



Estado de Sergipe
Prefeitura Municipal de Itabaiana

RESPOSTA AO RECURSO ADMINISTRATIVO

Pregão Eletrônico Nº 001/2021

Processo: Pregão Eletrônico nº 001/2021

Recorrente: VITALLI DISTRIBUIDORA EIRELI - ME, CNPJ/MF sob nº 36.539.558/0001-97.

EMENTA: RECURSO ADMINISTRATIVO
IMPUGNANDO A DECISÃO QUE DECLAROU
INEXEQUIVEL A PROPOSTA APRESENTADA PELO
LICITANTE.

I. DA TEMPESTIVIDADE.

A empresa apresentou em sessão intenção de recurso, mas não apresentou as razões de acordo com o inciso XVIII, do Artigo 4º, da Lei 10.520/02.

Não foram apresentadas contrarrazões.

II. DOS FATOS.

Trata-se de um procedimento administrativo licitatório, na modalidade **PREGÃO**, na forma **ELETRÔNICA**, com critério de julgamento **menor preço por item**, visando a aquisição e fornecimento parcelado de gêneros alimentícios perecíveis e não perecíveis para Alimentação Escolar Ensino Fundamental, EJA, Creche, Pré-Escola, Atendimento Educacional Especializado (AEE) e Escola Agrícola, para prefeitura, conforme especificações e quantitativos constantes no Termo de Referência, Anexo I do Edital.



Em 24 de fevereiro de 2021 a empresa recorrente apresentou para o item 61 preço inexecutável, com lance no valor de R\$ 5,00 (cinco reais) e não comprovou de forma satisfatória a sua exequibilidade.

Em 10 de março de 2021 a empresa a licitante informa que houve equívoco no envio do arquivo, onde a planilha de custos não foi anexada e requer que seja concedida a oportunidade de reenviar.

A pregoeira negou o pedido de novo prazo para apresentação de planilha, informado que o pedido não poderia ser atendido com base no decreto do Pregão Eletrônico nº 26/2020, art. 19, IV.

No mesmo dia a recorrente manifestou intenção de recurso e anexou o arquivo com as razões.

Nas suas razões a empresa alega que a Administração deve se ater ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e que o edital não fala em um parâmetro objetivo para avaliar a exequibilidade, e que essa licitação é de aquisição de bens, não de serviços. Na de serviços, segundo a empresa, o próprio edital já apresenta planilha de formação de preços e padrões objetivos de exequibilidade.

Ainda induz que a Administração declarou a inexecutabilidade de forma arbitrária e que seria indevido querer adentrar e interferir na política interna da empresa e que a Constituição Federal assegura o direito ao livre comércio e equipara atividade à uma invasão de privacidade comercial.

A empresa confunde conceitos de exequibilidade do preço e questões fiscais.

III. DOS FUNDAMENTOS

Torna-se indiscutível que em todo e qualquer certame licitatório busca-se instalar efetiva e real competição entre aqueles que por ele se interessam. Aliás, constitui finalidade precípua da licitação a busca da proposta que se apresente mais vantajosa, observados e respeitados, para esse efeito, os critérios fixados no edital respectivo. Pretende-se, pois, em cada procedimento instaurado perseguir e alcançar a condição mais econômica para o contrato de interesse da Administração.



A Lei 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos – firma clara e inequívoca orientação nesse sentido ao asseverar, em seu art. 3º, que a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Primeiramente, convém tratar da inexequibilidade. Assim, no que concerne ao exame da inexequibilidade, é importante retomar o que, em princípio, poderia soar como mero truísmo: a afirmação de que a licitação visa ao alcance da melhor proposta, preceito insculpido no art. 3º da Lei nº 8.666/93 com a redação dada pela Lei nº 12.349/2010, a saber:

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, não há dúvidas de que o procedimento licitatório procura dar à administração as condições de contratar com aquele que apresente a proposta mais vantajosa. O que nos interessa, para efeito de reconhecimento da inexequibilidade, é exatamente o modo como deve proceder o administrador para determinar, com precisão, a linha que separa a melhor proposta daquela que se revele inexequível, o que faremos, não sem antes trazer algumas definições doutrinárias.

Segundo o professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹:

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.



“O julgamento das propostas começa por um exame de suas admissibilidades, pois as propostas devem atender a certos requisitos, sem o que não poderão ser tomadas em consideração. Devem ser desclassificadas.

Desclassificação é a exclusão de proposta desconforme com as exigências necessárias para sua participação no certame.”

Em seguida, o mesmo autor afirma:

“Proposta ajustada às condições do edital e da lei, como intuitivamente se percebe, é a que se contém no interior das possibilidades de oferta nela permitidas. Proposta séria é aquela feita não só com o intuito mas também com a possibilidade de ser mantida e cumprida.”

Na expressão de Hely Lopes Meirelles²:

“A inexecuibilidade manifesta da proposta também conduz à desclassificação. Essa inexecuibilidade se evidencia nos preços zero, simbólicos ou excessivamente baixos, nos prazos impraticáveis de entrega e nas condições irrealizáveis de execução diante da realidade do mercado.”

Ademais, conforme Victor Maizman³:

“A nosso sentir, ser séria ou exequível traduz a mesma ideia. A proposta que, a toda evidência e à primeira vista, se mostrar inviável, não é séria por não ser exequível. O procedimento licitatório tem um objetivo. É oportunizar, após sua realização, a formalização do contrato entre a Administração e o licitante vencedor. Desta forma, se o conteúdo da proposta, não só quanto ao preço como às demais condições, não permite

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

³ Maizman, Victor. Da inexecuibilidade da proposta em face de preço irrisório, in <http://www.odocumento.com.br/articulista.php?id=979>.



que, se vencedora, se realize o contrato administrativo, não ingressa na razoável área da competitividade e desatende o essencial objetivo da avença posterior. Daí a desclassificação.”

Desta forma, dos excertos acima colacionados, observa-se a preocupação que deve nortear as atividades do administrador no que concerne ao reconhecimento das propostas inexequíveis. A contratação de licitante nessas condições, notadamente pela incapacidade de cumprimento adequado do objeto, é causa de inúmeros transtornos no âmbito da administração pública, que dispende tempo e recursos, mas, em contrapartida, não obtém o resultado almejado.

Portanto, em primeiro lugar, a avaliação acerca da exequibilidade de uma proposta deve ser pautada por critérios objetivos como valor mínimo, prazo de entrega e outros perfeitamente aferíveis caso o edital seja feito de maneira suficientemente detalhada pela Administração. Passar ao pregoeiro a tarefa de analisar se a empresa, a despeito do valor irrisório apresentado e do evidente prejuízo que sofrerá, tem condições financeiras de cumprir o contrato amplia demasiadamente o âmbito de discricionariedade do administrador. Relembremos que a licitação, conforme colhido de sua conceituação, é procedimento vinculado, motivo porque não se deve conferir ao agente administrativo qualquer subjetividade na apreciação da exequibilidade de dada proposta.

Em seguida, e partindo do pressuposto de que alguma empresa tenha interesse em sofrer prejuízos financeiros na contratação com a administração pública (oferecendo proposta irrisória e, ainda assim, prestando serviço de qualidade), é de se ver que semelhante prática denotaria violação à liberdade de concorrência, assegurada constitucionalmente, com evidente benefício para as empresas de maior porte, o que, diga-



se de passagem, vai de encontro às disposições constitucionais que asseguram tratamento privilegiado às microempresas e às empresas de pequeno porte.

Consoante dispõe Celso Antônio Bandeira de Mello⁴:

"As propostas inexequíveis não são sérias, ou, então, são ilegais, porque terão sido efetuadas com propósito de dumping, configurando comportamento censurável, a teor do art. 173, §4º, da Constituição, segundo o qual: 'A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros'."

Ora, diante da clareza do referido dispositivo constitucional, que veda a adoção de práticas tendentes à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros, aceitar uma proposta inexequível sob o fundamento de que o licitante tem condições de cumpri-la, implica reconhecer que a administração está a salvo da observância de normas constitucionais, o que se revela contrário aos ditames do Estado de Direito e aos princípios da legalidade e da moralidade (*a busca desenfreada da melhor proposta autoriza o descumprimento da Constituição?*).

Passando-se, agora, à análise da legislação em torno da inexequibilidade, segundo a Lei 8.666/93, com redação dada pela Lei 8.883/94:

Art. 48. Serão desclassificadas:

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que

⁴ Ob. cit.



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 inexequíveis, 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:

b) valor orçado pela Administração.

Ainda o TCU na Súmula 262 estabelece que “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.”

No caso concreto foi concedida a faculdade da licitante de comprovar a exequibilidade “dentro dos critérios técnicos (notas fiscais de fornecimento e contratos, e ainda, planilha contábil para comprovar a exequibilidade dos preços praticados, após ressarcidos os custos operacionais, materiais e pessoais e demonstrando o cumprimento de todas as obrigações fiscais, trabalhistas, tributárias, legais, encargos, taxas e demais, em ainda, auferir lucro, com o preço apresentado, por exemplo), sob pena de desclassificação da proposta, se não o fizer, consoante Art. 48, inc II da lei 8.666/93 e Súmula nº 262 - TCU”.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é um dos princípios básicos que regem as licitações. Em harmonia com esse princípio existe o da legalidade, que estabelece que a Administração e os licitantes devem ser obedientes a lei.

Além do instrumento convocatório, deve ser observado as leis que disciplinam o instituto.



O critério de análise de exequibilidade não é arbitrário, ele fora selecionado pela lei.

De início, dos excertos acima colacionados, extrai-se a importante conclusão de que é indispensável a descrição exaustiva do objeto licitado, no ato convocatório, de forma a que seja garantido um nível mínimo de qualidade do serviço a ser prestado. A moderação na definição precisa do objeto dá margem a que o licitante apresente uma proposta irrisória, vença a licitação e, conquanto não preste um serviço à altura do que era pretendido pela administração, ainda assim, atenda às condições do edital.

Esse critério objetivo, mas admite prova em contrário, de forma que, caso a licitante comprove que o seu valor é objetivamente exequível, deve a Administração rever os seus atos, em atenção ao princípio da eficiência e economicidade.

No caso em tela, a Administração deve analisar a fundamentação e os documentos apresentados para avaliar a exequibilidade.

A recorrente, Vitalli Distribuidora, não apresentou nenhuma comprovação robusta de exequibilidade, não apresentou a planilha de custos discriminando os custos e a passividade do alegado. **E pelo contexto fático fica claro que a planilha não foi apresentada porque a empresa perdeu o prazo, não porque se sentiu invadida.**

A administração não pode assistir aos que dormem, em razão da celeridade e informalidade do pregão as empresas possuem prazos específicos para apresentarem as documentações requeridas.



A documentação requisitada não visa entrar na intimidade da empresa ou violar qualquer direito. A administração busca conceder uma prerrogativa da empresa mostrar que pode cumprir o preço ofertado. Busca segurança nas contratações e evitar problemas posteriores pela recusa ou impossibilidade de fornecimento.

O pregão visa adquirir gêneros alimentícios para a alimentação escolar deste município, e um descuido ou uma flexibilização indevida no procedimento acarreta prejuízo para todos aqueles beneficiados, o que não pode ser tolerado.

Além disso, a Administração Pública é pautada pela formalidade e aqueles que pretendem contratar esta devem estar cientes de que tudo que for informado deve ser comprovado e devidamente demonstrado, não sendo suficiente uma mera declaração de intenções.

Ainda, foi devidamente especificado durante a sessão que a comprovação de exequibilidade se daria por critérios técnicos e foram estabelecidas as formas que deveriam ter sido feitas.

o Tribunal de Contas da União. Reproduz-se abaixo excerto do voto condutor do Acórdão TCU nº 697/2006 - Plenário, proferido pelo eminente Ministro Ubiratan Aguiar:

[...]

9. A desclassificação de propostas em razão de preço tem por objetivo evitar que a administração contrate bens ou serviços por preços excessivos, desvantajosos em relação à contratação direta no mercado, ou inexequíveis/irrisórios, que comprometam a satisfação do objeto almejado com consequências danosas à administração.

10. No que se refere à inexecuibilidade, entendo que a compreensão deve ser sempre no sentido de que a busca é pela satisfação do interesse público em condições que, além de vantajosas para a administração, contemplem preços que



possam ser suportados pelo contratado sem o comprometimento da regular prestação contratada. (Acórdão TCU 697/2006 – Plenário.

Importante salientar que o estabelecimento de preço mínimo em uma licitação, assim como a fixação de uma faixa de variação em relação ao preço de referência são vedados, conforme estabelece o inciso X, do Art. 40, da Lei 8.666/93, abaixo transcrito:

Art. 40. O edital conterà 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 o 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 disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48. (grifo nosso)

O entendimento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União é que essa vedação à utilização de critérios estatísticos e preços mínimos em relação ao preço de referência **é relativa à utilização desses critérios para a desclassificação sumária da proposta, ou seja, como forma de presunção absoluta de inexecuibilidade**. Contudo, como parâmetro para presunção relativa da inexecuibilidade tal critério pode ser utilizado, conforme se infere do excerto do voto condutor do Acórdão TCU 964/2010, o qual faz referência a trecho do Acórdão 697/2006 daquele tribunal, em que se discutia a possibilidade de a Administração valer-se dos critérios do art. 48, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.



A Administração não deve utilizar critérios absolutos, como no caso em tela, comprovada a exequibilidade da proposta, ainda que inferior os critérios estabelecidos, a proposta não pode ser rejeitada.

Diante do exposto, é cedido que uma correta e adequada análise da exequibilidade das propostas em um pregão eletrônico é de fundamental importância para o alcance da eficácia da contratação, pois proporciona ao pregoeiro uma maior segurança na seleção da proposta detentora de maior vantagem à administração pública, ou seja, aquela que, além de guardar consonância com o princípio da economicidade, coaduna-se fielmente com o interesse público almejado, mas que por vezes essa análise é complexa, conforme no caso em concreto.

Assim, resta demonstrada a importância do critério objetivo de exequibilidade, bem como a possibilidade das empresas demonstrarem que a sua proposta é efetivamente exequível.

Ocorre que no caso concreto a empresa não foi capaz de demonstrar minimamente a exequibilidade da sua proposta.

A planilha de custos ou planilha contábil é um meio capaz de indicar os custos da empresa e assim demonstrar que essa possui condições reais de cumprir a proposta.

É na planilha de custos que a empresa vai demonstrar a composição do preço de venda, discriminando o quanto será efetivamente gasto para compô-lo, uma vez que sobre a comercialização da mercadoria além do valor de aquisição há diversos tributos, bem como custos de mão de obra, eventual despesa de aluguel do espaço e tantos outros custos inerentes à atividade comercial e ainda o lucro, afinal uma empresa visa tal objetivo.



Estado de Sergipe
Prefeitura Municipal de Itabaiana

Imperioso não confundir com alucinógena tese de fiscalização ou invasão privacidade da empresa, ou mesmo induzir que os agentes possuem qualquer intenção de negar o item a empresa.

Diante do exposto, a Administração deve manter a decisão que declarou a proposta da licitante inexecutável.

III. DA DECISÃO.

A Pregoeira afirma a tempestividade do recurso apresentado, em que pese não tenha apresentado contrarrazões.

O recurso é absolutamente improcedente, por ausência de fatos e fundamentos jurídicos.

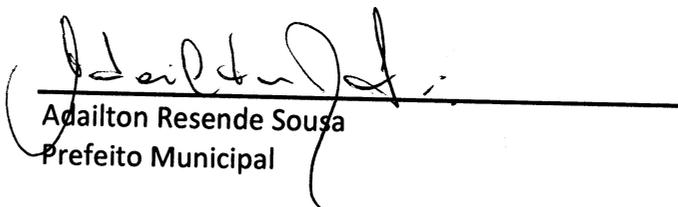
Dê-se ciência a recorrente e todos os licitantes e junte-se ao processo licitatório.

Itabaiana/SE, 23 de março de 2021


Sabrina Munike dos Santos Souza
Pregoeira.

*Ratifico o presente Relatório e acato a sugestão, mantendo a decisão que declarou a proposta da empresa Vitalli Distribuidora Eireli – ME inexecutável.
Dê-se conhecimento.*

Em 26/03/2021.


Adailton Resende Sousa
Prefeito Municipal