EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO MUNICIPAL DE SANTO AMARO DAS BROTAS/SE.

DECISÃO

ASSUNTO: Recurso Administrativo do Julgamento das Propostas de Preços e das Habilitações do Pregão Presencial SRP nº 016/2019

RECORRENTE: Kato Construção e Serviços Ltda ME

OBJETO DA LICITAÇÃO: Registro de Preços, para eventual e futura contratação de empresa para realização de Serviços Comuns de Engenharia, de acordo com as demandas da Prefeitura Municipal, Secretaria Municipal de Educação, Fundo Municipal de Saúde, Fundo Municipal de Assistência Social e Secretaria Municipal de Educação de Santo Amaro das Brotas.

I – RELATÓRIO

O Pregoeiro do Município de Santo Amaro das Brotas, no uso de suas atribuições legais, em observância ao inciso XVIII do artigo 4º da Lei nº 10.520/2002 c/c o § 4º do artigo 109 da Lei nº 8.666/1993, vem, pelo presente, proferir julgamento e fazer subir o **Recurso Administrativo** interposto pela **Kato Construção e Serviços Ltda ME** em face da Decisão de julgamento das Propostas de Preços e das Habilitações do **Pregão Presencial SRP nº 016/2019**, cujo objeto consiste no "**Registro de Preços, para eventual e futura contratação de empresa para realização de Serviços Comuns de Engenharia, de acordo com as demandas da Prefeitura Municipal, Secretaria Municipal de Educação, Fundo Municipal de Saúde, Fundo Municipal de Assistência Social e Secretaria Municipal de Educação de Santo Amaro das Brotas**".

Irresignada, a Licitante **Kato Construção e Serviços Ltda. ME** interpõe o **Recurso Administrativo** ora julgado em face da Decisão proferida na Ata de Sessão Pública de 22/08/2019, mais especificamente contra a sua **desclassificação** para alguns itens e contra a **habilitação** da Licitante **R & S Serviços Gerais Ltda.**, a qual, por sua vez, apresentou suas **Contrarrazões**.

É O RELATÓRIO.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A) DA DESCLASSIFICAÇÃO DA KATO CONSTRUÇÃO E SERVIÇOS LTDA. ME

A Licitante Kato Construção e Serviços Ltda. ME se insurge contra a sua desclassificação para determinados itens do Pregão Presencial SRP nº 016/2019 em relação aos quais sua Proposta de Preços fora declarada inexequível. Analisemos então a questão.

O § 3º do artigo 44 da Lei nº 8.666/1993 veda a apresentação de propostas com preços tanto globais quanto unitários extremamente reduzidos:

> Art. 44. (...)
> § 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

Todavia, a própria Lei nº 8.666/1993 também veda a estipulação de limites mínimos para os preços globais e unitários, nos termos do inciso X do seu artigo 40:

> Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o

> regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
> (...)
> X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e **vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência**, ressalvado o dispossto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (grifo nosso)

No caso das licitações especificamente para obras e serviços de engenharia, tal como no presente caso, a Lei nº 8.666/1993 equaciona o aparente conflito de normas através de regra aritmética para cálculo da exequibilidade das propostas de preços, nos moldes do inciso II e do § 1º do seu artigo 48:

> Art. 48. Serão desclassificadas:
> (...)
> II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüiveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.
> § 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexeqüíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:
> a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinqüenta por cento) do valor orçado pela administração, ou
> b) valor orçado pela administração. (destacamos)

No entanto, é cediço que o parâmetro de inexequibilidade apontado no dispositivo legal em questão não é absoluto, mas sim relativo, ou seja, admite prova em contrário pela licitante, consoante jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do seguinte Acórdão:

> 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. Nas palavras de Marçal Justen Filho, "como é vedado 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 inexeqüível a proposta de valor inferior, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto" (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 610). 4. Na hipótese dos autos, conforme se pode constatar na r. sentença e no v. acórdão recorrido, houve demonstração por parte da empresa classificada em primeiro lugar (LEÃO & LEÃO LTDA) e por parte do MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO de que a proposta apresentada por aquela era viável e exequível, embora em valor inferior ao orçado pela Administração. Conforme informações apresentadas pelo ora recorrido, 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". Além disso, a empresa vencedora vem prestando devidamente o serviço contratado, o que demonstra a viabilidade da proposta por ela apresentada durante o procedimento licitatório (fls. 92/109, 170/172, 195/200 e 257/261). Assim, considerando que as instâncias ordinárias, com base na interpretação do contexto fático-probatório dos autos, entenderam que houve a devida comprovação da viabilidade da proposta apresentada pela empresa classificada em primeiro lugar, não

> há como elidir a referida conclusão, sob pena de incorrer-se no óbice da Súmula 7/STJ. 5. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 11.044/RJ, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros , consagrou entendimento no sentido de que, "se a licitante vitoriosa cumpriu integralment (1ª Turma, DJ de 4.6.2001) e o contrato objeto de licitação, afasta-se logicamente a imputação de que sua proposta era inexeqüível". 6. Recurso especial desprovido.
> (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)

A respeito da questão, assim se manifesta a doutrina do ilustre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Parece-nos que ao critério aludido só se pode atribuir um valor *indicativo*, preliminar, mas que *admite prova em contrário*, seja em *favor da exeqüibilidade* de uma proposta que fique abaixo dos parâmetros concretamente apurados em dada licitação, seja *em favor da inexeqüibilidade* de uma dada proposta que se haja alocado no interior deles.
> Deveras - tirante a hipótese de abuso do poder econômico -, como dito, a inexeqüibílidade de uma proposta é manifestamente uma questão de *fato*. Trata-se, afinal, de saber se dada proposta reúne ou não condições objetivas de ser cumprida, ou seja, se é ou não *economicamente viável*, por ser este último tópico enfocado no art. 48. Ora, se o for, *não pode ser desclassificada*, sob pena de ofensa ao direito do licitante - autor da melhor proposta - de vê-la reconhecida e proclamada como tal, até porque de outra sorte violar-se-ia o art. 37, XXI, da Constituição, que inadmite exigências excedentes do indispensável ao cumprimento das obrigações.
> (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Malheiros, 16ª Edição, p.547/548)

Sedimentando a questão, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é firme no sentido de que a Comissão de Licitação deverá ao menos diligenciar abrindo prazo à licitante para que demonstre a exequibilidade do seu preço ofertado, conforme definido na Súmula 262:

> **Súmula TCU nº 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 inexequibilidade de

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

Tal poder/dever da Comissão e do Pregoeiro de realizar de tais diligências se encontra previsto no § 3º do artigo 43 da própria Lei nº 8.666/1993:

> Art. 43. (...)
> § 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo (...).

Pois bem. O Recurso da Licitante Kato Construção e Serviços Ltda. ME contra a sua desclassificação no presente certame por inexequibilidade de determinados itens da sua Proposta de Preços se fundamenta exatamente no entendimento descrito acima, ou seja, que a Kato Construção e Serviços Ltda. ME teria o direito de demonstrar a exequibilidade de tais itens de sua Proposta e que o Município de Santo Amaro da Brotas teria a obrigação de realizar diligência lhe concedendo esta oportunidade.

Ocorre que a oportunidade solicitada pela Recorrente já lhe fora concedida e a diligência por ela postulada já fora realizada pelo Pregoeiro na Ata de Sessão Pública de 01/08/2019, quando fora determinado à Licitante que em 24 (vinte e quatro) horas apresentasse a Planilha de Custos comprobatória da exequibilidade dos itens da sua Proposta de Preços, *ipsis litteris*:

> **A empresa KATO CONSTRUÇÃO E SERVIÇOS LTDA-ME, deverá apresentar a composição da Planilha de Custos para fins de *exequibilidade* no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, para que possa ser feita a apuração dos preços registrados em sua proposta de preços.** O Pregoeiro, comunica aos presentes que a sessão de fase de lances será suspensa até que seja atendida as exigências por parte da licitantes no prazo consignado.
> (grifo nosso)

No entanto, o que se verifica é que a Planilha apresentada pela Recorrente fora devidamente analisada pela Secretaria Municipal de Obras e Urbanismo, que

concluiu em seu Parecer que, mesmo após a diligência com a oportunidade regularmente concedida à Licitante pelo Pregoeiro, a Kato Construção e Serviços Ltda. ME não comprovou a exequibilidade dos itens em questão da sua Proposta de Preços, conforme consignado na Ata de Sessão Pública de 22/08/2019, *in textual*:

> **O Pregoeiro, recepcionou a planilha detalhada dos custos da empresa KATO CONSTRUÇÃO E SERVIÇOS LTDA-ME, conforme foi solicitada, ao tempo que repassou ao setor de para a Secretaria M. de Obras, de acordo com a Comunicação Interna, no dia 06/08/2019, descrevendo a situação da proposta de preços - valores unitários - da empresa KATO CONSTRUÇAO E SERVIÇOS LTDA-ME**, na qual as demais concorrentes JKD - SERVIÇOS E MANUTENÇOES EIRELI-ME, R&S SERVIÇOS GERAIS LTDA-ME, suscitaram diante da oferta da proposta de preços estão devidamente inexequíveis. Quanto a menção feita por parte das concorrentes. Expedido tal feito, **a Secretaria Municipal de Obras expediu o parecer técnico de engenharia - análise das propostas de preços comercial quanto as planilhas e composições, resultando na desclassificação de alguns itens da empresa KATO CONSTRUÇÃO E SERVIÇOS LTDA-ME** e classificação dos valores das propostas de preços da empresas JKD - SERVIÇOS E MANUTENÇOES EIRELI-ME e R&S SERVIÇOS GERAIS LTDA-ME.
> (destacamos)

Portanto, a legislação, a doutrina e a jurisprudência referenciadas alhures, que são a mesma fundamentação do Recurso interposto, foram sim obedecidas, sem que, no entanto, a Recorrente tenha logrado êxito em comprovar a exequibilidade dos itens desclassificados da sua Proposta de Preços, conforme análise proferida no Parecer de exclusiva responsabilidade da Secretaria Municipal de Obras e Urbanismo, seja na resposta à diligência já devidamente realizada ou muito menos no presente Recurso, que não trouxe fatos ou elementos probatórios novos, não havendo motivo para a reforma da Decisão, a qual, como já dito, fora tomada com base no Parecer Técnico supracitado.

B) DA HABILITAÇÃO DA R & S SERVIÇOS GERAIS LTDA.

Já no que concerne ao Recurso da Licitante Kato Construção e Serviços Ltda. ME

em face da habilitação da Licitante R & S Serviços Gerais Ltda., melhor sorte também não lhe assiste. Vejamos.

A Recorrente aduz que, embora a Licitante R & S Serviços Gerais Ltda. tenha sido habilitada com uma Proposta de Preços total de R$ 2.284.810,00, o seu Capital Social é de apenas R$ 85.000,00, o que estaria abaixo dos 10% que seria a exigência mínima impositiva do artigo 31 da Lei nº 8.666/1993.

No entanto, ao revés do que alega a Recorrente, verifica-se que, em verdade, os §§ 2º e 3º do suscitado artigo 31 da Lei nº 8.666/1993 dispõem respectivamente que 1º) a exigência de capital social mínimo não é uma obrigação da Administração e sim uma opção, pois o dispositivo legal usa a expressão "*poderá*" e não "*deverá*"; e 2º) acaso a Administração opte por exigir comprovação de capital social mínimo, o montante de 10% é apenas a exigência máxima, podendo a Administração estabelecer percentuais menores, pois o dispositivo somente afirma que a exigência "*não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação*", *ipsis litteris*:

> Art. 31. (...)
> § 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, **poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei**, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.
> § 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior **não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação**, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.
> (grifos nossos)

Aliás, observe-se que o supracitado § 2º do artigo 31 da Lei nº 8.666/1993 ainda utiliza a expressão "*ou*" para dispor que a Administração não poderá exigir simultaneamente capital social mínimo e garantia de participação, ou seja, se a Administração optar por exigir das licitantes como requisito de qualificação econômico-financeira a apresentação de garantia

de participação, estará proibida de exigir a comprovação de capital social mínimo, o que fragiliza ainda mais a suposta impositividade de tal exigência alegada pela Recorrente.

Por fim, observe-se que o mesmo dispositivo transcrito acima afirma expressamente que a Administração "*poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação,*" tais exigências, ou seja, para que a exigência fosse aplicada, como pretende a Recorrente, ela necessitaria estar prevista no Edital, o que não fora o presente caso. Proceder de forma diversa seria infringiria o princípio da vinculação ao instrumento convocatório consignado nos artigos 3º, 41 e 43, V, da Lei nº 8.666/1993, *ipsis litteris*:

> Art. 3º 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.
>
> Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha **estritamente vinculada**.
>
> Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
> (...)
> V - julgamento e classificação das propostas **de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital**;
> (destacamos)

Acerca do referido princípio, o ilustre administrativista Diogenes Gasparini leciona que:

> (...) estabelecidas as regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis durante todo o seu procedimento. Nada justifica qualquer alteração de momento ou pontual para atender esta ou aquela situação. (GASPARINI, Diógenes. *Direito Amdinistrativo.* Saraiva, 4ª ed., São Paulo, 1995, p. 293.)

Sobre o princípio *in questio*, assim também expõe Hely Lopes Meirelles:

> A vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41).
> (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros, São Paulo, 29ª, pág. 268)

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Pregoeiro do Município de Santo Amaro das Brotas decide **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Administrativo interposto pela Licitante **Kato Construção e Serviços Ltda. ME** para manter incólume o Julgamento que a declarou **DESCLASSIFICADA** para os itens ali indicados do Pregão Presencial nº 016/2019 e que declarou **HABILITADA** a Licitante **R & S Serviços Gerais Ltda.**, ao passo que submete o presente Recurso Administrativo à apreciação do superior hierárquico, para ratificação do julgamento deste Pregoeiro ou provimento do Recurso Administrativo ora rejeitado.

Santo Amaro das Brotas/SE, 03 de setembro de 2019.

José Claudionor Silveira Filho
Pregoeiro

Ratifico a presente Decisão do Pregoeiro. Dê-se ciência aos interessados e prossigam-se os trâmites legais.

Santo Amaro das Brotas/SE, ___/____/2019

Genivaldo dos Anjos Costa Santos
Prefeito Municipal