DECISÃO EM RECURSO ADMINISTRATIVO

Referência: Pregão Eletrônico nº 019/2014
Objeto: Prestação de serviço de preparo, fornecimento e distribuição de refeições: almoço e jantar (com bebidas e sobremesa) para atender as necessidades do restaurante universitário da UENF, conforme Edital e anexos.
Processo: E-26/009/983//2014

Aos 23 (quatro) dias do mês de Outubro de 2014, reuniram-se o Pregoeiro e Equipe de Apoio, para apreciação das razões de recurso apresentadas pela Licitante **HORTO CENTRAL MARATAÍZES LTDA,** doravante denominada **RECORRENTE**, **em face da decisão de habilitação** da empresa **MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA.**, doravante denominada **RECORRIDA,** proferida na Sessão Pública do **Pregão Eletrônico nº 019/2014** realizado pelo Sistema Integrado de Gestão de Aquisições – SIGA do Estado do Rio de Janeiro.

I. DO HISTÓRICO

Por intermédio da Diretoria Geral de Administração, foi autorizada a realização de procedimento licitatório, sob regime de menor preço (global por lote), para **Prestação de serviço de preparo, fornecimento e distribuição de refeições: almoço e jantar (com bebidas e sobremesa) para atender as necessidades do restaurante universitário da UENF,** no valor estimado total de contratação **R$ 7.932.300,00 (Sete milhões, novecentos e trinta e dois mil e trezentos reais),** conforme disposto no Edital e Anexos

Após a definição da modalidade Pregão, em sua forma Eletrônica, o respectivo Edital foi aprovado e o certame foi divulgado, conforme legislação vigente, no sistema Integrado de Gestão de Aquisições do Estado do Rio de Janeiro (portal SIGA), sítio da UENF (www.uenf.br), Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro e Jornal de grande circulação nacional (Jornal O Fluminense), ambos de 22/09/2014, tendo sido agendada a Sessão Pública de Lances para o dia 03/10/2014, às 11 horas, no portal SIGA - Sistema Integrado de Gestão de Aquisições do Estado do Rio de Janeiro.

Na data designada, compareceram ao certame, com registro de propostas, 15 (quinze)

empresas licitantes, tendo sido todas classificadas no exame de conformidade, para a fase de disputa de lances.

Ao término da fase de lances, todas as empresas participantes restaram classificadas na ordem de classificação, conforme atas e anexos do sistema, disponível no processo.

Em 17/10/2014, ultrapassada a fase de recebimento de documentação e análise de habilitação, retomada a sessão para resultado de habilitação e prosseguimento das demais fases, o Pregoeiro, juntamente com sua equipe de Apoio, julgou e decidiu pela **habilitação** da empresa **MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA.,** sendo declarada vencedora e aberto o prazo recursal, pelo sistema SIGA.

A empresa **HORTO CENTRAL MARATAÍZES LTDA**, inconformada com a habilitação da empresa **MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA.,** manifestou intenção de interpor recurso, com as seguintes razões:

> "A Horto Central Marataízes registra imediatamente sua intenção de recurso a fim de comprovar que o valor de R$ 5,96, ofertado pela proponente habilitada é insuficiente para a realização contratual. Com a disposição de todos os funcionários solicitados no instrumento convocatório somados a uma alimentação de qualidade para os alunos da Universidade licitante resta claro e passível de comprovação que o valor registrado não é suficiente para a regular execução contratual."

Ato contínuo, tendo em vista o atendimento doss requisitos de admissibilidade, o recurso foi acatado pelo Pregoeiro no sistema, com processamento na forma do item 13 do Edital, abrindo-se o prazo de 03 (três) dias úteis para apresentação das razões de recurso pela empresa **HORTO CENTRAL MARATAÍZES LTDA**, ficando os demais licitantes desde logo intimados para, querendo, apresentarem contrarrazões em igual período, que começará a contar do término do prazo da recorrente.

Em 21/10/2014, a empresa **HORTO CENTRAL MARATAÍZES LTDA** registrou mensagem no sistema, informando que: "Estamos declinando do recurso".

Desta forma, tendo declinado expressamente ao prosseguimento do recurso, não houve apresentação de razões e contrarrazões.

II. DA ANÁLISE DAS MANIFESTAÇÕES RECURSAIS

Em estrita conformidade com a legislação aplicável e os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais correlatos, exponho abaixo as considerações que fundamentaram a decisão inequívoca de habilitação da empresa **MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA.**.

É imperioso destacar que a conduta da Administração Pública em habilitar a empresa **MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA.** não violou qualquer preceito legal ou editalício, e que, ainda, durante o julgamento da licitação todos os procedimentos utilizados foram pautados na observância dos princípios da Administração Pública na busca da proposta mais vantajosa, e não se pode olvidar, e cabe ressaltar, que o processamento desta licitação foi conduzido com a máxima observância dos preceitos legais, da doutrina, da jurisprudência e principalmente dos princípios gerais que norteiam sua atuação.

Assim que, não obstante ao descaimento do recurso por parte da empresa RECORRENTE, o que por si, já ensejaria a adjudicação do certame à empresa RECORRIDA, em homenagem ao princípio da autotutela administrativa, foi procedido novo exame de conformidade da proposta vencedora frente ao objeto da licitação, não sendo constatado nenhum ponto da proposta que desatendesse ao ato convocatório, em especial, na equivocada argüição de suposta inexequilidade da proposta da RECORRIDA.

Entretanto, entendo que, ainda que tenha havido desistência do recurso pela RECORRENTE, em homenagem aos princípios do interesse e moralidade pública, motivação, legalidade e isonomia, e ainda, aos princípios do contraditório e ampla defesa, convêm prosseguir à análise, tão somente, dos argumentos expendidos nas manifestações recursais da empresa RECORRENTE, para que não restem dúvidas quanto à lisura e legalidade da decisão de habilitação da empresa RECORRIDA.

Inicialmente, antes de adentrar na essência da análise, convém ressaltar que a RECORRENTE não foi a que ofertou a proposta mais vantajosa para a Administração, logrando tão somente a 10ª posição na ordem de classificação final, com lance no valor de R$ 7.209.999,00, superior em R$ 2.310.879,00 (Dois milhões, trezentos e dez mil e oitocentos e setenta e nove reais) ao valor da RECORRIDA, com lance de R$ 4.899.120,00 (Quatro milhões e oitocentos e noventa e nove mil e cento e vinte reais), e nesse prisma, o recurso em tese, em nada lhe aproveitaria, pois,

com efeito, em tese apenas o segundo colocado teria proveito com a eventual decisão de desclassificação do primeiro colocado.

Neste sentido, leciona o iminente Dr. Marcelo Palavéri, que:

> "...na prova de que a decisão da qual se recorre é **lesiva ao seu interesse**, pois lhe fere direitos, ou prejudica sua posição perante o certame. Nesse sentido, admite-se o recurso daquele contra quem tiver sido proferido determinado ato, como, por exemplo, de inabilitação, **havendo interesse processual** em discutir a matéria por pretender se ver habilitado para que possa prosseguir na disputa. (Palavéri, Marcelo. Municípios e Licitações Públicas. Ed. Juarez de Oliveira. Ed. 2003. Pg.296)"

Cabe ressaltar também, que na disputa, restou verificado que a empresa RECORRENTE tendo apresentado proposta inicial de R$ 7.932.300,00, foi reduzindo o valor, disputando com outros licitantes, após inúmeras rodadas de lance, para o valor final de R$ **R$ 4.900,00 (Quatro milhões e novecentos mil reais),** e em negociação posterior, acabou por reduzir ainda mais, para o valor final de **R$ 4.899.120,00 (Quatro milhões e oitocentos e noventa e nove mil e cento e vinte reais)**, valor este abaixo do estimado pela Administração, consagrando, desta forma, os princípios que norteiam a modalidade Pregão, principalmente o princípio da economicidade, tendo em vista a apresentação de preços e condições vantajosas à Administração.

Assim que, em breve análise da manifestação recursal, verifica-se que, promover a inabilitação da licitante vencedora, pela tênue alegação de inexequibilidade, como expôs a RECORRENTE em suas manifestações, desclassificando a proposta mais vantajosa, ofenderia os princípios da legalidade, razoabilidade e da economicidade, pois a RECORRIDA comprovou em tempo hábil e editalício, a sua habilitação, sem ressalvas, se tornando apta à adjudicação.

Neste sentido e consubstanciando a decisão do Pregoeiro, está o entendimento do renomado autor Jessé Torres Pereira Júnior (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, Ed. Renovar, 4ª ed., pg. 34):

> "Selecionar a proposta mais vantajosa é, a um só tempo, o fim de interesse público que se que alcançar em toda licitação (sentido amplo) e o resultado que se busca em cada licitação (sentido estrito). **Licitação que não instigue a**

> **competição, para dela surtir a proposta mais vantajosa, descumpre sua finalidade legal e institucional impondo-se à autoridade competente invalidá-la por vício de ilegalidade.**..” (**Grifo Nosso)**

Do mesmo entendimento, Marçal Justen Filho leciona que:

> "Não se afigura defensável, porém, transformar em absoluta a presunção do § 1º. Se o particular puder comprovar que sua proposta é exeqüível, 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 exeqüibilidade ao particular. Essa comprovação poderá fazer em face da própria Administração, pleiteando-se a realização de diligência para tanto" (cf. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., ver. e amp., Dialética, 1998, p. 439).” **(Grifo Nosso)**

No que tange à análise de inexequibilidade da proposta especificamente no pregão, assim se expressa o mesmo autor:

> “A licitação destina-se – especialmente no caso do pregão – a **selecionar a proposta que acarrete o menor desembolso possível** para os cofres públicos. Logo, **não há sentido em desclassificar proposta sob fundamento de ser muito reduzida.** Ao ver do autor, a inexequibilidade deve ser arcada pelo licitante, que deverá executar a prestação nos exatos termos de sua oferta. A ausência de adimplemento à prestação conduzirá à resolução do contrato, com o sancionamento adequado. (JUSTEN FILHO, 2009, p.182)” (**Grifo Nosso)**

Assim, sabe-se ainda que a alegação de preço inexequível por parte de um dos licitantes com relação à proposta de preços de outro licitante deverá ser devidamente comprovada, o que foi afastado no caso em comento, posto a desistência em prosseguimento do recurso.

Nesse sentido, o ilustre professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, na sua obra Vade-mécum de licitações e contratos, citando acórdão, diz que:

> “Preço inexeqüível – não pode ser presumido. A eventual **inexequibilidade** da proposta vencedora do procedimento licitatório **não pode ser presumida**. É

necessário que a **interessada demonstre cabalmente que o preço cotado não corresponde à realidade dos custos.** TRF 1ª região. 6ª Turma AMS 2001.34.00.018039-0/DF.DJ 22 de setembro 2003" **(grifo nosso).**

E ainda este é o entendimento dos Tribunais:

"Destaco que o entendimento acima coaduna-se com a jurisprudência consolidada desta 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 Acórdãos nº 2.093/2009- 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). **(grifo nosso)**

Não obstante, compete ainda ressaltar, que o preâmbulo e o item 5 do Edital indicam o tipo desta licitação, qual seja MENOR PREÇO (GLOBAL POR LOTE), e conforme termos do inciso X do art. 4º da Lei nº 10.520/02 e art.45 § 1º, I da lei 8.666/93, ou seja, se a empresa atendeu o requisito de menor preço global, as exigências do edital, bem como os documentos de habilitação, não há motivo para desclassificar a proposta por inexequibilidade, ainda mais, porque não há no Edital, qualquer previsão expressa neste sentido.

Ao consultar as Deliberações do Tribunal de Contas da União acerca da temática, encontramos:

"(...) 9.3.3 **estabeleça, nos instrumentos convocatórios de licitações, critérios objetivos para a desclassificação de licitantes em razão** de preços excessivos ou **manifestamente inexeqüíveis,** atendendo ao princípio do **j**ulgamento objetivo, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93, sem prejuízo de que, antes de qualquer providência para desclassificação por inexequibilidade, seja esclarecido junto ao licitante acerca de sua capacidade de cumprimento do objeto no preço ofertado; (Acórdão TCU nº 1.159/2007 – 2ª. Câmara). **(Grifo Nosso)**

Neste posicionamento, não é demais ressaltar que a inexequibilidade, principalmente na modalidade de pregão, trata-se de presunção relativa, e que assim, dependeria de dilação probatória e está sujeita ao contraditório, senão vejamos:

> "...**o juízo de inexeqüibilidade 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 exeqüibilidade estimado pelo contratante.** Por exemplo, e perfeitamente possível que uma empresa, em especial de maior porte, partilhe custos - como infra-estrutura, pessoal etc., entre os diversos clientes, resultando em redução nos preços de seus serviços. Também não se pode descartar que, muitas vezes, a estimação da exequibilidade pelo contratante possa apresentar deficiências, visto que sua visão de mercado não tem abrangência e precisão comparáveis as da empresa que atua no ramo. Em vista dessas ocorrências, restou prejudicado o contratante que poderia ter obtido melhor preço e, conseqüentemente, uma proposta mais vantajosa." Acórdão 1248/2009 Plenário (Proposta de Deliberação do Ministro Relator). **(grifo nosso)**

E ainda, em outro acórdão:

> "...o Tribunal identificou possíveis irregularidades, dentre elas, a desclassificação sumária de empresa privada em processo licitatório no qual apresentara preço inferior em cerca de 25% da empresa que fora contratada. Para o relator, o Ifam agira de modo indevido ao **desclassificar a empresa que apresentara o menor preço sem lhe conferir oportunidade de comprovar a viabilidade de sua proposta**, isso porque "os critérios elencados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para definir a proposta inexequível apenas conduzem a uma **presunção relativa de inexequibilidade de preços**". Nesse cenário, para o relator, considerando que a empresa desclassificada houvera apresentado a melhor proposta, caberia ao Ifam diligenciar junto a tal pessoa jurídica, "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. (Acordão nº 1.857/2011 - TCU)". (**Grifo Nosso**)

No mesmo diapasão da decisão do TCU é o entendimento defendido por Marçal Justem Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª edição, Editora Dialética, páginas 431/432, in verbis:

> "Discorda-se do entendimento de que todas as hipóteses de inexeqüibilidade comportam tratamento jurídico idêntico. Ao contrário, deve impor-se uma diferenciação fundamental, destinada a averiguar se a proposta pode ou não ser executada pelo licitante, ainda que seu valor seja deficitário. A questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais ínfimo que seja – o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou. A formulação desse juízo envolve uma avaliação da capacidade patrimonial do licitante. **Se ele dispuser de recursos suficientes e resolver incorrer em prejuízo, essa é uma decisão empresarial privada**. Sob esse ângulo, chega a ser paradoxal a recusa da Administração em receber proposta excessivamente vantajosa."

Para finalizar, o renomado autor, com muita maestria aduz:

> "O que **não permite à Administração é desclassificar proposta por mera suspeita de inexequibilidade** ou inviabilidade técnica, econômica ou jurídica, sem apontar motivos de eliminação do certame (in Licitação e Contrato Administrativo, Ed. Revista dos Tribunais, segunda edição, pág.140)" (**grifo nosso**).

À luz dessa breve compreensão, não obstante à desistência do prosseguimento do recurso, sem maiores delongas, percebe-se, de pronto, que a suposta inexequibilidade, o que comprovadamente não foi o caso, aduzida pela RECORRENTE não merece guarida.

V. CONCLUSÃO

O Pregoeiro, no procedimento licitatório contestado, primou pela busca da proposta mais vantajosa para a Administração pugnando em defesa do interesse público, legalidade e respeitou as formalidades de caráter essencial, porém sem submissão ao rigor formal exacerbado, e calcou-se no integral respeito da impessoalidade no tratamento dos licitantes.

Assim, pelo exame da Legislação pertinente, doutrina e jurisprudência apresentada nesta análise, em respeito aos princípios da legalidade e vinculação ao instrumento convocatório, compete realçar que a aplicação dos mesmos se dá em paralelo aos da razoabilidade, da proporcionalidade e da ampla competitividade e que, ademais, todo ato administrativo, especialmente no que tange aos procedimentos licitatórios, deve ter por finalidade precípua a satisfação dos princípios do interesse público, economicidade e proposta mais vantajosa.

Ex positis, este Pregoeiro opina à Autoridade Competente a seguinte decisão: Pelo **CONHECIMENTO** das manifestações recursais, tendo em vista o declínio do Recurso, para no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO EM SUA TOTALIDADE**, mantendo-se a decisão de **HABILITAÇÃO** da empresa **MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA**, uma vez que os argumentos trazidos nas manifestações recursais, pela RECORRENTE, não demonstraram fatos capazes de demover este Pregoeiro da referida decisão.

Importante ainda destacar, que a presente análise não vincula a decisão superior acerca da adjudicação e homologação do certame, pois apenas traz uma contextualização fática e documental com base naquilo que foi carreado a este processo, fornecendo subsídios à Autoridade Administrativa Superior, a quem cabe a análise desta e a decisão.

Desta forma, nada mais havendo a relatar, submeto à Autoridade Administrativa Superior para apreciação e decisão, visando a adjudicação e homologação deste procedimento licitatório, salvo melhor juízo, em consonância com o consubstanciado no item 13.1 do Edital e na Legislação aplicável.

Lauro Pereira Martins
Selicont/CPPE/UENF
Matrícula nº. 10396-0
[original assinado]

Ante os fundamentos trazidos pelo Pregoeiro, acolho integralmente as conclusões expostas pelo Pregoeiro, como razões de decidir, **mantendo-se a decisão de HABILITAÇÃO da empresa MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA.**

Desta forma, **ADJUDICO E HOMOLOGO** a licitação, na modalidade **Pregão Eletrônico nº 019/2014**, à empresa **MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA** no valor total de **R$ 4.899.120,00 (Quatro milhões e oitocentos e noventa e nove mil e cento e vinte reais)**.

É como Decido.

PUBLIQUE-SE, DÊ-SE CIÊNCIA AOS INTERESSADOS E DIVULGUE-SE POR MEIO ELETRÔNICO.

Campos dos Goytacazes, 24 de Outubro de 2014.

SILVÉRIO DE PAIVA FREITAS
Reitor da UENF
[original assinado]