

ILUSTRÍSSIMO SENHOR JOSÉ JERÔNIMO TELES FILHO SECRETARIO DE INFRAESTRUTURA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE VOLTA REDONDA, ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Ref.: **PROCESSO ADMINISTRATIVO 1692/2021.**
CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 002/2021.

HB20 CONSTRUÇÕES EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 15.482.315/0001-90, neste ato, representada pelo seu representante legal, já devidamente qualificado nos autos do processo em referência, na forma da Lei Federal nº 8.666/93, vem interpor tempestivamente, suas **CONTRARRAZÕES** ao inconsistente recurso administrativo apresentado pela empresa **TMK ENGENHARIA S.A**, na licitação em epigrafe, pelos motivos que a seguir expõe:

DA TEMPESTIVIDADE DA CONTRARRAZÃO

Trata-se de Processo Administrativo Nº 1692/2021, modalidade Concorrência Publica Nº 002/2021, que possui como seu objeto **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA OBRA DE ASFALTO EM DIVERSAS RUAS DO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA/RJ**, para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Infraestrutura.

É a presente **CONTRARRAZÃO** plenamente tempestiva, sendo assim, deve essa respeitável Comissão Permanente de Licitação conhecer e julgar a presente medida.

DO FATO:

1. A empresa **HB20 CONSTRUÇÕES EIRELI**, é uma empresa séria e, como tal, preparou sua documentação totalmente de acordo com o Edital.
2. O procedimento licitatório é instruído por princípios que visam atender sua finalidade precípua, ou seja, a obtenção da melhor proposta, portanto, é fundamental que a isonomia e a competitividade sejam asseguradas. Não obstante,

a empresa recorrente TMK ENGENHARIA S.A, irresignada com a classificação da RECORRIDA - e no intuito de tumultuar e prejudicar o andamento do certame - apresentou recurso, ensejando um julgamento desconsiderador destes fundamentos basilares do processo licitatório.

3. Como restará demonstrado de forma cabal, o recurso interposto pela RECORRENTE - não apresenta nenhum fundamento plausível, sendo fundado no seu simples descontentamento, portanto, não há direito líquido e certo a ser protegido, nem tão pouco, haverá, se restar inconformada e optar pela via judicial no manejo das peças cabíveis, considerando que não há prova inequívoca de dano irreparável, ou de difícil reparação.

1. Apela a impetrante:

- a) Que os valores constantes na planilha da RECORRIDA para serviços como: revestimento em concreto betuminoso usinado a quente e transporte de carga de qualquer natureza, estariam supostamente abaixo do preço de mercado, e que com isto a proposta seria inexecutável.

DO MÉRITO

A empresa Contrarrazoante participa do presente certame licitatório que tem por objeto de licitação a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA OBRA DE ASFALTO EM DIVERSAS RUAS DO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA/RJ, por meio da licitação na modalidade CONCORRÊNCIA, do tipo Menor Preço Global, a ser executado de acordo com a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, assim como as demais normas vigentes aplicáveis ao caso, para atender o objeto constante no Edital.

De acordo com o item **10.15** do Edital para determinar a inexecutabilidade da proposta de preços deve ser observada a fórmula prevista no **art. 48, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.666**, de 1993.

10.15. Em conformidade com o § 1º, art. 48, Lei Federal n.º 8.666/93, presumem-se inexecutáveis as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

- I – média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor estimado previsto na cláusula 2.3;*
- II – valor estimado previsto na cláusula 2.3;*

Preço mais baixo, abaixo do praticado no mercado, é o que pretende a licitação que busca a vantajosidade da proposta. Isto não tem nada a ver com inexecuibilidade da proposta.

Ademais o Edital em seu item 10.17, não permite a inabilitação por este motivo, pois o licitante tem a prerrogativa de provar a exequibilidade de sua proposta. Na esteira deste entendimento, o Tribunal de Contas da União orienta a Administração no sentido de oferecer oportunidade ao licitante de demonstrar a exequibilidade de sua proposta antes de considerá-la inexecuível e desclassificá-la.

*“... os critérios elencados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para definir a proposta inexecuível apenas conduzem a uma presunção relativa de inexecuibilidade de preços”... “de modo a comprovar a viabilidade dos valores de sua oferta, de modo que, ao não agir assim, a entidade contratou com preço mais elevado sem justificativa plausível para tanto” **Acórdão n.º 1857/2011, TC-009.006/2009-9, rel. Min.-Subst. André Luís de Carvalho, 13.07.2011.***

Mais recentemente, no Informativo do TCU, foi divulgado que:

“a desclassificação de proposta por inexecuibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, e deve ser franqueada oportunidade de o licitante defender sua proposta e demonstrar sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório, antes de ter sua proposta desclassificada”.

Em mais um caso emblemático, o TCU se posiciona, pacificando este entendimento:

A representação de empresa participante de pregão eletrônico conduzido pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), destinado à contratação de serviços terceirizados e continuados de limpeza, asseio e conservação, apontara a desclassificação indevida da proposta da representante, sob a alegação de inexecuibilidade de preços, fundamentada “apenas na informação de que a sua margem de lucro seria de 0,1%”. Realizadas as oitivas regimentais após a suspensão cautelar do certame, o relator, alinhado à unidade técnica, rejeitou as justificativas apresentadas, destacando a **Súmula-TCU 262** segundo a qual “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 inexecuibilidade de preços, devendo a Administração dar a licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta". Mencionou ainda outras deliberações do Tribunal no sentido de que "a desclassificação de proposta por inexecuibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados".

*"Quando se trata do limite mínimo, ou seja, da aferição da exequibilidade das propostas, não há motivos para se afastar da jurisprudência desta Corte (v.g. **Acórdão 1426/2010-Plenário**) no sentido de que sempre deve ser propiciada ao licitante a possibilidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta. Ou seja, os limites objetivos de exequibilidade fixados em norma e/ou adotados no edital possuem, em regra, apenas presunção relativa, podendo ela ser afastada de acordo com o caso concreto" **Ministro Benjamin Zymler no voto que embasara o Acórdão 571/2013 Plenário.***

Sobre a questão da margem de lucro, o relator lembrou o **Acórdão 325/2007-Plenário** que, no seu entendimento, poderia ser aplicado para a contratação de serviços continuados:

"Dependendo da escolha da estratégia comercial, a empresa pode ser bem agressiva na proposta de preços, relegando a segundo plano o retorno do investimento considerado para o contrato... As motivações para perseguir o sucesso em uma licitação em detrimento da remuneração possível pela execução da obra variam: a empresa pode estar interessada na obra específica por sinergia com suas atuais atividades; pode haver interesse em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado ...; pode haver interesse em incrementar o portfolio de execução de obras da empresa; pode haver interesse na formação de um novo fluxo de caixa advindo do contrato ... 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 ..., desde que bem estimados os custos diretos e indiretos."

Por fim, destacou o relator,

"não há norma que fixe ou limite o percentual de lucro das empresas", 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". O Tribunal,

seguindo o voto da relatoria, considerou procedente a Representação e fixou prazo para a anulação do ato de desclassificação da proposta da representante.

*“Os precedentes jurisprudenciais mencionados pela Secex/PE revelam que não cabe ao pregoeiro ou à comissão de licitação declarar subjetivamente a inexecutabilidade da proposta de licitante, mas facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a executabilidade das suas propostas. Daí a Súmula-TCU 262, a qual estipula que ‘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 inexecutabilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a executabilidade da sua proposta’. Na mesma linha, outras deliberações desta Corte indicam que ‘a desclassificação de proposta por inexecutabilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados’. Nessa conformidade, a unidade técnica indicou o **Acórdão 2528/2012**, reforçado pelo recente **1092/2013**, ambos do Plenário”.*

*“pairando dúvidas sobre a executabilidade dos preços oferecidos no certame, a comissão de licitação deveria ter chamado a Representante empresa 01 e a empresa 03 (Representante no TC 018.932/2016-9), ainda na fase de julgamento de propostas, para que demonstrassem a viabilidade dos valores ofertados, em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas (**Acórdãos n. 2528/2012-Relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 571/2013 - Relator Ministro Benjamin Zymler, 1092/2013 - Relator Ministro Raimundo Carreiro e 3092/2014-Relator Ministro Bruno Dantas, todos dos Plenários, dentre outros**) e o enunciado 262 da súmula de jurisprudência do TCU, a seguir transcrito: ‘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 inexecutabilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a executabilidade da sua proposta’. Acrescentou o relator, ainda, que “a análise das nove propostas obtidas na Concorrência 002/2015 leva à conclusão de que não se tratava sequer de presunção relativa de inexecutabilidade de preços, tendo em vista que o valor médio obtido foi de R\$ 1.728.683,85 e o limite legal para inexecutabilidade (art. 48, inciso II, § 1º, alíneas a e b, da Lei nº 8.666/93) seria 70% desse valor médio, ou seja, R\$ 1.210.078,70, quantia essa inferior ao preço das duas propostas desclassificadas (a oferta da empresa 3 foi de R\$ 1.368.667,85 e a empresa 1 apresentou proposta de R\$ 1.454.630,02)”, para concluir que “resta comprovado que as duas empresas*

*supramencionadas foram inabilitadas indevidamente por inexecuibilidade de preços". Anuindo à proposta do relator, o Plenário do Tribunal considerou a representação procedente, assinou prazo para a anulação do certame e do contrato dele decorrente, determinou as audiências dos gestores responsáveis, entre outras providências. **Acórdão 1079/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer.***

Desse modo, mais uma vez a Corte de Contas ressalta que a desclassificação da proposta de um licitante, em um pregão, por ter sido considerado "muito abaixo do limite do valor estimado", afronta o entendimento do Tribunal de Contas da União, previsto e seus acórdãos e na Súmula 262.

Além do que, já está pacificado pelo TCU que mesmo que alguns itens estivessem abaixo do parâmetro de exequibilidade (o que não é o caso da proposta da recorrida), ainda assim, não seria motivo de inabilitação.

Acórdão 637/2017-Plenário

Data da sessão: 05/04/2017

Relator: AROLDO CEDRAZ

Área: Licitação

Tema: Proposta

Subtema: Preço

Outros indexadores: Inexecuibilidade

Enunciado: A inexecuibilidade de itens isolados da planilha de custos não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta (art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1993), pois o juízo sobre a inexecuibilidade, em regra, tem como parâmetro o valor global da proposta.

Voto:

(...)

17. Ainda que entendesse inexecuíveis as propostas, a Comissão Permanente de Licitação - CPL deveria ter oportunizado às empresas a demonstração da exequibilidade, nos termos das Súmula TCU 262.

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 a licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Acórdão:

9.5.2. A inexecuibilidade de valores referentes a itens isolados da planilha de custos não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação de proposta com fundamento no §3º c/c inciso II, art. 48 da Lei 8.666/1993, pois o juízo sobre a inexecuibilidade, em regra, tem como parâmetro o valor global da proposta;

Acórdão 3092/2014-Plenário

Data da sessão: 12/11/2014

Relator: BRUNO DANTAS

Área: Licitação

Tema: Proposta

Subtema: Preço

Outros indexadores: Lucro, Inexequibilidade, Desclassificação, Comprovação.

Enunciado: 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.

Acórdão:

9.1. Conhecer do presente processo como representação, [...], para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. [...] adote as providências necessárias no sentido de anular o ato que desclassificou a proposta da empresa [...]:

9.2.1. Desclassificação de proposta por inexequibilidade a partir de critério subjetivo não publicado no edital e sem demonstração objetiva da razão pela qual a proposta seria inexequível a ponto de autorizar sua desclassificação, em afronta ao art. 29-A da IN-SLTI/MPOG 2/2008 e à jurisprudência do TCU (Súmula 262 e Acórdãos 1.092/2013, 2.528/2012, 1.100/2008 e 325/2007, todos do Plenário);

Mesmo não sendo este o caso da RECORRIDA, vale lembrar que o TCU assentou o entendimento acerca da legalidade da apresentação de proposta com lucro zero (**Acórdão nº 839/2020 – Primeira Câmara**).

Nos termos da recente decisão, a margem de lucro mínima ou ausência dela não caracteriza a inexequibilidade da proposta, já que isso depende da estratégia comercial de cada empresa, devendo a Administração diligenciar junto à licitante, para a comprovação da exequibilidade da proposta.

Neste contexto, cabe lembrar que o item “lucro” que compõe a proposta comercial insere-se na margem de discricionariedade dos licitantes. Nem poderia ser diferente, uma vez que a liberdade na apresentação das propostas constitui característica essencial do exercício da livre iniciativa, consagrado no art. 170 da Constituição Federal.

Como o lucro deve ser definido pelo licitante, em consonância com a sua realidade, não há determinação normativa que indique qual deve ser a forma de composição do percentual relativo a esse item. No caso analisado pelo TCU, a empresa licitante apresentou um saldo final descoberto, isto é, com lucro negativo. A partir dessa alegação, o pregoeiro entendeu pela inexecuibilidade da proposta.

No entanto, conforme decidiu o TCU, não basta essa simples análise para constatação de inexecuibilidade. Conforme aduziu o voto do Ministro-Substituto Weder de Oliveira, a aferição da inexecuibilidade não deve se pautar exclusivamente pela diferença entre o preço ofertado e custos estimados, tomando por parâmetro decisório a existência de lucro zero ou prejuízos. Tanto é assim que esse critério sequer consta do inciso II do artigo 48 da Lei 8.666/1993.

Por fim, conclui-se que não há impedimento legal para que as empresas contratadas pela Administração Pública atuem sem margem de lucro ou com margem de lucro mínima, pois tal fato depende de estratégia empresarial/comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecuibilidade da proposta.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é imperioso observar que à luz dos princípios basilares da licitação pública, seja NEGADO PROVIMENTO ao Recurso interposto, devido à inexistência dos pressupostos objetivos, mantendo-se a decisão da Comissão Permanente de Licitação que classificou como vencedora do certame a empresa RECORRIDA.

Termos em que,
Pede e espera deferimento.

Parauapebas - PA, 18 de junho de 2021.

HB20 CONSTRUÇÕES EIRELI

Representante Legal