

Processo: 14/020-M

Interessado: Setor de Suprimentos

Assunto: Aquisição de Kits para Manutenção de Impressoras

Referência: Apreciação de Recurso Administrativo – Pregão Eletrônico nº 03/2014

Senhor Gerente de Licitações, Patrimônio e Suprimentos,

As empresas TECPARTS IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE PEÇAS LTDA. e INFORSHOP SUPRIMENTOS LTDA., ora denominadas Recorrentes, por intermédio de seus representantes legais, inconformadas com a r. decisão deste Pregoeiro que declarou vencedora do item 03, a empresa TOTEN INFORMÁTICA EIRELI ME, conforme consignado na Ata de Sessão Pública de 24/03/2014, manifestaram intenção de interpor recurso conforme a seguir aduzido.

Em conformidade ao **artigo 4º, inciso XVIII**, “declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;” da Lei Federal nº. 10.520/02, as Recorrentes manifestaram suas intenções em recorrer, consignando por escrito que:

1. TECPARTS IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE PEÇAS LTDA.

“Por não se tratar de um canal autorizado não enviar os documentos no prazo estipulado portanto, não gozar de condições comerciais diferenciadas, os preços apresentados são manifestamente INEXEQUIVEIS, conforme restará demonstrado, bem como colocam em dúvida a procedência e natureza dos produtos ofertados.”

2. INFORSHOP SUPRIMENTOS LTDA.

“Manifestamos a intenção de recurso contra a oferta de preços inexequíveis para o item 3. Demais considerações serão apresentados em nossa peça recursal.”

Concedidos os prazos legais, as recorrentes apresentaram os memoriais de seus recursos alegando resumidamente o seguinte:

1. TECPARTS IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE PEÇAS LTDA.

“Considerando que a empresa Recorrida NÃO É REVENDEDORA AUTORIZADA HP e ainda, diante da situação apresentadas produtos originais da marca HP exigência do Edital.

AFINAL COMO A RECORRIDA PODE JUSTIFICAR ESTES VALORES (R\$1.499,80) ? QUAL O CAMINHO COMERCIAL ADOTADO PELA RECORRIDA PARA PRATICAR ESTES VALORES QUANDO DA EXISTÊNCIA DA CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA PARA PRODUTOS IMPORTADOS. SÃO MUITOS OS QUESTIONAMENTOS QUE, DESDE JÁ, CORROBORAM COM A DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA DECLARADA VENCEDORA.

VALE RESSALTAR QUE A RECORRIDA POR NÃO SER REVENDA HP PROVAVELMENTE ADQUIRE OS PRODUTOS DE UM DISTRIBUIDOR, FATO ESTE QUE ACARRETA NO AUMENTO DO CUSTO DO PRODUTO.

ACRESCENTAR QUE PRODUTO NÃO ADQUIRIDO JUNTO A HP OU ATRAVÉS DO SEU CANAL DE REVENDAS NO BRASIL, NÃO ESTÁ COBERTO PELA GARANTIA DA FABRICANTE.

Diante dos fatos trazidos, seguem fundamentações jurídicas que viabilizam a desclassificação da empresa declarada vencedora, eis que sua oferta é manifestamente inexequível.”

2. INFORSHOP SUPRIMENTOS LTDA.

“Considerando as alegações já citadas pela empresa TECPARTS, informamos que a HP disponibiliza um serviço de verificação de procedência e originalidade dos produtos.

A questão do preço inexequível é relevante, pois o preço proposto deverá contemplar a legalidade do fornecimento, ou seja, sua aquisição junto ao fornecedor e ali incluído os custos adicionais e rentabilidade da venda para se formar o preço final. Caso uma determinada empresa esteja praticando preços inferiores ao custo, configura-se pratica ilegal, que deverá inclusive ser comunicado ao CADE (Orgão responsável) para verificação de possível irregularidade.

Sendo assim, solicitamos que seja apurado a rigor os preços ofertados neste certame, bem como os licitantes vencedores comprovem a exequibilidade dos seus preços através de planilha de custos e comprovação da aquisição/procedência.”

Dentro do prazo legal de contrarrazões, a empresa recorrida apresentou a seguinte manifestação:

“Considerando que o distribuidor retirou a condição comercial especial oferecida para o presente certame, estamos impossibilitados de fornecer o item 3 por indisponibilidade do produto.

Agradecemos vossa compreensão.”

É o breve relatório.

O Pregoeiro, em face dos recursos apresentados, entende que devam ser os mesmos **CONHECIDOS**, vez que presentes os pressupostos de admissibilidade, e **no mérito, PROVIDOS**, pelos motivos de fato e de direito relacionados a seguir, em especial diante da manifestação da recorrida.

A recorrida, dentro de seu prazo de contrarrazões, apresentou manifestação indicando que não mais poderia cumprir a proposta ofertada no Pregão em decorrência de motivo superveniente.

Note-se que o preço ofertado pela licitante vencedora foi de R\$ 1.499,80 (dentro da fase de direito de preferência), enquanto o da segunda classificada, que é a recorrente TECPARTS, foi de R\$ 1.500,00. Diante disso, a própria alegação de inexecuibilidade cai por terra, ao passo que a diferença de vinte centavos de real não seria suficiente para transformar o preço em inexecuível.

Ainda sobre o tema da inexecuibilidade vale a pena destacar alguns pontos do trabalho realizado por este Pregoeiro dentro desta temática conforme segue:

“O tema da inexecuibilidade da proposta nas licitações públicas é realmente tormentoso, mesmo apenas no âmbito da Lei nº 8.666/93 e, com maior razão, a luz da lei que instituiu o pregão.

De fato, aqui se contrapõem exigências absolutamente opostas: de um lado, a eterna busca da Administração Pública pelo preço mais baixo, nas obras, serviços e bens que adquire, e de outro a necessidade de obter a contratação mais segura e apta ao atendimento do interesse público.

Nesse sentido, o professor Adilson de Abreu Dallari, ao examinar essa matéria, na obra Aspectos jurídicos da licitação¹, ensina que: “É importante considerar que a proposta para ser séria deve ser perfeitamente exequível, pois ninguém pode pretender manter uma proposta cujo cumprimento seja impossível, nem deve a Administração aceitar proposta cujo cumprimento seja fortemente improvável, uma vez que o interesse público não pode servir nem ao aventureirismo nem a experiências de resultados duvidosos.”

A proposta inexecuível é, segundo Joel de Menezes Niebur², “Aquela que não se reveste de condições de ser cumprida, porquanto gera ao seu autor mais ônus do que vantagens. Frequentemente, a proposta inexecuível é apurada mediante a constatação de que o preço ofertado não cobre os custos necessários à sua execução. Por isso, diz-se ‘inexecuível’, isto é, sem condições de ser executada.”

A inexecuibilidade pode não decorrer apenas de preços exageradamente baixos, como bem destacado por acórdão proferido em 03.06.1992 pela 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, nos autos da Apelação Cível nº 12602500, sob relatório do Desembargador Wilson Reback, do qual impende destacar o seguinte trecho: “A inexecuibilidade manifesta da proposta evidenciada comumente nos preços excessivamente baixos, nos prazos

impraticáveis de entrega, na inviabilidade técnica da oferta nas condições irrealizáveis de execução diante da realidade de mercado, da situação efetiva da proponente e de outros fatores, equipara-se à desconformidade com o edital.” Ou seja, pressupõe-se que se a proposta é inviável, é bem provável que o contratado não consiga cumpri-la.

Encontrar esse ponto de convergência entre menor preço e maior segurança é tarefa das mais complicadas, como adverte, acerca do tema, Dora Maria de Oliveira Ramos⁷, “É preciso uma enorme dose de bom senso para que se apure, caso a caso, o que pode ser relevado e aquilo que constitui verdadeira infringência às regras do certame”.

A regra geral será a aceitabilidade das propostas, sendo a exceção (naturalmente fundamentada) será a desclassificação.

Mas uma vez provada a inexecuibilidade, é dever do Administrador desclassificá-la, conforme recorrente lição de Hely Lopes Meirelles⁸, que importa aqui colacionar: “Desde que o órgão julgador demonstre a inexecuibilidade da proposta é legítima a sua desclassificação, pois inútil e prejudicial seria à administração contratar com quem, a toda evidência, não pode cumprir o prometido. Não se trata de uma mera faculdade discricionária da Administração, mas de um poder vinculado às condições objetivas da proposta, que, em confronto com dados concretos da realidade demonstra a inexecuibilidade da oferta.”

Uma segunda baliza para enfrentamento do problema foi introduzida na Lei de licitações pela Lei nº 9.648/98, ao qual dedicamos o próximo item.

Ferramenta indispensável para essa averiguação consiste no orçamento detalhado feito pela Administração Pública licitante, anexo indispensável do edital. Esse orçamento não se resume apenas a levantamentos de valores de mercado para os custos da contratação, mas em se tratando de obra e serviço é de rigor que haja os coeficientes de produtividade dos trabalhadores empregados na execução do contrato, na esteira da parte final do artigo 48, II, da lei de licitações.

Se o particular provar a compatibilidade dos seus custos e despesas com os de mercado, e observar o coeficiente de produtividade estabelecido no edital, sua proposta poderá ser considerada, em princípio, exequível, ainda que o seu preço destoe bastante daquele ofertado pelos concorrentes.

É que não podem ser descartadas, de plano, hipóteses como as elencadas, a título exemplificativo, por Joel de Menezes Niebur¹⁵: **(a)** os licitantes precisam desfazer-se de estoques; **(b)** compraram insumos com antecedência, antes de aumento de preço; **(c)** possuem tecnologia avançada; etc.”

Todas essas situações devem ser analisadas pela Administração, desde que devidamente comprovadas pelo particular. Isso porque cabe ao particular a disposição plena de seu patrimônio, e, comprometendo-o excessivamente, deverá arcar com o insucesso correspondente. O que não se admite, unicamente, é o comprometimento do interesse público.

Assim, sendo a proposta executável, independentemente de seu valor, não poderá ser desclassificada, ou seja, a análise da exequibilidade deve estar restrita à possibilidade de atendimento ao interesse público, e não à lucratividade do particular, que dela pode abrir mão¹⁶.

Logo se vê que a aferição desses aspectos, na prática, é complexa e

trabalhosa.

Toda essa dificuldade decorre da impossibilidade de fixação de valores mínimos para as licitações. Nesse sentido, a professora Yara Darcy Police Monteiro, ao discorrer sobre a matéria da desclassificação por inexecutabilidade de preços e as cautelas indispensáveis para fazê-lo, pontificou que¹⁷: “O que se pretende sublinhar em suma é que a fixação pura e simples de um patamar de valor mínimo para as propostas não se afina com a natureza da licitação de menor preço, vez que implica o alijamento, in limine, de eventual proponente em condições de realizar a prestação por preço inferior ao estimado pela entidade licitadora. Ora, se por meio desse tipo de certame busca-se a obtenção da proposta de menor preço, assenta-se como inconcebível a autoproibição, através de disposição em edital, de se aferir às causas que motivaram a composição dos preços questionados.”

Assim, retomando o título deste item, verifica-se que a inexecutabilidade baseada na aferição, caso a caso, de documentos exibidos pelo licitante (notadamente em resposta a diligência realizada pelo poder público) é ope iudicis. Isso porque não há um critério fixo baseado na lei, para a maioria dos casos.

Se o problema da inexecutabilidade das propostas já é por demais espinhoso em qualquer licitação pública, no âmbito do pregão essa dificuldade sobressai particularmente sensível, tudo em decorrência do procedimento do pregão. Afinal, como sabido, essa modalidade licitatória notabiliza-se justamente pela sua fase de lances orais, que sucede a apresentação de propostas escritas.

Trata-se, portanto, de uma modalidade em que os particulares selecionados para a fase de lances (autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% superiores àquela) poderão fazer novos lances verbais sucessivos, até a proclamação do vencedor. A especificidade do pregão enseja uma situação frequentemente observada na prática, em que os particulares ofertam lances de valores muito abaixo daqueles cotados pela Administração, inúmeras vezes insuscetíveis de cumprimento em caso de contratação.

Essa particularidade foi aguçadamente sintetizada por Marçal Justen Filho¹⁹, que assevera que: “Outro problema sério é o da inexecutabilidade de propostas e lances. O problema se agrava quanto a estes últimos. A natureza do processo de oferta de lances pode produzir uma ausência de controle efetivo por parte da Administração acerca de preços inexecutáveis. Os interessados, no afã de obter a contratação, acabariam por ultrapassar o limite de executabilidade, reduzindo seus preços a montantes inferiores aos plausíveis.”

A mesma constatação resulta da análise empreendida por Vera Scarpinella: “A importância do tema está relacionada à existência da sessão de lances no pregão, o que acentua a possibilidade de oferta de propostas inviáveis. É evidente que a Administração deve sempre buscar o melhor negócio; mas – como ressalva Floriano Azevedo Marques Neto – a Administração não deve correr o risco de firmar contrato que não será adimplido”.²⁰

Em suma, no calor da fase de lances (presencial ou eletronicamente realizada), pode haver uma tendência maior do concorrente em lançar seus preços abaixo do patamar de executabilidade para não perder o certame. Se a proposta escrita é normalmente precedida de um estudo de formação de preços, a proposta verbal não o é.

Restaria saber se as normas da Lei nº 8.666/93 que excluem as propostas inexequíveis das licitações, aplicar-se-iam ao pregão.

Para situar o problema, algumas constatações básicas são de rigor:

A primeira é a de que o pregão é modalidade de licitação destinada a “bens e serviços comuns” (art.1º da Lei nº. 10.520/2001), de maneira que a formação de preço tende a se mostrar mais simples o que, em tese, minimiza o problema, mas não elimina.

A segunda, na esteira do que foi dito anteriormente, é a de que as obras e serviços de engenharia ficam de fora do pregão, por não se enquadrarem como “comuns”. Afinal, “serviço comum”, para o fim de se aplicar o pregão, é aquele em que se verifica “padronização de sua configuração, viabilizada pela ausência de necessidade especial a ser atendida pela experiência e tradição no mercado”, conforme leciona Marçal Justen Filho²¹.

Desse modo, aliando-se a corrente praticamente unívoca que exclui a aplicação dos §§ 1º e 2º do artigo 48 d Lei nº 8.666/93 a outros serviços que não os de engenharia, com a constatação de que esses não podem ser licitados por pregão, resulta que na órbita dessa particular modalidade licitatória não se aplica o critério ope legis de inexequibilidade.

Chegando à mesma conclusão, Vera Scarpinella afirma que “nenhuma proposta será, de antemão, (é dizer: simplesmente por seu valor inferior a certo piso) considerada inexequível, pois essa avaliação será obrigatoriamente feita a partir dos dados oferecidos pelo próprio licitante, na demonstração de exequibilidade anexa à proposta”.²²

Cumpre-nos, então, indagar: e a inexequibilidade pelo critério ope iudicis?

Que a Lei nº 8.666/93 aplica-se subsidiariamente ao pregão, não existe nenhuma dúvida, tão claro é o artigo 9º da Lei nº 10.520/2001. A propósito, Vera Scarpinella realça que “O papel das normas da Lei 8.666 no pregão é preencher eventuais lacunas procedimentais da norma geral do pregão.”²³

A conclusão a que chegamos, inevitavelmente, é a de que existe enorme dificuldade para aferição da exequibilidade de preços em qualquer licitação e, no pregão, não é diferente.

A análise é casuística e caberá ao pregoeiro empreendê-la com razoabilidade, necessariamente fundamentando sua decisão.” (Michel Andrade Pereira, 2007, FGV, São Paulo)

Nestes termos, o que deve ser levado em consideração é que a licitante vencedora manifestou-se indicando que não mais poderia manter sua oferta diante de causa superveniente. Tal manifestação foi feita em uma fase da licitação que não trará maiores prejuízos à Administração, em virtude da possibilidade da retomada da sessão pública.

Desta forma, a oferta da licitante TOTEN INFORMÁTICA EIRELI ME deve ser desconsiderada e desclassificada para a futura retomada do certame.

Posto isto, e consubstanciado que uma decisão em contrário irá ferir os princípios da legalidade, isonomia, vinculação ao instrumento convocatório e

juízo objetivo, o Pregoeiro **CONHECE** dos recursos interpostos, e **CONCEDENDO-LHES PROVIMENTO**, reforma a r. decisão que declarou como vencedora e habilitou a licitante TOTEN INFORMÁTICA EIRELI ME, e propõe a retomada da sessão pública do Pregão para negociação com a licitante que ofertou o menor preço subsequente para o item 03.

Desta forma, em atendimento à legislação pertinente, submetemos à apreciação da autoridade superior a presente manifestação, que propõem a reforma da decisão deste Pregoeiro referente a DECLARAÇÃO DE VENCEDORA DO CERTAME e HABILITAÇÃO da empresa **TOTEN INFORMÁTICA EIRELI ME**, sugerindo a retomada da sessão pública do Pregão para negociação com a licitante que ofertou o menor preço subsequente para o item 03.

São Paulo, 18 de abril de 2013.

Michel Andrade Pereira
Pregoeiro

Processo: 14/020-M

Interessado: Setor de Suprimentos

Assunto: Aquisição de Kits para Manutenção de Impressoras

Referência: Apreciação de Recurso Administrativo – Pregão Eletrônico nº 03/2014

DESPACHO

Diante das razões de fato e de direito expostas pelo Ilustre Pregoeiro, em sua manifestação, a qual acolho, **CONHEÇO** dos recursos administrativos interpostos pelas empresas **TECPARTS IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE PEÇAS LTDA. e INFORSHOP SUPRIMENTOS LTDA.**, pois presentes os requisitos de admissibilidade, e **CONCEDO-LHES PROVIMENTO**, para **reformular a r. decisão referente ao item 03 que declarou vencedora e habilitou** a empresa **TOTEN INFORMÁTICA EIRELI ME** por seus próprios fundamentos.

Não obstante, considerando a necessidade de continuidade da sessão pública para o item 03, **determino a retomada do certame para o dia 17/04/2014, às 09h30**, observado o prazo mínimo de 05 dias úteis do subitem 3.1., do item XI do Edital, iniciando-se pela empresa licitante que ofertou o menor lance subsequente para o item 03.

Intime-se e publique-se no sítio eletrônico da Bolsa Eletrônica do Estado de São Paulo, da FAPESP e no Diário Oficial.

São Paulo, 08 de abril de 2014.

Wagner Vieira
Autoridade Competente