

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DA PREFEITURA DE FORTIM-CE

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 1812.01-2023 SME-PE-SRP

**- CONTRARAZÕES DO RECURSO ADMINISTRATIVO -**

**ÔMEGA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA**, empresa com sede na Rua Tereza Cristina, 1258 - Centro - Fortaleza / Ce - Cep: 60.015-141, CNPJ: 41.600.131/0001-97, por intermédio de seu representante legal, assinado ao final. Empresa que participa do certame acima mencionado, vem perante V.Sa. apresentar as **CONTRARAZÕES DO RECURSO**, em face de SW DE LIMA CARDOSO, para dizer e ao final requerer:

**DOS FATOS**

A recorrida participa ativamente do processo de licitação em epígrafe que tem por REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS DESTINADOS A COMPOR A ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (LOTE FRACASSADO NA LICITAÇÃO ANTERIOR) DOS ALUNOS DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL DE ENSINO DO MUNICÍPIO DE FORTIM/CE.

Para os ITENS 03, 04 E 05 LOTE 01, foi apresentado recurso pela recorrente, sob a alegativa de preços inexequíveis.

A recorrida foi consagrada vencedora pelo julgamento de **MENOR PREÇO, conforme EDITAL**.

Apresentou a recorrida ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA acompanhada de contratos, notas fiscais e documentos para comprovar a exequibilidade do lance apresentado, havendo cumprido com todas as formalidades pertinentes, com apresentação das planilhas de custos aberta e comprovação por meio de documentos fiscais.

Os custos e a prática de preços dos itens 03, 04 E 05 LOTE 01, estão com os preços fartamente comprovados por notas fiscais que comprovam os custos e vendas dos produtos compatíveis com os preços ofertados e com os respectivos contratos de fornecimentos, **comprovando efetivamente a exequibilidade** do valor da proposta dos lances.

O EDITAL não disciplinou o que seria peço inexequível para o objeto do certame, portanto as condições de inexequível não estão especificadas no ato convocatório da licitação. A decisão do pregoeiro atende o PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL!

Vale argumentar que de acordo com o inciso II do art. 48 da lei federal 8.666/93:

*Art. 48. Serão desclassificadas:*

14.03.2024  
che

*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.*

Mas a verdade é que a recorrida apresentou e demonstrou por meio de notas fiscais, contratos de vendas do mesmo objeto licitado para outras pessoas jurídicas, demonstrando a viabilidade por meio de documentos e contratos com custos de insumos e preço corrente no mercado local, compatíveis com a execução do futuro contrato decorrente do presente certame.

Em relação ao julgamento das propostas, a Administração deveria expressar no EDITAL seu preço de referência que poderia ser utilizado como balizador para julgar as propostas apresentadas. Mas, se o critério de julgamento é o menor preço, surge uma pergunta: Até que preço mínimo deve a Comissão de Licitação aceitar uma proposta?

A própria Lei Federal nº 8.666/93 expressa no art. 40, inciso X, que é vedada a fixação de preços mínimos no edital da licitação. Contudo, no parágrafo primeiro do art. 48, é apresentada uma fórmula para cálculo do preço inexequível.

Essa fórmula deve ser utilizada quando a licitação é do tipo Menor Preço e o objeto é uma obra ou serviço de engenharia. O preço será considerado inexequível se menor que 70% do menor, o que não se aplica *in casu* **por não se tratar de obras de engenharia.**

A princípio, como a licitação é do tipo menor preço, a vencedora do certame deve ser a recorrida nos termos do EDITAL, por apresentar proposta com o **VALOR GLOBAL DO LOTE.**

Não obstante, segundo o TCU, mediante a Súmula nº 262/2010:

*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.*

Logo, em observância à decisão da Corte de Contas federal, a aplicação da fórmula nos apresenta tão somente uma presunção de inexequibilidade. Assim, deve a Comissão de Licitação abrir uma diligência para que a empresa recorrida, se fosse o caso, por intermédio de documentação comprobatória, demonstre a viabilidade de executar o preço proposto no certame licitatório.

Mas a senhora pregoeira analisou todos os documentos apresentados pela recorrida, que tem praticado a venda no mercado local em preços compatíveis com o ofertado nos lances desta licitação. Afinal a recorrida apresentou suas propostas comerciais acompanhadas de atestados de capacidades técnica com notas fiscais e contratos com a formação de preços praticados no mercado, **confirmado a exequibilidade da proposta.**

Portanto, o exame da exequibilidade deve ser realizado de forma analítica, isto é, como todos os documentos e notas fiscais apresentados pela recorrida, onde constam os preços praticados hodiernamente.

Ainda que esse preço mínimo (piso) não possa ser divulgado no edital de licitação, para não contrariar o inciso X do art. 40 da lei federal 8.666/93, é adotado como um parâmetro para exigência ou não de diligência, ou seja, é um alerta para o julgamento das propostas.

Então, podemos concluir que a decisão quanto ao julgamento da proposta e, conseqüentemente, à exequibilidade do preço apresentado na licitação é da Comissão de Licitação ou do Pregoeiro, devendo estes serem subsidiados pelas informações da equipe técnica responsável pela pesquisa de preços realizada na fase interna do processo de contratação.

A recorrida demonstrou e comprovou com documentos que sua proposta é exequível, abrindo os valores de sua proposta, que por final comprovou sua exequibilidade.

Apresentou ao pregoeiro contratos firmados com outras empresas em que prestou serviço pelos mesmos valores, e notas fiscais de venda temporal.

Juridicamente, caso a recorrida conseguiu demonstrar a exequibilidade de sua proposta, a mesma deverá ser aceita.

Com sapiência, o jurista Marçal Justen Filho leciona:

*"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." (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª Ed, São Paulo: Dialética, 2010, p. 660)*

Corroborando, o TCU manifestou-se:

*"1. A conciliação do dispositivo no § 3º do art. 44 da Lei nº 8.666/1993 com o inciso X do art. 40 da mesma lei, para serviços outros que não os de engenharia, tratados nos §§ 1º e 2º do art. 48 da Lei 8.666/1993, impõe que a Administração não fixe limites mínimos absolutos de aceitabilidade de preços unitários, mas que faculte aos licitantes a oportunidade de justificar situação peculiar que lhes permita ofertar preços aparentemente inexequíveis ou de questionar os valores orçados pela Administração. 2. Verificado não houve prejuízo ao interesse público, dado o amplo caráter competitivo do certame, não se justifica a anulação da licitação se a autora da representação eximiu-se de demonstrar a exequibilidade de sua proposta." (Acórdão nº 363/20007, Plenário, rel Min. Benjamin Zymler).*

## DO VALOR EXEQUÍVEL

A estimativa de preço pela Administração tem por finalidade, especialmente, verificar se existem recursos orçamentários suficientes para o pagamento da despesa com a contratação; e servir de parâmetro objetivo para julgamento das ofertas apresentadas.

Na hipótese de objeto divisível, a estimativa total da licitação deverá considerar a soma dos preços unitários multiplicados pelas quantidades dos itens, etapas ou parcelas, etc.

Preço estimado é um dos parâmetros de que dispõe a Administração para julgar licitações e efetivar contratações. Deve refletir o preço de mercado, levando em consideração todos os fatores que influenciam na formação dos custos.

Preço unitário é o correspondente a cada unidade licitada e preço global, o total da proposta.

É de bom alvitre ressaltar que não houve a fixação, no edital, dos critérios de aceitabilidade de preços unitários e globais, em face do disposto no art. 40, inciso x, c/c o art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993.

No que diz respeito ao valor da futura contratação, a licitante apresenta o valor global do lote.

Mesmo assim, conforme documentação apresentada pelo licitante e acostada nos autos do processo, comprova que o preço está compatível com o praticado no mercado.

Indubitavelmente, a recorrida atestou e comprovou a compatibilidade dos preços da proposta apresentada e declarada vencedora com os de mercado, a fim de V.Sa. possa validar os valores da proposta a serem aceitos na futura contratação, conforme previsto no art. 43, inc. IV, da Lei nº 8.666/1993.

### DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Esse princípio se impõe a todos os atos praticados pela Administração Pública, e por consequência aplica-se também no âmbito das licitações. Pelo princípio da legalidade todos os atos administrativos devem ter anterior positividade legal.

Neste corolário, Carvalho Filho (2009a, p. 234) aduz que:

*No campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos em lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, em fim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais.*

Outrossim, este princípio visa coibir práticas abusivas e discricionárias da Administração que podem contaminar os certames e torná-los nulos, no entanto, "a legalidade não é incompatível com a atribuição de uma margem de escolha (discricionariedade) para a autoridade administrativa" (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 71).

Sendo assim, a legalidade apresenta-se como um princípio basilar de todo o Direito Administrativo e na atuação da Administração, esteja esta criando novas normas ou fazendo-

as serem cumpridas. Nas licitações é inadmissível a inobservância deste princípio, sob pena de anulação do certame no caso de irregularidades nesse sentido.

A propósito do procedimento, ora em curso, é necessário e imperioso frisar, de início, que, nos termos legalmente estabelecidos no **EDITAL**, **não é prevista a forma de cálculo de preços inexequível**.

Significando dizer que, uma vez que a recorrida comprovou por documentos e notas fiscais e contratos o critério do preço de mercado, os preços não se situam em inexequíveis, foram necessariamente objeto de demonstração de viabilidade pela empresa que os ofertou.

O cerne agira de modo indevido ao classificar a empresa que apresentou o menor preço, mesmo tendo comprovado a viabilidade de sua proposta, isso porque os critérios elencados pela pregoeira, mas para o recorrente definir a proposta inexequível apenas conduzem a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços.

Para o fim de cálculo de inexequibilidade de proposta comercial, não foram fixados os critérios ou providências com vistas à aferição da viabilidade dos valores ofertados, antes a classificação da proponente recorrida.

A proposta de licitante com margem de lucro mínima ou sem margem de lucro não conduz, necessariamente, à inexequibilidade, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa. A desclassificação por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, após dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta.

E veja que o balanço patrimonial da recorrida demonstra que a empresa está obtendo lucros, sem quaisquer prejuízos em suas operações comerciais, fato que entoa com a exequibilidade dos preços praticados no presente certame.

A inexistência de norma regulamentadora que defina os procedimentos necessários para a realização de pesquisa de preços no âmbito deste certame - EDITAL -, aliada à pluralidade de entendimento quanto à forma de sua efetivação torna complexa a definição de preços inexequíveis, sendo o julgamento do pregoeiro de acordo com as normas edilícias e legal.

#### PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

O princípio do julgamento objetivo visa o afastamento da subjetividade na atuação administrativa em todas as fases da licitação. Há, ainda, uma grande ligação com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, já que é pressuposto do julgamento objetivo um edital bem elaborado, de interpretação simples e com regras objetivamente traçadas.

O artigo 44 da Lei nº 8.666/93 estabelece regras acerca deste princípio. De forma clara, Justen Filho (2010a, p. 611) aduz:

*Em termos amplos, a objetividade significa imparcialidade mais finalidade. O julgamento objetivo exclui a parcialidade (tomada de posição segundo o ponto de vista de uma parte). Mas isso é insuficiente. Além da imparcialidade, o julgamento tem de ser formulado à luz dos valores protegidos pelo Direito. A tutela aos interesses supraindividuais não autoriza, contudo, ignorem-se as*

*disposições norteadoras do ato convocatório e da Lei. Não se admite que, a pretexto de selecionar a melhor proposta, sejam amesquinhasadas as garantias e os interesses dos licitantes e ignorado o disposto no ato convocatório.*

Não se pode banalizar o instrumento convocatório e ignorar as regras nele presentes. A comissão de licitação deve fazer cumprir o disposto do edital ou carta-convite, que ademais, deve estar positivado de forma objetiva. O critério adotado no instrumento deve ser seguido até o fim do certame, sem espaço para posições contrárias e subjetivismo.

A pregoeira classificou e declarou vencedora a recorrida de forma correta e legal.

*In casu*, observa-se que foram apresentadas farta documentação/pesquisa dando conta de que o valor pago por outros órgãos da Administração Pública à futura contratada está compatível com o valor dos lances na presente licitação.

É vedado a fixação de preço mínimo, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, nos termos do inciso X do art. 40 da Lei 8.666/93.

Diante da expressa e objetiva vedação à fixação de preço mínimo como condição de classificação em um processo licitatório, descabido é o recurso da recorrente.

E, vale dizer que dependendo da escolha da estratégia comercial, a empresa licitante pode ser bem agressiva na proposta de preços, relegando a segundo plano o retorno do investimento considerado para o contrato, fato que deve ser objeto de análise na formação do preço, inclusive.

As motivações para perseguir o sucesso em uma licitação em detrimento da remuneração possível pela execução do contrato variam:

- i) a empresa pode estar interessada em serviços ou fornecimento específica por sinergia com suas atuais atividades;
- ii) pode haver interesse em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado;
- iii) pode haver interesse em incrementar o portfólio de execução de contratos;
- iv) pode haver interesse na formação de um novo fluxo de caixa advindo de novos contratos;

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 e desde que bem estimados os custos diretos e indiretos.

Por fim, vale destacar que não há no EDITAL norma que fixe ou limite o percentual de lucro das empresas ou a forma de composição dos preços, 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.

Temos precedente do TCU neste sentido no Acórdão 3092/2014-Plenário, TC 020.363/2014-1, relator Ministro Bruno Dantas, 12.11.2014.

Finalmente, não se abre possibilidades para surpresas quando do julgamento das propostas para a anulação da vencedora. Tudo deve se desdobrar de modo previsível e claro, respeitando-se os demais princípios da licitação e garantindo a segurança necessária para o licitante no seu exercício.

A Lei n. 8.666/93 faz remissões à estimativa de custos como baliza procedimental necessária nas licitações públicas. O parágrafo 2º do artigo 40 da referida lei determina a necessidade de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários como anexo do edital. Já o artigo 44 da mesma lei, ao tratar sobre o julgamento das propostas, ressalvada a exceção ali constante, não admite a apresentação de preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado. Assim, é necessário que o órgão licitante possua estimativa prévia que permita verificar se os preços propostos são realizáveis, exequíveis ou compatíveis com os preços praticados pelo mercado.

Não disponibilizado na licitação nenhuma estimativa mínima de preços.

Assim, conclui-se que o recorrente cometeu os seguintes erros ao aferir a inexigibilidade da proposta da recorrida:

- I. inexistência de comprovação da realização da pesquisa;
- II. pesquisa composta por menos de três propostas válidas sem a devida justificativa;
- III. inexistência de análise crítica dos valores orçados de forma a desconsiderar aqueles que apresentem grande variação em relação aos demais;
- IV. inexistência de comprovação da pesquisa de contratações similares de outros entes públicos;
- V. inexistência de comprovação de pesquisa realizada no Portal de Compras Governamentais, em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;
- VI. desconsideração de valores exequíveis sem a devida justificativa;
- VII. utilização de apenas uma fonte na realização da pesquisa de preços sem a devida justificativa;
- VIII. pesquisa de preço realizada sem a devida justificativa quanto à impossibilidade de obtenção de preços junto às demais fontes.

#### PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL

O edital é o instrumento utilizado pela Administração para tornar público seu interesse em adquirir determinado bem ou serviço de um particular, bem como para explicitar as regras e características que os interessados devem atender caso desejem firmar o contrato.

Na verdade o certame licitatório “[...] **começa para o público com o ato administrativo da abertura, consubstanciado no edital**” (FIGUEIREDO, 2003, p. 478). Essa característica divulgatória somada com a regulatória representam os dois objetivos do edital, conforme esclarece Justen Filho (2010a, p. 523): **“O edital e o convite são os**

*documentos formais que desencadeiam a fase externa da licitação. Sua natureza jurídica é complexa, tendo tanto função divulgatória quanto normativa”.*

Objetivando conceituar de modo claro o edital, Mello (2006, p. 546) leciona:

*[...] é o ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser travado.*

Compartilhando do entendimento de outros doutrinadores, Carvalho Filho (2009b, p. 268) explica que o edital se trata em verdade de uma lei, com regras a serem seguidas corretamente pelos administradores e administrados, devendo ser considerado um “ato vinculado” para a administração de modo a ser sempre respeitado pelos seus servidores.

No mesmo liame, ensina Medauar (2008, p. 190):

O edital é a lei interna da licitação, já se disse, não podendo ser descumprido pela Administração (art. 41, caput), nem pelos licitantes. Depois de providências internas da Administração e do prévio exame e aprovação da respectiva assessoria jurídica, o edital é publicado e partir daí desencadeiam-se as demais fases, se houver propostas apresentadas.

Obviamente, está claro e evidente que não há no EDITAL qualquer referência ou regulamento que venha a definir como pode ser proposta inexequível e nem mesmo define quem seria a equipe capaz de fazer cálculos para encontrar preços exequíveis ou inexequíveis para as propostas.

#### PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, de acordo com ÁVILA (2005, p. 113) deve depender de relação de causalidade entre o meio empregado e o fim pretendido.

Segundo o autor:

*“O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).”*

Assim, o autor conclui que para a aplicação do princípio da proporcionalidade é indispensável que haja a determinação progressiva do fim. Ademais um fim indeterminado não permite com clareza verificar se foi ou não bem-sucedido pelo meio que foi submetido.

O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso busca a compatibilidade da lei de acordo com os fins constitucionais e da legalidade nos atos administrativos, cabendo ao legislador, no caso de inconstitucionalidade ou o administrador, no caso de ilegalidade buscar sanar qualquer contrariedade a este princípio.

*M*



O elemento da adequação deve ser utilizado, para que determinada medida apresente o meio certo para que chegue a um fim baseado no interesse público e ainda a um fim pretendido, para que a medida seja capaz de guiar e conseguir nortear o objetivo que lhe foi escolhido (ÁVILA, 2005, p. 116).

Neste sentido, Ávila (2006, p. 152) leciona que "[...] a adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim".

#### **DO PEDIDO**

Assim REQUER que seja recebido o recurso, por tempestivo e, no mérito, negado provimento para manter a classificação da empresa recorrida OMEGA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA, vencedora pelo MENOR PREÇO, dando seguimento ao certame.

Caso se manifeste pela manutenção da decisão proferida, que o presente recurso administrativo seja encaminhado à autoridade superior, nos termos do art. 109, § 4º da Lei nº 8.666/93, para análise e posterior decisão.

Nestes termos,

Espera deferimento.

Fortim-CE, 14 de março de 2024

OMEGA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA

RICARDO MACHADO DE  
MEDEIROS:25946625349

Assinado de forma digital por  
RICARDO MACHADO DE  
MEDEIROS:25946625349  
Dados: 2024.03.14 16:47:38 -03'00'

Representante legal