

ILUSTRÍSSIMOS MEMBROS DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO CERRITO – ESTADO DE SANTA CATARINA

REF.:

PREGÃO PRESENCIAL Nº 052/2021

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 072/2021

**BAUER ENGENHARIA EIRELI ME**, empresa de direito privado, com sede na Rua Professor João José Cabral, n.º 235, sala 303, bairro Balneário Estreito, no Município de Florianópolis/SC, CEP 88.075-535, por seu procurador abaixo firmado, vem à presença de Vossa Senhoria, com fundamento no art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/02 e art. 109, §3º, da Lei nº 8.666/93, apresentar as suas

**CONTRARRAZÕES**

ao Recurso Administrativo interposto pela empresa OESTE LOCAÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA ME, pelos motivos a seguir elencados:

1. **DOS FATOS E DO DIREITO**

Realizado o Pregão Presencial nº 052/2021, a empresa ora Recorrida foi declarada vencedora do certame, conforme ata de habilitação publicada em 08/11/2021, com o lance no valor de R\$ 34.700,00 (trinta e quatro mil e setecentos reais).

Inconformada com o resultado do certame, insurge-se a Recorrente pleiteando o cancelamento da Licitação, com base no que determina a alínea "b", do §1º, do artigo 48, da Lei nº 8.666/93.

Entretanto, a pretensão de reforma pela Recorrente não merece prosperar.

Em caso de entender por inexequíveis as propostas, poderia a Administração solicitar que as Recorridas comprovassem a exequibilidade de sua proposta. Tal afirmação se baseia a Súmula 262, do Tribunal de Contas da União:

***Súmula 262 - TCU***

*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.*

Desta forma, se fosse do entendimento da Comissão que a proposta da Recorrida é inexequível, aquela teria intimado as empresas para apresentar a composição de custos, o que não ocorreu, o que demonstra que, perante os olhos da Comissão Permanente de Licitação do Município de São José do Cerrito, as propostas são exequíveis.

Noutro giro, tem-se que, conforme será demonstrado, a proposta apresentada pela Recorrida não é inexequível, uma vez que não se pode utilizar apenas o critério financeiro delimitado no artigo 48 da Lei nº 8.666/93. É necessário analisar outros aspectos para considerar uma proposta inexequível.

Em relação a tal tema, o ilustre Hely Lopes Meirelles assim ensinou:

*"Essa inexequibilidade se evidencia nos preços zero, simbólicos ou excessivamente baixos, nos prazos impraticáveis de entrega e nas condições irrealizáveis de execução diante da realidade de mercado"*

Nenhuma das hipóteses citadas pelo doutrinador se enquadram na proposta apresentada pela Recorrida, o preço não é zero, simbólico ou excessivamente baixo, o prazo está de acordo com o definido em edital e as condições são próprias do mercado de projetos atual, não se falando, portanto, em inexequibilidade.

Outro brilhante doutrinador, Marçal Justem Filho, ensinou em seu “Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição:

*“Discorda-se do entendimento de que todas as hipóteses de inexecutabilidade comportam tratamento jurídico idêntico. Ao contrário, deve impor-se uma diferenciação fundamental, destinada a averiguar se a proposta pode ou não ser executada pela licitante, ainda que seu valor seja deficitário. **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.** A formulação desse juízo envolve uma avaliação da capacidade patrimonial do licitante. Se ele dispuser de recursos suficientes e resolver incorrer em prejuízo, essa será uma decisão empresarial privada. Não cabe à Administração a tarefa de fiscalização da lucratividade empresarial privada. Sob esse ângulo, chega a ser paradoxal a recusa da Administração em receber proposta excessivamente vantajosa.*

*Mais ainda, um particular plenamente capaz pode dispor de seus bens, inclusive para lançar-se em empreitadas econômicas duvidosas. Poderá assumir riscos, de que derivarão prejuízos. Não é cabível que o Estado assuma, ao longo da licitação, uma função similar à de curatela dos licitantes. Se um particular comprometer excessivamente seu patrimônio, deverá arcar com o insucesso correspondente.*

(...)

*Aliás, observe-se que a eliminação de ofertas de valor reduzido pode configurar, por si só, **uma ofensa aos princípios da competição leal**. Num sistema capitalista, os agentes econômicos são livres para formular propostas e, ao longo da competição pela clientela, promover a redução contínua de seus preços. Logo, impedir uma prática essencial ao capitalismo caracteriza uma distorção do processo de competição, em que se pretende impedir a obtenção de contratação por aquele que formula a proposta de menor valor.*

Sempre importante lembrar que a observância aos princípios administrativos nas licitações é fator primordial para a legalidade e regularidade das contratações públicas, de acordo com artigo 3º da Lei nº 8.666/93:

*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.*

Ora, temos a certeza que o tema pode ser complexo, porém alegar que os preços praticados pela empresa Recorrida são inexequíveis é de uma fragilidade sem tamanho, uma vez que, conforme exposto acima, deve-se ponderar diversos outros aspectos.

Um dos aspectos que se deve levar em conta no caso em tela é o fato da política de preços de cada empresa, sendo que seus administradores podem ofertar os valores dentro de suas realidades.

Tanto é verdade o exposto que a Recorrente sequer demonstrou os motivos que a proposta da Recorrida é inexequível, uma vez que as realidades das empresas são distintas. O que é exequível para uma empresa pode não ser para outra. Se de fato fosse inexequível, a Recorrente não se furtaria em demonstrar através de uma planilha, o que não ocorreu neste Recurso.

A empresa Bauer Engenharia Eireli ME cumpre rigorosamente todos os requisitos exigidos no Edital e, portanto, é imperiosa sua manutenção como empresa classificada, pois preserva o interesse público, princípio extremamente relevante na Administração Pública.

Além disso, a Recorrida está no mercado de engenharia há mais de 14 anos, aliando conhecimento, experiência e bons resultados, sendo vencedora de certames com objetos semelhantes e com contratos firmados junto diversos entes públicos. Isso só demonstra que a ora Recorrida tem a completa noção da realidade de suas propostas, sendo sua proposta exequível, conforme se comprometeu a participar do certame.

Neste sentido segue outro ensinamento do ilustre Professor 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 há como 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).*

Este também é o entendimento do Professor 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 inexequibilidade 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 exequível 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.*

Deste modo, a Zênite Informação e Consultoria S/A elaborou parecer sobre o assunto, inclusive sendo citado pelo Município de Joinville em caso semelhante. Assim vejamos o entendimento:

*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 pela Administração nem sempre pode ser equiparada à atuação do particular, o qual pode obter preços mais vantajosos para insumos e demais custos, reduzindo parcialmente sua margem de lucro. (...)*

*(...)*

*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.”.*

*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.*

*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 não à lucratividade do particular. (PREGÃO EM DESTAQUE - 1155/130/DEZ/2004, por Carine Rebelo)*

Neste mesmo sentido o Tribunal de Contas da União já decidiu:

*18. Não bastasse essa grave falha, verificou-se que não foi dada ao licitante desclassificado por inexequibilidade 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 inexequibilidade 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 estimativa 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).*

Demonstra-se, portanto, que os tribunais pátrios enxergam a inexequibilidade como questão relativa, não havendo uma regra padrão, pois conforme demonstrado, são vários aspectos que podem definir a exequibilidade ou não da proposta comercial apresentada pelas empresas. Não cabe à Administração desclassificar sumariamente a proposta.

Ora, a Administração não dispõe de condições precisas e exatas sobre os custos do particular ou sobre suas possibilidades de executar o contrato. Até porque, conforme já demonstrado, existe uma variação de custos.

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

*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.”<sup>1</sup>*

Assim, a Recorrida mantém sua proposta comercial, firmando o entendimento que o valor proposto se demonstra razoável para o objeto, garantindo a plena e total execução do contrato.

---

<sup>1</sup> A inexequibilidade de preços nas Licitações Públicas. (<https://boselli.com.br/a-inexequibilidade-de-precos-nas-licitacoes-publicas/>)

Assim, diante do exposto, não restam dúvidas que a proposta da Recorrida é exequível, devendo, portanto, ser o Recurso Administrativo interposto pela empresa OESTE ser julgado improcedente, por não demonstrar respaldo legal que regem as licitações pública, requerendo, assim, o prosseguimento do certame em tela.

## **2. DOS PEDIDOS**

Por todo o exposto, haja vista as razões delineadas acima, requer a Recorrida:

- a) Recebimento das Contrarrazões, nos termos dos artigos 4º, XVII, da Lei nº 10.520/02 e artigo 109, § 3º, da Lei 8.666/93;
- b) Seja julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE o Recurso Administrativo, mantendo-se a decisão que habilitou a Recorrida, conferindo-se o prosseguimento ao certame.

Termos em que, Pede Deferimento.

Florianópolis/SC, 17 de novembro de 2021.

**BAUER ENGENHARIA EIRELI ME**

**EVERTON FABIAN BAUER**

**SÓCIO-ADMINISTRADOR**

**CPF nº 910.801.269-53**