

Referência: **CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 90002/2024**

Objeto: EXECUÇÃO DE OBRA DE CONSTRUÇÃO DA CRECHE SÃO LUIZ, LOCALIZADA À RUA HISTORIADOR DOUTOR ALKINDAR CÂNDIDO DA COSTA, S/N, BAIRRO SÃO LUIZ, VOLTA REDONDA/RJ.

CERÂMICA GEOWOLF ENGENHARIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrito no CNPJ nº. 43.544.161/0001-59, com sede Estrada da Areia, s/nº, 4 Distrito, bairro São Sebastião, Campos dos Goytacazes, RJ, CEP: 28.145-971, representada neste ato por sua sócia **STEFANY SANTOS ALVES**, brasileira, solteira, empresária, portadora da Carteira de Identidade no. 07273682360, expedida pelo DETRAN/RJ, e inscrito no CPF/MF sob o no 069.698.235-80, residente e domiciliada na Rua Obertal Chaves, nº 23, Parque Rosário, Campos dos Goytacazes, RJ, vem, mui respeitosamente, com fulcro no item 13 e do edital e art. 165, da Lei nº 14.133/2021; bem como nas demais disposições normativas, legais e constitucionais aplicáveis, interpor.

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face do ato administrativo que declarou vencedora da **CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 90002/2024**, a empresa **SOUZA SANTOS CONSTRUTORA LTDA**, CNPJ Nº 08.621.413/0001-03 pelos fatos e razões a seguir transcritas e impositivas.

1. PRELIMINARMENTE

O Edital da **CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 90002/2024**, consigna que após declarado o vencedor, a comissão abrirá prazo, durante o qual qualquer licitante poderá, de forma imediata, manifestar sua intenção de recorrer, sendo procedido dessa forma o registro por parte da ora **RECORRENTE** em 23 de julho de 2024, data em que a empresa **SOUZA SANTOS CONSTRUTORA LTDA**, CNPJ Nº 08.621.413/0001-03, foi declarada vencedora.

Portanto, estamos em obediência estrita ao Edital, pelo que apresentamos nossas razões recursais a tempo e a modo, de forma tempestiva.

A Lei nº 14.133/21 passou a exigir do pregoeiro uma condução e coordenação mais técnica do certame, seja pela ampliação das atribuições do responsável pela seleção da proposta mais vantajosa para a Administração que agora também deve supervisionar o fluxo regular da instrução processual da fase interna, seja pelo maior alcance dos objetivos da licitação

Nada obstante, ressalta a recorrente que os agentes públicos que conduzem o certame ao declarar empresa vencedora, adjudicar e homologar a licitação com registro de vícios e possível fraude, podem estar incorrendo em responsabilidade solidária quanto aos atos praticados bem como omissões existentes no pregão, além, disso o mandatário da secretaria julgadora tem vinculada a responsabilidade com os atos praticados pela comissão de licitação.

O ato de adjudicar e homologar a licitação não é mera formalidade, uma vez que funciona como revisão da regularidade de todo procedimento, isto é, a homologação de procedimento viciado implica a responsabilização da autoridade detentora ato sendo o que diz a vasta jurisprudência de órgãos de controle, senão vejamos:

Sobre a responsabilização dos agentes públicos, o art. 28 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – LINDB estabelece os seguintes pressupostos:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

O art. 8 da Lei 14.133/2021 também prevê a responsabilização dos agentes públicos em consequências dos atos por eles praticados:

Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

§ 1º O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.

O TCU também já possui vários julgados a respeito do tema:

ACÓRDÃO 3389/2010-TCU-PLENÁRIO

Relatoria do Ministro Augusto Nardes

"Ao homologar a licitação, a autoridade pública vincula sua responsabilidade com os atos praticados pela comissão de licitação, reconhecendo-os como válidos, razão por que responde por irregularidades verificadas na condução do certame."

ACÓRDÃO 1018/2015-TCU-PLENÁRIO

Relatoria do Ministro Vital do Rêgo

"A autoridade homologadora é responsável solidariamente pelos vícios identificados nos procedimentos licitatórios, exceto se forem vícios ocultos, dificilmente perceptíveis. A homologação se caracteriza como um ato de controle praticado pela autoridade competente sobre todos os atos praticados na respectiva licitação. Esse controle não pode ser tido como meramente formal ou chancelatório, mas antes como um ato de fiscalização."

2. DAS RAZÕES DE FATO E DE DIREITO

Membros da Comissão de Contratação Permanente da Prefeitura Municipal de Volta Redonda, com as vênias necessárias, preambularmente, convém ressaltar que as presentes razões recursais não tem a pretensão de tumultuar o certame, ao contrário, evidenciar os vícios insanáveis existentes no ato de declaração de vencedora da licitação à empresa SOUZA SANTOS CONSTRUTORA LTDA, CNPJ Nº 08.621.413/0001-03, o que passamos a nos deter de forma minuciosa em observância a estrita legalidade e atento aos princípios que rege as licitações, do interesse público, da **competitividade** e da **economicidade**.

Com efeito, após análise das razões aqui apresentadas, a fim de manter a lisura e coerência que permeou os atos administrativos no transcurso da licitação até aqui, decorrerá a imposição de ser revista e declarada nula a decisão do agente de contratação em habilitar a empresa SOUZA SANTOS CONSTRUTORA LTDA, CNPJ Nº 08.621.413/0001-03, em homenagem ao princípio da autotutela administrativa.

Sabe-se que para a contratação dos serviços pretendidos a administração pública DEVE se permear de várias exigências necessárias à segurança da contratação e ao atendimento lícito do interesse público.

Igualmente, para que a contratação seja legal, a administração pública DEVE se vincular a todo o ordenamento jurídico.

A Lei de licitações não estão lá por mera liberalidade ou por mera faculdade, isto é, considera-se regular a licitação quando desempenhada pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal.

Desta forma trazemos o texto da Lei 14.133/2021 que rege todo procedimento licitatório:

Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

III - apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;

IV - não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração;

§ 1º A verificação da conformidade das propostas poderá ser feita exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada.

§ 2º A Administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, conforme disposto no inciso IV do **caput** deste artigo.

§ 3º No caso de obras e serviços de engenharia e arquitetura, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como relevantes, observado o critério de aceitabilidade de preços unitário e global a ser fixado no edital, conforme as especificidades do mercado correspondente.

§ 4º No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração.

§ 5º Nas contratações de obras e serviços de engenharia, será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre este último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com esta Lei.

Numa simples leitura, combinando o inciso III com o § 4º as propostas com valores inferiores a 75% do valor orçado seriam consideradas inexequíveis, entretanto não se pode perder de vista o § 2º combinado com o inciso IV, o qual cabe a administração exigir a exequibilidade da proposta apresentada, cabendo a desclassificação apenas no caso de não comprovada a exequibilidade conforme disposto no inciso IV do mesmo dispositivo legal.

Também é lógico que não faria sentido o legislador prever a diligência firmada no inciso IV, muito menos o § 2º do artigo 59 da Lei 14.133/2021 se suposta inexequibilidade recusasse automaticamente as propostas caso estejam com valores inferiores a 75% do valor orçado.

Não seria admissível excluir-se a proposta de determinado licitante sob a alegação de que é inexequível sem que antes lhe seja facultada a demonstração da exequibilidade. Solução diversa implicaria ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Cabe destacar que a necessidade de prévia intimação do licitante para se manifestar sobre a questão conforme Art. 59 inciso IV da Lei 14.133/2021.

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, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010, p. 660) (grifo nosso)

Destaco que o entendimento acima coaduna-se com a jurisprudência consolidada da Corte de Contas no sentido de que não cabe à Comissão de Licitação ou ao Pregoeiro declarar a inexequibilidade da proposta da licitante, devendo facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade de suas ofertas (ex vi dos Acórdão 2093/2009-TCU-Plenário, 559/2009-1ª Câmara, 1.079/2009-2ª Câmara, 141/2008-Plenário, 1.616/2008-

Plenário, 1679/2008-Plenário, 2.705/2008-Plenário e 1.100/2008-Plenário, dentre outros)

Corroborando, o TCU manifestou-se:

Não cabe ao pregoeiro ou à comissão de licitação declarar a inexecuibilidade de proposta de licitante, mas facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade das suas propostas. (Acórdão 1092/2010-Segunda Câmara Plenário, rel Min. Benjamin Zymler) (Grifo nosso)

No entanto, considerando o disposto na Súmula TCU 262 e em diversos julgados do TCU, ainda sob a égide da Lei 8.666/1993, esse limite também pode ser considerado para fins de presunção relativa de inexecuibilidade de preços, devendo a Administração dar ao licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta. **Não se vê, portanto, obstáculo para aplicar a súmula citada à Lei 14.133/2021**, inclusive porque o art. 59, inciso IV c/c § 2º, da referida Lei prevê expressamente a possibilidade de a exequibilidade ser demonstrada pelo licitante, quando solicitado pela Administração." (grifos do relator) (Acórdão nº 465/2024, Plenário, rel Min. AUGUSTO SHERMAN)

"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. (Acórdão nº 363/20007, Plenário, rel Min. Benjamin Zymler)

O juízo do pregoeiro acerca da aceitabilidade da proposta deve ser feito após a etapa competitiva do certame (fase de lances) , devendo o licitante ser convocado para comprovar a exequibilidade da sua proposta antes de eventual desclassificação. Apenas em situações extremas, quando os lances ofertados configurarem preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, gerando presunção absoluta de inexecuibilidade, admite-se a exclusão de lance durante a etapa competitiva do pregão. (Acórdão 1620/2018-Plenário)

O juízo do pregoeiro acerca da aceitabilidade da proposta deve ser feito após a etapa competitiva do certame (fase de lances) , devendo o licitante ser convocado para comprovar a exequibilidade da sua proposta antes de eventual desclassificação. Apenas em situações extremas, quando os lances ofertados configurarem preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, gerando presunção absoluta de inexecuibilidade, admite-se a exclusão de lance durante a etapa competitiva do pregão. (Acórdão nº 674/2020, Plenário, rel Min. Walton Alencar Rodrigues)

A proposta de licitante com margem de lucro mínima ou sem margem de lucro não conduz, necessariamente, à inexecuibilidade, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa. A desclassificação por inexecuibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, **após dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta**. (Acórdão 3092/2014-Plenário, TC 020.363/2014-1, relator Ministro Bruno Dantas, 12.11.2014.) (grifo nosso)

Também por isso “quando exigido pela Administração” empregado no inciso IV do art. 59 da NLLC deve ser interpretado como sendo “dever” da Administração realizar as diligências necessárias e exigir dos licitantes a demonstração da exequibilidade.

O inciso IV do art. 59 da Lei 14.133/2021 contempla uma regulação mais estrita da exequibilidade, e desclassificação da proposta, voltada à sua definição em termos mais objetivos. Nesse sentido, define que são considerados manifestamente inexequíveis os preços “*não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração*”.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, considerou que a “presunção de inexequibilidade das propostas de obras e serviços de engenharia inferiores a 75% do valor orçado pela Administração (art. 59, § 4º da Lei nº 14.133/21)” é **relativa e não absoluta**. Nesse sentido, como a licitação tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, “justifica a relatividade da presunção, independentemente da natureza do serviço licitado”.

“o § 2º do referido artigo, que possibilita a demonstração da exequibilidade das propostas pelo licitante, **não exclui as obras e serviços de engenharia** e, portanto, se aplica também a eles. E nem mesmo haveria razão para que não se aplicasse, pois, independentemente da natureza do serviço licitado, a licitação sempre visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração, o que justifica que a presunção de inexequibilidade de propostas inferiores a 75% do valor orçado seja passível de ser afastada”. (Grifamos.) (TJ/SP, Apelação Cível nº 1004528-23.2022.8.26.0347, Rel. Des. Antonio Carlos Villen, j. em 08.08.2023.)

Assim, conforme o exposto, seguindo o contido na Lei Complementar nº 95, de 1998, para a interpretação do conteúdo do art. 59 da Lei nº 14.133, de 2021, verificando-se a inexistência de parágrafo determinando que aos casos previstos no §4º (inexequibilidade das propostas com valores inferiores a setenta e cinco por cento do valor orçado pela Administração), não se aplica o disposto no inciso 4º (serão desclassificadas as propostas que não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração), a presunção de inexequibilidade deve ser relativa, permitindo-se ao proponente o direito de manifestar-se para demonstrar a sua proposta.

Trazemos alguns julgados recentes do TCU

O critério definido no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração, nos termos do art. 59, § 2º, da referida lei, dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta. (Acórdão nº 465/2024, Plenário, rel Min. AUGUSTO SHERMAN)

O critério definido no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, sendo possível que a Administração conceda à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta, nos termos do art. 59, § 2º, da referida lei. (Acórdão nº 803/2024, Plenário, rel Min. BENJAMIN ZYMLER)

Ademais, acerca do precitado Acórdão 2198/2023-Plenário, prosseguiu ele, aquela mesma publicação institucional do TCU teria deixado assente: “é importante notar que o julgado sobre essa disposição específica da Lei 14.133/2021 ainda é isolado, sendo aconselhável aguardar novas decisões para ter uma compreensão mais clara e definitiva sobre a aplicação desse dispositivo legal a partir de casos concretos”. **Nesse contexto, o relator concluiu não ver óbices a que “o entendimento consolidado e sumulado na jurisprudência do TCU - Súmula TCU 262 - seja mantido inalterado, mesmo em face da novel Lei**

14.133/2021", e, por "ser esse um possível leading case", julgou oportuno que, em acréscimo à proposta da unidade técnica de arquivamento dos autos por perda de objeto da representação, fosse a UFRPE cientificada de que "o critério definido no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta, nos termos do art. 59, § 2º, da mesma lei", no que foi acompanhado pelos demais ministros. (Acórdão nº 465/2024, Plenário, rel Min. AUGUSTO SHERMAN) (grifo nosso).

Vejamos o que diz a respeito Marçal Justen Filho (Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico - 6ª Edição, pp. 177-178):

'Incumbe ao pregoeiro incentivar os licitantes a realizar ofertas, dinamizando a disputa. Mas seria possível reconhecer-lhe competência para impedir a continuidade da disputa, quando atingido valor reputado como mínimo para a exequibilidade do objeto? Ou seja, o pregoeiro disporia de competência discricionária para determinar o encerramento da competição, por reputar que o limite de exequibilidade teria sido atingido? A resposta tem de ser negativa, mesmo que existam informações verbais em sentido oposto, divulgadas por órgãos públicos.

O pregoeiro não é titular de competência discricionária para avaliar a viabilidade da execução de certa prestação ofertada por um particular. Lembre-se que a temática da inexequibilidade sempre atormentou a Administração Pública e, mesmo nas licitações na Lei nº 8.666, não se encontrou fórmula satisfatória para enfrentar o problema. A ressalva é relevante porque, nas demais modalidades licitatórias, a comissão de licitação dispõe de tempo e recursos materiais para promover diligências orientadas a apurar a viabilidade da execução da proposta. A despeito disso, sempre se aponta a ausência de suficientes informações para uma conclusão séria e motivada da comissão, mesmo quando o procedimento comporta investigações mais aprofundadas. A situação do pregoeiro é muito pior: tem o dever de decidir de imediato, sem possibilidade de exame maior acerca da estrutura de custos do licitante. Nem lhe é possível promover qualquer diligência. A escolha acerca do limite mínimo de exequibilidade, fundada em avaliações subjetivas, retrataria inevitável juízo arbitrário do pregoeiro. Isso seria incompatível com a natureza da atividade administrativa num estado Democrático de Direito.'

Voltamos ao julgado no PROCESSO 005.765/2024-2 do TCU

No mesmo sentido, mencione-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"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" (REsp 965.839 - Rel.Min. DENISE ARRUDA, j. 15-12-2009).

Registre-se que é irrelevante que o mencionado julgado seja anterior à vigência da Lei Federal n. 14.133/21. Isso porque a redação do art. 48, dispositivo análogo na Lei de Licitações anterior (Lei n. 8.666/93), guarda semelhança com a do dispositivo atual naquilo que tem relevância para o presente caso. Ao contrário do que sustenta o agravante, o § 4º do art. 59 da nova Lei nada mais faz do que definir quais são as propostas consideradas inexequíveis no caso específico das obras e serviços de engenharia. O §2º do referido artigo, que possibilita a demonstração da exequibilidade das propostas pelo licitante, não exclui as obras e serviços de engenharia e, portanto, se aplica também a eles. E nem mesmo haveria razão para que não se aplicasse, pois, independentemente da natureza do serviço licitado, a licitação sempre visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração, o que justifica que a presunção de inexequibilidade de propostas inferiores a 75% do valor orçado seja passível de ser afastada. (Acórdão nº 803/2024, Plenário, rel Min. BENJAMIN ZYMLER) (grifo nosso)

Determinar, nos termos do art. 45 da Lei 8.443/1992, ao Departamento de Polícia Federal - Superintendência Regional no Amazonas (SR/PF/AM) que, no prazo de 15 (quinze) dias, adote providências no sentido de retornar, na Concorrência 2/2023, à fase de análise de proposta de preços, tendo em vista que o critério estabelecido no art. 59, inciso III e § 4º, da Lei 14.133/2021 **deve conduzir a uma presunção relativa de inexequibilidade, devendo ser dada oportunidade aos licitantes de demonstrarem a exequibilidade de suas propostas**, em atenção à Sumula TCU 262 e ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública;" (Acórdão nº 2088/2024, Plenário, rel Min. AUGUSTO NARDES) (grifo nosso)

3. DA VIOLAÇÕES DOS PRINCÍPIO LEGAIS

Trazemos à tona a violação direta de 3 princípios que regem os procedimentos licitatórios previstos no art. 5º da Lei Federal 14.133/2021 por parte desta comissão de contratação.

É outra a lição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".

DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Em processo concorrential devem prevalecer os princípios expressos na legislação, dentre eles os da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da igualdade de condições entre os licitantes.

Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para Comissão indicar, por ocasião do julgamento de alguma das fases, o critério de julgamento. **Todos os critérios e todas as exigências deverão constar, de modo expresso e exaustivo**, no corpo do edital. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 1997, p. 249).

Segundo Hely Lopes Meirelles, o edital "**é lei interna da licitação**" e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes **como a**

Administração que o expediu (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo. Malheiros, 2011 pg.275/276).

Nas palavras do doutrinador Diógenes Gasparine:

“(…) estabelecidas as regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis durante todo o seu procedimento. Nada justifica qualquer alteração de momento ou pontual para atender esta ou aquela situação.” (Direito Administrativo, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995)

Por este motivo, é que entendemos que não deverá ocorrer em hipótese alguma o descumprimento do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, tanto na via administrativa, quanto na via judicial.

Caso não haja a observância aos ditames desses preceitos relevantes, a validade do processo de licitação fica comprometida, tornando-o vulnerável à sua desconstituição por razões de juridicidade pela autoridade administrativa ou judicial competente.

Desta forma transcrevemos o texto do edital:

9.7.6 A inexecuibilidade, na hipótese de que trata o caput, **só será considerada após diligência da comissão de contratação**, que comprove:

9.7.6.1 que o custo do licitante ultrapassa o valor da proposta; e

9.7.6.2 inexistirem custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta.

9.8 Em contratação de serviços de engenharia, além das disposições acima, a análise de exequibilidade e sobre preço considerará o seguinte:

9.8.1 Nos regimes de execução por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada, a caracterização do sobre preço se dará pela superação do valor global estimado;

9.8.2 No regime de empreitada por preço unitário, a caracterização do sobre preço se dará pela superação do valor global estimado e pela superação de custo unitário tido como relevante, conforme planilha anexa ao edital;

9.8.3 No caso de serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, independentemente do regime de execução.

9.8.4 Será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre este último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com a Lei.

9.9 Se houver indícios de inexecuibilidade da proposta de preço, ou em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, poderão ser efetuadas diligências, para que a empresa comprove a exequibilidade da proposta;

Cabe ressaltar que o texto do item 9.8 é claro quando diz “**além das disposições acima, a análise de exequibilidade e sobre preço considerará o seguinte**” ou seja é aplicado em conjunto com o item anterior ou seja 9.7 “A inexecuibilidade, na hipótese de que trata o caput, **só será considerada após diligência da comissão de contratação**”

E o item 9.9 é ainda mais claro:

Se houver indícios de inexecuibilidade da proposta de preço, ou em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, poderão ser efetuadas diligências, para que a empresa comprove a exequibilidade da proposta

Desta forma não conseguimos entender qual motivo levou este ilustre agente de contratação a seu bel prazer a não se vincular ao instrumento convocatório e inovar em seu julgamento, sem que seja dada oportunidade prevista no item 9.7 do edital e violar diretamente ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE

Cabe questionar outro princípio basilar da licitação que foi ignorado pelo agente de contratação, o princípio da economicidade, quando o mesmo além de não atender ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ao não atender ao item 9.7 do edital aceitou uma proposta com valor superior ao da RECORRENTE no valor de R\$ 303.127,54 (trezentos e três mil cento e vinte e sete reais e cinquenta e quatro centavos), o que traz um enorme prejuízo aos cofres públicos e total desrespeito ao contribuinte.

DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE

Se o texto do § 4º do art. 59 da lei 14.133/2021 fosse tomado como único e absoluto, as propostas com valores inferiores a 75% do valor orçado seriam consideradas inexecuíveis, logo a administração teria estabelecido um limite mínimo de preços.

Se o limite mínimo fosse estabelecido a partir do valor das propostas, já se definiria o limite mínimo admitido para a fase de lances.

Como seria escolhida a melhor proposta para a administração? Seria vencedor aquele que por primeiro propusesse esse valor mínimo na fase de lances? **Essa circunstância é incompatível com o princípio da competitividade e o propósito de obtenção da melhor proposta possível através de lances.** Essa sistemática reforça a necessidade de verificação da exequibilidade caso a caso, conforme previsto no inciso IV do mesmo artigo, considerando as circunstâncias concretas. **(grifo nosso)**

Além disso, continuou, "o Tribunal, em sua jurisprudência (Acórdãos 325/2007, 3092/2014, ambos do Plenário) , apresentou exemplos de estratégias comerciais que podem levar uma empresa a reduzir sua margem de remuneração incluída em sua proposta de preços, a saber: (i) interesses próprios da empresa em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado; ou (ii) incrementar seu portfólio; ou ainda (iii) formar um novo fluxo de caixa advindo do contrato". Portanto, a seu ver, ainda que a proposta da licitante tenha sido inferior ao patamar de 75% do valor orçado pela Administração, "a empresa pode ter motivos comerciais legítimos para fazê-lo, cabendo à Administração perquirilos", dando oportunidade ao licitante para demonstrar a exequibilidade do valor proposto. (Acórdão nº 465/2024, Plenário, rel Min. AUGUSTO SHERMAN)

4. DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA APRESENTADA

Eu, STEFANY SANTOS ALVES, brasileira, solteira, empresária, portadora da Carteira de Identidade no. 072.736.823-60, expedida pelo DETRAN/RJ, e inscrito no CPF/MF sob o no 069.698.235-80, residente e domiciliada na Rua Obertal Chaves, nº 23, Parque Rosário, Campos dos Goytacazes, RJ, representante legal e técnico da empresa **CERÂMICA GEOWOLF ENGENHARIA LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrito no CNPJ nº. 43.544.161/0001-59, com sede Estrada da Areia, s/nº, 4 Distrito, bairro São Sebastião, Campos dos Goytacazes, RJ, CEP: 28.145-971, venho declarar para os devidos fins e sob as penas da Lei, que temos TOTAL condições de assumir e cumprir as especificações do objeto da Licitação na modalidade Concorrência Eletrônica Nº 002/2024/SME/PMVR (OBJETO: **EXECUÇÃO DE**

OBRA DE CONSTRUÇÃO DA CRECHE SÃO LUIZ, LOCALIZADA À RUA HISTORIADOR DOUTOR ALKINDAR CÂNDIDO DA COSTA, S/N, BAIRRO SÃO LUIZ, VOLTA REDONDA/RJ.), sem prejuízo de qualidade, com os preços contidos no lance enviada para a comissão de licitação durante a sessão, no Valor Global de R\$ 1.970.000,00.

Neste contexto, a empresa **CERÂMICA GEOWOLF ENGENHARIA LTDA** é detentora sim de uma situação peculiar, pois os dois engenheiros sócios administradores da empresa, atuarão diretamente na execução do objeto, descartando assim, o gasto de horas técnicas com estes profissionais.

Temos abaixo a lista de equipamentos que dispomos em nossa empresa. Esses equipamentos trabalham com um volume muito aquém do volume que alguns equipamentos mais simples e de menor porte; esse fato em si já seria suficiente para justificar a possibilidade de chegarmos a trabalhar com um preço “baixo” e ainda assim obtermos lucros, entretanto cabe ressaltar que sendo esses equipamentos de propriedade de nossa empresa ainda não possuímos custos com terceirização ou alugueis.

EQUIPAMENTOS	QUANTIDADE
Retro Escavadeira	01
Caminhão Basculante	05
Caminhão Carroceria Aberta	05
Compressor com martelete	05
Compactador Mecânico	04
Pá Carregadeira	01
Escavadeira Hidráulica	01
Traçador	03
Roçadeira	20
Betoneira	05
Furadeira	04
Lixadeira	05
Máquina de Solda	01
Maçarico	01
Alicate de corte	01
Trado	04
Munck	01
Trator Agrícola	01
Motosserra	01
Caminhonete 4x4	02

Temos abaixo a lista de funcionários que dispomos em nossa empresa. Considerando que temos várias obras espalhadas pelo estado do Rio de Janeiro, podemos diluir os custos de pessoal entre todas elas, o que torna o custo de mão de obra bem mais barato para nossa empresa

EQUIPAMENTOS	QUANTIDADE
Engenheiro Civil Sênior	01
Engenheiro Civil Júnior	01
Encarregado de Obras	04
Técnico de Edificações ou Saneamento	01
Encarregado Administrativo	04
Engenheiro Ambiental	02
Engenheiro Elétrico	01
Engenheiro de Segurança	01
Pedreiro	10
Ajudante	20
Eletricista	03
Pintor	06
Bombeiro Hidráulico	03
Mecânico Industrial	01
Arquiteto	05
Administrador	02
Engenheiro de Produção	01

Um questionamento que gostaria de fazer é como seriam esses preços inexequíveis se os concorrentes no momento dos lances, no dia do pregão, estavam com praticamente os mesmos preços que os nossos, tendo em vista que 09 empresas apresentaram preços com uma variação de R\$304.000,00, ou seja aproximadamente 10% do valor global estimado.

Um fato importante, é que o grupo empresarial é proprietário de uma cerâmica na Cidade de Campos dos Goytacazes, realizando entrega de artefatos cerâmicos e de concreto em todo o estado, o que ajuda a reduzir ainda mais o custo da obra, visto que para a maioria das construtoras um simples milheiro de lajota 09x20x30cm tem um custo aproximado de R\$1.200,00 sem impostos, e para nós esse custo é zerado, sem falar no giro de caixa que advém de cada contrato de nossa empresa.

Outro ponto importante, conforme pode-se confirmar no próprio CNPJ da empresa é que a mesma é comerciante varejista de diversos materiais de construção, como por exemplo: Materiais Hidráulicos e Elétricos, o que nos permite a aquisição desses materiais com aproximadamente 20% a 30% de desconto sobre o preço de varejo, que é o cotado no orçamento estimado pela administração.

É importante salientarmos que todos os serviços serão realizados por nossa equipe e não iremos terceirizar com nenhum outro fornecedor.

Ainda trazemos outra razão inquestionável para comprovação que a proposta apresentada pela empresa é exequível, conforme embasamento Relator Humberto Gomes Barros:

“Se a licitante vitoriosa cumpriu integralmente o contrato objeto de licitação, afasta-se logicamente a imputação de que sua proposta era inexequível”.
(STJ, ROMS nº 11.044/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes Barros, DJ de 04.06.2001) (grifo nosso)

Para esta comprovação a empresa **CERÂMICA GEOWOLF ENGENHARIA LTDA**, faz menção aos contratos assinados entre empresa **CERÂMICA GEOWOLF ENGENHARIA LTDA** e a Prefeitura Municipal de Volta Redonda, em que demonstra que a empresa executou simultaneamente 09 obras em um prazo de menos de 11 meses, com descontos chegando à 35% do valor estimado para contratação, caso a administração ache necessário podemos anexar cópias dos referidos contratos.

Observa-se que o preço ofertado pela **CERÂMICA GEOWOLF ENGENHARIA LTDA** nestes casos, também é abaixo do praticado pelas maiorias de empresas que estão no mercado e nem por isso a execução deixou de ser realizada com qualidade e dentro do prazo estipulado.

Além disso é inquestionável que cada empresa possui a sua realidade financeira operacional, e o que pode ser inexecutável 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. Também vale destacar, que a empresa **CERÂMICA GEOWOLF ENGENHARIA LTDA**, possui uma equipe técnica permanente vasta, pois atualmente a empresa tem em andamento a execução de 05 obras de engenharia, sendo destas 4 de grande porte, distribuídos de norte a sul do Estado do Rio de Janeiro.

“(...) o juízo de inexecutabilidade 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 executabilidade 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. (...) (TCU, Acórdão nº 1.248/2009, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, DOU de 16.06.2009). (grifo nosso).

A estratégia comercial da **CERÂMICA GEOWOLF ENGENHARIA 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.

Por fim, registra-se que a empresa **CERÂMICA GEOWOLF ENGENHARIA LTDA** e sua equipe técnica, possuem vasta expertise em serviços de complexidade e características semelhantes ao objeto, executando diversas obras de engenharia em todo Estado.

Como diz a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO: “É possível a comprovação de execução do contrato, ainda que ínfimo o valor da proposta”.

5. DOS PEDIDOS

Portanto não há o que se falar inexecutabilidade sem antes oportunizar a empresa a oportunidade de comprovar a executabilidade de sua proposta, com fundamento no inciso IV do art. 59 da Lei 14.133/2021 e item 9.7 e 9.9 do instrumento convocatório.

Dessa maneira, a interpretação e a aplicação das regras estabelecidas no instrumento convocatório devem ter por norte o atingimento das finalidades públicas, evitando-se o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados.

É sabido que a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 59, confere à Comissão de Licitação ou o agente de contratação o direito de efetuar diligências para complementar a instrução do processo licitatório.

Nesse cenário, a diligência é uma providência administrativa para confirmar o atendimento pelo licitante de requisitos exigidos pela lei ou pelo edital do certame. Salientasse ainda que não há um limite para as quantidades de diligências que podem ser realizadas.

Aliás, o dispositivo legal em comento confere ao gestor público um poder-dever de ação nas situações em que a diligência se mostrar necessária e adequada, **não sendo uma mera discricionariedade**.

Por todas estas razões, não resta dúvida que os agentes públicos deverão atuar ao examinar com esteio nos princípios, dentre outros, da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e do formalismo moderado.

Como dito por Hely Lopes Meirelles, "a orientação é a dispensa de rigorismos inúteis".

Desta forma solicitamos:

- 1- Sabendo que a Administração Pública deve homenagear o princípio da autotutela, no qual pode controlar o próprio ato, anulando-o quando ilegal ou revogando-o quando inconveniente ou inoportuno, diante do exposto, requer-se o processamento do presente recurso administrativo e, uma vez encaminhado para a autoridade competente, seja conhecido e provido para que seja anulada a habilitação da empresa SOUZA SANTOS CONSTRUTORA LTDA, CNPJ Nº 08.621.413/0001-03 e caso o item 04 deste recurso não satisfaça a comprovação de exequibilidade seja aberta diligência para comprovação de exequibilidade da proposta apresentada pela empresa CERÂMICA GEOWOLF ENGENHARIA LTDA CNPJ Nº 43.544.161/0001-59.
- 2- Que o agente de contratação esclareça o motivo de não vincular suas decisões ao previsto no item 9.7 e 9.9 do instrumento convocatório.
- 3- Caso esta comissão opine pelo indeferimento do presente recurso solicitamos que os autos sejam remetidos a análise jurídica deste órgão ou junto à Procuradoria Geral do Município para parecer quanto à aplicabilidade e eficácia dos acórdãos nº 465/2024, 803/2024 e 2088/2024 do TCU em que a Súmula TCU 262 foi mantida inalterada, mesmo em face da novel Lei 14.133/2021.

STEFANY SANTOS ALVES .,
CERÂMICA GEOWOLF ENGENHARIA LTDA
CNPJ n°. 43.544.161/0001-59