

Ao

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO

MUNICÍPIO DE MURIAÉ

Avenida Maestro Sansão, nº 236 – Bairro Centro - Muriaé – MG

Telefone nº (32) 3696-3317

CEP - 36880-002

EDITAL Nº 300/2023

PREGÃO ELETRÔNICO Nº253/2023

PROCESSO LICITATÓRIO Nº366/2023

REFRICENTER INDUSTRIA E COMERCIO DE REFRIGERACAO LTDA, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 01.130.812/0001-14, com sede na Rua Dona Maricas, nº 40, bairro Prefeito Hélio Araújo, Muriaé - MG, CEP 36.880-167, Muriaé-MG, na pessoa da seu representante legal, Sr. Luiz Eduardo Dias dos Reis, vem, perante V.S^a., apresentar **RECURSO** contra decisão do Pregoeiro que desclassificou nossa proposta no Pregão Eletrônico nº 253/2023, tudo conforme adiante segue.

I – DA TEMPESTIVIDADE

É o presente recurso plenamente tempestiva, tendo em vista que o prazo para apresentação só será encerrado no dia 16/01/2024, razão pela qual deve o respeitável Pregoeiro conhecer e julgar as razões aqui apresentadas.

II – DOS FATOS

O presente processo tem por objetivo o Registro de Preço para a prestação de serviço de manutenção preventiva e corretiva em aparelhos de ar condicionado

instalados em todas as Secretarias, UBS's, CRAS, Creches e Departamentos, Conveniados e Setores do Município de Muriaé, incluindo área urbana e distritos.

No entanto fomos considerados desclassificados por, supostamente, apresentar valores finais manifestadamente inexequíveis, por ter apresentado valor abaixo de 20 % do valor médio orçado.

Assim, o Pregoeiro abriu prazo de 03 (três) dias úteis para apresentação das razões recursais e mais 03 (três) dias úteis para as possíveis contrarrazões.

III – DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA

A proposta inexequível, tema de grande relevância e preocupação recorrente no cenário das licitações públicas é a questão do preço inexequível ou excessivo, ao qual o legislador tentou delimitar qual é o entendimento a ser adotado quanto a este ponto, no que pese ser duvidoso, há outros mecanismos de solução de conflitos, seja doutrina ou jurisprudência.

No entendimento geral, os critérios aritméticos fixados pelo art. 48, do Estatuto das Licitações, não são inflexíveis ou absolutos. A lei estabelece um parâmetro, sendo certo que deverá ser concedida ao licitante a oportunidade para demonstrar que aquela proposta, inicialmente considerada inexequível poderá se converter em exequível, dada a realidade, os custos e o lucro lícito projetado.

Sobre o tema, convém mencionar os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

Não se afigura defensável, porém transformar em absoluta a presunção do § 1º. **Se o particular puder comprovar que sua proposta é exequível, não se lhe poderá interditar o exercício do direito de apresentá-la. É inviável proibir o Estado de realizar contratação vantajosa.** A questão é de fato, não de direito. **Incumbe o ônus da prova da exequibilidade ao particular. Essa comprovação poderá fazer-se em face da própria Administração, pleiteando-se a realização de diligência para tanto.** (...)

Subordinar o direito do licitante à prévia impugnação ao orçamento apresentado é violar o princípio da isonomia. Todos os demais licitantes estariam advertidos que um outro concorrente irá formular proposta de valor mais reduzido. Estaria comprometida a igualdade dos participantes. **Por outro lado, seria um despropósito imaginar que a omissão ou silêncio dos licitantes tornaria válido orçamento excessivo ou desvinculado da realidade econômica. Por tais motivos, reputa-se cabível que o particular, ainda que não impugne o valor orçado, defenda a validade de proposta de valor reduzido, mas exequível.**

Ainda nas palavras de Marçal Justin Filho:

Comporta uma ressalva prévia sobre a impossibilidade de eliminação de propostas vantajosas para o interesse sob tutela do Estado. A desclassificação por inexecutabilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipóteses muito restritas. Nesse ponto, adotam-se posições distintas das anteriores perfilhadas. **O núcleo da concepção ora adotado reside na impossibilidade de o Estado transformar-se em fiscal da lucratividade privada plena admissibilidade de propostas deficitárias.** (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 601)

Acrescenta, ainda o doutrinador, ao interpretar o disposto no art. 48, II e § 1º, a e b, da Lei 8.666/93, in verbis:

5.1) A distinção entre inexecutabilidade absoluta (subjéctiva) e relativa (objectiva).

Discorda-se do entendimento de que todas as hipóteses de inexecutabilidade comportam tratamento jurídico idêntico. Ao contrário, deve impor-se uma diferença fundamental, destinada a averiguar, se a proposta pode ou não ser executada pelo 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 prejuízo, essa é uma decisão empresarial privada. Sob esse ângulo, chega a ser paradoxal a recusa da Administração em receber proposta excessivamente vantajosa.

5.2) A imposição constitucional: admissibilidade de benefícios em prol do Estado. Enfim, seria inconstitucional o dispositivo legal que vedasse a benemerência em prol do Estado. Impor ao Estado o dever de rejeitar proposta gratuita é contrário à Constituição. Se um particular dispuserse a aplicar sus recursos para auxiliar o Estado, auferindo remuneração irrisória não pode ser vedado por dispositivo infraconstitucional. Cabe admitir, portanto, que o Estado perceba vantagens e benefícios dos particulares.

(...)

7) A natureza das regras dos §§ 1º e 2º. Por tudo que se disse, as regras contidas no § 1º autorizam mera presunção relativa da inexecuibilidade. Essa é a única interpretação cabível, sob pena de reintroduzir-se, disfarçadamente, a licitação de preço-base. Uma formulação hipotética evidencia os riscos produzidos através da inovação legislativa.

Suponha-se que diversos licitantes tenham (indevida reprovavelmente) realizado composição para obter vitória em uma licitação. Poderiam valer-se da regra § 1º para obter uma fórmula destinada a excluir outros licitantes. Fariam o seguinte: produziram a participação de inúmeros licitantes, todos com propostas próximas do valor orçado. Isso permitiria presumir que o limite da inexecuibilidade passaria a ser 70% do referido valor. Logo, os licitantes cartelizados formulariam propostas próximas a isso. Todos os que tivessem propostas menores seriam excluídos do certame.

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 que reputar-se, também por isso, que o licitante cuja proposta seja 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. (grifo nosso)

Na mesma linha o Acórdão 1.857/2011 traz:

(...) “os critérios elencados pela Lei nº 8.666 /93, para definir a proposta inexequível apenas conduzem a uma presunção relativa a inexequibilidade de preços”. Ainda no entendimento do relator, considerando que a empresa desclassificada havia apresentado a melhor proposta, caberia ao órgão jurisdicionado diligenciar junto ao licitante, “de modo que, ao não agir assim, a entidade contratou com o preço mais elevado sem justificativa plausível para tanto”. (TCU, Acórdão nº 1.857/2011, Plenário, Rel. Min. André Luis de carvalho, DOU de 18.07.2011) (grifo nosso).

Não podemos deixar de trazer o raciocínio do Ilustríssimo doutrinador Renato Geraldo Mendes:

Após a aplicação do critério previsto no § 1º do art. 48, é possível que, em relação às propostas consideradas inexequíveis, (a) o licitante concorde com a inexequibilidade da sua proposta, o que ensejará o seu afastamento do certame ou (b), o licitante discorde da apuração realizada, sob o argumento de que a sua proposta é exequível. Diante da hipótese (b), como deverá proceder a comissão de licitação? Para responder satisfatoriamente à questão, é preciso ponderar alguns

aspectos que envolvem o critério previsto no § 1º do art. 48. Basicamente, um preço pode ser considerado inexequível por duas razões: (1) quando comparado com outros preços e (2) em razão da incompatibilidade entre o custo dos insumos e despesas e o preço atribuído ao próprio objeto pelo licitante. Na hipótese (2), a inexequibilidade independe de outras variáveis senão a dos custos e das despesas do próprio objeto. A inconsistência do preço resulta de um ato do próprio licitante, isto é, o preço por ele atribuído ao objeto. Logo a inexequibilidade é ato amputável ao próprio licitante e mais ninguém. Na hipótese (1), a inexequibilidade foge ao controle do próprio licitante, pois é fundada em ato de terceiro. O preço atribuído pelos demais licitantes aos seus objetos é que pode tronar o preço inexequível, pouco importando se, de fato, a inexequibilidade é efetiva ou não. O que ponderamos é que na hipótese (1), a inexequibilidade é produzida por ato de terceiro. Pelo menos em princípio, o critério que resultar da hipótese (1) deve ser visto com muita cautela, pois viola a lógica e razoabilidade. **O natural é que a pessoa seja punida pelo seu próprio ato, e não punida por ato de terceiro.** O critério previsto no § 1º do art. 48 foi estruturado com base na hipótese (1), devendo ser visto com reservas. Afirmar que não é razoável reconhecer a inexequibilidade de uma proposta em razão dos preços de propostas de terceiros é deixar claro que a inconsistência de um preço tem de decorrer da sua própria composição, e não da composição de outros preços. Isso é no mínimo lógico. **O critério previsto no § 1º do art. 48 é uma ficção jurídica, não decorre do mundo real.** Dessa forma, surgirá um problema quando o licitante que teve o seu preço considerado inexequível alegar que ele é exequível. E o problema se tornará sério quando, além de afirmar que o preço não é inexequível, ele demonstrar, por A+B, que o preço é exequível. **Diante deste quadro, não é possível a desclassificação da proposta. Ora, se a proposta não pode ser desclassificada mesmo diante da indicação de que o preço é**

inexequível em razão do critério legal, para que ele existe então? O critério existe para apontar apenas o indicio de que é possível que o preço possa ser inexequível, mas não de que é, de fato, inexequível. Quando em razão da aplicação do critério previsto no § 1º do art. 48 da Lei 8.666/93, um preço se revelar inexequível, caberá a comissão (ou ao pregoeiro, se for o caso) dar a oportunidade ao licitante de demonstrar que seu preço é exequível, caso ele não concorde com o resultado da aplicação do critério legal. Somente após isso é que se deve julgar a proposta para o fim de considera-la classificada ou desclassificada. A prudência assim recomenda. (grifo nosso)

Podemos observar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência, trazem, que a licitante que tem seu preço questionado pode e tem o direito de demonstrar a exequibilidade. **OUTRO FATO QUE A JURISPRUDÊNCIA APRESENTA É QUE A LICITANTE PODE SER DETENTORA DE UMA SITUAÇÃO PECULIAR QUE LHE PERMITA OFERTAR PREÇOS INFERIORES.**

Neste contexto, a **REFRICENTER INDUSTRIA E COMERCIO DE REFRIGERACAO LTDA** é detentora sim de uma situação peculiar, pois é uma empresa localizada no Município de Muriaé prestando serviços desde 1996 e tem pelo menos 27 anos de experiência no ramo ora licitado. Outra situação é que a **REFRICENTER INDUSTRIA E COMERCIO DE REFRIGERACAO LTDA** já prestou os serviços objeto dessa licitação e conhece todas as peculiaridades dos serviços, o fato transcrito, pode e deve ser considerado como situação peculiar que a empresa **REFRICENTER INDUSTRIA E COMERCIO DE REFRIGERACAO LTDA** apresentou na licitação.

Além disso é inquestionável que cada empresa possui a sua realidade financeira operacional, e o que pode ser inexequível para uma, necessariamente não quer dizer que seja para a outra empresa, o que pode ser caro para certa empresa, pode ser barato para outra, sem que isso implique em risco de inadimplemento. Na mesma linha de raciocínio, a empresa com uma estrutura melhor, terá mais condições de ofertar um preço mais baixo que as demais licitantes.

Outra situação, é que a proposta da **REFRICENTER INDUSTRIA E COMERCIO DE REFRIGERACAO LTDA** com margem de lucro mínima ou sem margem de lucro não conduz, necessariamente, à inexecuibilidade, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa, inclusive os Tribunais de Contas tem se manifestado nesse sentido, vejamos:

“Dependendo da escolha da estratégia comercial, a empresa pode ser bem agressiva na proposta de preços, relegando a segundo plano o retorno do investimento considerado para o contrato ... As motivações para perseguir o sucesso em uma licitação em detrimento da remuneração possível pela execução da obra variam: a empresa pode estar interessada na obra específica por sinergia com suas atuais atividades; pode haver interesse em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado ...; pode haver interesse em incrementar o portfólio de execução de obras da empresa; pode haver interesse na formação de um novo fluxo de caixa advindo do contrato ... Esses exemplos podem traduzir ganhos indiretos atuais para empresa ou mesmo ganho futuro, na ótica de longo prazo para o mercado. Assim, é possível que empresas atuem com margem de lucro mínima em propostas para concorrer nas contratações ..., desde que bem estimados os custos diretos e indiretos.”. Por fim, destacou o relator, “não há norma que fixe ou limite o percentual de lucro das empresas”, de forma que “atuar sem margem de lucro ou com margem mínima não encontra vedação legal, depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecução da proposta”. O Tribunal, seguindo o voto da relatoria, considerou procedente a Representação e fixou prazo para a anulação do ato de desclassificação da proposta da representante. Acórdão 3092/2014-Plenário, TC 020.363/2014-1, relator Ministro Bruno Dantas, 12.11.2014. (grifo nosso)

Já o Acórdão nº 325/2007 do TCU nos traz a seguinte visão:

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.

A estratégia comercial da **REFRICENTER INDUSTRIA E COMERCIO DE REFRIGERACAO LTDA** é clara. A empresa opta pelo lucro mínimo nos seus trabalhos e acredita que o portfólio (acervos técnicos) é mais importante e dá maior visibilidade no mercado, além de acreditar que os acervos técnicos poderão render lucro maior em futuras contratações.

Assim em cena dialética, como trata-se de uma questão de fato e não de direito e a interpretação da lei deve ir além da literalidade do seu texto, não sendo viável proibir a Administração Pública de realizar uma contratação mais vantajosa e segura, objetivo primordial do procedimento.

Diferente da nossa empresa, a empresa **TJ AR CONDICIONADO LTDA** além de apresentar uma proposta muito mais abaixo, sua sede é na cidade de Contagem e não conhece as peculiaridades dos serviços que deverão ser prestados e por isso deve ser mantida a sua desclassificação.

Ademais, pelo valor apresentado, ou seja, R\$ 89,00 (oitenta e nove reais) e não possuindo sede no município, será impossível comprovar a exequibilidade da sua proposta, ficando desde já registrado nosso inconformismo quanto a qualquer manifestação recursal da mencionada empresa.

Sendo assim, diante da proposta potencialmente mais vantajosa e diante da comprovação do atendimento a todos requisitos para a contratação segura por parte da administração, não há outra decisão senão a classificação da proposta da empresa **REFRICENTER INDUSTRIA E COMERCIO DE REFRIGERACAO LTDA** e por consequência ser considerada vencedora do presente certame.

III – DOS PEDIDOS

Assim é que se **REQUER** ao respeitável Pregoeiro que reveja a decisão da desclassificação da proposta da recorrente para que seja a empresa **REFRICENTER INDUSTRIA E COMERCIO DE REFRIGERACAO LTDA** julgada vencedora da presente licitação.

Não sendo acatado o pedido acima formulado, **REQUER** que se digne V. Exa. de fazer remessa do presente recurso à autoridade que lhe for imediatamente superior, a fim de que a mesma o aprecie, como de direito.

Nestes Termos,

Pede e Espera Deferimento

Muriaé - MG, 15 de janeiro de 2024.

Luiz Eduardo Dias dos Reis
CPF 032.291.606-22
Representante Legal