

RECURSO ADMINISTRATIVO

Processo: Pregão Eletrônico SRP N° 024/2023

Recorrente: **OMEGA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA**, situada na Rua Porto, 1217, Bairro Pio XII, CEP: 64019-814, Teresina - PI, inscrito no CNPJ n° **35.369.804/0001-47** vem, mui respeitosamente perante Vossa Senhoria, através de seu representante legal, em prazo hábil, conforme art. 4º, inciso XVIII, da Lei n° 10.520/2002, expor as suas razões de

EMENTA: RECURSO ADMINISTRATIVO IMPUGNANDO A DECISÃO QUE DECLAROU INEXEQUIVEL A PROPOSTA APRESENTADA PELO LICITANTE.

DA TEMPESTIVIDADE.

A empresa apresentou em sessão intenção de recurso, em tempo hábil e de acordo com legislação que regi esse processo.

DOS FATOS.

Trata-se de um procedimento administrativo licitatório, na modalidade PREGÃO, na forma ELETRÔNICA, com critério de julgamento menor preço por lote, visando a aquisição e fornecimento parcelado de Medicamentos, materiais médico-hospitalares, odontológicos e Dietas enterais para a Secretaria Municipal de Paço do Lumiar - MA, conforme especificações e quantitativos constantes no Termo de Referência, Anexo I do Edital.

Na data do dia 20/07/2023 as 09:00h a empresa recorrente apresentou seus lances para sua proposta.

Na data do dia 20/07/2023 as 18:24h a Sra. pregoeira no uso de suas atribuições, solicitou que a empresa, detentora do MELHOR lance, no prazo de 02(duas) horas, apresentasse todas as comprovações sobre exequibilidade dos preços ora ofertados.

Posteriormente, segundo a Pregoeira, no uso de suas atribuições e após análise dos documentos enviados, informou que a empresa NÃO comprovou de forma satisfatória a sua exequibilidade. DESCLASSIFICANDO as propostas dos lotes vencidos.

DOS FUNDAMENTOS

Torna-se indiscutível que em todo e qualquer certame licitatório busca-se instalar efetiva e real competição entre aqueles que por ele se interessam. Aliás, constitui finalidade precípua da licitação a busca da proposta que se apresente mais vantajosa, observados e respeitados, para esse efeito, os critérios fixados no edital respectivo. Pretende-se, pois, em cada procedimento instaurado perseguir e alcançar a condição mais econômica para o contrato de interesse da Administração.

A Lei 8.666/93 - Lei de Licitações e Contratos Administrativos - firma clara e inequívoca orientação nesse sentido ao asseverar, em seu art. 3º, que a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração

Os atos administrativos devem ser fundamentados e justificados, inclusive, para fins de controle. Dessa forma, a Administração deve analisar a pertinência e a viabilidade prática dos procedimentos a serem adotados, oportunizando a contratação mais vantajosa sobre todos os aspectos (econômico, operacional, finalístico etc.).

Não há previsão legal e tampouco regra objetiva no edital que indique o momento exato para a análise de exequibilidade na modalidade pregão. Sendo assim, o exame do preço será feito de forma a confrontar o valor final do lance com aquele praticado no mercado. Não há como distanciar-se de um provável julgamento subjetivo, aliás, rechaçado pelo artigo 44 da Lei 8.666/93: “No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital”.

Portanto, diante do fato concreto, a alegação de inexequibilidade (do Pregoeiro, Comissão de Licitação ou do concorrente) deverá ser fundamentada, a demonstrar quais os elementos que tornam a proposta, inexequível. Em face do contraditório, a empresa atacada poderá defender-se, apresentando documentação que demonstre a viabilidade econômica de sua proposta.

A própria pregoeira, ao solicitar a comprovação dos documentos, evocou os princípios do Formalismo moderado e da Supremacia do interesse público. Mas o que vemos em questão não foi a prática deles, vejamos:

o formalismo moderado busca assegurar um equilíbrio entre a legalidade e a efetividade no processo licitatório, garantindo que a contratação seja feita de forma justa, transparente, eficiente e em conformidade com os princípios constitucionais da Administração Pública. A observância desse princípio pode contribuir para evitar a burocratização excessiva do processo licitatório e garantir a efetivação do interesse público.

Fixar um prazo de 02(duas) horas para a apresentação de todos esses custos não parece ser razoável, até mesmo porque os preços de medicamentos e materiais médico-hospitalares sofrem constantes oscilações de mercado. E em respeito ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório, a empresa é ciente de todas as punições/sanções que cabíveis à não execução do contrato.

Com esse pensamento, já vemos mais um conflito a outro princípio evocado pelo pregoeiro, a supremacia do interesse público. Pois com um prazo tão curto, seria impossível demonstrar de forma precisa a composição desses custos. Motivo pela qual muitas indústrias pedem prazos para os fornecimentos de orçamentos atualizados.

Vale ressaltar, que os orçamentos fornecidos pelas indústrias farmacêuticas servem de subsídio oficial para demonstrar esses custos. Até mesmo porque o próprio edital fala em documentos oficiais e não especificamente em notas fiscais.

Senão vejamos alguns entendimentos:

“A desclassificação por inexequibilidade não se dará de forma sumária, em todos os casos será oportunizado ao licitante à comprovação da exequibilidade do preço ofertado, considerando aquele praticado no mercado”. (TCU – Plenário – Acórdão 1695/2019).

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a interpretação do dispositivo não seja rígida, literal e absoluta. A presunção de inexequibilidade, também para a jurisprudência, deve ser relativa, oportunizando ao licitante à demonstração de exequibilidade da proposta:

(...)

No mesmo sentido vem a pacificada posição do Tribunal de Contas da União, como se verifica, por exemplo:

‘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. (Acórdão 587/2012 - Plenário, Rel. Min. Ana Arraes)’

No entendimento do Tribunal de Contas da União, a exclusão do certame de proposta passível de demonstração de exequibilidade constitui falta grave, visto que os fatores externos que oneram a produção incidem de maneira diferente sobre cada empresa, a depender da situação empresarial, facilidades ou dificuldades que permeiam nas negociações.

(...)

Portanto, a legislação estabelece parâmetros de inexequibilidade dos preços, devendo ser oportunizado ao licitante a oportunidade de comprovação da exequibilidade da proposta.

Trata-se, ainda, de assegurar o cumprimento do interesse público com economia de recursos. Uma vez que o equívoco pode não ser na proposta baixa do licitante, mas, sim, na estimativa elaborada pela Administração.

Juridicamente, caso a consulente consiga 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, 14º 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)

“3. A propósito do procedimento, ora anunciado, parece-me imperioso frisar, de início, que, nos termos legalmente estabelecidos, é prevista a desclassificação de proposta na licitação que tenham valor global superior ao limite estabelecido ou que apresentem preços manifestamente inexequíveis, significando dizer que, uma vez submetidos ao critério estabelecido no § 1º anteriormente transcrito, os preços que se situem em inexequíveis, deverão, necessariamente, ser objeto de demonstração de viabilidade pela empresa que os ofertou, sob pena de, não logrando êxito nessa comprovação, ter desclassificada sua proposta.” (Acórdão nº 1.470/2005, Plenário, rel Min. Ubiratan Aguiar)

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

Como disciplina Marçal Justen Filho “a desclassificação por inexequibilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipóteses muito restritas. O núcleo da concepção

ora adotada reside na impossibilidade de o Estado transformar-se em fiscal da lucratividade privada e na plena admissibilidade de propostas deficitárias... A questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais ínfimo que o seja o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª ed. São Paulo: Dialéca, 2010, p. 653).

Além disso, nos termos do entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, o art. 48 da Lei 8.666/93 não pode ser interpretado de maneira rígida: 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 controversa 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 relava 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 relava, 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/SP, rel. Min. DENISE ARRUDA, Primeira Turma, j. em 15/12/2009). Assim, é certo que o simples fato de o valor apresentado pela recorrida ter sido inferior ao apresentado pela apelante não significa que a proposta é inexequível

Tendo a recorrida demonstrado a exequibilidade de sua proposta, não parece razoável desacreditar suas conclusões, especialmente porque se comprometeu, documentalmente, antes da formação do contrato administrativo, a cumpri-la rigorosamente, vinculando-se ao instrumento convocatório. Afora, é preciso registrar que a Comissão de Licitação cuidou de analisar, estudar e conhecer a idoneidade da recorrida, inclusive sua saúde financeira para fazer frente aos custos relativos à execução dos serviços. As alegações de inexequibilidade da proposta, bem como o descumprimento das cláusulas editalícias, portanto, não tem lastro probatório suficiente nos autos e, de rigor, o afastamento de ambas.

NÚMERO DO ACÓRDÃO
ACÓRDÃO 3092/2014 - PLENÁRIO

SUMÁRIO

REPRESENTAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA POR CRITÉRIO NÃO PREVISTO NO EDITAL. PROCEDÊNCIA. ASSINATURA DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO ATO. POSSIBILIDADE DE RETOMADA DO CERTAME. CIÊNCIA DE OUTRAS IMPROPRIEDADES. ARQUIVAMENTO.

1. Não há vedação legal à atuação, por parte de empresas contratadas pela Administração Pública Federal, sem margem de lucro ou com margem de lucro mínima, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecução da proposta (Acórdão 325/2007-TCU-Plenário). 2. A desclassificação de proposta por inexecução deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados (Acórdãos 2.528/2012 e 1.092/2013, ambos do Plenário).

Eu não acho possível estipular valores mínimos para compra, por conta da vedação legal expressa na Lei 8.666/1993:

Art. 40. O edital... indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

Note que o critério objetivo de presunção de inexecução do Art. 48, §1º só se aplica a obras, e mesmo assim não autoriza a desclassificação automática. É necessário sempre fazer diligência.

III – DOS PEDIDOS

Diante dos fatos expostos, a empresa **OMEGA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA** solicita que seja revisto a decisão do pregoeiro que desclassificou a proposta em questão. Com eminência risco de ferir os princípios constitucionais.

Análise nossa composição de custos juntamente com as notas e orçamentos com mais cautela, pois a mesma está composta com todos os impostos que incorrem sobre os preços de compra por parte da nossa distribuidora.

Fixe-se um prazo de 08(oito) dias uteis para a coleta de todas as informações necessárias para a devida comprovação de custos.

Caso essa Comissão mantenha a decisão inicial, submeter-se-á esta Edilidade aos órgãos de controle direto da Administração Pública, e, se for caso aos Ilustres Ministério Público e Tribunal de Contas para apreciação e decisão.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Teresina-PI, 05 de setembro de 2023.

OMEGA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA

CNPJ: 35.369.804/000147