FLS. Nº 324
Proc. Nº
Rubrica

BM DISTRIBUIDORA

A
PREFEITURA MUNICIPAL DE DUQUE BACELAR - MA
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO
REF.: **PREGÃO ELETRÔNICO Nº PE-024/2021CPL/PMDBPROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 069/2021**

CONTRA RECURSO

A empresa **BM RODRIGUES FERREIRA**, CNPJ nº 04.500.261/0001-21, sediada na Avenida Doutor Afonso Bacelar, 135, Centro, Coelho Neto - Ma, representada pelo Sra **Benedita Maria Rodrigues Ferreira**, R.G nº 1.115.909 SSP PI e do CPF nº 781.351.923-04, na conformidade com as disposições da Constituição Federal em seus artigos 37, inciso XXI, Lei Federal nº 10.520, de 17 de Legislação de julho de 2020, bem como as normas contidas no Edital supramencionado e seus anexos, vem apresentar CONTRA RECURSO ADMINISTRATIVO, conforme disposto no sistema bbmnet.

I – DA PRELIMINAR

Conforme o Artigo 44 do Decreto 10.024 de 20 de setembro de 2019, temos:

CAPITULO XI – RECURSO

Art. 44. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante o prazo concedido na sessão pública, de forma imediata, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer.

§ 1º As razões do recurso de que trata o caput deverão ser apresentadas no prazo de três dias.

§ 2º Os demais licitantes ficarão intimados para, se desejarem, apresentar suas contrarrazões, no prazo de três dias, contado da data final do prazo do recorrente, assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

§ 3º A ausência de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer, nos termos do disposto no caput, importará na decadência desse direito, e o pregoeiro estará autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor.

§ 4º O acolhimento do recurso importará na invalidação apenas dos atos que não podem ser aproveitados.

"Deve-se esclarecer que o direito de recorrer constitui instrumento para atacar ilegalidade ou irregularidade ocorrida no processo, passível de maculá-lo. Tais ilegalidades/irregularidades constituem a própria motivação do recurso, sem o que não há objeto a ser atacado, tornando-o esvaziado.

Assim, a exigência de motivação da intenção de recurso pressupõe a indicação do ponto que deve ser revisto, segundo a concepção de quem recorre. Requer que se aponte de maneira especifica quais preceitos legais ou regras do edital teriam sido efetivamente infringidos (nesse sentido o entendimento da Egrégia Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento de Apelação interposta nos autos do processo 0007304-66.2009.4.02.5101)."

"O princípio da vinculação ao edital restringe o ato administrativo às regras editalícias, impondo a

inabilitação da empresa que descumpriu as exigências estabelecidas no ato convocatório" (REsp. 595079/RS, Rel. Min. Heman Benjamim, 2ª Turma, STJ, DOU 15/12/2009)"

II – DOS FATOS

No dia 16 de junho de 2021, a empresa, participou do Pregão Eletrônico nº 024/2021, sagrando-se vencedora do lote 01, sendo sua proposta a de melhor oferta para garantia do serviço, conforme relacionados abaixo:
Lote 1 – R$ 51.200,00

Após a abertura da habilitação teve sua documentação contestada pela concorrente participante do certame. A mesma alega falta da certidão simplificada e específica e alegando inexequibilidade do valor.

III — DO RECURSO

Muito já foi debatido e é vasta a jurisprudência com relação à aplicabilidade irrestrita do princípio da vinculação do instrumento convocatório no processo administrativo licitatório, relativando-se o presente princípio pelos Tribunais de Justiça e Tribunais de Contas da União, em face ao rigorismo formal, que consequentemente impede a competitividade e a seleção da proposta mais vantajosa para Administração Pública.

O processo administrativo licitatório é regido pela Lei 8.666/93, que prevê em seu artigo 30:

"A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será 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 aos correlates."

Como todo ato administrativo, a licitação é um procedimento formal. A formalização obrigatória eleva a licitação ao patamar de processo administrativo.

Esta lei conferiu ao edital de um procedimento licitatório o status de lei.

Edital da licitação tem força legal e vincula os atos e contratos, devendo o mesmo se respeitado.

> "O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como aliás, está consignado no art.41 da Lei 8.666." (MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 535).

Art. 41, caput, da Lei 8.666/93, que dispõe in verbis:

> "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada".

Porém, este princípio tem sido mitigado pelos tribunais sob a fundamentação de evitar rigorismos

formais nos processos licitatórios, como veremos:
O princípio da vinculação ao instrumento convocatório tem sido relativizado pelos Tribunais, ao argumento de que o rigorismo formal no edital impede a competitividade no processo administrativo licitatório, frustrando o objeto precípuo da Administração com a realização do certame, que é o de selecionar a melhor proposta.

De acordo com a Lei de Licitações, os licitantes que deixarem de atender aos requisitos estabelecidos no edital estarão sujeitos a serem inabilitados, todavia os tribunais em análise as exigências editalícias, vêm julgando a favor do licitante que deixar de atender todas as exigências do edital.

Privilegiar meras omissões ou irregularidades formais na documentação, em detrimento da finalidade maior do processo licitatório, que é garantir a obtenção do contrato mais vantajoso para a Administração, resguardando os direitos dos eventuais contratados, é motivo desarrazoado para inabilitar o participante.

A doutrina posiciona nas lições de Marçal Justen Filho:

> "Todas as exigências são o meio de verificar se o licitante cumpre os requisitos de idoneidade e se sua proposta é satisfatória e vantajosa. Portanto, deve-se aceitar a conduta do sujeito que evidencie o preenchimento das exigências legais, ainda quando não seja a estrita regulamentação imposta originariamente na lei ou no EDITAL. Na medida do possível, deve promover, mesmo de ofício, o suprimento de defeitos de menor monta. Não se deve conceber que toda e qualquer divergência entre texto da lei ou do EDITAL conduz à invalidada, à inabilitação ou à desclassificação". (JUSTEM FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010, p. 230.)

É o entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça:

> "Constitucional e Processual Civil. Licitação. Instrumento convocatório. Exigência descabida. Mandado de segurança. Deferimento. A vinculação do instrumento convocatório, no procedimento licitatório, em face da lei de regência, não vai ao extremo de se exigir providências anódinas e que em nada influenciam na demonstração de que o licitante preenche os requisitos (técnicos e financeiros) para participar da concorrência." (MS 564 7-DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 17/02/99, p. 00102).

"Direito Público. Mandado de segurança. Procedimento licitatório. Vinculação ao EDITAL. Interpretação das cláusulas do instrumento convocatório pelo Judiciário, fixando-se o sentido e o alcance de cada uma delas e escoimando exigências desnecessárias e de excessivo rigor prejudiciais ao interesse público. Possibilidade. Cabimento do mandado de segurança para esse fim. Deferimento. O EDITAL no sistema jurídico-constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, é norma fundamental da concorrência, cujo objetivo é determinar o objeto da licitação, discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e do Poder Público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas. Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao EDITAL não é absoluto, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de

regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração." (MS 5418-DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 01/06198, p. 00024).

Do Tribunal de Contas da União

> "Também não vislumbro quebra de isonomia no certame tampouco inobservância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Como já destacado no parecer transcrito no relatório precedente, o edital não constitui um fim em sim mesmo, mas um instrumento que objetiva assegurar a contratação da proposta mais vantajosa para Administração e a igualdade de participação dos interessados.
> Sem embargo, as normas disciplinadoras da licitação devem sempre ser interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação" (Acórdão n° 366/2007).

E do Tribunal de Contas de Minas Gerais

> "Processo Administrativo. Exigências não previstas no edital. "Quanto à licitante fazer exigências não previstas no edital, verificou-se, à fi. 629, que a Comissão desclassificou a única empresa a apresentar proposta, por ter apresentado preço bem superior ao estimado. Em seguida, (..) permitiu que a referida empresa apresentasse nova proposta financeira, dando prosseguimento ao certame. No entanto, a proposta da licitante não atende ás exigências feitas no instrumento convocatório (semi-leito, com TV, ar condicionado, vídeo) e a proponente ainda faz novas exigências não previstas anteriormente. Neste caso, o novo prazo para apresentação de proposta não poderia se limitar apenas à licitante que apresentou proposta, pois a alteração das condições editalícias poderia permitir que outras empresas tivessem a mesma oportunidade de participação. Segundo Marçal Justem Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos — 8a edição — Editora Dialética — fl. 477 e 478), se [em uma certa licitação], todas as propostas foram desclassificadas, não há fundamento jurídico para restringir a apresentação de novas propostas apenas aos anteriores participantes. (..) essa restrição é `indevida e ofende os princípios da isonomia, da moralidade e da competitividade. Acrescenta que o princípio da isonomia Impede que a Administração dispense alguns licitantes do cumprimento de requisitos [anteriormente] exigidos de outros. Dessa forma, entende-se que houve cerceamento na participação de interessados no procedimento licitatório em tela".(Processo Administrativo n.° 629667. Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrade. Sessão do dia 14/0812007)

Diante do exposto, concluímos que o formalismo constitui princípio inerente a todo procedimento licitatório; no entanto, a rigidez do procedimento não pode ser excessiva a ponto de prejudicar a interesse público. A vinculação ao instrumento convocatório não é absoluta, sob pena de ofensa a competitividade, conforme julgados supracitados. A Administração Pública não pode admitir ato discricionário que, alicerçada em rígida formalidade, rejeite licitantes e inviabilize o exame de um maior número de propostas. A desclassificação da licitante recorrente em razão de rigorismos formais, privilegiando a forma em detrimento de sua finalidade, frustra o caráter competitivo da seleção pública. Desta forma não há que se confundir procedimento formal com formalismo.

A Comissão de Licitação deverá em suas decisões pautar-se pelo princípio da competitividade, evitando formalismos que sobreponham à finalidade do certame, desde que respeitados os princípios da legalidade e impessoalidade dos atos praticados. (Ref. A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO VINCULAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO LICITATORIO. Keila Medeiros da Silva.Adv)

Assim exposto, vejamos as motivações dos concorrentes para a inabilitação dessa Recorrente em dois tópicos distintos:

1. **"Não apresentou a certidão simplificada e especifica emitida pela Junta Comercial"**

   Certidão Simplificada e Especifica são informações cadastrais que espelham a situação atual da empresa, constantes de atos arquivados na Jucepi. Porém vejamos o que nos traz a jurisprudência quanto a Exigência de Certidão Simplificada e suas variáveis.

   Mas o que diz a jurisprudência do TCU sobre o assunto, vejamos o que diz o Acórdão 7856/2012 — 2ª Câmara.

   > Acórdão 7856/2012 — 2ª Câmara Relator Ministro Aroldo Cedraz
   > É indevida a exigência de certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado sede do licitante (grifo nosso), por não estar prevista no art. 28 da Lei 8.666/1993.
   >
   > Está muito bem claro o teor deste Acórdão, sobre a ilegalidade da exigência da Certidão Simplificada

   Vejamos agora o que diz o Acórdão 1778/2015 — Plenário.
   Acórdão 1778/2015 — Plenário — Relator Ministro Benjamin Zymler

   > Certidão simplificada de Junta Comercial estadual não substitui os documentos exigidos para a habilitação jurídica dos licitantes (grifo nosso), uma vez que a possibilidade para permuta documental deve estar prevista em lei, tal como ocorre com o registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, nos termos do art. 32, § 3°, da Lei 8.666/1993.

   Também, vejamos este julgado do TCU

   > TC 004.928/2012-1
   >
   > VOTO
   > 1.[...]
   > 4. De acordo com o voto do Exmo. Ministro-Relator, as condenações se

BM DISTRIBUIDORA

deveram às irregularidades verificadas durante a auditoria mencionada, as quais resumiu conforme se segue:

I – [...];

II – inabilitação de empresas participantes da Tomada de Preços 4/2008, em face de exigências inadequadas e ilegais, resultando na restrição à competitividade do certame, especificadamente quanto:

a) exigência inadequada de certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado sede do licitante (grifo nosso);
e

b) [...].
8. Também não houve justificativa adequada para a exigência de certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do estado sede da licitante. Tal documento não se inclui entre aqueles elencados na Seção II da Lei nº 8.666, de 1993, que trata dos procedimentos de habilitação e restringe o rol de exigências quanto a isto em processos licitatórios.

A exigência de Certidão Simplificada da Junta Comercial do estado, sede da empresa licitante não é um documento obrigatório, independentemente da licitante ser individual, Eireli, Ltda, ou S/A e portanto não deve ser exigido para efeito de Habilitação Jurídica.

Entendemos perfeitamente e temos plena ciência de que a exigência poderia ser impugnada nos devidos prazos legais, antes da abertura do pleito, porem deixamos claro que não é obrigação do participante ordenar a Comissão de Licitação os preceitos legais que devem reger o edital, sendo isso prescrito na Lei, devendo ser vistos e revistos pelos agentes públicos, visando sempre a máxima competitiva e isonomia nas participações.

2. **" Alegação devido proposta com preços inexequíveis"**

A Concorrente, defende que a proposta apresentada seria inexequível, alegando que os valores registrados não refletem os praticados de mercado.

Como visto, a desclassificação de propostas, cujos valores se comprovem inexequíveis, ou seja, insuficientes para cobrir os custos de produção não tendo, portanto, condições de seremcumpridas.

No entanto, considerando a complexidade que envolve esta comprovação, torna-se frágilalegar simplesmente que os preços praticados pela Recorrida seriam inexequíveis, visto que referida análise deve ponderar diferentes aspectos da empresa.

Nesse sentido, é o entendimento da Zênite Informação e Consultoria S/A:

> ***É importante ressaltar que não basta, para a desclassificação de propostas por inexequibilidade, que estejam simplesmente abaixo dos valores constantes do orçamento elaborado pela Administração.*** *É preciso que reste demonstrada a efetiva inexequibilidade, especialmente através de documentação pertinente.* ***Isso porque a pesquisa de mercado realizada pelaAdministração nem sempre pode ser equiparada à atuação do particular, o qual pode obter preços mais vantajosos para insumos e demais custos, reduzindoparcialmente sua margem de lucro. (...)***

> *Acerca da desclassificação das propostas por inexequibilidade, é imperioso fazer uma ressalva, no sentido de que, tanto em um caso quanto no outro, deparando-se o pregoeiro com uma proposta inexequível, deve ele conceder ao autor a oportunidade de comprovação da exequibilidade dos termos apresentados, através de documentos, planilhas, notas fiscais dos fornecedores dos insumos, etc.*
>
> *Mesmo porque não podem ser descartadas, de plano, hipóteses como as elencadas, a título exemplificativo, por Joel de Menezes Niebuhr, que justificariam o oferecimento de preços mais baixos pelas licitantes:* ***"Por vezes, (a) os licitantes precisam desfazer-se de estoques; (b) compraram insumos com antecedência, antes de aumento de preço; (c) possuem tecnologia avançada; etc.".***[7]
>
> *Todas essas situações devem ser analisadas pela Administração, desde que devidamente comprovadas pelo particular.*
>
> *Isso porque cabe ao particular a disposição plena de seu patrimônio, e, comprometendo-o excessivamente, deverá arcar com o insucesso correspondente. O que não se admite, unicamente, é o comprometimento do interesse público.*[8]

> **Assim, sendo a proposta executável, independentemente de seu valor, não poderá ser desclassificada. Ou seja, a análise da exequibilidade deve estar restrita à possibilidade de atendimento ao interesse público, e nãoà lucratividade do particular.** (PREGÃO EM DESTAQUE - *1155/130/DEZ/2004, por Carine Rebelo)*(grifado).

Importante destacar que trata-se de licitação na modalidade de Pregão eletrônico,em que no momento da fase de lances as empresas irão apregoar suas melhores ofertas, buscando o melhor preço, cumprindo, deste modo, a finalidade da modalidade licitatória em questão.

Ainda no tocante a inexequibilidade de preços, cumpre destacar que, a Administração ao julgar as propostas apresentadas tem como parâmetro o valor estimado pelo edital. Neste contexto, não se vislumbra qualquer indício do cenário indicado no recurso, até mesmo porque a inexequibilidade se configura usualmente como uma questão relativa e que, portanto, deve ser cabalmente comprovada.

Sobre tal aspecto, merece ser trazido o ensinamento do doutrinador Marçal Justen Filho:

> Existem atividades que comportam margem de lucro muito reduzida, enquanto existem outras que apenas podem ser viabilizadas mediante remuneração mais elevada. Logo, não hácomo estabelecer soluções padronizadas, aplicáveis a

diferentes segmentos de atividades econômicas.

Mesmo no âmbito interno de uma mesma atividade, existem diferenças marcantes. **Como os custos são diversos para cada empresa e como cada qual apresenta uma estrutura operacional distinta, é perfeitamente cabível que a mesma proposta possa ser qualificada como inexequível para uma empresa e mereça enquadramento distinto para outra**. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed., São Paulo, Dialética, p. 653).

E, ainda o entendimento do também doutrinador Joel de Menezes Niebuhr:

"O fato é que não existe em regime de livre concorrência custo universal e fixo. Cada empresa tem o seu custo, que resulta da sua capacidade de organização, investimento em tecnologia, relação com fornecedores e produtividade. É evidente que uma empresa pode ser mais eficiente que outras e, por essa razão, apresentar custo menor. Dessa sorte, a inexeqüibilidade de uma proposta não pode ser aferida exclusivamente em comparação com os valores e custos de outras propostas.

Sob essa perspectiva, a operação aritmética prevista no § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 jamais pode implicar presunção absoluta. Em caso contrário, licitante com proposta de fato exeqüível poderia ser arbitrariamente desclassificada do certame, o que afrontaria os princípios da isonomia e da competitividade. Além disso, por corolário, impedir-se-ia a Administração de contratar com o licitante autor da melhor proposta, o que vulneraria, às escâncaras, o princípio da eficiência.(...)

O CÁLCULO PRESCRITO NO § 1º DO ART. 48 DA LEI Nº 8.666/93 NÃO SE APLICA À MODALIDADE PREGÃO

Como dito, o § 1º no art. 48 da Lei nº 8.666/93 considera manifestamente inexequível, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujosvalores sejam inferiores a 70% do menor dos seguintes valores:
(a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração, ou (b) valor orçado pela Administração, conforme exposto no tópico antecedente.

Pois bem, questiona-se se tal critério, entabulado no § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93, aplica-se ou não subsidiariamente à Lei nº 10.520/02, mais precisamente aos pregões promovidos para licitar obras e serviços de engenharia.

BM DISTRIBUIDORA

Segundo o art. 9º da Lei nº 10.520/02, a Lei nº 8.666/93 deve ser aplicada ao pregão subsidiariamente. Noutros termos, a Leinº 8.666/93 aplica-se ao pregão em tudo aquilo em que ela não contrariar explicita ou implicitamente as normas ou a sistemática da Lei nº 10.520/02. Daí que, para saber se o § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 aplica-se ou não ao pregão promovido para obras e serviços de engenharia, deve-se indagar se ele contraria ou não, explicita ou implicitamente, as normas ou asistemática da Lei nº 10.520/02.

Muito embora não haja nenhuma contradição explicita entre norma específica da Lei nº 10.520/02 e o § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93, a operação aritmética prevista nele não se compatibiliza com a sistemática própria do pregão. Está-se diante, portanto, de uma contradição de ordem implícita, de uma contradição de caráter sistêmico.

Com efeito, na sistemática da Lei nº 8.666/93, os licitantes apresentam as suas propostas todas escritas, colocadas dentro de um envelope lacrado. Tais propostas são definitivas e imutáveis, vale dizer, os licitantes não dispõem de oportunidade para alterá-las, que possibilite um cobrir o valor apresentado pelo outro. Tais propostas, definitivas e imutáveis, é que são objeto do cálculo prescrito no § 1º do art. 48 da Lei nº8.666/93, que, insista-se, presta-se a aferir a exeqüibilidade dos preços.

No pregão, a sistemática é bem diferente: os licitantes apresentam propostas escritas, dentro de envelope lacrado. No entanto, tais propostas não são definitivas nem imutáveis. Oslicitantes mais bem classificados dispõem da oportunidade departicipar da etapa de lances, por efeito do que lhes é permitido renovar as suas respectivas propostas, reduzindo osseus preços, um cobrindo o preço proposto pelo outro. Dessa maneira, as propostas apresentadas por escrito não são definitivas; elas, em princípio, tornam-se definitivas somente após o encerramento da etapa de lances.

Sob esse contexto, o § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 não pode ser aplicado ao pregão porque ele redundaria em determinação oblíqua de preço mínimo. A título ilustrativo, se o quadro desenhado como exemplo no tópico antecedente referisse a pregão para serviço de engenharia, a operação aritmética encartada no § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 indicaria aos licitantes, antes mesmo da etapa de lances, o preço mínimo de R$ 476.000,00. Ora, todos os licitantes já saberiam de antemão que não poderiam oferecer propostas com valores inferiores a R$ 476.000,00. Isto é, os *licitantes D, E e F*, classificados para a etapa de lances, já saberiam de antemão que não poderiam oferecer propostas abaixo de R$ 476.000,00, sob pena de serem desclassificadas em razão de suposta inexeqüibilidade. E,

ademais, *o licitante G* já deveria ser desclassificado de pronto, antes mesmo da etapa de lances.

O quadro de propostas oferecido acima como exemplo é hipotético e, rigorosamente, é difícil que ocorra na prática. É difícil que a Administração orce obra ou serviço de engenharia em R$ 1.000.000,00 e vários licitantes apresentem propostas tão abaixo desse valor, com preços que não chegam à metade dele. Provavelmente, se acontecer algo do gênero, pode-se presumir algum erro na elaboração do projeto básico ou na elaboração do orçamento por parte da Administração. Ainda que se imagine outro quadro, talvez mais próximo da realidade, a aplicação do § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 também, de qualquer jeito, importa em estabelecer preço mínimo. Os licitantes, em qualquer exemplo que se ofereça, mesmo durante a etapa de lances, poderão calcular o preço mínimo, o limite dos 70% da média aritmética das propostas acima de 50% do valor orçado pela Administração.

A propósito, o preço mínimo é terminantemente vedado peloinc. X do art. 40 da Lei nº 8.666/93, dispositivo este que se aplica subsidiariamente à Lei nº 10.520/02. Se não fosse por isso, preço mínimo é incompatível com a sistemática da Lei nº 10.520/02, que visa a ampliar a competição e a promover verdadeira economicidade. A determinação de preço mínimo, por certo, não se harmoniza com tais propósitos, porquanto afigura instrumento que acaba por tolher a disputa, impondo limites de preços *a priori*.

A operação aritmética que serve a identificar propostas inexeqüíveis somente pode ser aplicada dentro da sistemática da Lei nº 8.666/93, onde ela foi introduzida, no § 1º do seu art. 48. Isso porque na sistemática da Lei nº 8.666/93 as propostas apresentadas por escrito são definitivas e imutáveis. A referida operação aritmética não pode ser transplantada para o pregão, na medida em que a sistemática da Lei nº 10.520/02 não se conforma com ela. No pregão, as propostas apresentadas por escrito não são definitivas e imutáveis. A essência do pregão reside na possibilidade de as propostas serem alteradas em disputa aberta, em que os licitantes conhecem os valores propostos. Assim o sendo, a operação aritmética encartada no § 1º do art. 48 da Lei nº8.666/93 implicaria, ainda que indiretamente, estabelecer preço mínimo, o que seria instrumento para limitar a possibilidade da disputa, o que não se compadece aos princípios da competitividade e da economicidade." (ZêniteInformação e Consultoria S/A. DOUTRINA - 05/167/JAN/2008, por Joel de Menezes Niebuhr) (grifado)

Nesse sentido, igualmente destaca-se o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO TUTELA ANTECIPADA. SUSPENSÃO DE LICITAÇÃO. **ALEGAÇÃO DE PROPOSTAINEXEQUÍVEL**. ART. 48, I E II, § 1º, DA LEI 8.666/93. -
> O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que **a questão acerca da inexequibilidade da proposta não é absoluta, mas relativa, quer dizer, deve ser analisada e comprovada casuisticamente.** - No caso, é irretocável a decisão atacada, pois, como bem destacado pelo julgador de origem, não há qualquer prova nos autos que aponte ser a proposta vencedora inexequível, fato, aliás, que demandadilação probatória. - Ademais, também **não há demonstração de risco ou de perigo de dano ao resultado útil ao processo, diante da ausência de elementos que comprovem que a vencedora da licitação não prestará o serviço objeto da licitação. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO**.(Agravo de Instrumento,Nº 70076098748, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunalde Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 12- 04-2018) (grifado).

Em se tratando da modalidade de Pregão eletrônico, essa também é a orientação doTribunal de Contas da União:

> *REPRESENTAÇÃO. UFRA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS AUXILIARES DE APOIO ADMINISTRATIVO. **DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA DE PROPOSTAS DE MENOR VALOR. COMPROMETIMENTO DA COMPETITIVIDADE E DA ECONOMICIDADE DO CERTAME**. SERVIÇOS CONTINUADOS. CONHECIMENTO. AUDIÊNCIAS. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. PROCEDÊNCIA. MULTA. DETERMINAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE NOVO CERTAME E NÃO PRORROGAÇÃO DO CONTRATO. CIÊNCIA.*
>
> *2. **Em resumo, constatou-se que houve desclassificação de quatro propostas de licitantes por inexequibilidade com base em critério questionável, qual seja, cálculo de percentual sobre o valor estimado no edital para a contratação, sem franquear às licitantes a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de suas propostas**. Ademais, foram desclassificadas várias outras propostas de valor inferior ao da proposta adjudicada em face de meras formalidades, de maneira destoante do princípio basilar da obtenção da melhor proposta e em desacordo com o Decreto nº 5.450/2005, em seu art. 26, § 3º; com a Instrução*

Normativa nº 02/2008, em seu art. 29, incisos IVe V; e com a jurisprudência desta Casa. Segundo o parecer instrutivo, as omissões nas propostas consistiam em sua maioria de informações que não alterariam o preço ou a composição de custos dos serviços licitados, não havendo qualquer prejuízo à competitividade em sua apresentação na etapa de lances do pregão. Relativamente ao item referente a "seguro contra acidente do trabalho", a única das exigências que dizia respeito à composição da planilha de custos, a Secex-PA assim se pronunciou: "o impacto da ausência desse item sobre o valor global da proposta mostra-se ínfimo e, portanto, não justifica a desclassificação sumária de propostas com preço global bastante inferior à proposta julgada vencedora" (peça 30, p. 6).

(...)

7. Com efeito, conforme já exposto acima e detalhado no relatório, ***houve comprometimento da competitividade e da economicidade da contratação, na medida em que se constatou a desclassificação indevida de diversas propostas de valor inferior ao valor contratado. Todavia, não se aprofundou a investigação de eventual superfaturamento do contrato, seja por meio da análise da planilha de custos do instrumento ou pela comparação com contratos similares no âmbito da administração pública*** (TCU, Acórdão n. 2478/2015, Primeira Câmara, Rel. Min. Bruno Dantas, publicado em 08/05/2015) (grifado).

REPRESENTAÇÃO. CONHECIMENTO. PREGÃO ELETRÔNICO. SRP. FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES. INEXEQUIBILIDADE DE PROPOSTA. DILIGÊNCIAS. ***NÃO COMPROVAÇÃO DA INCAPACIDADE DA EMPRESA DE CUMPRIR O OBJETO CONTRATUAL. PROPOSTA INDEVIDAMENTE DESCLASSIFICADAS****. DETERMINAÇÃO DE PROVIDÊNCIAS PARA A ANULAÇÃO DOS ATOS IRREGULARES. CONTINUIDADE DO CERTAME. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. ARQUIVAMENTO.*

Observo, todavia, que a aferição da inexequibilidade não deve se pautar exclusivamente pela diferença entre preço ofertado e custos estimados, tomando por parâmetro decisório a existência de lucro zero ou de prejuízos, como fez o órgão jurisdicionado. Tanto é assim que esse critério sequer consta do inciso II do art. 48 da Lei 8.666/1993, reproduzido no parágrafo 18 desta proposta de deliberação*. A esse respeito, insta destacar a ementa do acórdão 3092/2014-TCU-Plenário (relator: Ministro Bruno Dantas), nos seguintes termos: "REPRESENTAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE*

PROPOSTA POR CRITÉRIO NÃO PREVISTO NO EDITAL. PROCEDÊNCIA. ASSINATURA DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO ATO. POSSIBILIDADE DE RETOMADA DO CERTAME. CIÊNCIA DE OUTRAS IMPROPRIEDADES. ARQUIVAMENTO. 1. Não há vedação legal à atuação, por parte de empresas contratadas pela Administração Pública Federal, sem margem de lucro ou com margem ***de lucro mínima, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecução da proposta (Acórdão 325/2007-TCU- Plenário)****. 2. A desclassificação de proposta por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados (Acórdãos 2.528/2012 e 1.092/2013, ambos do Plenário) ".*

Cabe ressaltar que a relevância de se avaliar a exequibilidade da proposta está em, por esse meio, inferir a existência de elevado risco de inexecução do contrato.

A ocorrência de lucro zero ou prejuízo de pequena monta não leva inexoravelmente a essa conclusão, nem a lei assim determina. (...) Por fim, ressalte-se que o órgão jurisdicionado ignorou a questão da economicidade das propostas, o que resultou em uma situação paradoxal, que contraria a lógica do processo licitatório. Ao desclassificar a proposta da empresa representante, por ter um saldo negativo de R$19.968,62, o órgão jurisdicionado optou por selecionar proposta no valor de R$ 1.238.688,00, ou seja, com diferença de 75% superior à proposta apresentada pelorepresentante.

A insuficiência financeira da licitante para execução do contrato a contento não restou comprovada (vide a análise dos indicadores econômicos financeiros e o item 7.2.3.1 do edital) . Do mesmo modo, não está demonstrado o enquadramento da situação nas hipóteses previstas art. 48, II, da Lei de Licitações.

Não tendo sido infirmados os custos dos insumos informados pela licitante, ou seja, considerados implicitamente válidos, pode-se mesmo aventar a possibilidade de a proposta alternativa conter sobrepreço.

Considerado esse contexto, a desclassificação da proposta de R$ 708.422,40 e a contratação por R$ 1.238.688,00 resultaria em decisão antieconômica.

Acolho, portanto, o encaminhamento da unidade instrutiva no sentido de determinar a anulação do ato de desclassificação da proposta apresentada pela empresa Botelho Serviço e Comércio Eireli para os grupos 1 e 2 do pregão eletrônico 8/2019.

É relevante registrar que a boa execução contratual depende de diligente atuação da fiscalização do

BM DISTRIBUIDORA

cumprimento das obrigações contratuais a cargo da entidade contratante. (TCU, Acórdão n. 839/2020, Primeira Câmara, Rel. Min. Weder de Oliveira, publicado em03/03/2020) (grifado).

Ressalta-se ainda que, a disputa de preços seguiu de forma satisfatória e dinâmica, com sucessivos lances, sendo que, ao término, a BM Distribuidora (primeira colocada) e, a segunda classificada, também ofertou valor aproximado. Portanto, não prospera o argumento, por si só, de que a proposta da vencedora não seria condizente com a realidade de mercado, visto que as duas primeiras colocadas disputaram acirradamente dentro do valor apontado como supostamente inexequível.

IV – CONCLUSÃO

Após a extensiva exposição, apresentado todos os preceitos legais que justificam nossas razões para discordar inteiramente da decisão da empresa participantes ter apresentado recurso contra a nossa habilitação.

Pedimos o acatamento dessa peça recursal, por atender todos os preceitos legais e sua plena tempestividade.

Que seja deferido o Contra recurso apresentando, fazendo-se jus ao objetivo desse Pregão de adquirir produtos e serviços com melhor preço e melhores condições técnicas, reconsiderando a habilitação dessa recorrente, e dando seguimento a sua adjudicação e devida homologação.

Por fim, estando convictos de que a matéria terá tratamento adequado, o que permitirá os reparos devidos na própria esfera administrativa, evitando-se assim outras medidas recursivas em esfera legal superior.

Termos em que Pedimos Deferimento

Coelho Neto-MA, 30 de junho de 2021

B. M. RODRIGUES FERREIRA:04500261000121

Assinado de forma digital por B. M. RODRIGUES FERREIRA:04500261000121
Dados: 2021.06.30 21:21:20 -03'00'

Benedita Maria Rodrigues Ferreira
Rg nº 1.115.909 SSP PI
CPF nº 781.351.923-04