

Pregão Eletrônico nº 10.970/2021

Objeto: Registro de Preços para aquisição de cartuchos de toner e cilindros de imagem para impressoras multifuncional

VISTOS ETC.

As empresas 3S INFORMÁTICA LTDA. e PORT DISTRIBUIDORA DE INFORMÁTICA E PAPELARIA LTDA., já qualificadas nos autos, interpõem recursos administrativos (respectivamente marcadores 51 e 52) contra a decisão que declarou vencedora do certame, em relação ao item 1, a empresa HR COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELLI -EPP.

Em suas razões recursais, sustentam as recorrentes, em síntese, a incompatibilidade do preço proposto pela vencedora - inferior inclusive ao praticado pelos distribuidores e revendas oficiais da Lexmark, com os de mercado, o que indicaria inexecutabilidade da proposta e levantaria suspeita quanto à originalidade e procedência do produto por ela cotado. Por esses argumentos, requerem a desclassificação da proposta da HR COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELLI -EPP, porquanto inexecutável, e/ou que sejam promovidas diligências para comprovar a legalidade e executabilidade da proposta e a autenticidade dos suprimentos ofertados.

A recorrida não apresentou contrarrazões. Contudo, instada pela Pregoeira a se manifestar quanto às alegações das recorrentes, solicitou primeiramente a desclassificação de sua proposta para o item 1, em razão do valor inexecutável, para num segundo momento, após cientificada das consequências de eventual desistência, manter a proposta, registrando ainda que não trabalha com produto pirateado, remanufaturado ou recarregado.

Após apreciar as alegações recursais (marcadores 51 e 52), os termos da proposta da HR COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELLI -EPP (marcador 45, pp. 1-2), a declaração de garantia por ela apresentada na licitação (marcador 45, p. 7) e suas manifestações por mensagem eletrônica (marcador 53), a Pregoeira decide manter a decisão que declarou a empresa vencedora no item 1 do certame (marcador 54).



É a resenha dos fatos, ante o que passo a decidir.

DECISÃO

De início, conheço dos recursos, porquanto regulares e tempestivos, nos termos do art. 44 do Decreto nº 10.024/2019.

MÉRITO

No mérito, verifico que as razões recursais fundamentam-se em dois pontos, que podem ou não estar relacionados: 1) na inexecuibilidade da proposta vencedora; e 2) na suspeita quanto às originalidade e procedência do produto nela cotado.

Em relação ao segundo, valho-me dos elementos pontuados pela Pregoeira para, na linha do entendimento por ela manifestado, afastar a necessidade de investigação sobre eventual desatendimento pela vencedora das exigências constantes da alínea “d” do campo “OBSERVAÇÕES” do item 1 do Edital (marcador 14, p. 1).

Destaco como essencial para tal conclusão o teor das manifestações da recorrida juntadas ao marcador 53, que, analisadas em conjunto, levam à presunção de que sua proposta está em conformidade com as especificações técnicas ditadas pela Administração para o item 1 do objeto a ser contratado e não desafia providências destinadas a comprovar a autenticidade e a procedência do suprimento ofertado.

Porquanto indispensáveis ao deslinde das questões suscitadas pelas recorrentes, passo a transcrever não só as referidas manifestações, mas a integralidade das mensagens eletrônicas trocadas entre a Pregoeira e a recorrida (marcador 53), após a apresentação dos recursos de que ora se trata:

“Prezado sr. Hélio Rodrigues Costa,

Solicitamos manifestação em relação aos recursos interpostos acerca do item 1, da licitação nº 10970/2021, no prazo de 24 horas, notadamente em relação à afirmação das recorrentes de que os itens ofertados por



1

sua empresa, em função do preço sugerido, carecem de credibilidade em relação à originalidade e procedência de sua origem.

Pregão Eletrônico no Sistema Comprasnet nº 10970/2021.

Atenciosamente,

Setor de Preparo de Licitações (SELIC)
Serviço de Licitações e Compras (SELCO)" (destaquei)

“Boa tarde Sr Pregoeiro e Departamento de Licitações, Infelizmente **solicitamos desclassificação para o Item 01**, fomos cotar novamente o Item em nosso distribuidor e foi nos passado outro valor com aumento atualizado **tornando inexequivel**, devido o recurso apresentado pela empresa Port Distribuidora!

Pedimos desculpa por quaisquer transtornos causados!

Desde já agradecemos a compreensão de todos!

Hélio R. Costa
062-3274-1609" (destaquei)

“Sr. Hélio R. Costa,
sua solicitação de desclassificação foi recebida.

Esclarecemos que sua empresa pode vir a sofrer penalidades previstas em lei, conforme item 18.2.4 do Edital, caso prossiga na desistência da proposta para o item 1.

Dessa forma, questionamos se o senhor confirma o pedido de desistência do referido item.

Atenciosamente,

Setor de Preparo de Licitações (SELIC)
Serviço de Licitações e Compras (SELCO)" (destaquei)



“Boa tarde Sra Claudia, Conforme contato telefônico, pedimos que desconsidere nosso pedido de desclassificação da nossa proposta referente ao item 01, **iremos manter nossa proposta para honrar com nossos compromissos com o Tribunal e evitar sofrer penalidades previstas em lei.**

Lembrando que **nossa empresa não trabalha com produto Pirateado, Remanufaturado ou Recarregado**, referente ao recurso apresentado nosso produto está dentro da estimativa do edital!

Hélio R. Costa
062-3274-1609” (destaquei)

Do contexto das suas respostas à provocação da Pregoeira, é possível extrair: a reação de surpresa da recorrida ao ser informada pelo distribuidor do valor “*atualizado*” do produto e a constatação de que não era capaz de sustentar a proposta apresentada, em razão do preço, já então por ela tido como inexecutável – fatos que sugerem a boa-fé e a idoneidade da empresa, no que se refere à originalidade e procedência do produto ofertado; a preocupação da recorrida com as consequências então decorrentes e sua disponibilidade em manter o compromisso assumido com esta Administração.

Pelas considerações tecidas, entendo não haver ao menos indícios de que a proposta vencedora não atende às especificações dispostas na alínea “d” do campo “OBSERVAÇÕES” do item 1 do Edital, motivo pelo qual rejeito as razões recursais, nesse ponto específico.

Por outro lado, saliento que, das mensagens enviadas pela HR COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELLI -EPP., antes transcritas, a primeira remete ao outro ponto levantado pelas recorrentes, consistente na suposta inexecutabilidade da proposta vencedora.

A esse respeito, ainda que adote conclusão diversa, como adiante se verá, concordo com a análise da Pregoeira sobre os recursos apresentados, no sentido de que não há nos autos – até a apresentação das peças recursais, elementos que evidenciem ou indiquem a inexecutabilidade do preço ofertado pela recorrida e tampouco trazem as recorrentes dados concretos e/ou documentos que amparem suas



alegações, o que por si só afastaria a necessidade de eventual diligência para apurar a viabilidade da proposta vencedora.

Nada obstante, não há como ignorar que, na diligência realizada pela Pregoeira, franqueando à recorrida a oportunidade de manifestar-se sobre o quanto alegado nos recursos, esta solicitou sua desclassificação para o item 1, sob a alegação de preço inexequível.

Com efeito, ao invés de demonstrar a exequibilidade de sua proposta e sua capacidade de bem executar o objeto da licitação, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório, admitiu de pronto a HR COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELLI -EPP. que o preço por ela ofertado é inexequível, complementando, posteriormente, que mantém a proposta *“para honrar com nossos compromissos com o Tribunal e evitar sofrer penalidades previstas em lei”*.

Nesse ponto, tenho por oportuno tecer breves considerações sobre a inexequibilidade de preços em procedimentos licitatórios, para então adentrar nas particularidades do caso concreto.

O art. 48, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, aplicável subsidiariamente aos pregões, determina a desclassificação de propostas contendo preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não se revelam capazes de garantir uma retribuição financeira compatível com os encargos que serão assumidos para a execução do contrato.

Contudo, a análise quanto à inexequibilidade de preços deve ser feita com máxima cautela pelo administrador, uma vez que não há, como regra geral, parâmetros objetivos fixados pela legislação aplicável, pela doutrina especializada ou pelos tribunais pátrios.

É unânime o entendimento no sentido de que toda decisão sobre a matéria exige investigação, devendo ser oportunizado à empresa, cujos preços suscitam dúvida, a atestação e comprovação de sua exequibilidade.

O próprio legislador admitiu de forma expressa a possibilidade de o licitante, previamente a eventual desclassificação em razão de aparente preço



inexequível, demonstrar a viabilidade de sua proposta. É o que se infere do disposto no antes mencionado inciso II do art. 48 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 48. Serão desclassificadas:

[...]

II – propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com **preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação** que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou

b) valor orçado pela administração. (destaquei)

Mesmo nos casos em que a Lei, em caráter excepcional, estabelece parâmetros objetivos para a aferição da inexequibilidade de preços, a exemplo da hipótese albergada no art. 48, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/1993 – licitações de menor preço para obra e serviços de engenharia, a jurisprudência não lhe confere caráter de presunção absoluta.

O posicionamento está consolidado no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), a teor de sua Súmula nº 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 inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.** (destaquei)



Para o TCU, antes de julgar a proposta manifestamente inexecutável e desclassificar o concorrente, deve a Administração, em qualquer caso, apurar os fatos e propiciar ao licitante que demonstre ter condições técnicas e econômicas de executar o contrato.

Nesse contexto, inclusive, ressalta aquela Corte de Contas a fragilidade inerente à análise da questão pela Administração, como se pode notar nos seguintes trechos de decisões:

ACÓRDÃO 141/2008 – PLENÁRIO

[...] A desclassificação de propostas em razão de preço tem por objetivo evitar que a administração contrate bens ou serviços por preços excessivos, desvantajosos em relação à contratação direta no mercado, ou **inexecutáveis/irrisórios, que comprometam a satisfação do objeto almejado com consequências danosas à administração.**

No que se refere à inexecutabilidade, entendo que a compreensão deve ser sempre no sentido de que **a busca é pela satisfação do interesse público em condições que, além de vantajosas para a administração, contemplem preços que possam ser suportados pelo contratado sem o comprometimento da regular prestação contratada. Não é objetivo do Estado espoliar o particular, tampouco imiscuir-se em decisões de ordem estratégica ou econômica das empresas.** Por outro lado, **cabe ao próprio interessado a decisão acerca do preço mínimo que ele pode suportar.**

[...]

Nessas circunstâncias, **cabará à administração examinar a viabilidade dos preços propostos, tão-somente como forma de assegurar a satisfação do interesse público, que é o bem tutelado pelo procedimento licitatório.** (destaquei)

ACÓRDÃO 284/2008 – PLENÁRIO

3. O primeiro fato que causa espécie neste certame é a desqualificação sumária das propostas mais baixas. **Acredito que o**



juízo de inexequibilidade seja uma das faculdades postas à disposição da Administração cujo o exercício demanda a máxima cautela e comedimento. Afinal, é preciso um conhecimento muito profundo do objeto contratado, seus custos e métodos de produção para que se possa afirmar, com razoável grau de certeza, que certo produto ou serviço não pode ser fornecido por aquele preço. A questão se torna mais delicada quando verificamos que o valor com que uma empresa consegue oferecer um bem no mercado depende, muitas vezes, de particularidades inerentes àquele negócio, como por exemplo, a existência de estoques antigos, a disponibilidade imediata do produto, a economia de escala, etc. Nestes casos pode existir um descolamento dos preços praticados por determinado fornecedor em relação aos dos demais concorrentes, sem que isso implique sua inexequibilidade. (destaquei)

ACÓRDÃO 1.092/2010 – 2ª CÂMARA

13. [...]. É claro que **um particular pode dispor de meios que lhe permitam executar o objeto por preço inferior ao orçado inicialmente**. Não obstante, não há como impor limites mínimos de variação em relação ao orçamento adotado aplicáveis a todas as hipóteses.

14. Logo, **a apuração da inexequibilidade dos preços, com exceção da situação prevista nos §§ 1º e 2º do artigo 48 da Lei nº 8.666/93, acaba por ser feita caso a caso, diante das peculiaridades de cada procedimento licitatório**. (destaquei)

Dessume-se, das considerações tecidas, que a presunção de inexequibilidade é sempre relativa, podendo ser afastada por meio da demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível.

Em consonância com os princípios da economicidade, da eficiência, da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa, e objetivando reduzir os riscos de exclusão da proposta mais vantajosa, em razão de preços aparentemente insustentáveis, incumbe à Administração sempre examinar a viabilidade



dos preços tidos por inexequíveis, como forma de assegurar a satisfação do interesse público.

Ressalto, contudo, que quem pode e deve comprovar a exequibilidade é a própria licitante. É dela a responsabilidade de atestar e demonstrar a viabilidade dos preços oferecidos.

Há no caso uma inversão do ônus da prova, no sentido de que se presume inexequível a proposta de valor inferior ou insuficiente, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto.

A esse respeito, aduz Marçal Justen Filho (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 660):

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. (destaquei)

Do Tribunal de Constas da União, destaco o seguinte excerto do Acórdão nº 1.470/2005 – Plenário:

10. A propósito do procedimento, ora anunciado, parece-me imperioso frisar, de início, que, nos termos legalmente estabelecidos, é prevista a desclassificação de propostas 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.** (destaquei)

Voltando a análise para o caso dos autos, cabia à HR COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELLI -EPP, inarredavelmente, a apresentação de dados e de prova documental capaz de embasar a defesa da exequibilidade do preço por ela ofertado e a



viabilidade do cumprimento de sua proposta, em harmonia com os critérios e exigências do Edital.

Não obstante, a empresa não se incumbe de trazer aos autos comprovações práticas da exequibilidade de sua proposta. Ao contrário, trata mesmo de declarar como inexequível o preço proposto, quando deveria refutar tal alegação.

Ora, se o objetivo da diligência, quando há indícios ou suspeita de inexequibilidade, é oportunizar à empresa comprovar a viabilidade da proposta, essa comprovação deve ser suficiente para afastar o indício ou a suspeita suscitados nos autos, o que não ocorreu no caso concreto. Ao contrário, resultou da diligência uma declaração da própria licitante vencedora, após solicitar sua desclassificação, de que o preço cotado para o suprimento do item 1 é "*inexequível*".

Ressalto, por oportuno, que o interesse em obter a proposta mais vantajosa não legitima a aceitação de proposta inexequível, por mais bem intencionado que seja o licitante. O que se franqueia ao licitante é a demonstração de exequibilidade de sua proposta e não a manutenção de proposta inexequível, que quer justamente significar impossível de ser concretamente executada.

Nesse sentido, ainda que tenha a HR COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELLI -EPP reafirmado seu compromisso com a Administração, a aceitação da proposta vencedora, inquinada agora com a pecha da inexequibilidade – manifesta, porque declarada pela empresa que a apresentou, constituiria flagrante violação aos supra princípios administrativos - a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

A Administração deve buscar, no procedimento licitatório, a satisfação do interesse público, mediante a escolha da proposta mais vantajosa, sem deixar de lado a moralidade, a eficiência e a indispensável igualdade entre os participantes. Nem sempre a proposta de menor valor é a que melhor se adequa e corresponde à necessidade do poder público, sobretudo em termos de segurança quanto à boa execução do objeto e ao fiel cumprimento contrato.

É o que alerta Joel de Menezes Niebuhr (Pregão presencial e eletrônico. 8. Ed. rev., ampl e atual. 2. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 244):



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

O que importa à Administração Pública é que a licitação e o contrato lhe propiciem resultado concreto. Para tanto, é imprescindível avaliar se as propostas lançadas pelos licitantes possuem condições concretas de serem executadas (se são executáveis). Não basta selecionar a proposta com o menor preços ou a melhor qualidade; é imperioso verificar se ela pode ser mantida, ou seja, se o licitante tem meios para adimplir a obrigação assumida.

A proposta inexecutável afeta sobremaneira o princípio da eficiência. O ponto é que o aludido princípio deve ser apurado com vistas à satisfação concreta dos interesses públicos, o que ocorre com a execução do contrato. Se a proposta for inexecutável, sem condições de ser executada, a rigor, em vez de vantagem, impõe-se à Administração prejuízo, amarga desvantagem. As consequências que advêm da admissão de propostas inexecutáveis são desastrosas para a Administração, variando desde serviços mal feitos, obras com problemas estruturais e objetos imprestáveis, que implicam rescisões de contratos, reparações e novos procedimentos licitatórios. (destaquei)

Na hipótese vertente, considerando a natureza do objeto e por tratar-se pregão eletrônico destinado ao registro de preços, procedimento que exige a manutenção do compromisso do licitante quanto ao fornecimento por um longo período (12 meses, no caso), o cuidado precisa ser redobrado, porque maior o risco de frustração do resultado da licitação ou de ficar a Administração sujeita a uma posterior oposição de dificuldades para a execução contratual por parte da empresa.

Ante todo o exposto, reputo que a proposta da recorrida para o item 1 do Edital do presente certame, por sua manifesta inexecutabilidade, deve ser desclassificada, com fulcro no inciso II do artigo 48 da Lei nº 8.666/93.



Assim, acolho em parte os recursos e, pelos fatos e fundamentos jurídicos antes delineados, **determino a desclassificação da proposta da empresa HR COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELLI -EPP.**

Determino, ainda, que se processe a licitação até seus posteriores termos.

Dê-se ciência aos interessados.

Florianópolis, 4 de abril de 2022.

JOSÉ ERNESTO MANZI
Desembargador do Trabalho-Presidente

