

EXCELENTÍSSIMO(A) SR(A) PREGOEIRO(A) DO(A)
PREFEITURA MUNICIPAL DE VOLTA REDONDA

PROCESSO 5918/2024

CONCORRÊNCIA ELETRÔNICA Nº 90007/2024

OBJETO: INSTALAÇÕES E REPOSIÇÕES DE PISOS VINÍLICOS E REVESTIMENTOS CERÂMICOS EM UNIDADES EDUCACIONAIS DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO

CERAMICA GEOWOLF ENGENHARIA LTDA, empresa regularmente inscrita no CNPJ: 43.544.161/0001-59, com endereço para correspondência na Rua ESTRADA DA AREIA, no S/N, 4 DISTRITO, CEP: 28.145-971 Cidade: CAMPOS DOS GOYTACAZES RJ, Inscrição Estadual nº 12.220.146, neste termo tida como LICITANTE vem, por meio de seu representante legal Sra. 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, tempestivamente, interpor:

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Ante a ausência de critérios de julgamentos objetivos para a presente Concorrência, principalmente quanto ao cumprimento legal já normatizado pelos órgãos superiores, no que tange o mérito do pedido desta impugnação, pelos fatos e direitos expostos a seguir.

I – DA TEMPESTIVIDADE

Conforme exposto no Instrumento Convocatório, o prazo para interposição de impugnação é de 3 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura das propostas (12/09/2024), o que faz, portanto, o recurso tempestivo.

II – DOS FATOS

O edital impugnado em traz em seu item 6.15.2 o seguinte texto:

6.15.2 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, independentemente do regime de execução, conforme art. 59 da Lei Federal nº 14.133/2021

No mesmo sentido o item 9.8.3:

9.8.3 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, independentemente do regime de execução, conforme art. 59 da Lei Federal nº 14.133/2021.

Entretanto não é definido de forma clara conforme determina os principio licitatórios como será escolhida a empresa vencedora visto que ambas as cláusulas já definem um valor mínimo que a administração aceita a pagar, o que contraria completamente o objetivo da licitação e que pode levar a um empate entre todos os concorrentes.

Rege a Lei Federal nº14.133/2021 que em caso de empate serão utilizados os critérios do art. 60 da mesma:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento; (Vide Decreto nº 11.430, de 2023) Vigência

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;

II - empresas brasileiras;

III - empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

IV - empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.

§ 2º As regras previstas no caput deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Aqui cabe um adendo, como poderia os licitantes apresentarem novas propostas, conforme preceitua o Inciso I, se os mesmos já se encontram no limite que a administração considera exequível?

Suponhamos que todos os licitantes, permaneçam empatados após os critérios definidos no art. 60 da Lei Federal 14.133/2021, como será feito o desempate?

Cabe notar que em momento algum a Lei, que é a norma geral que vincula tanto os licitantes quanto a administração, define que o critério de desempate é a ordem definida pelo sistema, visto que tal necessita gerar uma lista com as propostas empatadas para que o agente de

contratação proceda o desempate, portanto não seria possível gerar uma lista em que todos ocupem uma mesma posição, logo o sistema acaba ordenando aleatoriamente os licitantes empatados, corroborando com isso, o próprio sistema pede para que o agente de contratação justifique qual método de desempate adotado no campo de justificativa ao aceitar uma proposta.

Entretanto conforme observados em certames anteriores a ordem definida aleatoriamente pelo sistema já foi utilizada como critério para definição do vencedor do certame, mesmo sem nenhum fundamento legal para tal.

III- DO DIREITO

1 – DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DO VÍNCULO À LEI

Com o advento da lei 14.133 de 2021 e a certeza de que a lei anterior (8.666 de 1993) foi plenamente revogada, muitas mudanças formais adentraram no campo das licitações públicas. Todavia, os princípios norteadores estão amparados na própria Constituição Federal de 1988, e esta permanece invicta. E sobre isso, temos no art. 37 da C.F.R.B. de 1988 o importante princípio da Legalidade.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

O Princípio da Legalidade **vincula o administrador a fazer apenas o que a lei autoriza**, sendo que, na licitação, o procedimento deverá desenvolver-se não apenas com observância estrita às legislações a ele aplicáveis, mas também ao regulamento, caderno de obrigações e ao próprio edital. E ainda, vincular a Administração Pública àquilo que a lei determina como conduta correta para empresas e licitantes que porventura queiram se adentrar no certame.

Assim, a licitação torna-se um procedimento do qual os servidores que a conduzem, somente verificam se o seu rito está de fato percorrendo o caminho da lei. Sem desvios ou lacunas. Isto posto, quando um ente da Administração Pública necessita de determinado bem ou serviço, é seu papel não só pesquisar a natureza do objeto, mas também verificar quais os requisitos técnicos e legais que uma empresa precisa cumprir para que esteja apta a comercializar este bem.

Sendo bem claro, é papel do administrador público conforme preceitua o art. 59 da Lei Federal 14.133/2021 a diligência para desclassificação de uma proposta, e a mesma só pode ser considerada inexequível quando não tiver sua exequibilidade demonstrada, conforme inciso IV do mesmo artigo.

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

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;

§ 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.

§ 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.

Se é intuito da administração afastar possível inexequibilidades, para não comprometer o princípio da eficiência da contratação pública, que passe a administração a exigir a garantia dos licitantes, conforme determina a Lei, o que afastaria as empresas aventureiras, das determinadas contratações, e também não obrigaria a administração a pagar um valor, acima do que poderia pagar.

Destarte, resta evidenciado, que a licitação pública estará totalmente vinculada a exigir o que a lei ordene como obrigatório. Não cabendo falar aqui em ato discricionário do administrador, pois esta, é uma hipótese não amparada pela vontade de nenhuma das partes envolvidas, visto seu caráter vinculado à LEI.

2 – DAS SÚMULAS DO TCU

A Súmula TCU 222 estabelece que os administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios devem acatar essas decisões.

SÚMULA TCU 222: As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

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)

Neste sentido cabe trazer a tona a súmula 262 do TCU que define que a administração DEVE dar a oportunidade da licitante demonstrar a exequibilidade da sua proposta:

SÚMULA TCU 262: O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei 8.666/1993 conduz a uma presunção relativa de inexecuibilidade de preços, **devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.**

3 – DOS PRECEDENTES DO TCU:

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)

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)

4 – DOS PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

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 inexecuíveis 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 inexecuibilidade de propostas inferiores a 75% do valor orçado seja passível de ser afastada.** (Acórdão nº 803/2024, Plenário, rel Min. BENJAMIN ZYMLER) (grifo nosso)

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)

'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 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, considerou que a “presunção de inexecutabilidade 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 inexecutabilidade 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.)

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que a Administração Pública possui a supremacia do interesse ante ao particular. Todavia a alegação de aceitar propostas abaixo de 75% do valor orçado pela administração pode ocasionar em não cumprimento do objeto contratual, não tem o menor fundamento, visto que a NLLC em seu § 5º já previu essa situação, e resguardou o interesse público no caso.

Cabe ressaltar que se em vários certames da referida Unidade as empresas estão ofertando valores muito abaixo do estimado, portanto, a administração tem o **DEVER** de fazer uma análise minuciosa, em seus processos da fase interna da licitação.

Mas não pode, de maneira alguma, a Administração Pública ser cúmplice de tal situação. Ante ao exposto, haverá onerosidade excessiva da Administração Pública ao impor que propostas abaixo de 75% do valor estimado serão desclassificadas, sem ao menos dar a oportunidade de o licitante comprovar a exequibilidade da mesma, ferindo diretamente todos os princípios da licitação e indo contra todos os julgados, sumulas, e lições sobre o tema.

V – DO PEDIDO

Pelo exposto, verificando que no próprio edital insurgem critérios de insustentabilidade, ferindo diretamente ao princípio basilar de uma concorrência pública que é o julgamento objetivo visto que os critérios de julgamento foram colocados de uma forma muito genérica e com pouca clareza.

Assim, espera e requer que Vossa Senhoria dê procedência na presente impugnação para que seja modificado o Edital, de acordo com os pedidos que se seguem:

- A. Definir de forma clara, conforme determina os princípios licitatórios, como será escolhida a empresa vencedora visto que o instrumento convocatório já define um valor mínimo que a administração aceita a pagar, o que pode levar a um empate entre todos os concorrentes.
- B. Como será aplicado o critério de desempate previsto no Inciso I do art. 60 da NLLC se os se os licitantes já se encontrarem no limite de valor que a administração julga exequível?
- C. Suponhamos que todos os licitantes, permaneçam empatados após os critérios definidos no art. 60 da Lei Federal 14.133/2021, como será feito o desempate?
- D. Que a administração deixe claro se será considerada a ordem definida pelo sistema como critério de desempate, mesmo não tendo fundamento legal para tal.
- E. Caso a administração mantenha como inexequível todas as propostas abaixo de 75% do valor estimado, que seja explanado o motivo da não vinculação a súmula 262 do TCU.
- F. Seja republicado o Edital com as devidas alterações e remarcados os prazos na forma da lei.

Nestes termos, pede-se e aguarda deferimento.

Atenciosamente,

STEFANY SANTOS
ALVES:069698235
80

Assinado de forma digital por
STEFANY SANTOS
ALVES:06969823580
Dados: 2024.09.02 15:34:00
-03'00'

Volta Redonda/RJ, 02 de setembro de 2024.

**STEFANY SANTOS ALVES
SÓCIA ADMINISTRATIVA
CERAMICA GEOWOLF ENGENHARIA
CNPJ 43.544.161/0001-59**