PROCESSO LICITATÓRIO N.º: 04.000069.24.08

PREGÃO ELETRÔNICO N.º: 97006/2024

OBJETO: Registro de preços para aquisição de Gás Liquefeito de Petróleo de 13kg e 45kg, conforme condições e exigências estabelecidas neste edital, Termo de Referência e demais anexos.

ASSUNTO: Recurso Administrativo

RECORRENTE: CWN Ferreira Ltda.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recurso administrativo interposto pelo licitante CWN Ferreira Ltda., em face do julgamento que aceitou a proposta da empresa Copa Energia Distribuidora de Gás S.A no item 01 do certame.

A Recorrente registrou a intenção de recorrer no dia 11/03/2024 e anexou as razões recursais no dia 18/03/2024.

Em 22/03/2024, o licitante Copa Energia Distribuidora de Gás S.A. encaminhou as contrarrazões, que passam a ser analisadas juntamente ao Recurso interposto.

2. ADMISSIBILIDADE

Recurso Administrativo e Contrarrazões aviados a tempo e modo, propostos nos termos do edital e da legislação aplicável.

3. DAS RAZÕES RECURSAIS E DAS CONTRARRAZÕES

Em suas razões recursais, a Recorrente aduz:

1) "No prosseguimento do certame, que ocorreu em conformidade com o previsto no Edital, foi declarada vencedora a licitante Copa Energia Distribuidora de Gás S A para o item 1, havendo apresentado o valor de R$ 79,00 (setenta e nove reais) em sua proposta, conforme registro no sistema: (...)";

2) Que "os valores apresentados pelas licitantes apresentam consideráveis indícios de não possuírem exequibilidade, considerando os valores dos itens em âmbito nacional e estadual, o que enseja a necessidade de se aferir a existência de condições adequadas para a execução completa do contrato resultante do procedimento licitatório";

3) "Para o item 1, a proposta acolhida possui o valor de R$ 79,00 (setenta em nove reais), entretanto, a média de preço nacional consta no valor de R$ 102,18 (cento e dois reais e dezoito centavos), conforme tabela disponibilizada no site da Petrobrás: (...)";

3.1. "Sendo assim, o preço apresentado possui diferença de mais de 20% em comparação ao preço médio no país. Além disso, também possui diferença de mais de 20% no valor em comparação à média de preço estadual, pois, conforme a tabela disponível, o preço médio no estado do órgão responsável pelo certame é de R$ 100,27 (cem reais e vinte e sete centavos): (...)".

4) "Assim, restam indícios quanto a exequibilidade das propostas apresentadas, considerando a adequada execução do estipulado para a contratação. É fundamental que as propostas tenham sua exequibilidade demonstrada, a fim de evitar possíveis riscos aos quais a Administração é passível de ser submetida, propiciando maior eficiência e celeridade no procedimento licitatório, pois, segundo Carlos Pinto Coelho Motta: (...)";

5) A empresa cita os subitens 9.4 a 9.6 do Edital e afirma: "Dessa maneira, é expressamente previsto que a exequibilidade das propostas é basilar para a continuidade do certame, sendo motivo passível de desclassificação, caso constatada a sua ausência. Outrossim, justifica-se a realização de diligências quando existentes indícios que demonstram possível inexequibilidade das propostas";

6) A Recorrente ainda cita o art. 59 da Lei nº 14.133/2021, a IN/SLTI nº 2/2008, jurisprudências e doutrina e assevera: "Portanto, se evidencia a necessidade da presente diligência, visto que a exequibilidade da proposta realizada pelas licitantes faz-se fundamental para que os procedimentos licitatórios ocorram da forma adequada, propiciando os melhores preços para a Administração, dentro da razoabilidade e em atendimento ao princípio da eficiência. Sendo assim, demonstra-

se necessária a comprovação de exequibilidade dos preços propostos pelas licitantes no processo em epígrafe";

6) Pede "que sejam solicitadas diligências para a comprovação de exequibilidade de todos os preços que estiverem 20% abaixo do preço de mercado, assim como também abaixo do preço médio da ANP, que deve ser feita através da apresentação da composição de preço, comprovando através de documentos fiscais de compra, assim como também documentos fiscais de venda que comprovem que o licitante já pratica os preços ofertados. Deve-se considerar que a não comprovação de exequibilidade configura declaração falsa e, portanto, passível de sanções, conforme instrumento convocatório";

   6.1. Requer que "que a licitante que não apresentar a devida comprovação de exequibilidade, nos conformes supramencionados, seja desclassificada para o certame, em razão da inexequibilidade das propostas apresentadas, considerando os princípios da Administração Pública. Além disso, solicita-se a aplicação das sanções administrativas cabíveis e a comunicação aos órgãos de controle, caso a inexequibilidade seja efetivamente constatada".

7) Requer o provimento das razões recursais.

Resumidamente, em suas contrarrazões, a Recorrida Copa Energia Distribuidora de Gás S.A alega:

1) "Em relação ao exposto, inicialmente cabe esclarecer que a Copa Energia é uma empresa tradicional e idônea no mercado, responsável pela distribuição de GLP no Brasil, reconhecida pela qualidade do seu fornecimento e distribuição a todos seus clientes, sempre prezando pela excelência em seu atendimento";

2) "A Copa Energia não está de acordo com o Recurso Administrativo apresentado, tendo em vista que o preço proposto referente ao GLP de 13Kg está condizente com o exigido em Edital";

3) Que "o Edital não estabelece o valor mínimo para os produtos ofertados, apenas estipula o estimado ou o valor máximo aceito(...)". "Desta forma, não havendo

exigências de preços mínimos, nada impede com que a Contratante estipule seu próprio preço que seja capaz de atender a licitação em questão";

4) "Destaca-se que a Copa Energia é uma empresa distribuidora de GLP, não se tratando de uma revenda, portanto, possui condições e porte para ofertar o GLP nos preços que a determinou";

5) Que "a mera alegação de inexequibilidade, pautada em abstrações, é insuficiente à desclassificação de uma proposta que se revele como a mais vantajosa, ainda mais se compatível o preço proposto ao valor orçado para a contratação pela Administração";

6) "Com isto, destaca-se que o preço estipulado ao item 01 por parte da Copa Energia, é fundamental para a atividade contratual da Recorrente, como instrumento de baliza aos valores oferecidos nos certames públicos e àqueles executados nas respectivas contratações" (Sic);

7) Requer que o recurso seja julgado improcedente.

4. DO MÉRITO:

Em síntese, a Recorrente alega, sem apresentar provas, que o preço ofertado pela Recorrida para o item 1 do certame apresenta considerável indício de inexequibilidade visto que "o preço apresentado possui diferença de mais de 20% em comparação ao preço médio no país. Além disso, também possui diferença de mais de 20% no valor em comparação à média de preço estadual(...)". Diante disto, requer a realização de diligência para comprovação de exequibilidade da proposta.

Em suas contrarrazões, a Recorrida afirma que "é uma empresa distribuidora de GLP, não se tratando de uma revenda, portanto, possui condições e porte para ofertar o GLP nos preços que a determinou".

Inicialmente, é de suma importância destacar que **é pacífico o entendimento jurisprudencial de que a inexequibilidade não pode ser presumida**. Veja:

"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."
(Súmula nº 262 do TCU)

"EXAME TÉCNICO:
(...)
Nessa linha, entende-se pertinente trazer à baila trecho do pronunciamento desta subunidade exarado no âmbito do TC Processo 040.582/2023-0 (peça 21 daqueles autos), no qual se concluiu, após profunda análise da jurisprudência do TCU e do Poder Judiciário, que **o verbete da Súmula - TCU 262, que compilou o entendimento do Tribunal acerca da análise de exequibilidade de propostas sob a égide da Lei 8.666/1993, no sentido de que o limite percentual previsto na lei faria surgir apenas uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta, permanece válido diante da Lei 14.133/2021 (grifos originais)**:
(...)
31. Valho-me mais uma vez de Marçal Justen Filho (Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico - 6ª Edição, pp. 181-182):

'A tendência deste comentarista é afastar o problema da inexequibilidade, não apenas no âmbito do pregão, mas em qualquer licitação. A formulação de proposta inexequível é problema particular do licitante, que deve resolver-se ou através da punição exemplar (quando a proposta não for honrada) ou no âmbito da repressão a práticas de abuso de poder econômico (quando o sujeito valer-se de seu poder econômico para infringir a competição econômica leal).

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.'

Nesses termos, cabe indagar se o referido enunciado de súmula também seria aplicável à novel lei de licitações e contratos. Nesse sentido, a tabela comparativa constante no item 4 deste pronunciamento mostra que não houve alteração textual significativa a justificar entendimento diverso ao defendido por este Tribunal de Contas. Embora tenha ocorrido mudança no limite e na metodologia de apuração do critério objetivo para consideração de uma proposta como inexequível, não houve introdução normativa que justifique não se realizar prévia diligência por parte da Administração Pública para conceder oportunidade ao licitante de comprovar a exequibilidade de sua proposta.

(...)

Assim, conclui-se que ambas as leis, conquanto apresentem critérios objetivos de aferição de inexequibilidade de proposta de licitante, são critérios relativos, a clamar por oportunidade a esse licitante de demonstrar a exequibilidade de sua proposta, argumentos que deverão ser analisados pelo órgão/entidade para verificar se são procedentes ou não (critérios subjetivos).

(...)

VOTO:

(...)

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

(...)

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 inexequibilidade 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;"

18. No mesmo sentido, cito o 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 inexequibilidade, devendo ser dada oportunidade aos licitantes de demonstrarem a exequibilidade de suas propostas**, em atenção à Sumula TCU 262 e ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública;"(...)"

(TCU - Acórdão nº 803/2024, Plenário, Representação, Rel. Min. Benjamin Zymler, data da Sessão: 24/04/2024)

"Acórdão:

(...)

9.3. com base no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, dar ciência à Base de Apoio Logístico do Exército das seguintes irregularidades detectadas no Pregão Eletrônico SRP 33/2016 para que se abstenha de adotar tais condutas, caso promova nova licitação para a aquisição dos serviços pretendidos:

(...)

9.3.3. adoção dos critérios de exequibilidade de preços previstos no subitem 6.6.4. do edital do Pregão Eletrônico SRP 33/2016 Edital e no art. 48, I e II, § 1º, a e b, da Lei 8.666/93, sem dar às licitantes a oportunidade de demonstrar a compatibilidade de suas composições de preços com sua estrutura gerencial e com as características do mercado e comprovar a viabilidade do lance ofertado, em afronta ao que prevê o Enunciado da Súmula de Jurisprudência do TCU 262; (...)" (destaquei)

(TCU - Acórdão nº 1244/2019, Plenário, Representação, Rel. Min. Marcos Bem-querer, data da Sessão: 30/05/2018)

"Sumário

(...)

1. **A desclassificação de proposta por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados e deve ser franqueada a oportunidade de cada licitante defender a respectiva proposta e demonstrar a sua capacidade de bem executar os serviços**, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório, antes que ele tenha a sua proposta desclassificada. 2. Constatadas ilegalidades no procedimento licitatório que possam ter contribuído para a restrição do caráter competitivo do certame, determina-se à entidade promotora que adote as providências visando à anulação da licitação, bem como do contrato dela decorrente.

(...)

Acórdão:

(...)

9.4.1.2. desclassificação sumária de licitantes que apresentaram preços considerados inexequíveis, em afronta ao que prevê o art. 48 da Lei 8.666/1993, sem a delineação de fundamento técnico para sustentar a declaração de inexequibilidade, e sem que fosse concedida a oportunidade dos excluídos demonstrarem a viabilidade de suas propostas, com prejuízo do disposto no art. 44, § 1º, da Lei 8.666/1993 e em divergência com a posição jurisprudencial do Tribunal de Contas da União (Acórdãos ns. 2.528/2012, 571/2013, 1.092/2013 e 3.092/2014, todos do Plenários, dentre outros) e o enunciado da Súmula 262/TCU; (...)" (destaquei)

(TCU - Acórdão nº 1.079/2017, Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer, data da Sessão: 24/05/2017)

Como demonstrado acima a jurisprudência entende que a inexequibilidade das propostas não deve ser presumida, devendo ser dado à empresa questionada o direito de apresentar os argumentos que demonstrem que a proposta ofertada por ela é exequível, acrescentando-se também, utilizando as sábias palavras do Doutrinador Marçal Justen Filho, que não cabe à Administração ser fiscal "da lucratividade empresarial", in Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª Ed. São Paulo: Ed.Dialética, 2012, pags. 754 a 757:

"**O tema comporta uma ressalva prévia sobre a impossibilidade de eliminação de propostas vantajosas para o interesse sob tutela do Estado. A desclassificação por inexequibilidade 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.

(...)

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. **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.

(...) **deve-se ter em vista que a inexequibilidade apenas deve ser pronunciada quando se evidenciar risco à efetiva viabilidade de execução do contrato. Vale dizer, se uma proposta de valor irrisório for plenamente executável por um particular, não estará em jogo o interesse público. A proposta não deverá ser excluída do certame**". (destaquei)

Não diferente é o entendimento do Tribunal de Contas de Contas da União:

"**VOTO:**

(...)

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 inexequível 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 inexequível 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.** (...)"

(TCU - Acórdão nº 803/2024, Plenário, Representação, Rel. Min. Benjamin Zymler, data da Sessão: 24/04/2024)

"Sumário

REPRESENTAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA POR CRITÉRIO NÃO PREVISTO NO EDITAL. PROCEDÊNCIA. ASSINATURA DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO ATO. POSSIBILIDADE DE RETOMADA DO CERTAME. CIÊNCIA DE OUTRAS IMPROPRIEDADES. ARQUIVAMENTO. 1. **Não há vedação legal à atuação, por parte de empresas contratadas pela Administração Pública Federal, sem margem de lucro ou com margem de lucro mínima, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecução da proposta** (Acórdão 325/2007-TCU-Plenário). 2. A desclassificação de proposta por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados (Acórdãos 2.528/2012 e 1.092/2013, ambos do Plenário).

(...)

Voto:

(...)

> 13. Os precedentes jurisprudenciais mencionados pela Secex-PE revelam que não cabe ao pregoeiro ou à comissão de licitação declarar subjetivamente a inexequibilidade da proposta de licitante, mas facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade das suas propostas.
>
> 14. Daí a Súmula-TCU 262, a qual estipula que "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".
> 15. Na mesma linha, outras deliberações desta Corte indicam que "a desclassificação de proposta por inexequibilidade deve ser **objetivamente demonstrada**, a partir de **critérios previamente publicados**". Nessa conformidade, a unidade técnica indicou o Acórdão 2.528/2012, reforçado pelo recente 1.092/2013, ambos do Plenário. (...)" (destaquei)
> **(TCU - Acórdão nº 3.092/2014, Plenário. Rel. Min. Bruno Dantas, data da Sessão: 12/11/2014)**

Neste sentido, a ora Recorrida afirmou de forma contundente em suas contrarrazões que o preço ofertado por esta para o item 1 do certame não é inexequível e que "possui condições e porte para ofertar o GLP nos preços que a determinou". Diante disto, não cabe ao Município refutar a alegação da empresa ou fiscalizar a lucratividade desta, questionando ou entrando em sua estratégica comercial.

Insta acrescentar que ao analisar os preços ofertados após a disputa de lances, constata-se que as propostas ofertadas pelos licitantes que ficaram em 2º e 3º lugar, dentre os quais, ressalta-se um é a própria Recorrente, não são muito distintas da ofertada pela Recorrida, restando demonstrado não haver, pelo menos *a priori*, fundamento para alegar a inexequibilidade do preço ofertado.

O preço ofertado pela Recorrente é R$ 88,00, ou seja, apenas 11% superior ao preço da empresa vencedora, o que segundo as contrarrazões apresentadas, se justifica pelo fato da Copa Energia ser uma distribuidora e a CWN Ferreira ser uma revenda, que possui uma cadeia de custos superior ao da primeira, afinal, para comercializar os seus produtos, provavelmente a revenda vai adquiri-lo de uma distribuidora, o que agrega um "custo extra" em sua mercadoria em relação a concorrente.

Outro ponto importante a se destacar é que Recorrente possui sede no Piauí, enquanto a Recorrida está situada Ibirité, cidade vizinha a Belo Horizonte, o que também leva a crer que os seus custos operacionais para executar o contrato possam ser superiores aos da Recorrida.

Cumpre salientar ainda, que durante o transcorrer do contrato, cabe ao Município fiscalizar e apontar qualquer descumprimento em sua execução, agindo de forma rigorosa no sentido de se fazer cumprir o pacto contratual e penalizando, quando for o caso. Diante disto, caso o Detentor das Ata, por alguma razão não cumpra o assumido, a Administração não estará descoberta, uma vez que poderá penalizá-la.

Sendo assim, não há que se falar em proposta inexequível, uma vez que a Recorrente não comprovou cabalmente a inexequibilidade da proposta apresentada pela Recorrida, bem como esta afirmou categoricamente que o preço ofertado é exequível. Desta forma, julgo improcedente as razões recursais.

Não obstante o exposto, apesar de ser demonstrada a improcedência das razões recursais quanto à suposta inexequibilidade do preço ofertado pela Recorrida, cumpre esclarecer que a Recorrida será inabilitada, de ofício, em face da divergência encontrada entre a declaração de cumprimento da reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social prestada pela empresa e o teor da certidão emitida no site https://certidoes.sit.trabalho.gov.br/pcdreab, onde consta que a mesma emprega em número inferior ao percentual exigido na legislação.

Assim, após a inabilitação da empresa Copa Energia Distribuidora de Gás S.A, o certame irá seguir os trâmites estabelecidos no Edital para o referido caso.

5. CONCLUSÃO

Pelos fatos e fundamentos expostos, recebo o recurso interposto pelo licitante CWN Ferreira Ltda. para, no mérito, no mérito, julgá-lo improcedente.

Nada mais havendo a relatar, submeto à Autoridade Administrativa Superior para apreciação e decisão, tendo em vista o princípio do duplo grau de jurisdição e conforme preceitua a legislação.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2024.

Giselle Marília Neves Mattar
Pregoeira

De acordo,

Emerson Duarte Menezes
Diretor de Compras