

RESPOSTA A RECURSO ADMINISTRATIVO

**PROCESSOS NºS P007223/2017 e P007896/2017**

**CONCORRENCIA PÚBLICA Nº 007/2017**

**OBJETO:** CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA ESPECIALIZADA PARA O FORNECIMENTO E EXECUÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DAS LUMINÁRIAS EXISTENTES POR LUMINÁRIAS DE LED, PERTENCENTES À ILUMINAÇÃO PÚBLICA DOS BAIROS CIDADE DOUTOR JOSÉ EUCLIDES FERREIRA GOMES (TERRENOS NOVOS) E VILA UNIÃO, AMBOS NO MUNICÍPIO DE SOBRAL/CE.

**ORGÃO DE ORIGEM:** SECRETARIA DE OBRAS, MOBILIDADE E SERVIÇOS PÚBLICOS - SECOMP

**RECORRENTE:** B&Q ENERGIA LTDA. (CNPJ 12.255.352/0001-77)

*Recebidos hoje.*

*Vistos, etc.*

**1. BREVÍSSIMA SÍNTESE FÁTICA**

Cuida-se de processo licitatório - Concorrência Pública nº 007/2017-SECOMP - originário da Secretaria de Obras, Mobilidade e Serviços Públicos do município de Sobral, cujo objetivo prevê a “*contratação de pessoa jurídica especializada para o fornecimento e execução da substituição das luminárias existentes por luminárias de LED, pertencentes à iluminação pública dos bairros Cidade Doutor José Euclides Ferreira Gomes (terrenos novos) e Vila União, ambos no município de Sobral/CE*”.

Ultrapassada a fase de habilitação das licitantes, a Administração Pública deu início à etapa da abertura e análise das propostas de preços das empresas interessadas, tendo a empresa Recorrente, B&Q ENERGIA LTDA., apresentado a menor proposta, com valor total de R\$ 673.715,01 (seiscentos e setenta e três mil, setecentos e quinze reais e um centavo), equivalente a 58,25% (cinquenta e oito vírgula vinte e cinco por cento) do valor



inicialmente estimado pelo Poder Público, que foi de R\$ 1.613.579,68 (um milhão, seiscentos e treze mil, quinhentos e setenta e nove reais e sessenta e oito centavos).

Considerando a significativa diferença dos valores, a Administração Pública, seguindo a redação do art. 48, inciso II, § 1º, **entendeu e decidiu pela desclassificação da proposta da Recorrente em razão de sua inexequibilidade**, ocasião em que a Recorrente interpôs o Recurso Administrativo ora apreciado.

Em estreita síntese, alega a Recorrente (1) que, apesar do preço baixo, teria condições de executar os serviços objeto da licitação, uma vez que teria orçado os custos totais no mercado e concluído por sua viabilidade econômico-financeira. Ainda, (2) que, caso não cumpra satisfatoriamente os serviços licitados, a Administração Pública poderá puni-la, na forma da Lei, o que demonstraria que a Recorrente supostamente não tomaria nenhuma decisão sem certeza de sua correta execução. Ao final, (3) pede a reforma da decisão de desclassificação com a consequente declaração de vitória da proposta mais barata.

Após aberto o prazo para contrarrazões, apenas a empresa que obteve o segundo menor preço, qual seja, a CITELUZ SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO URBANA S/A., apresentou-as tempestivamente, ocasião em que sustentou, dentre outras coisas, a manutenção da decisão administração da Comissão Permanente de Licitação que entendeu pela inexequibilidade da proposta da Recorrente.

Em seguida, os presentes autos foram encaminhados para análise desta Assessoria Jurídica conjunta (Secretaria de Obras, Mobilidade e Serviços Públicos – SECOMP e Central de Licitações do Município - CELIC).

É o que importa relatar. Passa-se à apreciação jurídica.

## 2. DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Importante dizer, *ab initio*, que o presente feito e análise respeitam os termos da Súmula 262 do Tribunal de Contas da União, que estipula ser necessário, ainda antes da conclusão do processo licitatório, que a Administração Pública oportunize ao licitante a demonstração da exequibilidade de sua proposta, exatamente como fez a empresa Recorrente ao apresentar seu arrazoado e documentos em sede de Recurso.





De fato, a fórmula apresentada pelo art. 48 da Lei nº 8.666/93 não é absoluta, mas sua aplicabilidade nos processos licitatórios, ao menos no sentir desta Assessoria Jurídica, é obrigatória. A desclassificação, ou não, da empresa detentora da proposta com o preço supostamente inexequível é que deverá ser analisada de acordo com o caso concreto.

Nos casos em que houver constatação, pela fórmula legal, de inexequibilidade do preço, a Administração deve, sempre, oportunizada ao licitante chance de **comprovar** a possibilidade/viabilidade da execução do objeto da licitação com aquele preço.

É imperioso registrar, portanto, que a decretação da inexequibilidade de uma proposta no processo licitatório pode trazer igualmente prejuízos significativos aos cofres públicos, e diante da impossibilidade de o Estado eliminar propostas vantajosas para os interesses sob sua tutela, o ato de desclassificação sob este fundamento é manifestamente ilegal.

Sabe-se que o Estado é mero detentor do interesse público, que deve atuar na defesa dos interesses de terceiros. Partindo desta premissa, entende-se como ilegal e inconstitucional a desclassificação de proposta que se mostre economicamente vantajosa no cumprimento do interesse público, principalmente quando passível prova da exequibilidade.

**Vê-se, pois, que tudo dependerá da comprovação cabal, por parte da empresa licitante, de sua possibilidade de executar os serviços com os preços apresentados ou não.**

Pois bem. Da Lei nº 8.666/93 e sobre o tema em apreço, por oportuno, importa destacar os seguintes dispositivos e ponderações:


Art. 40. O edital conterá [...]

[...]

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;

[...]

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

[...]  




§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

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.

A jurisprudência, notadamente o TCU, tem entendido da seguinte forma:

A aceitação excepcional de preços irrisórios ou nulos, prevista no § 3º do art. 44 da Lei 8.666/1993 (no caso de fornecimento de materiais e instalações de propriedade do próprio licitante), depende da apresentação por parte da licitante de justificativas que evidenciem, de forma contundente, a possibilidade de execução de sua oferta. [...] A insegurança instaurada pela aceitação de proposta desse teor é justamente aquela repelida pelo § 3º do art. 44 da Lei 8.666/1993, que não admite propostas irrisórias/nulas dissociada de garantias fáticas que mitiguem o risco de inexecução do contrato. (TCU. Acórdão nº 2186/2013-Segunda Câmara)

Não obstante, o que nos parece ser relevante, em todo caso, é que cabe ao órgão promotor do certame exigir a comprovação da exequibilidade toda vez que os preços se afastarem, para menos, daqueles praticados do mercado; e resta ao licitante comprovar documentalmente que pode cumprir com a futura avença.

No arremate deste item, apontam-se outros julgados, todos do TCU, que ilustram apropriadamente o assunto e se prestam a excelentes referenciais: Acórdão nº 460/2002-Plenário, Acórdão nº 612/2004-1ª Câmara, Acórdão nº 1.707/2005-Plenário, Acórdão nº 697/2006-Plenário, Acórdão nº 786/2006-Plenário, Acórdão nº 325/2007-Plenário, Acórdão nº 1280/2007-Plenário, Acórdão nº 1286/2007-Plenário, Acórdão nº 2078/2007-2ª Câmara, Acórdão 287/2008-Plenário, Acórdão 294/2008-Plenário, Acórdão 1.100/2008-Plenário, Acórdão 1616/2008-Plenário, Acórdão 1679/2008-Plenário, Acórdão 2.138/2008-Plenário, Acórdão 2.471/2008-Plenário, Acórdão 2.705/2008-Plenário, Acórdão nº 559/2009-1ª Câmara, Acórdão nº 589/2009-2ª Câmara, Acórdão nº 1.079/2009-2ª Câmara, Acórdão nº 2.093/2009, Acórdão nº 79/2010-Plenário, Acórdão nº 332/2010-Plenário, Acórdão nº 428/2010-1ª Câmara, Acórdão nº 744/2010-1ª Câmara, Acórdão nº 1092/2010-2ª Câmara,

*MPA*

Acórdão nº 1426/2010-Plenário, Acórdão nº 1857/2011-Plenário, Acórdão nº 2143/2013-Plenário e Acórdão nº 3092/2014-Plenário.

No caso presente, a Administração Pública do município de Sobral encontra-se diante de uma Concorrência Pública de objeto complexo, cujo custo estimado ultrapassou a barreira de um milhão e meio de reais (R\$ 1.500.000,00). Não se pode admitir qualquer risco, sobretudo no que diz respeito à inexecuibilidade de propostas.

No caso presente, a empresa Recorrente acostou em sua manifestação documento intitulado “Proposta Comercial” e assinado pela empresa “Tairis”, onde são demonstrados valores que, pelo que se viu, evidenciam a possibilidade e viabilidade financeira da execução do objeto licitado.

A propósito disto, o TCU tem deliberado da seguinte forma:

“(…) 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 conseqüências danosas à administração.

No que se refere à inexecuibilidade, 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, caberá 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. (Acórdão 141/2008 – Plenário)”

“(…) 3. O primeiro fato que causa espécie neste certame é a desqualificação sumária das propostas mais baixas. Acredito que o juízo de inexecuibilidade 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 inexecuibilidade. (Acórdão 284/2008 – Plenário)”






“(…) 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.” (Acórdão 1.092/2010 – 2ª Câmara)”

E mais:

(TCU) 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. Representação de empresa participante de pregão eletrônico conduzido pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), destinado à contratação de serviços terceirizados e continuados de limpeza, assio e conservação, apontara a desclassificação indevida da proposta da representante, sob alegação de inexequibilidade de preços, fundamentada “apenas na informação de que a sua margem de lucro seria de 0,1%”. Realizadas as oitivas regimentais após a suspensão cautelar do certame, o relator, alinhado à unidade técnica, rejeitou as justificativas apresentadas, destacando a Súmula-TCU 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”. mencionou ainda outras deliberações do Tribunal no sentido de que “a desclassificação de proposta por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados” (grifos do relator). Sobre a questão da margem de lucro, o relator lembrou o Acórdão 325/2007-Plenário que, no seu entendimento, poderia ser aplicado para a contratação de serviços continuados: “Dependendo da escolha da estratégia comercial, a empresa pode ser bem agressiva na proposta de preços, relegando a segundo plano o retorno do investimento considerado para o contrato ... As motivações para perseguir o sucesso em uma licitação em detrimento da remuneração possível pela execução da obra variam: a empresa pode estar interessada na obra específica por sinergia com suas atuais atividades; pode haver interesse em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado ...; pode haver interesse em incrementar o portfólio de execução de obras da empresa; pode haver interesse na formação de um novo fluxo de caixa advindo do contrato ... Esses exemplos podem traduzir ganhos indiretos atuais para empresa ou mesmo ganho futuro, na ótica de longo prazo para o mercado. Assim, é possível que empresas atuem com margem de lucro mínima em propostas para concorrer nas contratações ..., desde que bem estimados os custos diretos e indiretos.”. Por fim, destacou o relator, “não há norma que fixe ou limite o percentual de lucro das empresas”, de forma que “atuar sem margem de lucro ou com margem mínima não encontra vedação legal, depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecução da proposta”. O Tribunal, seguindo o voto da relatoria, considerou procedente a Representação e fixou prazo para a anulação do ato de desclassificação da proposta da representante. Acórdão 3092/2014-Plenário, TC 020.363/2014-1, relator Ministro Bruno Dantas, 12.11.2014.

Já a doutrina disciplina o seguinte: 



“(…) 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 o fundamento de ser muito reduzida. A inexecuibilidade 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 (…)

Logo, a apuração da inexecuibilidade tem de fazer-se caso a caso, sem a possibilidade de eleição de uma regra objetiva padronizada e imutável. (…)

Mas esse limite terá de ser testado no caso concreto.” (PREGÃO, Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico, Ed. Dialética, 5ª ed., 2009, págs. 182 e 183) (grifamos)

“(…) 5) A Questão da Inexecuibilidade

O tema comporta uma ressalva prévia sobre a impossibilidade de eliminação de propostas vantajosas para o interesse sob tutela do Estado. A desclassificação por inexecuibilidade 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. (…)

5.1) (…)

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.

(…) Se ele dispuser de recursos suficientes e resolver incorrer em prejuízo, essa é uma decisão empresarial privada. Não cabe à Administração a tarefa de fiscalização da lucratividade empresarial privada. Sob esse ângulo, chega a ser paradoxal a recusa da Administração em receber proposta excessivamente vantajosa.

(…) 5.2) (…)

Se um particular dispuser-se a aplicar seus recursos para auxiliar o Estado, auferindo remuneração irrisória, isso não pode ser vedado por dispositivo infraconstitucional.

(…) 5.5) A questão da competição desleal

Nem se afigura relevante o problema da competição desleal e do risco dos preços predatórios. Mais precisamente, o tema não interessa à Comissão de Licitação, a quem não foram atribuídas competências para defesa da ordem econômica. (…)

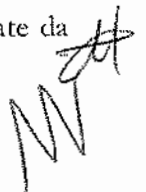
Logo, se um dos licitantes reputar que a oferta realizada no curso do certame caracteriza prática reprovável e abuso do poder econômico, a solução não reside em obter a desclassificação por inexecuibilidade. (…)

5.6) (…)

Aliás, observe-se que a eliminação de ofertas de valor reduzido pode configurar, por si só, uma ofensa aos princípios da competição leal. (…)

Insista-se em que a prática de preços inferiores aos custos não configura ato ilícito em si mesmo. Se um particular dispuser-se a atuar com prejuízo, isso não configura automaticamente infração à atividade econômica.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2015, pgs. 455 e 456).

Diante do que foi exposto, considerando as determinações/orientações do Tribunal de Contas da União e da doutrina, além das disposições legais afetas ao assunto, e tendo em vista que a análise da proposta apresentada pela empresa Recorrente considerou a planilha de preços como um todo, e não somente itens isolados, além de considerar o contexto geral em que a empresa está inserida, a fim de resguardar o município de Sobral no resgate da



proposta mais vantajosa, consideram-se procedentes as alegações da Recorrente B&Q ENERGIA LTDA.

Com efeito, exaustivamente debateu-se se a inexecutabilidade decorreria de uma Presunção Relativa – impondo por consequência a notificação do licitante para justificar seus preços, ou se seria hipótese de Presunção Absoluta – compelindo a Administração Pública a declarar desclassificada a proposta de preço em razão de encontrar-se configurada sua inexecutabilidade, caracterizando-se o ato da desclassificação como Ato Administrativo Vinculado.

Após anos de debate e divergências interpretativas, o Tribunal de Contas da União, pacificando internamente a questão, editou a Súmula de nº 262, adotando institucionalmente o entendimento já aqui arguido.

Diante da expressa e objetiva vedação à fixação de preço mínimo como condição de classificação em um processo licitatório, descabida seria a prevalência da tese de que as disposições contidas no artigo 48, §§ 1º e 2º, configurariam hipótese de desclassificação imediata e inequívoca, posto que se assim entendido, uma das duas regras se configuraria como letra morta, regra inócua, posto que, é fato, os limites em percentuais a partir dos quais passam a proposta de preço a ser presumidamente inexecutável, deteria a condição de preço mínimo de classificação.

Assim cabe verificar se o sujeito efetivamente se encontra em dia com suas obrigações tributárias e previdenciárias. Deve exigir-se o fornecimento de informações sobre o processo produtivo e sobre a qualidade dos produtos e insumos. É necessário solicitar do sujeito esclarecimento sobre a dimensão efetiva de sua proposta e assim por diante.

O que não pode ocorrer de forma alguma é o cancelamento da licitação ou desclassificação do licitante sob a argumentação que não conseguirá arcar com seus compromissos, pois não é da alçada do Estado fazer esse juízo de valor da empresa. Mas deve-se oferecer a oportunidade de defesa, em processo administrativo para que a empresa comprove por meio de documentos a executabilidade dos preços e garantia de entrega dos bens licitados.

De tal forma, expostos os fundamentos acima, em se verificando o enquadramento de uma proposta de preço ofertada em um certame nas hipóteses contidas nos

*MFA*



§§ 1º e 2º do art. 48 da vigente Lei Federal de nº 8.666/1993, deve a Administração Pública oportunizar o licitante para que o mesmo demonstre a viabilidade de sua Proposta Comercial, exatamente como agora o fez a Recorrente.

### 3. DAS CONCLUSÕES

Assim, e diante do que se viu, sem que se faça necessário maior divagação acerca do tema, entende esta Assessoria Jurídica conjunta pela PROCEDÊNCIA do Recurso Administrativo interposto pela licitante B&Q ENERGIA LTDA., uma vez que comprovada sua capacidade econômico-financeira para realizar o objeto da Concorrência Pública nº 007/2017-SECOMP.

Salvo melhor juízo, é o parecer.

Sobral (CE), 26 de outubro de 2017.

  
TALES DIEGO DE MENEZES  
ASSESSOR JURÍDICO DA SECOMP  
OAB/CE 26.483

  
RODRIGO MESQUITA ARAÚJO  
ASSESSOR JURÍDICO DA CENTRAL DE  
LICITAÇÕES  
OAB/CE 20.301

**DECISÃO ACERCA DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL**

Recebidos hoje.

Acolho a opinião da Assessoria Jurídica conjunta e, com base na fundamentação acima expendida, à luz da legislação vigente sobre o tema, **DECIDO PELA PROCEDÊNCIA DO RECURSO ADMINISTRATIVO EM TELA**, reformando-se a decisão da Comissão Permanente de Licitação para considerar e declarar vencedora a proposta apresentada pela empresa Recorrente.

Deverá a empresa Recorrente garantir a execução dos serviços com a respectiva entrega dos materiais indicados em sua manifestação.

Sobral (CE), 26 de outubro de 2017.

  
KARMELINA MARJORIE NOGUEIRA BARROSO  
PRESIDENTE DA CENTRAL DE LICITAÇÕES  
PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES

Prefeitura Municipal de Sobral

David Machado Bastos  
Secretário de Obras, Mobilidade e Serviços Públicos

DAVID MACHADO BASTOS  
SECRETÁRIO DE OBRAS, MOBILIDADE E SERVIÇOS PÚBLICOS