

OFICIO Nº: 003/2019.

Laranjeiras, 26 de agosto de 2019

Ao
Município de Santo Amaro das Brotas – Sergipe.
Ref.: 016/2019.

Prezado,

A empresa **Kato Construção e Serviços Ltda ME**, CNPJ: 25.152.231/0001-41, vem por intermédio deste, encaminhar Recurso Administrativo N.001/2019, ao setor de licitações, documento constando 9 paginas.

Atenciosamente:


Glaudistonny Leite Santos
Socio administrador

Recebido Em 26/08/2019
Gabinete do Prefeito

Ana Carla B. Lima Santos
Gabinete do Prefeito

RECURSO ADMINISTRATIVO N.01/2019

Ao
Município de Santo Amaro das Brotas – Sergipe.
Ref.: Pregão Presencial: 016/2019

Prezado,

A empresa **Kato Construção e Serviços Ltda ME**, CNPJ: 25.152.231/0001-41, vem por intermédio deste, apresentar Recurso administrativo contra decisão do pregoeiro em face às seguintes questões:

- Desclassificação de alguns itens por alegação de preço inexecuível;

Em sessão do dia 01/08/2019, o sr. Pregoeiro solicitou por parte de nossa empresa apresentação da planilha de custos de nossa proposta de preços, porém como citado na própria ata da sessão,

"o Item 9.3 - Na análise da aceitação das propostas, havendo dúvida sobre a exequibilidade dos preços de uma ou mais propostas, o Pregoeiro fixará o prazo de 24hs (vinte e quatro horas) para que as licitantes que ofertaram preços com indícios de inexecuibilidade apresentem as Planilhas de Custos Contábeis demonstrando que o valor ofertado apresenta a incidência de todos os impostos pertinentes à prestação de serviços e o lucro, para fins de comprovação da exequibilidade de seus preços." do edital.

Ora, o próprio edital já afirma que em caso de dúvida será solicitada a apresentação da planilha de custo, uma vez que nossa empresa apresentou o que foi solicitado comprovando que tem plena possibilidade de ofertar os serviços licitados pelo preço oferecido, não resta dúvida sobre a validade de nossa 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 a 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 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”. [...] (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).

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 inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta. (Acórdão 587/2012 – Plenário, Rel. Min. Ana Arraes)

Corrobora deste entendimento o renomado doutrinador Marçal Justen Filho:

Como é vedada licitação de preço-base, não pode admitir-se que 70% do preço orçado seja o limite absoluto de validade das propostas.

Tem de reputar-se, também por isso, que o licitante cuja proposta for inferior ao limite do § 1º disporá da faculdade de provar à Administração que dispõe de condições materiais para executar sua proposta. Haverá uma inversão do ônus da prova, no sentido de que se presume inexequível a proposta de valor inferior, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto (JUSTEN FILHO, 2010, p. 609).

Portanto, a legislação estabelece parâmetros de inexequibilidade dos preços, devendo ser oportunizado ao licitante a oportunidade de comprovação da exequibilidade da proposta.

Trata-se, ainda, de assegurar o cumprimento do interesse público com economia de recursos. Uma vez que o equívoco pode não ser na proposta baixa do licitante, mas, sim, na estimativa elaborada pela Administração.

O artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93 dispõe ainda sobre o critério de aceitabilidade dos preços. O dispositivo veda a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação aos preços de referência.

Desse modo, o legislador intenciona evitar o preço-base, banir o piso eliminatório, ou seja, impedir que os editais prevejam um valor mínimo abaixo do qual as propostas sejam automaticamente desclassificadas.

A Lei nº 9.648/98 (que alterou a Lei nº 8.666/93) foi a responsável pela adoção desse critério e também dos critérios de inexequibilidade introduzidos ao artigo 48 nos parágrafos 1º e 2º transcritos acima, que, como visto, referem o limite de preço a partir do qual haverá a presunção de inexequibilidade da proposta, implicando na necessidade de o proponente demonstrar a viabilidade do preço ofertado.

Por outro giro, a decretação da inexequibilidade 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.

18. Não bastasse essa grave falha, verificou-se que não foi dada ao licitante desclassificado por inexecuibilidade 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 inexecuibilidade 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.

19. Em vista dessas ocorrências, restou prejudicado o contratante que poderia ter obtido melhor preço e, conseqüentemente, uma proposta mais vantajosa. (Acórdão 1.248/2009 Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

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 inexecuibilidade 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 inexequibilidade 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 empresária.

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

O primeiro deles reside na declaração de inconstitucionalidade, visto que a 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).

Outra questão é a responsabilidade do licitante pela proposta que ofertar ao poder público, se ela envolve riscos econômicos e ainda assim o proponente quiser aventurar-se, não haverá transferência desse risco ao Poder Público, que poderá tão somente executar a garantia, rescindir o contrato e aplicar as penalidades cabíveis.

O Estado deve, ainda, executar a garantia adicional, prevista no § 2º do artigo 48 da Lei nº 8.666/93, para compensar prejuízos sofridos com a inadimplência do contratado.

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.

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 avallar 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:

[...] 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).

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 às 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 também o princípio da isonomia que veda a possibilidade de favoritismos entre os concorrentes. (BRUNO, 2005, p. 65-67).

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. (TRF 1º Região, 6ª turma, MS nº 2001.34.00.018039-0/DF, DJ 22/09/2003).

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 tutelador na prevenção e repressão dos abusos cometidos por empresas com poder de mercado. (CADE, 2007, p. 16).

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.

Comprovada 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 inexequível, 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 inexequibilidade da proposta atentará contra a livre concorrência, sendo cabível representação do licitante ao CADE e ao Tribunal de Contas. (Boselli Licitações).

Portanto, nossa empresa entende que, uma vez apresentada a planilha de custos e nossa convicção de prestação do serviço licitado, não enxergamos motivo para nossa desclassificação.

- Habilitação de empresa com capital social inferior a 10% do valor contratado;

Na sessão do dia 22/08/2019, o Sr. Pregoeiro habilitou a empresa R&S SERVIÇOS GERAIS LTDA-ME, cujo se sagrou vencedor do montante de R\$ 2.284.810,00, acontece que a empresa apresentou em sua documentação a comprovação de Capital Social de R\$ 85.000,00, bem abaixo do que é exigido pela Lei 8.666/93 no seu art. 31, cita que o licitante deverá possuir o valor mínimo de capital social de 10% do valor licitado, ou seja a empresa deveria apresentar um capital social de 228.481,00.

Desta forma é lícita e oportuna as razões dos recorrentes, haja vista a temeridade da concretização do contrato em quantia bastante superior a possibilidade da empresa, tal alegação ainda se justifica na possibilidade de haver uma quebra de isonomia entre os licitantes, prejudicando ainda terceiros interessados. De outro modo a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a

seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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 são correlatos. A arguição pelos recorrentes mostra-se como uma exigência indispensável e inerente à garantia da execução do contrato ou do serviço, haja vista as hipóteses de quebra de contrato ou inexecução de obra. Sobre o tema vem se posicionando o Superior Tribunal de Justiça, a seguir, in verbis: **EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE CAPITAL SOCIAL CIRCULANTE MÍNIMO. LEGALIDADE. ATENDIMENTO EXPRESSO À FINALIDADE E CONVENIÊNCIA PÚBLICA. ATO ADMINISTRATIVO REGULARMENTE MOTIVADO. PRECEDENTES.** 1. Trata-se de recurso especial interposto em autos de ação declaratória de nulidade de ato administrativo por Atento Brasil S/A, com o objetivo de impugnar acórdão que em juízo de apelação reconheceu legal, nos termos da Lei 8.666/93, a Administração Pública exigir na fase de habilitação de certame licitatório que as empresas participantes comprovem capital mínimo circulante de 10% do valor a ser contratado. 2. Não se identifica nenhuma ilegalidade no fato de que, em razão da grande expressão econômica e de responsabilidade técnica, exija-se das empresas a comprovação de capital social mínimo ou patrimônio líquido em 10% do valor da contratação. Precedente: MS 8.240/DF, DJ 02/09/2002, Rel. Min. Eliana Calmon; Resp 402.711/SP, DJ 19/08/2002, de minha relatoria. 3. Recurso especial conhecido e não-provido Encontrado em: ART : 00031 LEI DE LICITAÇÕES LC-93 LEG:FED LEI: 008666 ANO:1993 ART : 00027 ART : 00031 LEI... DE LICITAÇÕES STJ - RESP 402711 -SP (RJADCOAS 41/76), MS 8240 -DF RECURSO ESPECIAL REsp 927804 MG 2007/0033775-1 (STJ) Ministro JOSÉ DELGADO.

Não há como prosperar a alegação de que deveria está expressa a exigência de capital mínimo prevista no edital, em razão do dispositivo já se encontrar descrito na lei de licitações claramente, além disso, se constitui uma prerrogativa da entidade zelar pela segurança dos contratos, haja vista da entidade já ter tido problemas com fornecimento de materiais em outras situações. Outrossim, o edital está vinculado aos dispositivos da lei de licitações e as empresas que participam do certame não podem

eximir-se de seu cumprimento simplesmente por alegar que não está descrito no edital ou por desconhecimento. A lei é clara e o referido dispositivo não dá margem para mais delongas. Ademais, a vinculação ao edital não pode ser lida e interpretada sem uma razoável extensão, sob pena dos editais se tornarem instrumentos dotados de insegurança e suscetíveis de alegações das mais diversas possíveis e de conteúdos intermináveis.

DOS PEDIDOS

Pelo que exposto no presente recurso, solicitamos que seja procedente o presente recurso, baseado na forma da lei, para que não se faça necessário tal questionamento pela via judicial, fato esse que atrasará o certame.

Atenciosamente:

Laranjeiras, 26 de agosto de 2019



Glaudistonny Leite Santos
Socio administrador