



CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO ESPÍRITO SANTO	
PROTOCOLO:	008508/2017
DATA:	13.10.2017 HORA: 12:49
ASSINATURA:	P. Pinto

Ao
CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA - ES
Att. Sr. Sergio Pazolini Marin - Pregoeiro

Patrícia Vieira Pinto
Auxiliar Administrativa
do CRM-ES

Ref.: Pregão Eletrônico nº 006/2017

CONTROL AUDITORIA E CONTABILIDADE EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 07.757.896/0001-05, com sede à Rua Serra de Bocaina, 454 - salas 03 e 04, na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, por seu representante infra assinado, vem, com fulcro no do art. 109 da Lei nº 8666/93, da Lei 10.520/02, da Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002, em tempo hábil, à presença de Vossa Senhoria a fim de apresentar

RECURSO

à decisão do pregoeiro que DESCLASSIFICOU esta recursante, por supostamente apresentar valor inexecuível e posteriormente REVOGAR o referido pregão.

Destarte, requer esta RECURSANTE se digne Vossa Senhoria a receber o presente apego, DECLARANDO ao final, a classificação desta recorrente ao referido pregão, bem como a continuidade do certame. Não obstante, caso assim não entenda, determine sua remessa à autoridade superior, como RECURSO HIERÁRQUICO, nos termos do art. 109, parágrafo 4º da Lei 8.666/93, visto lesão a direito líquido e certo que está sendo ferido.

I. DA SÍNTESE DOS FATOS

O pregoeiro DESCLASSIFICOU esta recorrente, por supostamente apresentar valor inexecutável e posteriormente REVOGOU o referido pregão.

II. DO MÉRITO

Quanto a questão levantada de exequibilidade ou inexecutabilidade da proposta com simples alegação concernente a inexecutabilidade por ela estar abaixo de um percentual do valor máximo admitido, não é suficiente para fazer prosperar a decisão do pregoeiro. Isso porquanto, apenas presume o mesmo, sem comprovar exatamente as razões pelas quais a proposta de fato seria inexecutável.

Ora, compete a quem alega o ônus de comprovar os fatos. No caso inadmitte-se a simples alegação de inexecutabilidade da proposta, desprovida de equação matemática que comprove a impossibilidade da licitante vencedora cumprir com a proposta ofertada. Logo, no caso em tela, verifica-se que o pregoeiro presumiu a inexecutabilidade, o que é veementemente vedado pela lei, a qual reclama motivação e em se tratando de inexecutabilidade a prova cabal acerca da ausência de lucro ou de empate entre as despesas e o pagamento.

É vedada a desclassificação de propostas de licitantes por manifesta inexecutabilidade de preços, conforme disposições do art. 48, inciso I, da Lei 8.666/1993, sem que haja informações suficientes sobre os custos dos itens questionados, comparativamente com seus respectivos quantitativos previstos no edital, - Acórdão 1055/2009 Plenário (Sumário)

O TCU chamou em audiência gestor público em razão da desclassificação de empresas por inexecutabilidade de preços, sem que tenha restado demonstrado, de forma evidente, a impossibilidade de prestação do serviço pelo valor ofertado. - Acórdão 284/2008 Plenário

Nas palavras de Marçal Justen Filho, a questão da inexecutabilidade se emoldura a tratada nos autos:

"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 anteriormente perfilhadas. O núcleo da concepção ora adotado reside na impossibilidade de o Estado transformar-se em fiscal da lucratividade privada e na plena admissibilidade de propostas deficitárias" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12º ed .. São Paulo: Dialética, 2008, p. 601.)

Acrescenta, ainda, o doutrinador, ao interpretar o disposto no art. 48, 11 e § 1º, a e b, da Lei 8.666/93, in verbis:

“A distinção entre inexequibilidade absoluta (subjetiva) e relativa (objetiva). Discorda-se do entendimento de que todas as hipóteses de inexequibilidade comportam tratamento jurídico idêntico. Ao contrário, deve impor-se uma diferenciação 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 em prejuízo, essa é uma decisão empresarial privada. Sob esse ângulo, chega a ser paradoxal a recusa da Administração em receber proposta excessivamente vantajosa.

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 dispuser-se a aplicar seus recursos para auxiliar o Estado, auferindo remuneração írisória, isso não pode ser vedado por dispositivo infraconstitucional. Cabe admitir, portanto, que o Estado perceba vantagens e benefícios dos particulares. (...)”

A natureza das regras dos §§ 1º e 2º.

Por tudo o que se disse, as regras contidas no § 1º autorizam mera presunção relativa de inexequibilidade. 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.

Nesse sentido, constitui-se a jurisprudência paradigmática do TCU, mediante ilustração da ementa que segue abaixo:

(..) Sobre a matéria, Marçal Justen Filho (Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5a ed., p. 416) dispõe: 'A apuração da irrisoriedade do preço faz-se em função do CEISO concreto, especialmente com a sistemático introduzido com o Lei no 9.648/98. Coteja-se o preço ofertado com os estimativos e avaliações elaborados pela Administração anteriormente. Não basta apenas que o preço seja inferior a estimativo de custos. Afinal, a Administração não pode ser proibido de realizar um bom negócio. (...) Haverá inexequibilidade quando a margem de lucro for insuficiente para manutenção da atividade do licitante. E, se o preço ofertado for

insuficiente para cobrir os custos, não se afastara o inexecuibilidade da proposta. Devera ser desclassificada a proposta deficitária (aquela inferior aos custos). Não restou demonstrado que o preço ofertado era insuficiente para cobrir todos os custos: tais como: insumos, tributos, entre outros. Foi considerada, somente, para desclassificação da proposta a cotação dos salários normativos com base em Convenção Coletiva de Trabalho de 2000 (...). Deveria ter sido procedida análise, minuciosa de todos os itens que compõem os custos dos serviços para caracterizar a inexecuibilidade global da proposta. Ressalta-se que o item Mão de obra representa uma parte do custo total. Acórdão 460/2002 Plenário

É inquestionável que cada empresa possui uma realidade financeira/operacional e o que pode ser inexecuível para uma, necessariamente não quer dizer que o seja para outra empresa; o que pode ser caro para certa empresa, pode ser barato para outra, sem que isso implique em risco de inadimplimento.

Portanto, considerando que a empresa Recorrente possui vasta experiência no mercado, bem como total e absoluta Condição de arcar com o serviço licitado, eis que atua nesta área, prestando serviços para várias empresas privadas e públicas, percebe-se que desclassificá-la por 'inexecuibilidade da proposta é incorrer na violação de direito líquido e certo da Recorrente a qual foi a vencedora de fato, pois ofertou o menor valor para prestação do serviço licitado.

Nesse sentido, posicionou-se o STJ em Recurso Especial paradigmático acerca do tema:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. ART. 48, I E 1/, § 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 1/, § 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 inexecuibilidade.

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 § 'A' disporá da faculdade de provar à Administração que dispõe de condições materiais para executar sua proposta. Haverá uma inverção 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' (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12º 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 (1ª Turma, DJ de 4.6.2001), consagrou entendimento no sentido de que, "se a licitante vitoriosa cumpriu integralmente o contrato objeto de licitação, afasta-se logicamente a imputação de que sua proposta era inexequível". 6. Recurso especial desprovido. (REsp 965.839/SP, Rei. Ministra DENISE ARRUDA, PRIM EIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010)





A lei 8.666/93 que regula o procedimento de licitações no Brasil é clara ao prever o objetivo de uma licitação, qual seja, garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. No caso travado até o momento resta claro que a proposta mais vantajosa, haja vista que de menor valor, a da empresa recorrente, fazendo portanto, jus a sua classificação.

A tonalização da licitação tipo menor preço é justamente contratar o licitante que menor valor operar na contratação, não devendo o ente administrativo se ater acerca da margem de lucro que a contratada auferirá na prestação do serviço, sendo esta uma questão discricionária da empresa e a qual envolve inúmeros critérios, inclusive estratégicos, quanto a obtenção de um atestado de qualificação técnica emitida por uma empresa da área comercial de gás.

Portanto, adentrar na seara administrativa da licitante concorrente é algo vedado ao administrador público, não podendo apurar a inexecuibilidade, com base em fundamentos legais que não se aplicam, especialmente concernentes a média de preços ofertadas pelas demais licitantes.

É bom lembrar que os critérios definidos no art. 48, 11, da Lei 8.666/93 não são objetivos e ainda que fossem não caberia sua aplicação ao caso deste certame que visa a contratação de prestação de serviços de auditoria, o referido dispositivo, sobretudo o inciso 11 do art. 48, só tem serventia, para avaliar a, inexecuibilidade de propostas atinentes a obras e serviços de engenharia, senão vejamos:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação:

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 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.

§ 1 ° 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:



- a) média aritmética çios valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração. ou .
- b) valor orçado pela administração. (Grifo nosso)

Adiante, é preciso referir que a licitação visa selecionar a proposta mais vantajosa administração pública, como corolário do Princípio da República, nos termos dos arts .3º, caput, da Lei 8.666/93 e 1º,4º e 37, XXI, da CF/88, de maneira que a inexequibilidade aventada pela recorrente vai de encontro fatal aos pilares legais do direito administrativo.

Não teria sentido a lei contrariar a realidade para, estabelecendo presunção irrefragável, impedir contratação afinada com o interesse público, justamente o que visa o diploma analisado a proteger (art. 3º da lei específica), tratando-se a proposta da empresa de um excelente negócio para o ente público.

Destarte, por não restar comprovada a inexequibilidade da proposta, especialmente pela ausência de equações matemáticas ou documentos que evidenciem a ausência de lucro na proposta ofertada, o presente recurso deve ser provido, com a consequente declaração de classificação da recorrente.

III. DO PEDIDO

Em face do exposto, requer-se seja o RECURSO aceito e levado em consideração, com efeito para:

- 1) Declarar classificada a proposta da recorrente CONTROL;
- 2) Dar continuidade ao certame, cancelando a sua revogação.

Assim decidindo, Vossa Senhoria estará produzindo, como sempre, a desejada Justiça e praticando o melhor bom senso administrativo.

Nestes Termos
Pede Deferimento

São Paulo/SP, 12 de setembro de 2017.

CONTROL AUDITORIA E CONTABILIDADE EPP
Cleuber Carneiro Almeida – Procurador
Cédula de Identidade nº 1.200.185 SSP/ES
CPF nº 034.854.017-57