



MANIFESTAÇÃO EM SEDE DE RECURSO ADMINISTRATIVO

PROCESSO TC Nº: 0475/2024-3

PREGÃO ELETRÔNICO Nº: 90003/2024

OBJETO: Contratação de empresa de engenharia especializada na prestação de serviços contínuos de manutenção predial preventiva e corretiva de pronto atendimento, com cessão de mão de obra no regime de dedicação exclusiva, para o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Termo de Referência.

RECORRENTE: TREMONT CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA.

RECORRIDA: ILUMITERRA CONSTRUCOES E MONTAGENS LTDA.

Trata-se de recurso administrativo interposto pela empresa TREMONT CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA, com amparo no art. 165º, inciso I e §1º, da Lei nº 14.133/2021, em face da declaração do Pregoeiro desta Corte de Contas, que considerou a empresa ILUMITERRA CONSTRUCOES E MONTAGENS LTDA. vencedora do Pregão Eletrônico nº 90003/2024.

I - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Conforme previsto no instrumento convocatório do Pregão Eletrônico nº 90003/2024, a manifestação da intenção recursal foi apresentada em campo específico no sistema do Governo Federal, COMPRAS.GOV pela empresa TREMONT CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA, no prazo disponibilizado (Doc. 82 dos autos), com ulterior apresentação das razões de recurso em até 03 dias úteis (Doc. 83).





Consideramos que a empresa recorrente preencheu os pressupostos de sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse, motivação e regularidade formal em relação às razões recursais apresentadas.

Por sua vez, a empresa ILUMITERRA CONSTRUCOES E MONTAGENS LTDA. apresentou contrarrazões recursais, em campo específico no Sistema COMPRAS.GOV, conforme Doc. 84.

II - DAS RAZÕES DO RECURSO

Quanto ao mérito, as alegações formuladas pela RECORRENTE, em apertada síntese, são as seguintes:

1 – A proposta da empresa vencedora é inexecutável, considerando ultrapassar o desconto máximo de 25% (vinte e cinco por cento), definido no art. 59, §4º da Lei 14.133/2021.

III - DAS CONTRARRAZÕES

Em resumo, a empresa RECORRIDA informou que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União possui entendimento da presunção relativa de exequibilidade, e não absoluta, bem como requer a aplicação do princípio do formalismo moderado, tendo em vista que o valor que ultrapassa o limite representa R\$ 2.136,46 (dois mil e cento e trinta e seis reais e quarenta e seis centavos), num montante total de aproximadamente R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

IV - DA ANÁLISE DAS RAZÕES E CONTRARRAZÕES DE RECURSO

A presente manifestação recursal está atrelada à interpretação dada ao art. 59, §4º da Lei 14.133/2021, que assim dispõe:

Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritoso



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Comissão Permanente de Contratação

§ 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.

Consultando os dados do PREGÃO, verificamos que o valor orçado pela Administração foi de: R\$ 4.802.685,60 (quatro milhões, oitocentos e dois mil, seiscentos e oitenta e cinco reais e sessenta centavos), ao passo que a empresa vencedora ofertou proposta de R\$ 3.599.877,74 (três milhões, quinhentos e noventa e nove, oitocentos e setenta e sete reais e setenta e quatro centavos).

Dessa forma, fica calculado que a proposta vencedora representa aproximadamente 74,9555% do valor de referência, o que, em outras palavras, representa um desconto aproximado de 25,0005%.

A RECORRENTE afirma que a proposta vencedora deveria ser considerada inexequível, tendo em vista ter ultrapassado o limite legal em 0,0005%.

Primeiramente, vale informar que especificamente para o Pregão Eletrônico nº 90003/2024, considerando a complexidade da planilha de formação de preços, foi estabelecida uma etapa de análise da proposta pelo setor demandante, conforme o item 19 da Cláusula VII:

19 – O Agente da Contratação/Pregoeiro solicitará ao licitante mais bem classificado que, no prazo a ser informado, reelabore e apresente à Administração, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários; das composições unitárias de custos dos serviços; bem como com detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao valor final da proposta vencedora, na forma do §5º, art. 56, da Lei 14.133/2021.

19.1 – A proposta reelaborada será encaminhada ao Núcleo de Obras e Manutenção – NOM, para verificação da conformidade e viabilidade da proposta, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

19.2 – É facultado ao Agente da Contratação/Pregoeiro prorrogar o prazo estabelecido, a partir de solicitação fundamentada feita no chat pelo licitante, antes de findo o prazo.

A análise se encontra nos Documentos Eletrônicos n. 74 a 78 do Processo 0475/2024-3, sendo que foi aferida a conformidade e viabilidade da proposta.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



Um segundo ponto que merece atenção é que o Tribunal de Contas da União, tem demonstrado em jurisprudência recente que o art. 59, §4º não pode ser interpretado como inexecutabilidade absoluta. É o que se apresenta nos dois acórdãos colacionados abaixo.

ACÓRDÃO 1374/2024 – PLENÁRIO, de relatoria do Ministro Weder de Oliveira:

13. Com efeito, considero correta a interpretação da unidade técnica de que a regra de inexecutabilidade presente no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 não representa uma presunção absoluta, devendo ter sua interpretação compatibilizada com o disposto no inciso IV do caput e no § 2º do mesmo artigo, o qual prevê a possibilidade de realização de diligências para sanear dúvidas sobre eventual inexecutabilidade da proposta.

(...)

14. A unidade técnica elaborou quadro comparativo entre as redações da Lei 8.666/1993 (revogada) e da nova Lei 14.133/2021, demonstrando que ambas as leis trataram da executabilidade das propostas de forma estruturalmente semelhante. Ademais, a redação da Lei 8.666/1993 sobre os parâmetros de inexecutabilidade para obras públicas e serviços de engenharia era até mesmo mais incisiva, usando o termo 'manifestamente inexecutáveis'.

15. A interpretação da matéria pelo TCU, no âmbito da Lei 8.666/1993, sempre entendeu que se tratava de uma presunção relativa de inexecutabilidade, consoante a Súmula 262, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a executabilidade da sua proposta. Não vejo nenhum dispositivo adicional da Lei 14.133/2021 que enseje a modificação do entendimento consolidado pela referida súmula.

16. Embora eu reconheça o precedente de relatoria do Ministro Antonio Anastasia, no sentido de que 'não há que se cogitar da realização de diligências para aferir a inexecutabilidade, pois o lance abaixo daquele percentual de 75% já é identificado pela própria Lei como inexecutável, devendo a proposta ser desclassificada' (Acórdão 2198/2023-TCU-Plenário), a jurisprudência recente parece estar convergindo para a aplicação da Súmula 262 no âmbito da Lei 14.133/2021.'

13. Ademais, como destacado pelo Ministro Benjamin Zymler em seu voto, 'a jurisprudência recente parece estar convergindo para a aplicação da Súmula 262 no âmbito da Lei 14.133/2021', exemplifique-se com os recentes Acórdão 465/2024-TCU-Plenário, Relator: Ministro Augusto Sherman, e 2.088/2024 - TCU - Segunda Câmara. Relator: Ministro Augusto Nardes.

(....)

19. Em vista do exposto, está configurada a plausibilidade jurídica, tendo em vista que, ante a desclassificação das menores quatro propostas de preços apresentadas pelas licitantes, por inexecutabilidade, haja vista serem inferiores ao limite de valor de 75% do orçamento elaborado pela entidade, disposto no item 7.10.3 do edital e 8.1.1 do Termo de Referência, bem como no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021, sem que tenha promovido as





TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Comissão Permanente de Contratação

diligências previstas no art. 59, § 2º, do retro citado normativo, a empresa vencedora da licitação foi a que ofertou o menor lance possível (R\$ 5.930.280,00), dentro dos critérios fixados.

20. No caso concreto, a Administração não permitiu a outras licitantes a possibilidade de demonstrarem a exequibilidade, mesmo o percentual de desconto ofertado pela empresa classificada em primeiro lugar (R\$ 5.772.132,00), sendo bem próximo ao do valor estabelecido para inexecuibilidade, apenas 27% de desconto.

(...)

A Unidade de Auditoria Especializada em Contratações (AudContratações) constatou a existência de indício de irregularidades configurado pela desclassificação imediata das propostas apresentadas pelas licitantes, com valor inferior ao limite de 75% do orçamento elaborado pela administração, sem a promoção das diligências, previstas no art. 59, § 2º, da Lei 14.133/2021, em afronta à jurisprudência desta Corte de Contas[footnoteRef:5]. [5: Súmula TCU 262; Acórdão 465/2024-TCU-Plenário, de relatoria do ministro Augusto Sherman; 2088/2024-TCU- 2ª Câmara, de relatoria do ministro Augusto Nardes; 1244/2018-TCU- Plenário, de relatoria do ministro-substituto Marcos Bemquerer; 2528/2012-TCU-Plenário, de relatoria do ministro André Carvalho; 1079/2017-TCU-Plenário, de relatoria do ministro-substituto Marcos Bemquerer; e 1161/2014-TCU-Plenário, de relatoria do ministro José Jorge.]

ACÓRDÃO 803/2024 – PLENÁRIO, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

Por fim, vale mencionar que, recentemente, o Tribunal enfrentou o tema e seguiu a linha de entendimento anteriormente exposta, exarando as seguintes deliberações (grifos não originais):

Acórdão 465/2024-TCU-Plenário, relator Ministro Augusto Sherman:

9.3. dar ciência à Universidade Federal Rural de Pernambuco de que o critério definido no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 conduz a uma presunção relativa de inexecuibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta, nos termos do art. 59, § 2º, da mesma lei;

Acórdão 2088/2024-TCU-Segunda Câmara, relator Ministro Augusto Nardes:

9.3. determinar, nos termos do art. 45 da Lei 8.443/1992, ao Departamento de Polícia Federal - Superintendência Regional no Amazonas (SR/PF/AM) que, no prazo de 15 (quinze) dias, adote providências no sentido de retornar, na Concorrência 2/2023, à fase de análise de proposta de preços, tendo em vista que o critério estabelecido no art. 59, inciso III e § 4º, da Lei 14.133/2021 deve conduzir a uma presunção relativa de inexecuibilidade, devendo ser dada oportunidade aos licitantes de demonstrarem a exequibilidade de suas propostas, em atenção à Súmula TCU 262 e ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública;



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Comissão Permanente de Contratação

Considerando os argumentos apresentados acima e as recentes deliberações do Tribunal sobre o tema, não haveria ilegalidade no art. 28 da IN - Seges/MGI 2/2023, estando em conformidade com a Súmula - TCU 262 e com o objetivo da licitação de buscar a proposta mais vantajosa para a Administração.

(...)

12. Quanto à interpretação do disposto no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021, acolho integralmente o exame realizado pela unidade técnica, adotando-o como razões de decidir, sem prejuízo de apresentar algumas considerações adicionais.

13. Com efeito, considero correta a interpretação da unidade técnica de que a regra de inexecutabilidade presente no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 não representa uma presunção absoluta, devendo ter sua interpretação compatibilizada com o disposto no inciso IV do caput e no § 2º do mesmo artigo, o qual prevê a possibilidade de realização de diligências para sanear dúvidas sobre eventual inexecutabilidade da proposta. Para melhor compreensão do tema, reproduzo os dispositivos de interesse ao caso (grifos acrescidos):

(...)

14. A unidade técnica elaborou quadro comparativo entre as redações da Lei 8.666/1993 (revogada) e da nova Lei 14.133/2021, demonstrando que ambas as leis trataram da executabilidade das propostas de forma estruturalmente semelhante. Ademais, a redação da Lei 8.666/1993 sobre os parâmetros de executabilidade para obras públicas e serviços de engenharia era até mesmo mais incisiva, usando o termo "manifestamente inexecutáveis", in verbis:

(...).

15. A interpretação da matéria pelo TCU, no âmbito da Lei 8.666/1993, sempre entendeu que se tratava de uma presunção relativa de executabilidade, consoante a Súmula 262, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a executabilidade da sua proposta. Não vejo nenhum dispositivo adicional da Lei 14.133/2021 que enseje a modificação do entendimento consolidado pela referida súmula.

16. Embora eu reconheça o precedente de relatoria do Ministro Antonio Anastasia, no sentido de que "não há que se cogitar da realização de diligências para aferir a executabilidade, pois o lance abaixo daquele percentual de 75% já é identificado pela própria Lei como inexecutável, devendo a proposta ser desclassificada" (Acórdão 2198/2023-TCU-Plenário), a jurisprudência recente parece estar convergindo para a aplicação da Súmula 262 no âmbito da Lei 14.133/2021.

17. Como exemplo, cabe citar o recente Acórdão 465/2024-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti:

"9.3. dar ciência [...] que o critério definido no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 conduz a uma presunção relativa de executabilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a executabilidade de sua proposta, nos termos do art. 59, § 2º, da mesma lei;"

18. No mesmo sentido, cito o Acórdão 2088/2024-TCU-Segunda Câmara (relator: Ministro Augusto Nardes):



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Comissão Permanente de Contratação

"9.3. determinar, nos termos do art. 45 da Lei 8.443/1992, ao Departamento de Polícia Federal - Superintendência Regional no Amazonas (SR/PF/AM) que, no prazo de 15 (quinze) dias, adote providências no sentido de retornar, na Concorrência 2/2023, à fase de análise de proposta de preços, tendo em vista que o critério estabelecido no art. 59, inciso III e § 4º, da Lei 14.133/2021 deve conduzir a uma presunção relativa de inexecutabilidade, devendo ser dada oportunidade aos licitantes de demonstrarem a executabilidade de suas propostas, em atenção à Sumula TCU 262 e ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública;"

19. O Enunciado 11 do Instituto Nacional da Contratação Pública^[footnoteRef:2], entidade sem fins lucrativos que congrega como associados diversos especialistas em Direito Administrativo e Contratações Governamentais, também apresenta entendimento análogo: [2: Disponível para consulta em: <https://www.incpbrasil.com.br/enunciados-aprovados/>.]

"O art. 59, § 4º, da Lei nº 14.133/2021, contempla presunção relativa de inexecutabilidade às propostas de obras e serviços de engenharia, situação em que a Administração deverá realizar as diligências previstas no inciso IV e no § 2º, ambos daquele artigo."

20. Sabendo-se de antemão que as tabelas referenciais de custos utilizadas para balizar o orçamento estimativo das licitações de obras públicas e serviços de engenharia podem apresentar valores superestimados, consoante demonstrado em várias fiscalizações já realizadas por esta Corte de Contas, a interpretação de que o critério do art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 seja uma regra absoluta poderia levar a diversas licitações em que os licitantes ofertariam lances com o desconto máximo admitido, o que ensejaria o empate dos ofertantes e a necessidade de aplicar as regras dispostas no art. 60 da mesma lei.

21. Em suma, tal regra poderia ser considerada inconstitucional por afastar o próprio dever de licitar, previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como por violar o princípio da economicidade. Afinal, antevedendo que diversos certames terminariam empatados, os critérios de julgamento previstos na Lei de Licitações não seriam efetivamente aplicados, tornando-se as regras de desempate mais importantes do que o próprio critério de julgamento da licitação.

22. As fórmulas para avaliação de executabilidade que têm sido utilizadas por décadas em diversas leis licitatórias são insuficientes para realmente garantir a executabilidade das propostas ou para evitar que propostas efetivamente executáveis sejam indevidamente desclassificadas. Embora a Lei 14.133/2021 tenha alterado o critério matemático para aferição da executabilidade, idêntica conclusão pode ser extraída a partir do uso da regra prevista na nova lei.

23. Em um simples exercício, se o orçamento estimado (que é o principal parâmetro para exame da executabilidade) estiver repleto de preços errados e omissões de serviços, a proposta do licitante, ainda que com baixo desconto, será inexecutável de plano. Por outro lado, se o orçamento estimado estiver com sobrepreço (ou se o sistema referencial utilizado apresentar valores superestimados), será possível que as



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Comissão Permanente de Contratação

propostas dos licitantes, ainda que com desconto superior a 25% do valor estimado, sejam plenamente exequíveis.

24. O melhor tratamento da matéria parece remeter ao entendimento de que não é papel do Estado pugnar pela exequibilidade das propostas, exercendo uma espécie de curatela dos licitantes. Ao tutelar a lucratividade dos proponentes e a exequibilidade das propostas, o Poder Público interfere indevidamente na seara privada criando restrições indevidas para o setor produtivo praticar os preços que bem entender e, por conseguinte, também arcar com as consequências de suas decisões.

25. Ainda que fosse possível estabelecer em lei regras realmente eficazes para analisar a exequibilidade, tais regras não poderiam captar diferentes tipos de decisão empresarial. A título de exemplo, cito o caso do particular que oferta preço inexecutável porque deseja obter um determinado atestado de capacidade técnica para conseguir entrar em um novo mercado. É o custo de aquisição de um novo cliente, que muitas vezes o setor produtivo está disposto a incorrer. Em outro exemplo, o particular poderia ofertar preço inexecutável por necessidades de obter caixa ou desovar estoques de produtos que estão prestes a perecer ou que não terão outra serventia.

26. Existem outros benefícios indiretos ao particular além dos preços ofertados na licitação. Cita-se o exemplo de um fabricante de veículos que tem um retorno positivo de sua imagem ao fornecer viaturas para as forças policiais, assim como os futuros ganhos que terá ao vender as peças de reposição e realizar a manutenção das viaturas. Esta própria Corte de Contas recentemente obteve em comodato, de forma totalmente gratuita, a utilização de dois veículos de alto custo para uso de suas autoridades. Qualquer regra de exequibilidade que se preveja em lei dificilmente captará todas as nuances da atividade empresarial privada.

27. A inexecutabilidade de preços também está atrelada ao que se denomina risco moral, que se refere à situação em que uma das partes em uma transação toma decisões mais arriscadas porque sabe que não terá que arcar com todas as consequências negativas dessas decisões. Em outras palavras, o risco moral ocorre quando uma pessoa ou entidade tem a oportunidade de agir de maneira menos responsável porque não terá que lidar completamente com as consequências adversas de suas ações.

28. Assim, a apresentação de propostas inexecutáveis nas licitações públicas é nada mais do que um sintoma da impunidade. Se houvesse a menor chance de a licitante ter que suportar as consequências de ofertas aviltantes, não as apresentaria. Quando se apresenta uma proposta inexecutável, a proponente tem convicção de que não arcará com as consequências econômicas e jurídicas daí advindas. Em alguns casos contará com a apresentação de pleitos ilegais de aditamento contratual. Em outros, com o simples abandono do contrato após a execução de suas parcelas mais vantajosas.

29. O risco moral também está presente quando o licitante toma essa decisão sabendo que, ao ganhar o contrato, pode tentar obter lucro por meio de outras práticas inadequadas, como atrasos ou empregando qualidade inferior nos produtos ou serviços fornecidos. Nesse caso, o licitante pode agir de maneira menos responsável na expectativa de que o contratante seja forçado a aceitar tais desconformidades.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaziz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Comissão Permanente de Contratação

30. A existência de propostas inexequíveis em licitações anteriores pode incentivar outros licitantes a seguir o mesmo caminho, assumindo que podem apresentar propostas aparentemente vantajosas e, posteriormente, renegociar termos ou custos. Para mitigar o risco moral relacionado à inexequibilidade de propostas, os órgãos responsáveis pelas licitações devem implementar procedimentos rigorosos de avaliação, incluindo análise detalhada dos preços, da capacidade técnica e financeira dos licitantes. Além disso, a transparência, a aplicação consistente de penalidades e a revisão cuidadosa das propostas são essenciais para garantir a integridade do processo licitatório e evitar práticas inadequadas.

31. No entanto, uma regra inflexível de desclassificar qualquer proposta com mais de 25% de desconto em relação ao valor estimado não permite captar todas essas nuances, exigindo que se realize as necessárias diligências para se aferir de fato se a proposta é exequível.

32. Com base nessas considerações, julgo improcedente a presente representação e acolho a proposta de dar ciência desta deliberação ao representante e ao Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos.

Assim sendo, considerando que o setor demandante, responsável pelo acompanhamento da execução contratual, promoveu análise quanto a proposta apresentada pelo licitante vencedor, bem como o posicionamento do Tribunal de Contas da União, no sentido de que a exequibilidade da proposta não pode ser rechaçada de forma absoluta, opinamos pela manutenção da declaração da empresa ILUMITERRA CONSTRUCOES E MONTAGENS LTDA como vencedora do certame.

V - CONCLUSÃO

Por todo exposto, MANTENHO a declaração da empresa ILUMITERRA CONSTRUCOES E MONTAGENS LTDA. como vencedora do Pregão Eletrônico n. 90003/2024.

Vitória, 23 de julho de 2024.

Lucas Gil Carneiro Salim

Pregoeiro



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913