

ILUSTRE SENHOR (A) PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUC. CIENC. E TEC.DE SC

Ref.: Pregão Eletrônico 61/2021

AZULMED INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE PROTEÇÃO HOSPITALAR LTDA, empresa inscrita no CNPJ nº 37.041.236/0001-86, com endereço na Avenida Cerro Azul , nº 2915 – Jardim Novo Horizonte – Cep 87.010-055, na cidade de Maringá/ PR, devidamente representada por seu sócio administrador José Carlos Cassucce, brasileiro, divorciado, empresário, nascido em 06/10/1968, portador da Cédula de Identidade Civil RG sob n.º 4508787-5 SESP/PR, CPF sob n.º 648.873.679-53 e CNH sob n.º 04505248628 expedida pelo DETRAN/PR, residente e domiciliado na cidade de Maringá/PR, na Rua Anacleto Luiz de Oliveira, n.º 195 – Apartamento 103 – Gleba Patrimônio Maringá – CEP 87.005-127, vem tempestiva e respeitosamente, perante Vossa Senhoria, propor, com fulcro no Art. 109, inciso I, alínea “a” da Lei 8.666/93,

RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO,

Tendo em vista a provável inexecuibilidade das propostas das 16 primeiras empresas do item 85, o que sujeita o órgão aos riscos de eventual inexecução, que por sua vez podem ser evitados mediante abertura de diligência para comprovação da exequibilidade da proposta, com fundamentos de fato e de direito expostos no corpo deste recurso.

DOS FATOS

A Recorrente observou que diversas empresas vieram a ser habilitadas no item 85 deste pregão mesmo dando lances incompatíveis com os preços praticados no mercado, fato que justifica a abertura de diligência para juntada de documentos que auxiliem a Comissão de Licitações a atestar a exequibilidade da oferta, afim de preservar a isonomia, eficiência, vinculação ao edital e a busca pela proposta mais vantajosa, dentre outros Princípios que regem o processo licitatório.

Portanto, deve haver a diligência para preservação do certame, do contrário estará a Administração aceitando riscos desnecessários por omissão.

DOS DIREITOS

DA PRESUNÇÃO RELATIVA DE INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA

Como é de conhecimento desta ilustre Comissão, o processo licitatório é norteado por diversos princípios conforme prevê a Constituição Federal e a Lei 8.666/93, dentre eles o da eficiência, cujo estabelece que a Administração Pública – assim como seus agentes – deve agir com transparência, proatividade, imparcialidade e objetividade em busca da satisfação do interesse público, de modo a realizar a aquisição de bens e serviços de qualidade e com a menor onerosidade possível aos cofres públicos.

Complementarmente, o Art. 3º da Lei de Licitações evidencia a essência da licitação como sendo a busca pela proposta mais vantajosa, vejamos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da

igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

A partir disso, cumpre argumentar que a busca pela proposta mais vantajosa não consiste somente na consecução da Administração em contratar com a empresa que oferta, exclusivamente, o menor preço, mas na avaliação da proposta como um todo, desde a qualidade do produto até a capacidade da licitante em honrar com os prazos e valores avençados.

Em síntese, escolher a proposta de menor valor não significa que a Administração estará obtendo vantajosidade, ao passo que para tal qualidade ser auferida à proposta é necessário que a mesma se enquadre nos parâmetros do edital, e principalmente, que o fornecedor tenha plenas condições de suportar sua execução.

Ademais, diante da conveniência da juntada de documentos eletrônicos e das disputas quase em tempo real possibilitadas pelos pregões eletrônicos, o julgamento dos elementos supracitados se torna mais objetivo e célere, todavia, os quesitos que atestam a exequibilidade de uma proposta não são comumente previstos nos editais, o que por vezes põe a Administração em posição de aceitar as propostas presumindo a boa-fé da contratada em executar o contrato.

Entendemos que hoje as empresas se utilizam das mais variadas táticas comerciais e que no âmbito das compras públicas do tipo Menor Preço se faz muito difícil estabelecer um critério fixo para aferição da exequibilidade das propostas, afinal, há jurisprudências com o entendimento de que propostas com margem de lucro mínimo ou sem margem de lucro não legitimam por si só sua inexequibilidade, vejamos o julgado:

“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.”

(TCU – REPR: 020.363/2014-1, Relator: BRUNO DANTAS, Data de Julgamento: 12/11/2014, Plenário)

Nota-se, que na segunda parte do veredito o relator abordou quanto a possibilidade de a licitante demonstrar a exequibilidade de sua proposta em ocasiões que a Administração apresentar dúvidas quanto ao tema.

O doutrinador Marçal Justen filho entende que a inexequibilidade da proposta não deve ser objeto de presunção absoluta por parte da Administração, ao passo que esta deve analisar minuciosamente caso a caso se a licitante é capaz de arcar com o ofertado, independentemente do quão baixa for sua proposta, presunção esta, devendo ser relativa consoante o entendimento da Jurisprudência, vide:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. ART. 48, I E II, § 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 II, § 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 inexequibilidade.

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. [...] 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”.

[...]

(STJ - REsp: 965839 SP 2007/0152265-0, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 15/12/2009, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2010).

Ademais, delimita o TCU através da Súmula 262:

“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.”

Superada breve elucidação quanto ao teor subjetivo da aferição de exequibilidade das propostas e qual o entendimento dos tribunais sobre a matéria, se faz oportuno trazer as particularidades do presente certame afim de justificar o pleito desta Recorrente.

De forma sucinta, as licitantes classificadas até a 16ª colocação apresentaram lances iguais ou abaixo de R\$1,00 (um real) acreditando estar disputando o objeto na forma de unidade, quando na verdade o valor presente no termo de referência de R\$22,13 (vinte e dois reais e treze centavos) condiz ao preço da caixa de máscaras (com 50 unidades) comumente praticado no mercado. É nítido o erro na confecção do edital quando vemos que a forma de fornecimento diz unidade, porém o valor ali estipulado (que lembrando é obtido através de estudo técnico preliminar) pode ser facilmente presumido como equivalente a caixas de máscaras. Ademais, esta recorrente não havia percebido tal equívoco em momento oportuno para comunicar o órgão, por isso o faz por meio destas razões recursais.

Lembramos que das 44 empresas participantes, 16 ofertaram lances inexequíveis e a grande maioria, as 28 restantes ofertaram o lance de forma correta (referente à caixa)

Ao se deparar com a situação, esta Recorrente (participante frequente de pregões para aquisição de máscaras), conhecendo do mercado, identificou certa insegurança quanto a capacidade das empresas em suportar os termos de sua proposta.

Assim, esta Comissão de Licitações, há de concordar que os valores apresentados não são compatíveis com o adotado pelo mercado.

Oportuno ainda abrir um parêntese para o resultado do erro cometido na produção do termo de referência citado anteriormente, este que levou a diversos licitantes ofertarem lances inexequíveis, ou então, não podemos descartar a hipótese de ter dado brecha para a prática de conluio entre licitantes. Esse tipo de prática, mais conhecida como “coelho” consiste no ato de um licitante dar lances muito baixos para desencorajar outros participantes da disputa ou para influencia-los a

errarem nas ofertas, assim aqueles que desistiram não terão preços vantajosos para a Administração e estes que erraram serão inabilitados por inexecuibilidade. Na prática da fraude “coelho” ou “kamikaze”, dois (ou mais) participantes fazem um acordo onde um deles servirá para tirar terceiros da disputa em benefício do outro que apresentará condições plenas de participação além do melhor preço.

Entende o TCU:

"configura comportamento fraudulento conhecido como coelho a apresentação por licitante de proposta excessivamente baixa em pregão para induzir outras empresas a desistirem de competir, em conluio com uma segunda licitante que oferece o segundo melhor lance e que, com a desclassificação intencional da primeira, acaba sendo contratada por um valor superior àquele que poderia ser obtido em ambiente de ampla concorrência, sem a influência do coelho "

(Acórdão TCU 754/2015 – P)

Dito isso, presentes motivos plausíveis para a promoção de diligência (Art. 43, §3º da Lei 8.666/93) oportunizando a licitante a comprovação da exequibilidade de sua proposta conforme entendimento da Jurisprudência, e ainda consoante ao próprio instrumento convocatório ao prever em seu item 10.6.1:

“Considerar-se-á inexequível a proposta que não venha a ter demonstrada sua viabilidade por meio de documentação que comprove que os custos envolvidos na contratação são coerentes com os de mercado do objeto deste Pregão.”

Diante do aventado, pede-se a promoção de diligência solicitando que tais empresas anexem planilha de custos que comprovem a exequibilidade de suas propostas.

DOS PEDIDOS

Antes o exposto, pede-se:

a) O processamento regular do recurso, com o efeito suspensivo pertinente de acordo § 2º do art. 109 da Lei 8.666/93, para o fito de que seja revista a decisão deste Ilustre Pregoeiro, que aceitou lances inexequíveis;

b) A regular intimação das demais proponentes para a sua resposta (§ 3º do art. 109 da Lei 8.666/93);

c) A reconsideração da decisão pela Comissão de Licitações ou, o encaminhamento das presentes razões à autoridade ad quem para apreciação com provimento ao final, para a reforma da decisão recorrida (§ 4º do art. 109 da Lei 8.666/93);

d) Pede a Recorrente à, em função dos princípios contidos no art. 3º da Lei de Licitações, em especial os da igualdade, moralidade, legalidade e julgamento objetivo, e por estar o edital sujeito à lei assim como a decisão da Comissão, digne-se de conhecer o presente RECURSO, para o final dar-lhe o devido provimento, para:

d.1) promoção de diligência com a finalidade de comprovar a exequibilidade das propostas feitas no item 85;

d.2) decretar, com base nos mandamentos legais, a inabilitação das empresas que ofertaram lances inexequíveis caso assim entenda esta Comissão;

d.3.) apuração de eventual conluio entre licitantes;

d.4) convocar os licitantes remanescentes para assinar o termo de contrato, em ordem de classificação, no caso de inabilitação da primeira colocada, e assim sucessivamente;

e) Menciona-se, por fim, que, caso não seja apreciado o presente recurso, a Recorrente exercerá seus direitos seja na seara jurisdicional lato sensu seja na seara de Controle Externo.

Termos em que, pede deferimento.

Maringá/PR, 13 de dezembro de 2021.