

AO PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE CABO FRIO – RJ.

REF. TOMADA DE PREÇOS nº 003/2023/SEME - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA ÁREA DE ENGENHARIA E ARQUITETURA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE REFORMA GERAL DA ESCOLA MUNICIPAL JUSTINIANO DE SOUZA, SITUADA NA RUA DA PAZ, S/N, MARIA JOAQUINA, CABO FRIO – RJ.

A empresa **DMP EMPREENDIMENTOS LTDA**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº **68.572.585/0001-58**, com sede na Rua das Margaridas, 27 A - Caminho de Búzios, Cabo Frio/RJ, Cep: 28.921-230, com e-mail: nassaremp@yahoo.com por intermédio de seu representante legal, Sr.(a) **Deborah Evelyn Motta Pessanha Nassar**, brasileira, casada, portadora do RG nº 218259893, expedido pelo Detran/RJ, inscrita no CPF sob o nº 126.922.997-44, vem à presença de Vossa Senhoria, na melhor forma do Direito, observando os princípios constitucionais basilares de todo e qualquer procedimento licitatório, apresentar:

CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO

interposto pela licitante **VETORIAL SERVIÇOS TÉCNICOS LTDA**, CNPJ nº 31.548.811/0001-55, pessoa jurídica de direito privado, sediada a Estrada Francisco da Cruz Nunes, nº 836, Loja 121, Itaipu, Niterói-RJ, CEP nº 24.340-000, representada neste ato por sua sócia gerente, a Srª Pollyana Moreira Dias, brasileira, solteira em união estável, contadora, RG nº 15657035 (SSP-MT), CPF nº 010.700.161-60, por intermédio do procurador, o Srª ANA CAROLINA VIEIRA DOS SANTOS, RG nº 21.703.337-2 (Detran-RJ), CPF nº 115.798.027-96, o que faz pelas razões que passa a expor.

DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, salienta-se que nos termos do art. 109 da Lei nº 8.666/93, cabe recurso administrativo no prazo de **05 (cinco) dias úteis** da decisão que ocorreu em 01/02/2024, conforme consignado na Ata da sessão da Tomada de Preços em epígrafe. Sendo conferido o prazo de **05 (cinco) dias úteis para impugnação**, na forma do art. 109, § 3º, da Lei nº 8.666/93, prazo esse que se encerra no dia **22/02/2024**, devido as festividades de carnaval e, portanto, sem expediente no órgão promotor da licitação.

Demonstrada, portanto, a tempestividade do presente recurso.

DA EXEQUIBILIDADE DOS PREÇOS

Primeiramente, cumpre dizer que a mesma fundamentação utilizada no recurso administrativo pela empresa, ora recorrencorrente, referente a **TOMADA DE PREÇO nº 006/2023/SEME** a fim de desclassificar a empresa vencedora fora utilizado neste ato administrativo para convencer a comissão de licitação da inexecuibilidade da proposta apresentada pela empresa, ora recorrida.

Muito embora, sendo classificada para a apresentação de proposta, a empresa, ora recorrida, sagrou-se vencedora com o preço de **R\$ 1.714.483,97 (Um milhão, setecentos e quatorze mil e quatrocentos oitenta e três reais e noventa sete centavos)**, do serviço de obra / engenharia a ser prestado.

Diante da conclusão do rito processual que deu início com a análise dos documentos de habilitação e, posterior apresentação das propostas, abriu-se o prazo para manifestação e interposição de possíveis recursos administrativos em face da decisão proferida pela r. comissão de licitação, lembrando que todas estas fases já tinham sido superadas conforme ata de sessão pública.

As empresas supramencionadas, ora recorrentes, interpuseram recursos administrativos alegando a inexecuibilidade das propostas, sem qualquer demonstração na planilha de forma objetiva, a fim de que a recorrida pudesse apresentar defesa ou prestar esclarecimentos, o que não se poderá fazer de forma aleatória.

Ademais, fora demonstrado na planilha toda a distribuição de custos e quantitativos unitários, todos os valores atenderam as exigências editalícias, sem qualquer indício de jogo de planilha ou inexecuibilidade. Vale dizer que, deve-se levar em conta todo o conteúdo da proposta, valor global e valor unitário dos itens, pois pode ocorrer que o valor reduzido em alguns itens, pode não significar a inexecuibilidade da oferta, pois a empresa licitante vencedora pode minimizar sua margem de lucro ou alguns custos em função de sua atividade. Nesse sentido:

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

objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, após dar à licitante a oportunidade de demonstrar a *exequibilidade* de sua proposta. Acórdão 3092/2014-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS

Além disso, esta recorrida fora declarada vencedora da **TOMADA DE PREÇOS Nº 004/2023/SEME**, para a prestação de serviços de execução de reforma geral da **ESCOLA MUNICIPAL JOÃO ROCHA**, com desconto de 39%, cujo contrato já fora assinado, e apresentou planilha analítica de custos unitários demonstrando a exequibilidade dos seus preços.

Certo é que as licitações promovidas pela Secretaria de Educação do Município de Cabo Frio têm tido alta atratividade e competitividade dentre os licitantes, trazendo descontos elevados e atendendo ao fim desejado pela Administração que é a busca pela proposta mais vantajosa, que no certame em discussão, foi a desta empresa recorrida.

Verifica-se na análise dos últimos certames promovidos pelo órgão, que os descontos praticados pelos licitantes têm desafiado os cálculos trazidos pela Lei para aferição de exequibilidade de proposta.

Segundo entendimento já sedimentado na jurisprudência e na doutrina, a desclassificação de proposta por inexecuibilidade é última *ratio*, senão vejamos:

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. Acórdão 3240/2010-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER

Antes de ter sua proposta desclassificada por inexecuibilidade, ao licitante deve ser franqueada oportunidade de defendê-la e demonstrar sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório. Acórdão 1244/2018-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER

Neste sentido, é inviável proibir o Município de realizar contratação de proposta mais vantajosa. Em vias de análise da exequibilidade ou de sobrepreço das propostas, a orientação trazida pelo **§ 3º do artigo 59** da Nova Lei de Licitações face a exigência de constar no edital são os critérios de aceitabilidade por **preço global e unitário tidos como relevantes**, ou seja, pode-se considerar tanto o preço global quanto os unitários mas, somente dos itens descritos como relevantes (escopo técnico ou financeiro) no edital.

Para obras e serviços de engenharia **fica muito clara e objetiva a forma de se verificar a pretensa inexecuibilidade da proposta**, melhorando muito a averiguação em relação ao artigo 48, II, § 1º da Lei 8.666/93, porquanto foi prescrito o critério: valores

inferiores a 75% do orçado pela administração, enseja na conclusão “inicial” de inexecuibilidade.

Deste modo, a **desclassificação por inexecuibilidade deve ser objetivamente demonstrada**, a partir de critérios previamente demonstrados e publicados, a fim de proporcionar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta¹. No caso em tela, não se viu em qualquer um dos recursos administrativos apresentados qualquer critério objetivamente demonstrado a fim de ser comprovada a inexecuibilidade.

Ressaltamos que, consideram-se preços manifestamente inexecuíveis aqueles que, **comprovadamente**, forem insuficientes para a cobertura dos custos decorrentes da contratação pretendida. A inexecuibilidade dos valores referentes a itens isolados da planilha de custos e formação de preços não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta, desde que não contrariem exigências legais. E, em momento algum as licitantes questionaram quaisquer itens da planilha para que a empresa vencedora pudesse trazer a lume os devidos esclarecimentos.

A nova lei de licitações previu dentre seus objetivos o de vedar a contratação de preços inexecuíveis, *in verbis*:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

(...)

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexecuíveis e superfaturamento na execução dos contratos; (...)

A letra da lei tem por finalidade evitar a contratação de empresas que não tenham condições de honrar o preço proposto. Ocorre que não é todo e qualquer preço abaixo da média que pode ser desclassificado, mas somente aquele que é notoriamente impraticável.

Portanto não basta a simples alegação de inexecuibilidade para tirar da disputa uma proposta manifestamente **MAIS VANTAJOSA**, deve-se comprovar objetivamente o que é de fato inexecuível.

O exercício do juízo de inexecuibilidade demanda máxima cautela e comedimento, mostrando-se irregular a desclassificação de empresas sem que tenha restado demonstrado, de forma evidente, a impossibilidade de prestação do serviço pelo valor ofertado. Acórdão 284/2008-Plenário | Relator: MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

¹ 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. Acórdão 2528/2012-Plenário | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO.

Os recorrentes sequer tiveram qualquer trabalho em apontar na planilha os itens inexequíveis, simplesmente apresentaram recurso com alegações e suposições sem fundamentação e apontamentos concretos acerca da inexequibilidade, vez que pela comissão de licitação não houve qualquer indício de dúvida que viesse a corroborar tal situação.

Como disciplina Marçal Justen Filho “a **desclassificação por inexequibilidade 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**” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 653).

Assim, é certo que o simples fato de o valor apresentado pela recorrida ter sido inferior ao apresentado pelas recorrentes não significa que a proposta é inexequível. Observe-se que nas razões recursais é afirmado de forma hipotética quanto a inexequibilidade o que confirma não ter as recorrentes segurança e certeza do argumento invocado para desclassificar a recorrida. Ausente tal prova (**cujo ônus é do recorrente, repita-se**), impossível o acolhimento da alegação de inexequibilidade das propostas. A questão é de fato, não de direito! Incumbe o ônus da prova da exequibilidade/inexequibilidade ao particular, no caso os recorrentes que deveriam analisar a planilha e informar onde estaria sendo constatada a inexequibilidade.

Vale trazer ao conhecimento o **Acórdão 2622/2013-TCU-Plenário**, no qual consta a seguinte conclusão:

"Importante destacar, contudo, que não cumpre ao TCU estipular percentuais fixos para cada item que compõe a taxa de BDI, ignorando as peculiaridades da estrutura gerencial de cada empresa que contrata com a Administração Pública. O papel da Corte de Contas é impedir que sejam pagos valores abusivos ou injustificadamente elevados e por isso é importante obter valores de referência, mas pela própria logística das empresas é natural que ocorram certas flutuações de valores nas previsões das despesas indiretas e da margem de lucro a ser obtida."

18. De se destacar, ainda, que não há norma que fixe ou limite o percentual de lucro das empresas. Com isso, infiro 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.

[...]

22. Portanto, de acordo com o que consta nos autos, o critério utilizado para desclassificar a proposta da empresa [omissis] por suposta inexequibilidade foi definido de forma subjetiva e não prevista no edital e, ainda, sem amparo em normativos legais ou infralegais que regem a matéria. Por conseguinte, o ato ilegal deve ser anulado.

Acórdão:

9.1. conhecer do presente processo como representação, [...], para, no mérito, considerá-la procedente; 9.2. [...] adote as providências necessárias no sentido de anular o ato que desclassificou a proposta da empresa [...]:

9.2.1. desclassificação de proposta por inexecuibilidade a partir de critério subjetivo não publicado no edital e sem demonstração objetiva da razão pela qual a proposta seria inexecuível a ponto de autorizar sua desclassificação, afronta ao art. 29-A da IN-SLTI/MPOG 2/2008 e à jurisprudência do TCU (Súmula 262 e Acórdãos 1.092/2013, 2.528/2012, 1.100/2008 e 325/2007, todos do Plenário). (grifo)

E o ACÓRDÃO 220/2007 – *verbis*:

ACÓRDÃO. 220/2007 - Plenário. DATA DA SESSÃO -28/02/2007. RELATOR BENJAMIN ZYMLER. ENUNCIADO. Deve ser exigido dos licitantes habilitados a apresentação de proposta com detalhamento de preços (composições analíticas de preços, de encargos sociais e de Benefício e Despesas Indiretas - BDI) juntamente com os demais documentos necessários ao julgamento da licitação, **não sendo admitida a inclusão posterior de documento ou informação necessária ao julgamento e classificação das propostas.** (grifo)

Não obstante, a legislação estabelece parâmetros de inexecuibilidade dos preços e resguarda ao licitante a oportunidade de comprovação da exequibilidade da proposta, a fim de que se assegure o cumprimento do Interesse Público com economia de recursos, no presente caso foi dada a oportunidade às licitantes de verificarem a planilha durante o certame, e em recurso sequer apresentaram uma análise técnica. **Não sendo admitida a inclusão posterior de documento ou informação necessária ao julgamento e classificação das propostas quando estas não foram objetivamente comprovadas. Entendemos que o recurso é de caráter meramente protelatório!**

O USO DE RECURSO ADMINISTRATIVO COM O ÚNICO OBJETIVO DE DIFICULTAR O ANDAMENTO DE UMA LICITAÇÃO PODERÁ SER CONSIDERADO ATO LESIVO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

DO CARÁTER MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO DO RECURSO ADMINISTRATIVO

De plano, há que se referir que a recorrida cumpriu com todas as obrigações editalícias que lhe dizem respeito, inclusive as relativas a apresentação da proposta, sendo que a r. comissão de licitação quando da análise dos documentos procedeu de forma legal e correta quanto a sua classificação e habilitação.

Neste diapasão da análise do recurso apresentado pela licitante, há que se salientar, inicialmente, que o intuito do mesmo possui, tão somente, o condão de tumultuar o certame, haja vista que não aduz qualquer irregularidade na proposta, apenas alegações de inexecuibilidade descabidas e falaciosas, acostando claramente cópia de razões repetitivas, as quais utiliza em outras situações análogas.

DA GARANTIA DA EXECUÇÃO

De acordo, com o item 20.1 do edital estabelece que a CONTRATADA deverá apresentar no prazo máximo de **10 (dez) dias úteis**, prorrogáveis por igual período, a critério do CONTRATANTE, contado da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia, podendo optar por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, em valor correspondente a **5% (cinco por cento)** do valor total do contrato, com validade durante a execução do contrato e **90 (noventa) dias** após término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação.

Desta forma, a garantia de execução contratual é exigida no edital quando o contrato for assinado pela empresa vencedora da licitação, para garantir que esta cumprirá as condições, prazos e custos expressos no contrato. Em um contrato público, a garantia assegura que a CONTRATADA (empresa vencedora da licitação) irá cumprir com as suas obrigações dentro do prazo estabelecido no contrato, de acordo com a proposta apresentada pela mesma no certame licitatório.

DA DILIGÊNCIA

O art. 43, § 3º, da Lei nº 8666/1993 criou um poder-dever por parte da comissão de licitação/pregoeiro, **obrigando-o** a realizar diligência quando há alguma **falha formal, omissão ou obscuridade nos documentos de habilitação e/ou na proposta**. Esse dever busca superar o dogma do formalismo excessivo, prestigiando a razoabilidade e a eficiência, a ampliação da competitividade e a proposta mais vantajosa para a Administração.

A referida diligência tem por finalidade demonstrar que a licitação foi processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos, mantendo o interesse público. Todavia, ao habilitar toda documentação e classificar a proposta da empresa licitante que se sagrou vencedora não fora omitido, ou apresentado qualquer documento obscuro e sequer havido falha formal durante certame.

O Decreto federal nº 10.024/2019, por analogia, expressamente admite que o Pregoeiro exerça a prerrogativa administrativa de sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica. Nestes casos, a realização de diligência é claramente identificada como uma prerrogativa facultada ao pregoeiro, sendo desnecessária a previsão em edital.

Assim, por exemplo, diante de dúvida que possa ser suprida por diligência, convém a realização desta, buscando a ampla competitividade e a busca da melhor proposta, o que não houve por parte da Comissão de Licitação e nem pelas empresas recorrentes, que alegam a inexequibilidade sem qualquer análise técnica e objetiva.

O TCU já assentou, inclusive, que é indevida a desclassificação de licitantes em razão da ausência de informações na proposta que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações. No entanto, não houve dúvida da COMISSÃO JULGADORA, e sim dos **recorrentes que não souberam trazer a existência a inexequibilidade de forma técnica e comprovada e, sim de forma RASA e INCONSISTENTE.**

O dever de diligência é defendido pelo Tribunal de Contas da União em seus julgados. No Acórdão TCU nº 1.795/2015-Plenário, ele já decidiu que 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”.**

No caso em tela, toda a documentação exigida pelo edital foi apresentada e analisada pela comissão de licitação, como representante do órgão público, que em momento algum viu a necessidade de solicitar diligência, vez que a empresa **DMP EMPREENDIMENTOS LTDA.**, fora classificada em certame anterior **TOMADA DE PREÇOS Nº 004/2023/SEME** realizado no dia 16/01/2024 com proposta mais vantajosa, tendo prestado esclarecimentos, sanado dúvidas e apresentado planilha analítica de custos.

O que não pode ocorrer é a comissão de licitação desclassificar por preciosismo a licitante vencedora quanto aos documentos não solicitados durante todo o certame para atender licitantes concorrentes que sequer apresentaram qualquer novidade de informação que viesse a suscitar dúvidas quanto a classificação da licitante vencedora e a execução da obra. **ISSO PODERIA ENSEJAR UM PREJUÍZO AO ERÁRIO, POIS A DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA ADMINISTRAÇÃO, LEVARIA A CONTRATAÇÃO DE PROPOSTA COM VALOR MANIFESTAMENTE SUPERIOR.**

Nesse sentido, há de convir que mesmo no julgamento das propostas e na análise da habilitação, o Pregoeiro poderá sanar erros ou falhas, sanear planilhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação. No entanto, de acordo com o item 10.9.2. do edital ultrapassada a fase de habilitação e abertas as propostas, não cabe desclassificar o licitante por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

Assim, é possível que empresas atuem com margem de lucro mínima em propostas para concorrer nas contratações 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.

Nesse diapasão, vale dizer que a r. comissão, de forma correta, **HABILITOU** e **CLASSIFICOU** a empresa vencedora. E, destacar que todos os atos praticados pela comissão estão dentro da legalidade, que, se diferente fosse, estaria cometendo erros graves, que ensejariam demandas judiciais.

CONCLUSÃO

ISTO POSTO, em cumprimento ao princípio constitucional da isonomia, a licitação foi processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos, mantendo classificada e habilitada a empresa **DMP EMPREENDIMENTOS LTDA**.

Diante da manifestação apresentada, constatamos que não há razões para desclassificar a empresa **DMP EMPREENDIMENTOS LTDA**, corroborando com o posicionamento sustentado, não havendo lastro ou fundamentação legal para as alegações apresentadas pelas Recorrentes.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento.

Cabo Frio, 19 de fevereiro de 2024.

DEBORAH EVELYN MOTTA PESSANHA NASSAR
CPF nº 126.922.997-44