competência esperadas.

Nota CPAJ: *Destacou o e. Relator que "a abrangência de metodologias de ações integradas, participativas e customizadas à demanda de cada comunidade sujeita às vicissitudes da realocação em moradias transitórias e definitivas descortina a complexidade do tema, cuja natureza predominantemente intelectual permite maior valorização das propostas técnicas em detrimento dos preços, a juízo discricionário da Administração".*

Essa não foi a primeira vez que o Tribunal reconhece que, naturalmente, os critérios de pontuação técnica carregam certa subjetividade, a construção dessa interpretação perpassa, também, pelo **TC 013619.989.21-3²**:

06 TC-013619.989.21-3 RECURSO ORDINÁRIO (ref. TC-010410.989.17-2 e outros) TC019465.989.18-4, TC-009079.989.18-2 e TC-009894.989.17-7)

[...]

Percebe-se, daí, e é de todo conveniente ressaltar, que **é inevitável a presença de certa subjetividade na avaliação da Comissão de Licitação,**

¹ Disponível em: https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/919504.pdf. Acessado no dia 14 de setembro de 2023.

² Disponível em: https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/914128.pdf. Acessado no dia 14 de setembro de 2023.

já que se trata de análise técnica e apreciação discricionária (discricionariedade técnica).

Em reforço à minha convicção, não é demais a transcrição do excerto citado pela recorrente destacando pronunciamento do eminente Conselheiro Renato Martins Costa, neste Plenário, quando do julgamento do TC1165/989/15, confira-se:

“É muito difícil, senão impossível, escapar-se de certo grau de subjetividade quando se aprecia técnica. Algum resíduo de subjetividade há de remanescer na análise técnica. Nesse sentido, o que me parece devamos sinalizar ao administrador é tentar situar a sua decisão administrativa no amplo campo da discricionariedade da análise técnica, e evitar apenas arbitrariedades de interpretações ou de conceitos que não tenham uma sustentação na própria realidade.

Sendo assim, parece-me difícil que escapemos da verificação dos conceitos que o Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues aqui tão bem colocou.”

E se tal realidade é inerente a esse tipo de avaliação, é certo que ela pode ser reduzida, à medida que o instrumento convocatório estabelece parâmetros específicos e objetivos para o julgamento das propostas, como é o caso.

[destacamos]

Portanto, é reconhecido pelo Tribunal que o estabelecimento de critérios de pontuação técnica e a análise desses critérios, guardam, naturalmente, certo grau de subjetividade, seja pelo objeto a ser contratado, seja pela visão da Administração sobre os pontos de atenção a serem avaliados, seja pela própria avaliação da comissão nomeada.

É claro que essa subjetividade mínima não pode ensejar em arbitrariedades, sempre que possível, os critérios devem ser escalonados e justificados no processo interno, tornando o processo de avaliação mais objetivo possível. A busca pelo julgamento objetivo sempre deverá existir. Esses fundamentos dão importante panorama para compreender certas impugnações ou reclamações, que, por vezes, sustentam subjetividades em critérios técnicos adotados pelo Poder Público ou no processo de aplicação desses critérios, na avaliação das propostas.

Técnica e preços na Lei 8.666

O tipo técnica e preços, na antiga Lei [Lei Federal nº 8.666/1993], está previsto nos artigos 45 e 46:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

[...]

III - a de técnica e preço.

[...]

Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no §4º do artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

[...]

§ 2º Nas licitações do tipo "técnica e preço" será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

II - a classificação 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.

Técnica e preços na Lei 14.133

Já na Nova Lei, são os artigos 33, IV, 35, 36 e 37, que estabelecem o “critério de julgamento melhor técnica e preço”:

Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:

[...]

IV - técnica e preço;

[...]

Art. 35. O julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico considerará exclusivamente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes, e o edital deverá definir o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores.

Parágrafo único. O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo poderá ser utilizado para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística.

Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

§ 1º O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação

da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

[...]

Art. 37. O julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por:

I - verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados;

II - atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues;

III - atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferida nos documentos comprobatórios de que trata o § 3º do art. 88 desta Lei e em registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Conclusão

Ante o exposto, S.M.J., conclui-se que o Tribunal Paulista de Contas tem reiterado a posição já emanada em algumas oportunidades, no sentido de se reconhecer que há certa subjetividade na escolha de critérios de pontuação técnica e no processo de aplicação desses critérios, uma subjetividade natural. O julgamento objetivo é um horizonte indispensável, e por isso, tornar o processo de avaliação previamente anunciado, destacar os pontos que serão avaliados, escalonar as notas que serão atribuídas e nomear avaliadores/comissão, são ações que buscam trazer objetividade ao certame e que devem ser praticadas, especialmente sobre as análises de propostas técnicas, mas que não eliminam ao todo as subjetividades que são naturais ao tipo licitatório.

Adamantina/SP, 14 de setembro de 2023.

Leonardo Vieira de Souza

Consultor Responsável pela Elaboração

José Carlos Pacheco de Almeida

Responsável pela Revisão e Aprovação