

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE ALTO ALEGRE DO PINDARÉ – MA

PROCESSO Nº: 394/2023/PMAAP/MA

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 039/2023/CPL/PMAAP/MA

Folhas nº 984
Processo nº 394
Publicado em 14/04/2023

ORGANISANT CONSULTORIA EMPRESARIAL E EVENTOS LTDA, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ do Ministério da Fazenda sob o nº 38.010.505/0001-00, estabelecida no Setor SCS QD. 06, BL. A LT. 110, sala 308, Asa Sul, CEP 70324-900, na cidade de Brasília, Distrito Federal, representada por seu responsável legal ÁTILA FEITOSA CASTELO BRANCO DANTAS, portador da carteira profissional nº 12885 – OAB/MA, 25.032 – OAB/DF e inscrito no CPF sob o nº 810.434.493-53, residente e domiciliado nesta cidade, doravante denominada Recorrida, vem, com fulcro no Art. 4º, XVIII da Lei 10.520/02 e Subitem 10.2.3. do respectivo Edital, à presença de Vossa Senhoria, na melhor forma do Direito, observando os princípios constitucionais basilares de todo e qualquer procedimento licitatório, apresentar as

CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO

apresentado pela Recorrente **INOVE CURSOS E TREINAMENTOS ASSESSORIA LTDA**, CNPJ nº 47.011.871/0001-74, já qualificada em respectivo recurso, face à decisão do senhor pregoeiro na prefeitura municipal de Alto Alegre do Pindaré que declarou a Recorrida vencedora do certame em epígrafe.

Folhas nº 985
Processo nº 381
Publicação nº 4

I – DA ADMISSIBILIDADE DAS CONTRARRAZÕES

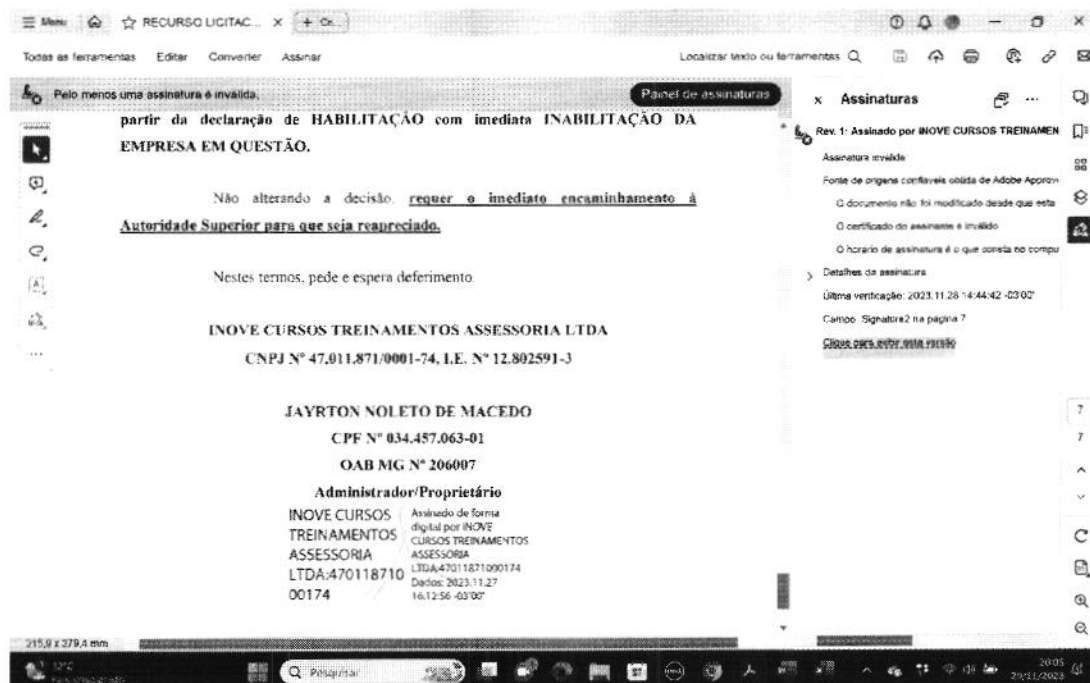
A doutrina aponta como pressupostos das CONTRARRAZÕES: a existência de um recurso administrativo que visa a anulação da decisão da autoridade administrativa, devendo ser tempestiva e devidamente fundamentada, contrapondo os pedidos do respectivo recurso administrativo.

Sendo assim, contrarrazão-a-se amplamente justificado pelos dispositivos legais atinentes, conforme os termos do art. 4º, XVIII da Lei 10.520/02 e 11.2.3. do respectivo Edital, vide: “será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias”.

Destarte, a presente contrarrazões é tempestiva e, portanto, devendo ser recebida e, como será vista mais a frente, seus fundamentos acolhidos. Vide ata: “22/11/2023 09:51:52 - Sistema - O prazo para recursos no processo foi definido pelo pregoeiro para 27/11/2023 às 18:00, com limite de contrarrazão para 30/11/2023 às 18:00.”

III – DO RECURSO APÓCRIFO

O recurso protocolado foi assinado através do software adobe acrobat. Ao abrir o arquivo, a primeira notificação que se recebe é que a assinatura é inválida, vide:



Vide o que a jurisprudência de diversos Tribunais entendem do assunto:

STF.¹

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO

OBJETIVO. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apócrifa, a inexistência do documento. 2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência. 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso.

TRT-10.²

RECURSO ORDINÁRIO. VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO. ASSINATURA DIGITALIZADA. "(...) As procurações (...) por meio das quais se pretendia conferir poderes (...) não detêm validade legal, vez que a assinatura aposta se deu por meio digital sem a devida autenticação. Trata-se de assinatura digitalizada impressa por meio eletrônico, podendo-se afirmar que tais documentos não foram, de fato, assinados; não sendo, sequer, cópia passível de autenticação. (...) Não conheço, pois, do referido apelo, assim como de suas respectivas contrarrazões porquanto prejudicadas." (Processo: 00205-2010-811-10-00-0 RO - Ac. 1ª Turma - Rel. Juiz PAULO HENRIQUE BLAIR - Julgado em 09/11/2010).

TRT-10.³

"(...) As procurações (...) por meio das quais se pretendia conferir poderes (...) não detêm validade legal, vez que a assinatura aposta se deu por meio digital sem a devida autenticação. Trata-se de assinatura digitalizada impressa por meio eletrônico, podendo-se afirmar que tais documentos não foram, de fato, assinados; não sendo, sequer, cópia passível de autenticação. (...) Não conheço, pois, do referido apelo, assim como de suas respectivas contrarrazões porquanto prejudicadas."

TCEMG:⁴

"[...].

Além disso, nos documentos acima citados, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais analisou o mérito da questão, objeto da presente análise, tão somente no que concerne à ausência de assinatura na proposta comercial da ora denunciante, matéria sobre a qual este Órgão Técnico, na análise inicial de fls.

¹ RMS 23640/DF

² TRT-10 00001487320115100017 DF, Data de Julgamento: 15/06/2011, Data de Publicação: 24/06/2011

³ Processo: 00205-2010-811-10-00-0 RO - Ac. 1ª Turma - Rel. Juiz PAULO HENRIQUE BLAIR - Julgado em 09/11/2010

⁴ TCEMG – Denúncia 850985

72 a 74, se pronunciou no mesmo sentido: 'Estando a proposta sem assinatura do proponente, fica ela destituída de valor para fins de licitação, por se tratar de documento apócrifo.'
[...]."

De boa-fé reconhece-se que, no pregão eletrônico, acessa-se a plataforma mediante login e senha do usuário, todavia, é fato que a assinatura não é válida e que a jurisprudência pátria entende que recursos como estes são apócrifos.

II – DO FICHAMENTO DO CHAT

Seguem abaixo os trechos pertinentes do chat mais recentes que tem pertinência com o recurso e contrarrazões:

Chat

27/11/2023 16:58:51 - Sistema - O fornecedor INOVE CURSOS TREINAMENTOS ASSESSORIA LTDA - ME enviou recurso para o lote 0006.

27/11/2023 16:50:21 - Sistema - O fornecedor INOVE CURSOS TREINAMENTOS ASSESSORIA LTDA - ME enviou recurso para o lote 0004.

27/11/2023 16:40:59 - Sistema - O fornecedor INOVE CURSOS TREINAMENTOS ASSESSORIA LTDA - ME enviou recurso para o lote 0005.

27/11/2023 16:37:47 - Sistema - O fornecedor INOVE CURSOS TREINAMENTOS ASSESSORIA LTDA - ME enviou recurso para o lote 0003.

27/11/2023 16:27:53 - Sistema - O fornecedor INOVE CURSOS TREINAMENTOS ASSESSORIA LTDA - ME enviou recurso para o lote 0002.

27/11/2023 16:15:35 - Sistema - O fornecedor INOVE CURSOS TREINAMENTOS ASSESSORIA LTDA - ME enviou recurso para o lote 0001.

22/11/2023 09:51:52 - Sistema - O prazo para recursos no processo foi definido pelo pregoeiro para 27/11/2023 às 18:00, com limite de contrarrazão para 30/11/2023 às 18:00.

[...].

22/11/2023 09:50:06 - Sistema - Intenção: Declaro minha intenção de recurso, visto que a empresa ORGANISANT CONSULTORIA EMPRESARIAL E EVENTOS LTDA, apresentou composição de custos incompatível e preços inexequíveis incapazes de executar as demandas de serviços.

22/11/2023 09:50:06 - Sistema - Intenção de recurso foi deferida para o lote 0001.

22/11/2023 09:27:15 - Sistema - O fornecedor INOVE CURSOS TREINAMENTOS ASSESSORIA LTDA - ME declarou intenção de recurso para o lote 0006.

22/11/2023 09:26:53 - Sistema - O fornecedor INOVE CURSOS TREINAMENTOS ASSESSORIA LTDA - ME declarou intenção de recurso para o lote 0005.

22/11/2023 09:26:32 - Sistema - O fornecedor INOVE CURSOS TREINAMENTOS ASSESSORIA LTDA - ME declarou intenção de recurso para o lote 0004.

22/11/2023 09:26:10 - Sistema - O fornecedor INOVE CURSOS TREINAMENTOS ASSESSORIA LTDA - ME declarou intenção de recurso para o lote 0003.

22/11/2023 09:25:40 - Sistema - O fornecedor INOVE CURSOS TREINAMENTOS ASSESSORIA LTDA - ME declarou intenção de recurso para o lote 0002.

22/11/2023 09:25:17 - Sistema - O fornecedor INOVE CURSOS TREINAMENTOS ASSESSORIA LTDA - ME declarou intenção de recurso para o lote 0001.

[...]

21/11/2023 16:04:29 - Sistema - Para o lote 0001 foi habilitado e declarado vencedor o fornecedor ORGANISANT CONSULTORIA EMPRESARIAL E EVENTOS LTDA.

21/11/2023 16:04:19 - Pregoeiro - Sendo assim, tendo em vista que já havia sido aceita a proposta formulada pela empresa supracitada, procedo na sequência, sua habilitação no sistema.

21/11/2023 16:04:12 - Pregoeiro - Senhores fornecedores, informo que a empresa ORGANISANT CONSULTORIA EMPRESARIAL E EVENTOS LTDA classificada para o Lote 1, apresentou a documentação de habilitação de acordo com o previsto no Edital, bem como, em consulta ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores 13 SICAF constatou-se que esta possui nenhum impedimento/proibição de contratar com o poder público, devendo nesse ato ser certificado e anexado ao processo os parâmetros de pesquisa realizada junto a respectiva plataforma.

[...]

21/11/2023 16:02:06 - Pregoeiro - Boa tarde, Senhores fornecedores, retomando os trabalhos do PE SRP nº 039/2023.

21/11/2023 14:13:49 - Pregoeiro - Retornando os trabalhos no dia de hoje, às 16:00hs. Não deixem de acompanhar as sessões. Até lá!

21/11/2023 14:13:36 - Pregoeiro - Senhores licitantes, a sessão será suspensa para análise da planilha de composição de custos das empresas detentoras dos menores preços quanto aos Lotes 3 e 4, e da documentação de habilitação das empresas detentoras do menor preço quanto aos Lote 1, 2 e 5.

[...]

21/11/2023 14:04:07 - Sistema - O valor vencedor para o lote 0001 foi alterado para R\$ 699.992,00 para corresponder a proposta readequada.

21/11/2023 14:04:07 - Sistema - A proposta readequada enviada para o lote 0001 foi aprovada pelo Pregoeiro.

21/11/2023 14:03:51 - Pregoeiro - A outro tanto, a empresa ORGANISANT CONSULTORIA EMPRESARIAL E EVENTOS LTDA detentora do menor preço quanto ao Lote 01 apresentou conforme solicitado a sua composição de custos, promoverei a aceitação da proposta formulada pela empresa supracitada.

21/11/2023 14:03:41 - Pregoeiro - Outrossim, informo que a empresa EXECUTE ASSESSORIA ADMINISTRATIVA, INFORMATICA, CONTABILIDADE, AUDITORIA E PERICIA LTDA detentora do menor preço quanto ao Lote 04, apresentou sua proposta readequada, bem como, apresentou uma planilha de composição de custos.

21/11/2023 14:03:32 - Pregoeiro - De início, informo que a empresa VITAE - CURSOS PROFISSIONALIZANTES LTDA detentora do menor preço quanto ao Lote 03, apresentou sua proposta readequada, bem como, apresentou uma planilha de composição de custos.

21/11/2023 14:03:14 - Pregoeiro - Boa tarde, Senhores fornecedores, retomando os trabalhos do PE SRP nº 039/2023.

[...]

17/11/2023 09:14:40 - Pregoeiro - Retornando os trabalhos no dia de hoje, às 14:00hs. Não deixem de acompanhar as sessões. Até lá!

21/11/2023 09:14:28 - Pregoeiro - Senhores licitantes, a sessão será suspensa neste momento em função da abertura de prazo para envio da documentação solicitada quanto aos Lotes 3 e 4, para análise da planilha de composição de custos das empresas detentoras dos menores preços quanto aos Lotes 1, 2 e 5, e da documentação de habilitação da empresa detentora do menor preço quanto ao Lote 6.

[...]

17/11/2023 09:16:59 - Sistema - A data limite de envio de proposta readequada para o lote 0001 foi definida pelo pregoeiro para 17/11/2023 às 11:16.

17/11/2023 09:16:38 - Pregoeiro - Desta feita, tendo em vista a desclassificação da licitante que ofertou o menor preço para o lote 01, em virtude da não apresentação da composição de custos ou documentos que comprove a exequibilidade, convoco no prazo de 2 (duas) horas a Empresa subsequente para que apresente a proposta de preços adequada ao seu último lance, em arquivo único, por meio da opção enviar anexo do sistema, conforme modelo contido no anexo III do edital, e tomando por base que o preço ofertado ficou em 65,34 do valor orçado pelo Município, ou seja, abaixo de 70 do valor orçado, o que denota em juízo perfunctório possibilidade de inexequibilidade da proposta, razão pela deve junto com proposta apresentar composição de custos, discriminando os valores dos custos, bem como, outros documentos passíveis de comprovar a exequibilidade da proposta, sob pena de ter o lance desclassificado, conforme item 7.3. do Edital e art. 43, 'PAR' 3º, da Lei n.º 8.666/93.

17/11/2023 09:11:28 - Pregoeiro - Tendo em vista o silêncio das licitantes quanto a possibilidade de negociação, razão pela qual entendo como desinteresse tácito, damos continuidade ao certame.

17/11/2023 09:05:00 - Sistema - Motivo: Dando continuidade ao certame convoco, solicito em razão do disposto no art. 38 do decreto 10.024/2019 que verifique a possibilidade de reduzir o valor da sua proposta.

[...]

17/11/2023 09:03:58 - Sistema - Foi aberta negociação para o lote 0001. O prazo é até às 09:08 do dia 17/11/2023

[...]

17/11/2023 09:01:16 - Sistema - O lote 0001 tem como novo arrematante ORGANISANT CONSULTORIA EMPRESARIAL E EVENTOS LTDA com lance de R\$ 700.000,00.

[...]

17/11/2023 09:01:00 - Pregoeiro - De início, informo que a empresa T M M PRAZERES LTDA detentora dos menores preços quanto aos Lotes 01 e 05 não apresentou sua proposta readequada, razão pela qual, deve ter suas propostas desclassificadas, e convocada empresas remanescentes.

17/11/2023 09:00:43 - Pregoeiro - Bom dia, Senhores fornecedores, retomando os trabalhos do PE SRP nº 039/2023.

[...]

16/11/2023 16:41:59 - Sistema - A data limite de envio de proposta readequada para o lote 0001 foi definida pelo pregoeiro para 17/11/2023 às 08:42.

16/11/2023 16:41:48 - Pregoeiro - Dito isto, tomando por base o fim do expediente às 18:00hs, o prazo para envio da documentação encerra-se amanhã às 8:42hs.

16/11/2023 16:39:46 - Pregoeiro - Desta feita, tendo em vista a desclassificação da licitante que ofertou o menor preço para o lote 01, em virtude da não apresentação da composição de custos ou documentos que comprove a exequibilidade, convoco no prazo de 2 (duas) horas a Empresa subsequente para que apresente a proposta de preços adequada ao seu último lance, em arquivo único, por meio da opção enviar anexo do sistema, conforme modelo contido no anexo III do edital, e tomando por base que o preço ofertado ficou em 49,90 do valor orçado pelo Município, ou seja, abaixo de 70 do valor orçado, o que denota em juízo perfunctório possibilidade de inexecuibilidade da proposta, razão pela deve junto com proposta apresentar composição de custos, discriminando os valores dos custos, bem como, outros documentos passíveis de comprovar a exequibilidade da proposta, sob pena de ter o lance desclassificado, conforme item 7.3. do Edital e art. 43, 'PAR' 3º, da Lei n.º 8.666/93.

16/11/2023 16:35:37 - Pregoeiro - Tendo em vista o silêncio das licitantes quanto a possibilidade de negociação, razão pela qual entendo como desinteresse tácito, damos continuidade ao certame.

[...]

16/11/2023 16:27:40 - Sistema - Foi aberta negociação para o lote 0001. O prazo é até às 16:33 do dia 16/11/2023.

[...]

16/11/2023 16:23:13 - Sistema - O fornecedor F. RODRIGUES DO NASCIMENTO foi desclassificado para o lote 0001 pelo pregoeiro.

16/11/2023 16:22:56 - Pregoeiro - De início, informo que a F. RODRIGUES DO NASCIMENTO detentora dos menores preços quanto aos Lotes 01, 05 e 06 não apresentou a composição de custos, nem juntou nenhuma documentação que comprovasse a exequibilidade de sua proposta, bem como, não solicitou prorrogação de prazo para apresentação, razão pela qual, deve ter suas propostas desclassificadas, e convocada empresas remanescentes.

16/11/2023 16:21:11 - Pregoeiro - Boa tarde, Senhores fornecedores, retomando os trabalhos do PE SRP nº 039/2023.

[...]

16/11/2023 14:05:44 - Pregoeiro - Senhores licitantes, a sessão será suspensa neste momento em função da abertura de prazo para envio da documentação solicitada.

16/11/2023 14:05:28 - Sistema - Motivo: Solicito o envio no prazo de 2 (duas) horas da composição de custos, discriminando os valores dos custos, bem como, outros documentos passíveis de comprovar a exequibilidade da proposta, sob pena de ter o lance desclassificado, conforme item 7.3. do Edital e art. 43, 'PAR' 3º, da Lei n.º 8.666/93.

[...]

16/11/2023 14:03:18 - Sistema - Foram solicitadas diligências para o lote 0001. O prazo de envio é até às 16:03 do dia 16/11/2023.

16/11/2023 14:02:58 - Pregoeiro - Informo que a empresa F. RODRIGUES DO NASCIMENTO apresentou sua proposta readequada quanto os Lotes 1, 5 e 6, todavia, analisando os preços ofertados, estes ficaram em 30,82 (lote 1), 38,42 (lote 5) e 39,91 (lote 6) do

Folhas nº 991
Processo nº 381
Pública nº 1

valor orçado pelo Município, ou seja, abaixo de 70 do valor orçado, o que denota em juízo perfunctório possibilidade de inexecutabilidade da proposta, razão pela qual solicito o envio no prazo de 2 (duas) horas da composição de custos, discriminando os valores dos custos, bem como, outros documentos passíveis de comprovar a executabilidade da proposta, sob pena de ter o lance desclassificado, conforme item 7.3. do Edital e art. 43, 'PAR' 3º, da Lei n.º 8.666/93.

16/11/2023 14:01:48 - Pregoeiro - Boa tarde, Senhores fornecedores, retomando os trabalhos deste pregão.

[...]

16/11/2023 09:52:52 - Pregoeiro - Senhores licitantes, solicito o envio, no prazo de 2 (duas) horas, das propostas de preços adequadas ao seu último lance, em arquivo único, por meio da opção enviar anexo do sistema, conforme modelo contido no anexo III do edital.

16/11/2023 09:51:35 - Pregoeiro - Tendo em vista o silêncio das licitantes quanto a possibilidade de negociação, razão pela qual entendo como desinteresse tácito, damos continuidade ao certame.

16/11/2023 09:45:05 - Sistema - Motivo: Bom dia, Senhor licitante, solicito em razão do disposto no art. 38 do decreto 10.024/2019, solicito que verifique a possibilidade de reduzir o valor da sua proposta.

[...]

16/11/2023 09:43:53 - Sistema - Foi aberta negociação para o lote 0001. O prazo é até às 09:50 do dia 16/11/2023.

[...]

16/11/2023 09:41:37 - Sistema - O lote 0001 teve como arrematante F. RODRIGUES DO NASCIMENTO - ME com lance de R\$ 530.000,00.

[...].

III – DA SÍNTESE DO RECURSO

A Recorrida apresentou proposta de menor valor e foi classificada, assim como apresentou toda a documentação de habilitação conforme e foi habilitada. Ao final apresentou sua proposta readequada e composição de custos e foi declarada vencedora.

Irresignada fazendo menção à lei antiga e nova de licitações (sendo que para este certame vale somente a lei 8.666/93) a Recorrente apresentou manifestação de intenção de recurso que foi deferida pelo Pregoeiro: "22/11/2023 09:50:06 - Sistema - Intenção: Declaro minha intenção de recurso, visto que a empresa ORGANISANT CONSULTORIA EMPRESARIAL E EVENTOS LTDA, apresentou composição de custos incompatível e preços inexequíveis incapazes de executar as demandas de serviços." E, dentro do prazo estabelecido apresentou as razões de seu recurso.

Em resumo, reproduziu o teor do item 7.3 e 7.3.1 que define o que é preço exequível e o critério do edital conforme Ac. 1.455 – TCU-Plenário. Alega ainda que "Não houve programação de custo de viagens, traslado, contratação" e que não informou " 1) COMPOSIÇÃO DE REMUNERAÇÃO (SALÁRIO, ADICIONAIS, HORAS EXTRAS); 2) BENEFÍCIOS MENSIS E DIÁRIOS. 3) INSUMOS INDIRETOS (UNIFORMES, MATERIAIS, EQUIPAMENTOS, MÁQUINAS); 4) ENCARGOS SOCIAIS E TRABALHISTAS (INSS, FGTS, 13º SALÁRIO, FÉRIAS, ETC.) 5) CUSTOS INDIRETOS, TRIBUTOS E LUCRO". Destarte que não apresentou a proposta conforme edital.

E, por fim, que o preço era inexequível considerando o valor estimado do edital e o custo (e não o valor real) da proposta do Recorrido.

Por fim, requer a inabilitação do Requerido (ao invés da desclassificação da proposta), o efeito suspensivo e envio à autoridade superior para análise.

IV – DO MÉRITO

4.1 Do Não efeito suspensivo do recurso

Elucidadora é o entendimento da Professora Simone Zanotello de Oliveira⁵:

Como se analisa o efeito dos recursos?

A advogada esclarece que interposto o recurso, a autoridade que o recebe (aquela que expediu o ato) promove um prévio juízo sobre o cumprimento dos pressupostos recursais e com relação ao próprio ato, para verificar a possibilidade de seu conhecimento, bem como realiza a definição acerca do efeito em que será recebido (devolutivo/suspensivo).

“O efeito “devolutivo” faz com que haja a submissão da questão à autoridade prevista em lei ou superior hierárquico, visando ao reexame da matéria. Com relação ao efeito “suspensivo”, que impede o prosseguimento dos efeitos da decisão, é cabível apenas nos casos em que a lei atribuir tal efeito.

Nesse contexto, temos que a Lei Federal 8.666/93 dispõe que apenas os recursos referentes à habilitação ou inabilitação do licitante e ao julgamento das propostas é que possuem o efeito suspensivo, promovendo a interrupção do processo até a decisão final, inclusive com o intuito de se evitar o conhecimento antecipado de situações que possam interferir no julgamento da licitação. No entanto, a lei também dispõe a faculdade do recebimento dos demais recursos com o efeito suspensivo, por meio de um juízo discricionário do administrador, desde que tal ato seja motivado e se fundamente em razões exclusivamente de interesse público, nos casos em que houver justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da decisão”.

No pregão, a lei específica de regência não atribui qualquer efeito ao recurso. “No entanto, destaca-se que, somente após decididos os recursos, é que a autoridade competente poderá efetuar a adjudicação ao licitante vencedor, nos termos do disposto no inc. XXI do art. 4º do referido diploma legal, que foi repetido no art. 27 do decreto que regulamenta o pregão eletrônico na esfera federal, o que dá a ele, por consequência, um efeito suspensivo”, conclui.

⁵ ZANOTELLO, Simone de Oliveira. 5 principais dúvidas sobre recursos administrativos. Solicita Portal em 09/10/2018. Disponível em: <<https://portal.sollicita.com.br/Noticia/14174/5-principais-d%C3%BAvidas-sobre-recursos-administrativos>>. Acesso em 29.nov.2023.

Assim sendo, a Lei 8.666/93 não atribuiu efeito suspensivo ao recurso de reconsideração.

4.2. A Administração Pública e o Pregoeiro cumpriram a Lei

Assim ficou a ordem de classificação do pregão em questão:

RANKING DO PROCESSO

Prefeitura Municipal de Alto Alegre do Pindaré
Prefeitura Municipal de Alto Alegre do Pindaré
Registro de Preços Eletrônico - 039/2023

Folhas nº 993
Processo nº 394
Rubrica nº

0001 - LOTE 01 | Valor de Referência: 1.071.200,20

Fornecedor	CNPJ/CPF	Valor Unitário	Tipo	LC 123/2006
F. RODRIGUES DO NASCIMENTO	20.741.045/0001-24	R\$ 530.000,00	ME	Sim
T. M. M. PRAZERES LTDA	41.297.282/0001-16	R\$ 534.601,00	ME	Sim
ORGANISANT CONSULTORIA EMPRESARIAL E EVENTOS LTDA	38.010.505/0001-00	R\$ 700.000,00	EPP/SS	Sim
MAC SERVIÇOS EDUCACIONAIS LTDA	38.414.442/0001-57	R\$ 714.000,00	ME	Sim
INSTITUTO DE GESTÃO ESTRATÉGICA DE PROJETOS	25.270.322/0001-81	R\$ 747.000,00	Entidade sem Fins Lucrativos	Não
LICITARE CONSULTORIA E SERVIÇOS LTDA	07.603.287/0001-93	R\$ 748.000,00	Lda/Eireli	Sim
EXECUTE ASSESSORIA ADMINISTRATIVA, INFORMÁTICA, CONTABILIDADE, AUDITORIA E PERÍCIA LTDA	08.819.035/0001-69	R\$ 909.900,00	EPP/SS	Sim
INOVE CURSOS TREINAMENTOS ASSESSORIA LTDA	47.011.871/0001-74	R\$ 910.520,20	ME	Sim
GLOBAL EMPREENDIMENTOS E ASSESSORIA EIRELI	30.016.402/0001-45	R\$ 1.006.928,20	EPP/SS	Sim
INSTITUTO BRASILEIRO DE AÇÃO - IBRAC	18.188.913/0001-49	R\$ 1.071.100,00	Entidade sem Fins Lucrativos	Não
ANA CLAUDIA OLIVEIRA DE ALMEIDA LTDA	41.022.470/0001-33	R\$ 1.071.200,20	EPP/SS	Sim
IMPULSIONE EMPRESAS-CONSULTORIA EM PERFORMANCE EIRELI	35.456.668/0001-77	R\$ 1.071.200,20	ME	Sim
FUTURA INFORMÁTICA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA	10.966.248/0001-00	R\$ 1.071.200,20	ME	Sim

Perceba que em relação ao lote 1:

- O valor estimado do edital foi de R\$ 1.071.200,20;
- 13 empresas participaram;
- 4 empresas não apresentaram lances, estando com o preço "cheio";
- 5 empresas ficaram na casa do 1 milhão.
- 2 empresas ficaram na casa dos 900 mil (estando aí a Recorrente Inove em 8 lugar);
- 4 empresas ficaram na casa dos 700 mil (estando aí a Recorrida Organisant em 3 lugar);
- 2 empresas ficaram na casa dos 500 mil.
- Não só o lote 1, mas outros lotes também tiveram a solicitação do Pregoeiro em demonstrar a composição de custos. A linha de corte foi 70%.
- Foi solicitada a Organisant, assim como das duas primeiras a proposta readequada e composição de custos.

As empresas em 1º e 2º lugar não apresentaram a proposta readequada. Muito provavelmente porque seus preços eram inexequíveis, pois os seus preços ofertados se aproximavam dos custos da Organisant (a proposta da Organisant era maior). E, então foi solicitado à Recorrida. Assim determinou o pregoeiro à Recorrida:

16/11/2023 16:39:46 - Pregoeiro - Desta feita, tendo em vista a desclassificação da licitante que ofertou o menor preço para o lote 01, em virtude da não apresentação da composição de custos ou documentos que

comprove a exequibilidade, convoco no prazo de 2 (duas) horas a Empresa subsequente para que apresente a proposta de preços adequada ao seu último lance, em arquivo único, por meio da opção enviar anexo do sistema, conforme modelo contido no anexo III do edital, e tomando por base que o preço ofertado ficou em 49,90 do valor orçado pelo Município, ou seja, abaixo de 70 do valor orçado, o que denota em juízo perfunctório possibilidade de inexecuibilidade da proposta, razão pela deve junto com proposta apresentar composição de custos, discriminando os valores dos custos, bem como, outros documentos passíveis de comprovar a exequibilidade da proposta, sob pena de ter o lance desclassificado, conforme item 7.3. do Edital e art. 43, PAR 3º, da Lei n.º 8.666/93.

16/11/2023 16:35:37 - Pregoeiro - Tendo em vista o silêncio das licitantes quanto a possibilidade de negociação, razão pela qual entendo como desinteresse tácito, damos continuidade ao certame.

Vejamos o que decidiu o TCE/MG recentemente sobre o tema:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA. DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA. INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. PARCIALMENTE PROCEDENTE. APLICAÇÃO DE MULTA.

A desclassificação da licitação por inexecuibilidade, sem oportunizar à licitante demonstrar a exequibilidade de sua proposta, bem como a sua capacidade de fornecer os bens ou executar os serviços de acordo com os critérios e condições exigidos no edital licitatório, implica em irregularidade e enseja a aplicação de multa aos gestores públicos.

(Processo 1110146 – Denúncia. Relator conselheiro Wanderley Ávila. Deliberado em 8/3/2023. Publicado no DOC em 14/3/2023)

É de extrema importância que o gestor garanta que as propostas presumidamente inexecuíveis sejam objeto de avaliação cautelosa e acurada, mediante a realização de diligências, sob pena de ofensa ao objetivo de se assegurar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

A Recorrida tem expertise para desenvolver suas atividades com os melhores recursos alinhados a custos acessíveis. E, não realizou ingerência nos seus custos para dar o lance final, mas sim, cortou em seu lucro. O que não é vedado por lei. O fato de lucrar menos, é uma decisão empresarial da empresa diante do planejamento estratégico e comercial da mesma para o período considerando o gerenciamento de riscos. Afirmo, assim, que tem total condições de executar o objeto nos termos do edital.

Não obstante, se prestar atenção na composição de custos que a empresa Vitae Cursos Profissionalizantes Ltda (vencedora do lote 3) apresentou mais simplificada do que a Recorrida no lote 1; assim como a empresa Ana K. M. Barros Ltda para o lote 2.

A Recorrida além de especificar detalhadamente os custos, como o valor da hora por aluno, instrutores, material didático, material para oficina, kit pedagógico do participante, custo com coffeabreak (lanches), diárias/hospedagem/passagem/alimentação da equipe, kit de apoio de treinamento profissional, locação de material técnico, custo com material gráfico/impressões, abriu as contas de quanto pagará em tributos, seu lucro e até sua reserva de contingência.

Folhas nº 995
Processo nº 394
Rubrica nº 12

Nesse diapasão, o Pregoeiro e equipe analisaram a composição de custos da Recorrida e a aprovou. Acertadamente. Para alcançar a Administração Pública alcançar a Recorrente, deverá eliminar 7 empresas, sendo que a proposta da Recorrente é mais cara que a da Recorrida em R\$ 210.520,20.

4.3. Do ônus da prova de provar a inexecuibilidade que é da Recorrente

Como disciplina Marçal Justen Filho⁶ “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 transformar-se em fiscal da lucratividade privada e na plena admissibilidade de propostas deficitárias [...]. A questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais ínfimo que o seja o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou”.

Assim, é certo que o simples fato de o valor apresentado pela recorrida ter sido inferior ao apresentado pela apelante não significa que a proposta era inexecuível. Observe-se nas razões recursais é afirmado que os motivos da hipotética inexigibilidade, isto é, à Recorrente acusadora caberia provar que é inexecuível, considerando que a Administração Pública entendeu que atendia o edital. O ônus da prova é do Recorrente. O que confirma não ter o recorrente segurança e certeza do argumento invocado para desclassificar a recorrida – e mais, não há como provar, pois não tem razão.

E, como se sabe, a alegação de inexecuibilidade das propostas demanda dilação probatória, como entende a jurisprudência do TJSP:

“É verdade que a impetrante aponta diferenças de preços nas propostas apresentadas; entretanto, a falta de exequibilidade da proposta comercial do Consórcio vencedor não resta evidente nos autos. Os fatos são, no mínimo, controvertidos e dependentes de provas...” (Apelação n.º 9086484-55.2006.8.26.0000, rel. Des. GONZAGA FRANCESCHINI, j. em 24/08/2011);

“É verdade que a impetrante aponta diferenças de preços nas propostas apresentadas; entretanto, a falta de exequibilidade da proposta comercial do Consórcio vencedor não resta evidente nos autos. Os fatos são, no mínimo, controvertidos e dependentes de provas...” (Apelação n.º 9086484-55.2006.8.26.0000, rel. Des. GONZAGA FRANCESCHINI, j. em 24/08/2011); Todavia, não obstante os gráficos transcritos na inicial e a juntada das cópias dos gráficos e das planilhas que instruíram o recurso administrativo, não ficou demonstrado que os preços são inexecuíveis, apenas que a proposta vencedora é mais vantajosa, pois ‘pratica preços bem mais acessíveis, em relação aos eventualmente praticados pela concorrência’.... Portanto, não há como admitir a extensão do cabimento do mandado de segurança para discussão de pontos que dependem de prova, sob pena de desrespeito ao princípio constitucional do contraditório.” (Apelação n.º 0026677-34.2004.8.26.0000, antiga n.º 367.593.5/0-00, rel. Des. REINALDO MILUZZI, j. em 23/03/2009)

⁶ Ibidem, p.653.

Ausente tal prova (cujo ônus é do recorrente, repita-se), impossível o acolhimento da alegação de inexecutabilidade da proposta. Tendo a recorrida demonstrado a exequibilidade de sua proposta, não parece razoável descreditar suas conclusões, especialmente porque se comprometeu, documentalmente, antes da formação do contrato administrativo, a cumpri-la rigorosamente, vinculando-se ao instrumento convocatório.

Afora isso, é preciso registrar que o Pregoeiro e equipe cuidaram de analisar, estudar e conhecer a idoneidade da recorrida, inclusive sua saúde financeira para fazer frente aos custos relativos à execução dos serviços. As alegações de inexecutabilidade da proposta, bem como o descumprimento das cláusulas editalícias, portanto, não tem lastro probatório suficiente nos autos e, de rigor, o afastamento de ambas.

A desclassificação por inexecutabilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipóteses muito restritas. Acompanhando o raciocínio da exposado por Justen Filho⁷ o Estado não pode transformar-se em fiscal da lucratividade privada e na plena admissibilidade de propostas deficitárias.

4.4. Da ilegalidade da decretação de inexecutabilidade

Por outro giro, a decretação da inexecutabilidade de uma proposta no processo licitatório pode trazer igualmente prejuízos significativos aos cofres públicos, e diante da impossibilidade de o Estado eliminar propostas vantajosas para os interesses sob sua tutela, o ato de desclassificação sob este fundamento é manifestamente ilegal.

Sabe-se que o Estado é mero detentor do interesse público, que deve atuar na defesa dos interesses de terceiros. Partindo desta premissa, é ilegal e inconstitucional a desclassificação de proposta que se mostre economicamente vantajosa no cumprimento do interesse público, principalmente quando passível prova da exequibilidade.

No entendimento do Tribunal de Contas da União, a exclusão do certame de proposta passível de demonstração de exequibilidade constitui falta grave, visto que os fatores externos que oneram a produção incidem de maneira diferente sob cada empresa, a depender da situação empresarial, facilidades ou dificuldades que permeiam nas negociações. Vide:

18. Não bastasse essa grave falha, verificou-se que não foi dada ao licitante desclassificado por inexecutabilidade a oportunidade de demonstrar a viabilidade de sua oferta. Essa impropriedade também se afigura grave porque, como firmado na doutrina afeta à matéria e na jurisprudência desta Corte (vide relatório supra), o juízo de inexecutabilidade de uma proposta não é absoluto, mas admite demonstração em contrário. Isso, porque não se pode descartar a possibilidade de que o licitante seja detentor de uma situação peculiar que lhe permita ofertar preço inferior ao limite de exequibilidade estimado pelo contratante. Por exemplo, é perfeitamente possível que uma empresa, em especial de maior porte, partilhe custos – como infraestrutura, pessoal etc., entre os diversos clientes, resultando em redução nos preços de seus serviços. Também não se pode descartar que, muitas vezes, a estimação da exequibilidade pelo contratante possa apresentar deficiências, visto que sua visão de mercado não tem abrangência e precisão comparáveis às da empresa que atua no ramo.

⁷ Ibidem, p.447.

19. Em vista dessas ocorrências, restou prejudicado o contratante que poderia ter obtido melhor preço e, conseqüentemente, uma proposta mais vantajosa.⁸ [grifa-se].

Como visto, tanto o legislador quanto o Tribunal de Contas da União, muito sabiamente, manifestaram-se no sentido de evitar a desclassificação sumária das propostas sem a oportunidade de comprovação de exequibilidade do valor ofertado.

Isso porque, é inegável que existe uma grande dificuldade na identificação do patamar mínimo de exequibilidade. A Administração não dispõe de condições precisas e exatas sobre os custos do particular ou sobre suas possibilidades de executar o contrato.

Têm-se, portanto, a questão da variação dos custos, motivo pelo qual o Poder Judiciário e os tribunais de contas veem o tema inexecutabilidade como uma questão relativa, trata-se da relatividade dos diferentes fatores econômicos, dos agentes atuantes sobre uma mesma atividade, o que impossibilita a determinação de uma regra padrão.

No que se refere aos custos com insumos ou estrutura operacional, uma proposta pode perfeitamente ser exequível para uma empresa e não ser para outra.

Sendo assim, a análise da inexecutabilidade das propostas com base apenas nas condicionantes e percentuais expressos em lei mostra-se totalmente insuficiente, visto a relatividade como o tema já é pacificamente tratado, utilizar como parâmetro somente práticas usuais de mercado, exclui os demais fatores incidentes sob a atividade empresarial.

A doutrina aponta ainda uma série de argumentos que se opõem a desclassificação de propostas no processo licitatório com base na constatação equivocada da inexecutabilidade do preço.

O primeiro deles reside na declaração de inconstitucionalidade, visto que à Constituição Federal não pode vedar a benemerência em favor do Estado, pois se um particular tiver a intenção de auxiliar à Administração na persecução do interesse público, cobrando para tanto um valor irrisório ou zero pelos seus serviços o dever de negar à proposta é inconstitucional (JUSTEN FILHO, 2010, p. 654-655).⁹

E finalmente, a violação da liberdade concorrencial, sob a máxima de que não cabe à Administração a fiscalização do lucro do empresário, mas tão somente a exigência de comprovação da capacidade de execução do contrato.

4.5. Da Violação da liberdade concorrencial

Sabe-se que a licitação é um processo que envolve competição de mercado, baseia-se na livre iniciativa e não admite concorrência desleal. Para tanto, a Administração deve avaliar as vantagens ofertadas pelos licitantes, a fim de aferir a oferta de preços artificiais incompatíveis com o objetivo final do certame, conforme ensina Calixto Filho. Vide:

⁸ TCU. Acórdão 1.248/2009 Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. ed. Dialética: São Paulo, 2010.

[...] A utilização de meios artificiais para fazer oscilar preços implica transmitir informação falsa ao consumidor a respeito da utilidade do produto, representado pelo seu preço, levando-o a deixar de adquirir produto que em condições normais compraria. A definição ordo liberal de concorrência como processo de descoberta das melhores opções de mercado ganha, portanto, aqui, sentido prático. (SALOMÃO, 1999, p. 64).¹⁰

As instituições públicas, nada mais são do que consumidores diretos dos produtos e serviços, e, assim como os consumidores da iniciativa privada, não possuem pleno conhecimento dos fatores econômicos que incidem sobre as negociações. Se por um lado devem combater as estratégias desleais de concorrência, por outro, devido a falta de conhecimento na matéria lhes é vedado restringir a competitividade supondo a falsidade das informações.

Segundo o autor Reinaldo Moreira Bruno, a concorrência desleal pode ser considerada como a utilização de meios incorretos e incompatíveis com as possibilidades e a realidade econômica do licitante para obter vantagem na competição. Essa conduta fere o princípio da competitividade que reflete a própria natureza da licitação e o princípio da isonomia que veda a possibilidade de favoritismos entre os concorrentes. (BRUNO, 2005, p. 65-67).¹¹

No entanto, sabe-se que a concorrência desleal, ou a inexecutabilidade das propostas pela proposição de preço vil, não é presumida, devendo a parte interessada demonstrar cabalmente que os preços não refletem os encargos correspondentes.¹²

Note-se, que indícios de concorrência desleal no processo licitatório, como a propositura de preço inexecutável, devem ser apurados pelas entidades contratantes, no intuito de preservar a competitividade e igualdade do certame. Entretanto, isso não significa que o ente público possui autonomia para fiscalizar a atividade e o lucro das empresas.

Para tanto existe o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) cuja finalidade consiste em orientar, fiscalizar e apurar abusos do poder econômico, exercendo papel tutelar na prevenção e repressão dos abusos cometidos por empresas com poder de mercado. (CADE, 2007, p. 16).¹³

A Administração Pública, cumpre tão somente exigir a comprovação dos requisitos de habilitação e classificação, através da apresentação dos documentos exigidos na lei e no edital, e a fiscalização quanto a manutenção do status regular.

Se a empresa atende a todos os requisitos de habilitação, e apresenta proposta correta, de preço demasiadamente vantajoso comparado com o valor ofertado pelos demais licitantes, outrossim considerado pela Lei como manifestamente inexecutável, cabe a entidade pública exigir a comprovação de executabilidade.

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial, as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1999.

¹¹ BRUNO, Reinaldo Moreira. Recursos no processo Licitatório. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

¹² TRF 1ª Região. 6ª turma. MS nº 2001.34.00.018039-0/DF. Dj 22/09/2003.

¹³ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil. 3. ed. São Paulo: CIEE, 2007.

Apresentada as informações sobre a exequibilidade da proposta, a Administração não terá competência para questionar os valores apontados pelo licitante desde que os materiais e o método de execução correspondam às exigências editalícias.

Somente o CADE detém conhecimento suficiente para posicionar-se quanto a prática de determinado preço no mercado, ou quanto ao abuso de poder econômico, com base nas informações da empresa quanto aos fatores externos que incidem sob sua atividade.

Contudo, exacerba a competência da Administração Pública o ato de desclassificação de proposta, manifestamente vantajosa em termos de preço, considerada inexecutável, levando em conta tão somente percentuais legais e preços praticáveis no mercado sem o exame de qualquer variação.

Comprovada a exequibilidade da proposta, caberá à Administração classificá-la e fiscalizar a execução do contrato, pois o ato de desclassificação com base em declaração de inexecutabilidade da proposta atentará contra a livre concorrência, sendo cabível representação do licitante ao CADE e ao Tribunal de Contas.

O parâmetro que determina a inexecutabilidade das propostas é padrão, desconsiderando as diferentes possibilidades da empresa e os fatores incidentes sob sua atividade, impedindo que o interesse público seja satisfeito com economia de recursos.

A Administração faz às vezes de fiscalizador da lucratividade da iniciativa privada, o que exacerba sua competência, e acaba prejudicando a economicidade dos processos licitatórios.

4.6. Dos princípios

Os princípios que regem a atuação da Administração Pública são cristalinos ao vedarem qualquer restrição irregular ao caráter competitivo da licitação. Dispõe o texto constitucional, em seu artigo 37, inciso XXI que a administração pública obedecerá, dentre outros, os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, assegurando, inclusive, igualdade de condições aos concorrentes.

Esclarecendo o princípio da legalidade imposto à Administração Pública, diz o saudoso doutrinador Hely Lopes Meirelles:¹⁴

Aqui fazemos menção ao Princípio da Legalidade da Administração, que preconiza pela atuação administrativa segundo a Lei, ou seja, atuação mediante a observação irrestrita das disposições contidas na Lei. Pelo Princípio da Legalidade Administrativa, "não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na Administração Particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "Pode fazer assim"; para o administrador público "deve fazer assim".

Nesse sentido, como é sabido e consabido na área do direito administrativo, mais especificadamente no ramo de licitações e contratos, é defeso à Administração Pública, em

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26ª ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2001, pg. 82.

editais e demais ajustes, admitir e/ou tolerar cláusulas que direcionem o certame a uma empresa (ou a um grupo específico) ou que ilegalmente restrinjam o caráter competitivo, sob pena de anulação dos atos e penalização dos responsáveis. Essa é a inteligência disposta no inciso II, do §1º do Art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93.

Nessa senda, é dever do Administrador Público, ao instaurar processo licitatório para quaisquer aquisições/contratações, zelar para que o certame consiga abranger o maior número possível de fornecedores/participantes, aumentando, por conseguinte, a competitividade e a possibilidade de obtenção e proposta vantajosa. Isso é decorrente do princípio da competitividade, pois a competição é exatamente a razão principal do procedimento da licitação e, assim sendo, é evidente que o quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será à Administração Pública, encontrar o melhor contratado.

Não obstante, existem outros meios da Administração Pública mitigar seus riscos como na Lei nº 10.520/2022:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

A inclusão de cláusulas restritivas sem embasamentos técnicos ou a interpretação da letra da lei no sentido de restringir perante a princípios sem embasamentos técnicos e/ou jurídicos que as justifiquem necessariamente conduz a uma diminuição parcial ou completa de possíveis fornecedores do objeto licitado.

Com a mesma importância do princípio da competitividade e da obtenção da proposta mais vantajosa, também se revela de grande magnitude o princípio da economicidade, que, em breve resumo, traduz a obrigação da Administração Pública em obter os melhores resultados utilizando-se dos menores recursos possíveis. Assim, tolerar que um edital contenha exigências habilitatórios que podem ser atendidas por mais de um método e optar pelo que mais traz desvantagem aos anseios públicos, pode ser interpretada como afronta ao princípio constitucional e legal da economicidade/vantajosidade.

Como já demonstrado acima, a Recorrida cumpriu a lei o edital em todos os quesitos, em especial no impugnado em recurso pela Recorrente. Não obstante, ante a atender os princípios do direito administrativo, em especial nas licitações, ressalta-se a importância da compreensão do que entende o TCU:

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei

8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. **[grifa-se]**.

Assim sendo, de boa-fé, a Recorrida apresentou sua proposta, composição de custos conforme determina edital. O edital por sua vez não determinou a extensão e detalhamento que a lei e jurisprudência não trazem sobre as especificidades específicas que deveriam conter na composição de custos – pois, se assim o fizesse, estaria descumprindo os princípios, que já é entendimento pacífico do TCU. Isto é, da forma exigida no edital e no TCU, foram apresentados corretamente os documentos.

4.7. Da exequibilidade dos preços e composição dos custos

Como se sabe, a Lei de Licitações, em seu art. 48, inciso II, prevê a desclassificação de propostas contendo preços inexequíveis, assim considerados aqueles que “não se revelam capazes de possibilitar a alguém uma retribuição financeira mínima (ou compatível) em relação aos encargos que terá de assumir contratualmente”.¹⁵

Vide Súmula do TCU:

SÚMULA Nº 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.**

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a interpretação do dispositivo não seja rígida, literal e absoluta. A presunção de inexequibilidade, também para a jurisprudência, deve ser relativa, oportunizando ao licitante à demonstração de exequibilidade da proposta.

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 inexequibilidade. 2. A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexequibilidade 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 inexequibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexequibilidade 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 exequível. 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 exequível, se houver comprovação de que o**

¹⁵ MENDES, Renato Geraldo. O processo de contratação pública – Fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012, p. 313.

proponente pode realizar o objeto da licitação. [...] 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". [...].¹⁶ [grifa-se].

No mesmo sentido vem a pacificada posição do Tribunal de Contas da União, como se verifica, por exemplo:

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 inexecutabilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.¹⁷

Com sapiência, o jurista Marçal Justen Filho leciona:

Se o particular puder comprovar que sua proposta é exequível, não se lhe poderá interditar o exercício do direito de apresentá-la. É inviável proibir o Estado de realizar contratação vantajosa. A questão é de fato, não de direito.

Corroborando, o TCU manifestou-se:

TCU¹⁸

"1. A conciliação do dispositivo no § 3º do art. 44 da Lei nº 8.666/1993 com o inciso X do art. 40 da mesma lei, para serviços outros que não os de engenharia, tratados nos §§ 1º e 2º do art. 48 da Lei 8.666/1993, **impõe que a Administração não fixe limites mínimos absolutos de aceitabilidade de preços unitários, mas que faculte aos licitantes a oportunidade de justificar situação peculiar que lhes permita ofertar preços aparentemente inexequíveis ou de questionar os valores orçados pela Administração.** 2. Verificado não houve prejuízo ao interesse público, dado o amplo caráter competitivo do certame, não se justifica a anulação da licitação se a autora da representação eximiu-se de demonstrar a exequibilidade de sua proposta." [grifa-se].

A Corte de Contas da União orienta a Administração em oferecer oportunidade do licitante em demonstra a exequibilidade de sua proposta antes de considerá-la inexequível e desclassificá-la, a saber:

Licitação de obra pública: 1 – Para o fim de cálculo de inexecutabilidade de proposta comercial, os critérios estabelecidos na Lei 8.666/1993 não são absolutos, devendo a instituição pública contratante adotar providências com vistas à aferição da viabilidade dos valores ofertados, antes da desclassificação da proponente.¹⁹

3. A proposta de licitante com margem de lucro mínima ou sem margem de lucro não conduz, necessariamente, à inexecutabilidade, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa. A desclassificação por

¹⁶ STJ – REsp: 965839 SP 2007/0152265-0, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 15/12/2009, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2010.

¹⁷ Acórdão 587/2012 – Plenário, Rel. Min. Ana Arraes.

¹⁸ Acórdão nº 363/20007, Plenário, rel Min. Benjamin Zymler

¹⁹ Acórdão n.º 1857/2011, TC-009.006/2009-9, rel. Min.-Subst. André Luis de Carvalho, 13.07.2011.

inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, após dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta.

Representação de empresa participante de pregão eletrônico conduzido pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), destinado à contratação de serviços terceirizados e continuados de limpeza, asseio e conservação, apontara a desclassificação indevida da proposta da representante, sob alegação de inexequibilidade de preços, **fundamentada “apenas na**

informação de que a sua margem de lucro seria de 0,1%”. Realizadas as oitivas regimentais após a suspensão cautelar do certame, o relator, alinhado à unidade técnica, rejeitou as justificativas apresentadas, destacando a Súmula-TCU 262 segundo a qual “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”. Mencionou ainda outras deliberações do Tribunal no sentido de que “a desclassificação de proposta por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados” (grifos do relator). Sobre a questão da margem de lucro, o relator lembrou o Acórdão 325/2007-Plenário que, no seu entendimento, poderia ser aplicado para a contratação de serviços continuados: “Dependendo da escolha da estratégia comercial, a empresa pode ser bem agressiva na proposta de preços, relegando a segundo plano o retorno do investimento considerado para o contrato ... As motivações para perseguir o sucesso em uma licitação em detrimento da remuneração possível pela execução da obra variam: a empresa pode estar interessada na obra específica por sinergia com suas atuais atividades; pode haver interesse em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado ...; pode haver interesse em incrementar o portfólio de execução de obras da empresa; pode haver interesse na formação de um novo fluxo de caixa advindo do contrato ... Esses exemplos podem traduzir ganhos indiretos atuais para empresa ou mesmo ganho futuro, na ótica de longo prazo para o mercado. Assim, é possível que empresas atuem com margem de lucro mínima em propostas para concorrer nas contratações ..., desde que bem estimados os custos diretos e indiretos.”. Por fim, destacou o relator, “**não há norma que fixe ou limite o percentual de lucro das empresas**”, de forma que “**atuar sem margem de lucro ou com margem mínima não encontra vedação legal, depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecução da proposta**”. O Tribunal, seguindo o voto da relatoria, considerou procedente a Representação e fixou prazo para a anulação do ato de desclassificação da proposta da representante.²⁰

Joel de Menezes Niebuhr²¹, é sábio ao concluir que:

Portanto, antes de considerar ou não proposta inexequível, a Administração deve verificar quais os motivos que impulsionaram a proposta e se, por razões especiais, há meios de ela ser adimplida. Em hipótese alguma a ordem jurídica veda ou restringe que os particulares procurem novas tecnologias, invistam no aprimoramento de seus produtos e ofereçam à Administração, propostas mais vantajosas. Insista-se que a linha entre as propostas inexequíveis e as

²⁰ Acórdão 3092/2014-Plenário, TC 020.363/2014-1, relator Ministro Bruno Dantas, 12.11.2014.

²¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. 4. ed. Curitiba: Zênite, 2006. p. 212

excepcionais, porém exequíveis, é tênue. É necessário analisar caso a caso, porque as peculiaridades de determinada situação fática se constituem no fator preponderante para se precisar quais propostas podem e quais não podem ser 4 cumpridas.

A exequibilidade consiste na possibilidade jurídica e material da execução da proposta. Isso se verifica quando sua execução seja lícita e viável de acordo com os conhecimentos técnicos dominados em um certo momento. A expressão "lícita" é utilizada em sentido amplo. Considera-se lícita a proposta concorde com o direito. A impossibilidade jurídica verifica-se quando o comportamento proposto pelo licitante for proibido pelo direito. A execução da prestação do licitante importaria inevitável ilicitude.

A viabilidade da execução material deve ser entendida tanto na acepção absoluta como na relativa. Assim, será inexequível proposta que envolva conduta impossível de ser realizada perante os conhecimentos técnico-científicos. Por exemplo, a proposta de executar certa obra com materiais não disponíveis na Terra. Também será inexequível a proposta que, embora de execução teórica viável, revele-se inviável para o caso concreto. No exame das circunstâncias, verifica-se que o licitante não terá condições materiais de cumprir aquilo que propõe.

Os requisitos materiais específicos dependem do caso concreto. Cada licitação deverá prever, segundo as particularidades do objeto licitado, características a serem observadas na formulação da proposta. A extensão das exigências variará conforme o tipo de licitação. Assim, em uma licitação de técnica e preço, existirão requisitos mais específicos e rigorosos do que em uma licitação de menor preço. Os requisitos materiais específicos abrangem a identidade do objeto licitado e a satisfatoriedade da prestação proposta pelo licitante.

4.8. Mais jurisprudências do TCU

Vide TCU:

ENUNCIADO²²

A desclassificação de proposta por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, e deve ser franqueada oportunidade de o licitante defender sua proposta e demonstrar sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório, antes de ter sua proposta desclassificada.

ENUNCIADO²³

A inexequibilidade de itens isolados da planilha de custos não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta (art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1993), pois o juízo sobre a inexequibilidade, em regra, tem como parâmetro o valor global da proposta.

ENUNCIADO²⁴

A desclassificação de proposta por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados e deve ser franqueada a oportunidade de cada licitante defender a respectiva proposta e demonstrar a sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e

²² Acórdão 1079/2017-Plenário. Sessão 24/05/2017. Rel. Min. Marcos Bem querer.

²³ Acórdão 637/2017-Plenário. Sessão 05/04/2017. Rel. Min. Aroldo Cedraz.

²⁴ Acórdão 1161/2014-Plenário. Sessão 07/05/2014. Rel. Min. José Jorge.

condições exigidos pelo instrumento convocatório, antes que ele tenha a sua proposta desclassificada.

ENUNCIADO²⁵

É facultado às licitantes incluir, como itens de custo de suas propostas, os riscos e contingências envolvidos na execução do objeto licitado, estimando seus percentuais de acordo com a natureza dos serviços a serem prestados e com a sua experiência anterior.

ENUNCIADO²⁶

A desclassificação de proposta por inexecuibilidade deve ocorrer a partir de critérios previamente estabelecidos e estar devidamente motivada no processo, franqueada ao licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da proposta e a sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e nas condições exigidos pelo instrumento convocatório, antes de a Administração exarar sua decisão.

ENUNCIADO²⁷

Os critérios objetivos de aferição de exequibilidade possuem presunção relativa, devendo ser facultado ao licitante a possibilidade de demonstrar a viabilidade de sua proposta.

ENUNCIADO²⁸

A desclassificação de proposta por inexecuibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, devendo, ainda, ser franqueada a oportunidade de cada licitante defender a sua proposta, antes da adoção da medida.

ENUNCIADO²⁹

SÚMULA TCU 262: O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei 8.666/1993 conduz a uma presunção relativa de inexecuibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

ENUNCIADO³⁰

Se ficar comprovado que uma proposta de valor irrisório for plenamente executável pelo particular, a mesma não deve ser excluída do certame. [grifase].

ENUNCIADO³¹

É permitida a averiguação da exequibilidade dos preços unitários ofertados nas licitações de serviços, exceto os de engenharia, não sendo permitido o estabelecimento de limites mínimos que conduzam automaticamente à desclassificação de proposta aparentemente inexecuível.

²⁵ Acórdão 1659/2014-Segunda Câmara. Sessão 22/04/2014. Rel. Min. Raimundo Carreiro.

²⁶ Acórdão 1092/2013-Plenário. Sessão 08/05/2013. Rel. Min. Raimundo Carreiro.

²⁷ Acórdão 571/2013-Plenário. Sessão 20/03/2013. Rel. Benjamin Zymler.

²⁸ Acórdão 2528/2012-Plenário. Sessão 19/09/2012. Rel. Min. André de Carvalho.

²⁹ Acórdão 3240/2010-Plenário. Sessão 01/12/2010. Rel. Benjamin Zymler.

³⁰ Acórdão 3144/2010-Plenário. Sessão 24/11/2010. Rel. Raimundo Carreiro.

³¹ Acórdão 363/2007-Plenário. Sessão 14/03/2007. Rel. Min. Benjamin Zymler

Folhas nº 1006
Processo nº 394
Publicação nº 2

ENUNCIADO³²

É ilegal a desclassificação de licitantes pela apresentação de propostas que contenham preços considerados inexequíveis, sem que antes lhe seja facultada a oportunidade de apresentar justificativas para os valores ofertados.

ENUNCIADO³³

É relativa a presunção de inexequibilidade de preços, devendo a Administração ofertar ao licitante a possibilidade de comprovar sua capacidade de bem executar o contrato com os preços propostos

ENUNCIADO³⁴

Devem ser definidos critérios objetivos e claros de aceitabilidade de preços unitários e globais, não cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação declarar a inexequibilidade da proposta da licitante sem antes facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovar a exequibilidade das suas propostas.

ENUNCIADO³⁵

É obrigatória a exposição de motivos por parte da autoridade competente acerca da aceitação ou não das justificativas apresentadas para aceitar preços unitários acima dos adotados no orçamento da licitação, sob pena de responsabilização.

ENUNCIADO³⁶

O critério para aferição de viabilidade de propostas de preços conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade, cabendo à Administração verificar a efetiva capacidade da licitante executar os serviços.

ENUNCIADO³⁷

Os dispositivos do edital atinentes à formação de preços devem ser observados pelas empresas licitantes, em obediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório

ENUNCIADO³⁸

O procedimento para aferição da viabilidade de proposta de preços conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, de forma que sempre haverá a possibilidade de o licitante comprovar sua capacidade de bem executar os preços propostos, atendendo satisfatoriamente ao interesse da Administração.

ENUNCIADO³⁹

O exercício do juízo de inexequibilidade demanda máxima cautela e comedimento, mostrando-se irregular a desclassificação de empresas sem

³² Acórdão 1720/2010-Segunda Câmara. Sessão 20/04/2010. Rel. Min. André de Carvalho.

³³ Acórdão 964/2010-Primeira Câmara. Sessão 02/03/2010. Rel. Min. Weder de Oliveira.

³⁴ Acórdão 559/2009-Primeira Câmara. Sessão 17/02/2009. Rel. Min. Augusto Nardes.

³⁵ Acórdão 2617/2008-Plenário. Sessão 19/11/2008. Rel. Min. Augusto Nardes.

³⁶ Acórdão 1679/2008-Plenário. Sessão 13/08/2008. Rel. Min. Ubiratan Aguiar.

³⁷ Acórdão 843/2008-Plenário. Sessão 13/05/2008. Rel. Augusto Nardes.

³⁸ Acórdão 287/2008-Plenário. Sessão 27/02/2008. Rel. Min. Ubiratan Aguiar.

³⁹ Acórdão 284/2008-Plenário. Sessão 27/02/2008. Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça.

que tenha restado demonstrado, de forma evidente, a impossibilidade de prestação do serviço pelo valor ofertado.

ENUNCIADO⁴⁰

Nas licitações para a contratação de serviços, devem ser estabelecidos critérios objetivos para a aferição de preços inexeqüíveis no instrumento convocatório.

ENUNCIADO⁴¹

A análise de propostas deve conduzir a uma presunção relativa de inexeqüibilidade de preços, pois sempre haverá a possibilidade de o licitante comprovar sua capacidade de bem executar os preços propostos, atendendo satisfatoriamente ao interesse da Administração.

V – DO PEDIDO

A Recorrida demonstrou que deve permanecer vencedora do certame em tela, pelas razões de fatos e de direito aqui elencadas e assim requer:

- a) Sejam admitidas as contrarrazões e providas na Total Improcedência do Recurso Administrativo interposto pela Empresa Recorrente, uma vez que os fatos alegados não podem prosperar, sob pena de ferir direitos fundamentais da licitação;
- b) Que seja mantida a decisão do Pregoeiro declarando vencedor a Recorrida; e caso opte por não manter sua decisão, se requer desde já que, com fulcro no art. 9º da Lei 10.520/2002 c/c art. 109, III, §4º, da Lei 8.666/93, e o pedido de reconsideração à Autoridade Superior.

Nestes termos, pede e aguarda deferimento.

São Luís (MA), 29 de novembro de 2023.

Documento assinado digitalmente
gov.br ATILA FEITOSA CASTELO BRANCO DANTAS
Data: 29/11/2023 23:31:42-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Átila Feitosa Castelo Branco Dantas
Representante Legal
ORGANISANT CONSULTORIA EMPRESARIAL E EVENTOS LTDA

⁴⁰ Acórdão 2586/2007-Primeira Câmara. Sessão 28/08/2007. Rel. Min. Marcos Bemquerer.

⁴¹ Acórdão 697/2006-Plenário. Sessão 10/05/2006. Rel. Min. Ubiratan Aguiar.