
A Melhor Proposta Sob a Ótica do Melhor Preço

Lêda Maria Ferreira Rocha

- » Bacharela em Administração de Empresas pela Universidade Estadual do Ceará;
- » Especialista em Direito e Processo Administrativos pela Universidade de Fortaleza;
- » Especialista em Auditoria pela Universidade Estadual do Ceará;
- » Pregoeira do Banco do Nordeste do Brasil S. A.

RESUMO

Este trabalho divide-se em quatro partes, todas vinculadas à análise das propostas de preços apresentadas, pelos licitantes, no âmbito das licitações públicas. O objetivo é escolher a melhor proposta para a Administração. A primeira parte enfatiza a importância da descrição do objeto do edital, que deve ser adequada, sucinta e clara, bem como tece algumas considerações sobre a estimativa de custos. A segunda faz uma apreciação da proposta inexequível e suas consequências para a Administração. A terceira faz um exame da proposta excessiva e a influência dos cartéis no preço. A quarta enfoca a importância do preço mesmo nas licitações dos tipos melhor técnica e técnica e preço e a necessidade da desclassificação da proposta ser fundamentada.

PALAVRAS-CHAVE:

Preço. Inexequível. Excessivo. Desclassificação. Proposta. Objeto.

SUMÁRIO:

Introdução. 1 Fases preliminares que vão impactar na proposta apresentada: 1.1 A descrição do objeto; 1.2 A estimativa de custos - 2 Proposta Inexequível: 2.1 Diferença entre a proposta inexequível e a proposta mais vantajosa; 2.2 Como analisar a inexequibilidade de uma proposta - 3 Proposta excessiva: 3.1 Considerações sobre a proposta excessiva; 3.2 A proposta excessiva e os cartéis - 4 A desclassificação das propostas frente à escolha do melhor preço - Conclusão - Referências

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, no contexto das licitações, vem se preocupando em fazer uma análise mais apurada das propostas de preços apresentadas pelos licitantes. Em especial, no que se refere à proposta inexequível e à proposta excessiva.

O risco de a Administração aceitar uma proposta inexequível é incalculável. Assim, se o particular não tem condições de executar o objeto pretendido pela Administração, em face do preço reduzido, restam as seguintes alternativas: fornecer um serviço ou produto de péssima qualidade; obter da Administração revisões e reajustes indevidos; provocar paralisações na execução dos serviços/obras, que implicarão em rescisão de contratos e novos processos licitatórios.

Por outro lado, a proposta excessiva é aquela que apresenta os preços superfaturados, onerando os cofres públicos sem a devida contraprestação dos bens ou serviços. Em muitos casos, a apresentação de proposta excessiva ocorre como consequência de formação de cartéis, que se constituem de empresas que se unem para dominar o mercado, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. Dessa forma, não restará alternativa à Administração Pública senão a desclassificação da proposta inexequível ou da proposta excessiva, com as devidas justificativas, ato este que visará a resguardar o patrimônio público.

1 FASES PRELIMINARES QUE VÃO IMPACTAR NA PROPOSTA APRESENTADA

A melhor proposta para a Administração nem sempre será a de menor preço, embora o menor preço seja, sempre, uma meta a ser almejada pela Administração. Para que uma proposta seja classificada em uma licitação, faz-se necessário que preencha os requisitos previstos em Lei e no edital.

O edital disciplina e prevê todas as regras do processo licitatório, por isso sua elaboração é uma tarefa complexa. Assim, o edital apresenta tópicos relevantes que vão influenciar decisivamente na formulação da proposta, tais como: a descrição do objeto e a estimativa de custos.

1.1 A DESCRIÇÃO DO OBJETO

A busca da melhor proposta pela Administração Pública começa desde a descrição do objeto da licitação. Um objeto mal definido leva o licitante a dúvidas que vão refletir diretamente na elaboração de sua proposta, ocasionando distorções entre o que a Administração está querendo e o que a empresa está oferecendo ao Poder Público.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 14, dispõe que a licitação deve descrever a “adequada caracterização de seu objeto”, sendo que o art. 40, inciso I, dispõe que o edital indicará, obrigatoriamente, o “objeto da licitação, em descrição sucinta e clara”. Dessa forma, conclui-se que a descrição do objeto deve ser adequada, sucinta e clara. Neste caso, “sucinta” não significa que a descrição seja simplória, sem detalhes. O que o legislador sugere é que a descrição seja desprovida de prolixidades desnecessárias ou detalhes irrelevantes, que apenas confundiriam o entendimento da descrição do objeto ou levariam alguns interessados a não participarem do processo licitatório, restringindo, assim, a competição. A descrição adequada e clara seria, portanto, aquela em que todos os detalhes essenciais e os aspectos fundamentais do objeto sejam contemplados de modo a não suscitarem dúvidas aos eventuais interessados no processo licitatório. Neste momento, cabe trazer a lume a observação feita por Marçal Justen Filho (2005, p. 386) sobre os artigos supra:

A descrição do objeto da licitação contida no edital não pode deixar margem a qualquer dúvida nem admite complementação *a posteriori*. Entre a opção de uma descrição sucinta e uma

descrição minuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública: tem de escolher a descrição completa e minuciosa. Certamente, a descrição deve ser clara. No caso 'sucinta' não é sinônimo de 'obscuro'. Se a descrição do objeto da licitação não for completa e perfeita, haverá nulidade [...].

A legislação que rege o pregão, Lei nº 10.520/02, o inciso II, do art. 3º, foi mais detalhista, quando dispôs que “a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas as especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição.” Esse dispositivo exige não somente que o objeto seja descrito de forma precisa, como também veda as especificações supérfluas que reduziriam a competição. Desse modo, o legislador sugere que a descrição do objeto contenha todas as características técnicas, suficientemente claras, para que os interessados, de posse dessas informações, possam disputar o certame em igualdade de condições. A definição “precisa e clara” do objeto apresenta relevante importância no caso de pregão, visto que essa modalidade de licitação destina-se à contratação de bens e serviços “comuns”, sendo necessário que o edital institua os requisitos objetivos e padronizados de caracterização do objeto. Assim, presume-se que a descrição de um bem ou serviço “comum” seja singular e sumária, bastando indicar suas características gerais, usuais aos padrões de mercado ou às regras técnicas de padronização. Convém lembrar, entretanto, que quanto mais o objeto de uma licitação exigir requisitos específicos, mais se afastará da natureza de bem ou serviço “comum”. Porém, isso não significa dizer que a Administração esteja proibida de exigir requisitos especiais acerca do objeto, sobretudo quando isso visar à obtenção de uma qualidade mínima do bem ou serviço a ser contratado.¹ Sobre a definição correta do objeto no edital, o Tribunal de

¹Nesse sentido Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2007, p.131) ensina: “A Administração tem o dever de indicar o objeto pretendido na licitação, inclusive com as características necessárias à qualidade satisfatória.”

Contas da União - TCU, na Súmula nº 177, manifestou-se da seguinte forma:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto da igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Verifica-se que, na Súmula, o TCU ressaltou não somente a importância da definição “precisa” e “suficiente” do objeto, mas também destacou como ponto relevante, nas licitações para compra, a determinação da “quantidade demandada”.² Isto porque a “quantidade” vai impactar diretamente na formulação da proposta de preço, visto que quando a compra é feita em quantidades reduzidas, o preço unitário tende a subir. Além do mais, o fornecedor vai precisar desta informação para avaliar se tem estoque suficiente para atender à demanda almejada pela Administração no prazo determinado.

1.2 A ESTIMATIVA DE CUSTOS

Outro ponto para que Administração tenha condições de escolher a melhor proposta é que disponha de uma estimativa de custos confiável, na qual sejam retratados os valores de mercado para o bem ou serviço a ser adquirido ou da planilha de custos, quando for o caso.

Uma estimativa confiável deve ser precedida de uma ampla pesquisa

²No mesmo sentido é a Decisão 069/96 - TCU, DOU de 18.03.1996, p. 4.532. “É obrigatória, quando do lançamento do processo licitatório, a adequada definição do objeto a ser licitado, inclusive quanto a quantitativos, não sendo permitida apenas a inclusão de um limite máximo dos serviços a serem contratados, sem que haja a previsão do que se pretende realizar, ante a vedação constante do §4º do art. 7º da Lei nº 8.666/93.” (MENDES, 2005, p.149).

de mercado, na qual alguns procedimentos devem ser observados, para que a Administração não cometa equívocos quando do julgamento das propostas no processo licitatório.

Dentre os diversos procedimentos que deverão orientar uma pesquisa de mercado segura destacam-se os seguintes:

a) A pesquisa deve ser dirigida para os possíveis fornecedores da Administração Pública, neste caso, aqueles em que as certificações de regularidade jurídica e fiscal estejam atualizadas. Isto porque de nada adiantaria ser computado um preço em que o fornecedor não aceita pagamento posterior, cobrando um preço diferenciado pelo pagamento a vista, ou não tenha condições de atender às peculiaridades da Administração Pública. Por conta disso, muitas vezes, o valor ofertado já se encontra com descontos máximos, não podendo ser comparado com o preço de um fornecedor que atenda às exigências da Administração, sob pena de provocar um desvio padrão bastante acentuado na média do valor estimado. Assim, a Administração poderá servir-se de consulta a bancos de dados, como o SICAF, COMPRASNET e outros, para aferir previamente a regularidade dos fornecedores que serão consultados;

b) Deve-se delimitar um espaço temporal no qual a pesquisa será realizada para que não surjam distorções. Este espaço temporal deverá ser razoável para que reflita os preços atuais, visto que existem produtos/serviços, cujos preços têm uma grande rotatividade em um curto espaço de tempo, enquanto noutros essa rotatividade requer um espaço de tempo maior. Este cuidado deverá ser redobrado quando a Administração lançar mão de bancos de dados já existentes no mercado;

c) Verificar se existe no mercado diversidade de marcas, atreladas à boa ou má qualidade do produto. Exemplo, um produto de marca “X” pode ser adquirido por um preço de R\$ 100,00, apresentando uma má

qualidade e outro produto de marca “Z” ser adquirido pelo mesmo valor de R\$ 100,00 e apresentar uma qualidade excelente. Sugere-se, então, que seja feita uma média de preços para cada marca significativa do mercado. Somente assim, a Administração poderá comparar o produto que está sendo oferecido na licitação com a estimativa de preços, levando-se em consideração a qualidade do produto;

d) Examinar a quantidade do produto por embalagem, pois existem produtos que quando adquiridos em embalagens maiores, o preço diminui;

e) Sopesar o prazo de garantia que será oferecido;

f) Levar em consideração o local onde o produto será entregue ou o serviço será prestado. Especialmente, no que se refere a custos com frete, os quais deverão ser computados na estimativa de custos;

g) Definir a quantidade do produto a ser adquirida ou do serviço a ser prestado, visto que quanto maior for a demanda menor será o preço ofertado.³

A pesquisa de mercado deve englobar o maior número possível de fornecedores do mercado. Por isso, a Administração poderá consultar o mercado varejista, o mercado atacadista, revistas especializadas, os fabricantes, sites especializados na Internet, banco de dados de conhecimento público etc.

Além da ampla pesquisa de mercado, é recomendável que a Administração faça comparações com dados obtidos junto a outros órgãos e entidades que possuam contratos semelhantes, incluindo, ainda, como parâmetro, os preços praticados em contratos anteriores, dentro do próprio órgão interessado na licitação.

³Nesse sentido Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2007, p.238) comenta: “Assim, o preço de mercado deve levar em conta: [...] b) o volume da demanda que tem reflexos nas vantagens da economia de escala;”

2 PROPOSTA INEXEQUÍVEL

2.1 DIFERENÇA ENTRE A PROPOSTA INEXEQUÍVEL E A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

A proposta inexecutável é aquela que apresenta o preço menor que o custo necessário para a sua execução. No entanto, para que se faça esse juízo, é necessário que a Administração conheça o mercado e disponha de uma estimativa de custos confiável. Pode acontecer, porém, que durante o processo licitatório as empresas venham a apresentar preços inferiores ao da Administração, o que não significa que sejam inexecutáveis, visto que aquelas conhecem os mecanismos da economia e têm acesso a informações mais precisas que a Administração.

A proposta inexecutável muitas vezes se confunde com a proposta mais vantajosa para a Administração. Fazer a diferença entre elas consiste em um trabalho árduo que requer a análise de alguns pontos fronteirizos, conforme a seguir.

A proposta inexecutável apresenta o preço baixo, no entanto, o proponente não tem condições de executá-la. A consequência disso é que na maioria das vezes a empresa irá fornecer um serviço ou produto de péssima qualidade, buscará obter da Administração revisões e reajustes indevidos, efetivará paralisações na execução dos serviços/obras, que implicarão em rescisão de contratos e novos processos licitatórios. Neste caso, os princípios da eficiência e da economicidade são afetados consideravelmente, visto que a proposta que, a princípio, parecia ter o “preço baixo”, ao longo da execução do contrato, poderá causar prejuízos incalculáveis para a Administração.

Por outro lado, a proposta mais vantajosa, também, apresenta o preço baixo, contudo o proponente tem condições de executá-la. Neste caso, cabe

à Administração fazer uma análise mais cuidadosa da proposta e verificar o que levou o fornecedor a oferecer preços tão reduzidos. Entretanto, a principal preocupação da Administração não deve estar focada no “preço baixo”, mas se o proponente tem condições de executar a proposta. Logo, faz-se necessário que seja verificada a condição financeira da empresa e, caso esta tenha capacidade patrimonial suficiente para arcar com os prejuízos advindos de sua proposta, a Administração não poderá recusá-la, visto que seria inconstitucional a Administração não aceitar benefícios a favor do Estado. Neste viés, por oportuno, Marçal Justen Filho comenta (2005, p.455):

Enfim, seria inconstitucional o dispositivo legal que vedasse a benemerência em prol do Estado. Impor ao Estado o dever de rejeitar proposta gratuita é contrário à Constituição. Se um particular dispuser-se a aplicar seus recursos para auxiliar o Estado, auferindo remuneração irrisória, isso não pode ser vedado por dispositivo infraconstitucional. Cabe admitir, portanto, que o Estado perceba vantagens e benefícios dos particulares.

Assim, a proposta de “preço baixo” adquire relevante preocupação quando a empresa não tem condições econômico-financeiras para executá-la, pondo em risco o interesse público. E este risco não pode ser repassado para a Administração, que veria frustrado o objetivo da licitação.

2.2 COMO ANALISAR A INEXEQUIBILIDADE DE UMA PROPOSTA

Baseada em suas estimativas de preços e orçamentos, a Administração pode determinar uma possível proposta inexecutável. Porém, esta suposição nunca será absoluta. Seja por falhas na estimativa de custos ou simplesmente por ter um fornecedor disposto e capaz de cumprir o objeto do contrato com preços menores. Portanto, é impossível estabelecer critério único, uniforme e padronizado para determinar a inexecutabilidade de uma proposta.

A diferença acentuada entre o valor da proposta e o valor orçado pela Administração obriga esta a exigir do fornecedor a comprovação acerca da viabilidade da execução da sua proposta nas condições ofertadas. Para isso, a Administração, conforme § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, poderá promover diligências destinadas a esclarecer ou complementar a instrução do processo licitatório. Assim, a Administração poderá convocar a proponente a prestar esclarecimentos e comprovações em relação aos custos com indícios de inexecutabilidade, dentro de um prazo determinado. Desse modo, o fornecedor deverá comprovar a exequibilidade de sua proposta, por meio de documentos que detalhem a sua viabilidade e prove que, embora com preço reduzido, a proposta ainda se mostra vantajosa para ele. Essa comprovação poderá ser feita por meio de planilha de custos detalhada, mediante apresentação de notas fiscais, comprovação de que está executando contrato com valor similar em órgão da Administração Pública, ou que existe outra empresa no mercado com contrato de valor similar ao de sua proposta etc.

Por outro lado, a Administração poderá verificar se o fornecedor está em dia com suas obrigações tributárias, trabalhistas e previdenciárias; realizar pesquisa de preço com fornecedores dos insumos utilizados, tanto atacadistas como fabricantes; examinar acordos coletivos, convenções coletivas ou sentenças normativas em dissídios coletivos de trabalho, junto aos sindicatos ou similares; analisar as soluções tecnológicas adotadas pelo fornecedor ou as condições excepcionalmente favoráveis que disponha para a prestação dos serviços ou fornecimento dos produtos; e, conforme o inc. IV do art. 43 da Lei 8.666/93, verificar a conformidade da proposta com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficiais competentes.

Acrescenta-se, ainda, que existe uma infinidade de razões que podem levar o fornecedor a ofertar um preço reduzido, por isso a

Administração deve ter muito cuidado ao reputar uma proposta como inexequível. Considera-se que pode ter ocorrido no mercado algum fato superveniente que tenha provocado a queda dos preços, que a empresa pode ter adotado novas tecnologias que lhe proporcionaram a diminuição no custo dos produtos ou o fornecedor possua estoque de matéria-prima, ou simplesmente tenha um grande estoque inativo do produto e queira ofertá-lo por preços menores etc.

Com o intuito de proporcionar maior segurança na análise de preços inexequíveis, o § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 definiu critérios objetivos para a avaliação da inexequibilidade, levando-se em conta o valor das próprias propostas apresentadas pelos licitantes, baseados em critérios estatísticos. Assim, uma proposta será considerada inexequível quando seu valor for inferior a 70% do menor dos seguintes valores: (a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração, ou (b) valor orçado pela Administração.

Contudo, destaca-se que referido cálculo determina uma presunção relativa de inexequibilidade, uma vez que leva em consideração exclusivamente a comparação com valores e custos de outras propostas, deixando de se referir à realidade econômica, girando em torno de uma operação aritmética aleatória e abstrata, não traduzindo se a proposta realmente é ou não inexequível. Então, uma proposta pode ser considerada inexequível em uma licitação, no entanto, em outra pode ser considerada exequível, dependendo dos valores das propostas dos outros proponentes.

Enfatiza-se, porém, que o § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 refere-se às licitações do tipo menor preço que versem sobre obra e serviço de engenharia. Todavia, nada impede que o cálculo ali mencionado seja usado em licitações que contemplem outros objetos. Nesta linha, é de grande valia a consideração de Joel de Menezes Niebuhr (2008, p. 5-13):

O raciocínio é linear: se a operação aritmética delineada no § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 é razoável para identificar proposta inexequível em licitação de obra e serviço de engenharia, ela também o é para as demais licitações. No entanto, a operação aludida não pode ser levada em consideração como se fosse algo absoluto. Ela presta-se apenas a oferecer subsídios para identificar proposta inexequível, já que, como visto à exaustão, gera apenas presunção relativa.

No entanto, como a presunção de inexequibilidade do § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 é relativa, a Administração poderá realizar diligência para que o licitante comprove a exequibilidade de sua proposta, imputando-lhe o ônus da prova.

Contudo, se o fornecedor não apresentar documentos convincentes, a Administração deverá declarar a proposta como inexequível e alijá-la do certame.

3 PROPOSTA EXCESSIVA

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROPOSTA EXCESSIVA

A proposta excessiva é aquela que apresenta o preço superior ao de mercado. Assim, é uma proposta que vai onerar os cofres públicos, pois a Administração vai pagar um valor superfaturado pelo bem ou serviço. A parcela excedente ao preço de mercado vai se constituir como prejuízo.

Um orçamento bem elaborado garantirá à Administração a segurança necessária para identificar uma proposta excessiva. Esse orçamento poderá determinar o preço estimado ou o preço máximo, em que o preço estimado é aquele que se caracteriza como referência, mas que não assinala um limite intransponível para fins de julgamento, sendo que a proposta, cujo valor ultrapassar esse preço, poderá não ser excessiva, desde que seu valor esteja dentro da faixa de mercado. Por outro lado, o

preço máximo é aquele que não poderá ser ultrapassado. Indica o limite máximo que a Administração está disposta a pagar. Portanto, toda proposta acima deste valor será considerada como excessiva e, conseqüentemente, desclassificada. Assim, a Administração definirá previamente no edital de licitação qual será o parâmetro de julgamento das propostas: se adotará o preço estimado ou o preço máximo.

Outra questão que se apresenta pertinente diz respeito a certame licitatório em que o critério de julgamento seja o menor preço global. Ainda que esse preço seja apresentado em planilha de custo, na qual os valores dos insumos registrados sejam unitários, somente será considerado para fins de julgamento o preço global. Portanto, se em uma proposta um ou dois dos insumos formadores do preço global tiverem valores acima do praticado no mercado, mas o preço global estiver compatível com o mercado, a proposta não será considerada excessiva. Assim, veja-se o que o TCU considerou sobre esse assunto:

Há de se distinguir os graus de discrepância existentes entre os custos unitários ofertados pelos licitantes e os custos unitários cotados pela Administração. Em uma licitação onde o objeto é composto pela execução de vários serviços [...] é evidente que alguns deles apresentarão preços unitários acima dos fixados pela Administração. O ponto, então, é saber a magnitude dessa diferença, e, ainda, os seus reflexos sobre a execução. Nos casos em que a discrepância é razoável, normal, não há de se falar em desclassificação de propostas. Não fosse assim, quer dizer, se qualquer sobrepreço em custos unitários autorizasse a desclassificação das propostas, seria difícil para a Administração contratar obras de grande porte, formadas pela execução de numerosos serviços.⁴

⁴Acórdão nº 159/2003 - Plenário, processo nº 006.821/2002-8, TCU - Plenário, Ministro Relator: Benjamin Zymler, publicado no DOU de 17.03.2003.

No entanto, a Administração, ao aceitar uma proposta que apresente alguns dos insumos com valores superiores aos de mercado, deve se assegurar para que esse licitante não venha, no futuro, propor revisão contratual com fundamento no aumento de quantitativo dos referidos insumos, os quais repercutiriam no preço final do produto ou serviço, levando-se em conta a planilha apresentada quando da licitação. Isto implicaria no chamado “jogo de planilha”, proporcionado por erros de quantitativos divulgados na planilha de custos do edital, advindos dos defeitos dos projetos, nos quais a licitação foi instaurada. Assim, no “jogo de planilha”, o licitante apresenta preços elevados para os itens que foram estimados, pela Administração, com quantitativos menores dos que os reais, e apresenta preços irrisórios para os itens que foram estimados com quantitativos superiores aos reais. Posteriormente, por ocasião da execução do contrato, o licitante solicitará à Administração a correção da estimativa de quantitativos desses itens, implicando em um aumento desproporcional ao valor de sua proposta apresentada na licitação. Assim, para que eventuais manipulações possam ser coibidas, a Administração deve inserir no edital cláusula prevendo que, em caso de acréscimos nos quantitativos do objeto, será respeitado o preço corrente de mercado, independentemente do preço unitário indicado na proposta vencedora.

3.2 A PROPOSTA EXCESSIVA E OS CARTÉIS

A consequência de a Administração Pública demandar bens ou serviços de setores cartelizados é a contratação por preços excessivos, onerando os cofres públicos.

A cartelização ocorre quando as empresas de um determinado segmento econômico se unem para combinar, previamente, os preços que serão ofertados por cada uma delas nas licitações, com a finalidade de dominar o mercado; eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente

os lucros. Assim, uma empresa vencerá uma licitação em um órgão, outra noutro e assim por diante.

O preço abusivo, muito superior ao encontrado no mercado, pode ser indício de formação de cartel, por isso a Administração precisa examinar cuidadosamente as propostas, compará-las com uma cotação de mercado segura, inclusive observando detalhadamente a composição do preço de cada item que compõe a planilha de custos. Observe-se, no entanto, que existe a possibilidade da prática do abuso do poder econômico não somente na fase externa da licitação, quando os licitantes apresentam as propostas, mas também durante a fase interna da licitação, quando da realização da cotação de preços. Nesse diapasão, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2004, p.360) ensina:

Os indícios de formação de cartel são revelados pelo preço abusivo, manifestamente superior ao praticado no mercado, e o fato de o menor preço ofertado também muito superior; outro indício foi apontado em processo apreciado pelo Tribunal de Contas da União, em que a instrução verificou que a relação de centenas de itens de uma planilha de custos ofertada por cada um dos licitantes estabelecia uma relação percentual constante entre os ofertantes, sendo absolutamente impossível tamanha coincidência sem que os licitantes tivessem conhecimento da proposta dos outros e, sobre elas, calculado a sua oferta.

Constatado, então, o abuso do poder econômico, a Administração, com fulcro no inciso II do art. 48, da Lei nº 8.666/93, desclassificará todas as propostas por cotação de preços excessivos e poderá lançar mão do disposto no § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666/93, determinando aos licitantes a apresentação de novas propostas escoimadas do vício da sobrevaloração.

Essa faculdade, em favor da Administração, é um poderoso instrumento de combate a preços superfaturados e tentativas de cartelização em licitações públicas. Assim, quando a Administração desclassifica todas

as propostas, torna público o preço de todas as empresas e, havendo na licitação uma empresa que não faça parte do cartel, esta poderá lançar um preço inferior, quando da apresentação das novas propostas. Além disso, mesmo que participem da licitação apenas empresas cartelizadas e, quando da reapresentação das propostas aquelas continuem ofertando preços superfaturados, a Administração, com base inciso VII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, poderá contratar diretamente pelo preço de mercado com outro fornecedor ou, até mesmo, iniciar um novo processo licitatório.

4 A DESCLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS FRENTE À ESCOLHA DO MELHOR PREÇO

Quando se tratar de examinar os preços cotados pelos licitantes, não importa o tipo de licitação nomeado. Mesmo nos certames dos tipos *melhor técnica e técnica e preço*, embora os licitantes tenham comprovado que são detentores da técnica aceitável e desejável para a execução do objeto do contrato, terão que cotar preços dentro da realidade de mercado, caso contrário, em linhas gerais, suas propostas serão desclassificadas. Ressalte-se, ainda, que o § 1º, inciso II, art. 46 da Lei 8.666/93, estabelece que, no tipo de licitação de *melhor técnica*, seja obrigatória a fase de negociação, tendo em vista o menor preço, enquanto que o § 2º, incisos I e II do mesmo artigo, impõe que, no tipo de licitação *técnica e preço*, sejam valoradas as propostas de preços e, posteriormente, classificados os licitantes de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço.

A desclassificação de uma proposta somente poderá ser efetuada mediante justificativa, na qual serão explicitados os motivos pelos quais a proposta apresenta-se inaceitável. A fundamentação deve indicar, de modo concreto, claro e conciso, o vício encontrado pela Administração. Nesse sentido, Marçal Justen Filho (2005, p.459) destaca uma abalizada e concisa observação:

É nula a decisão de desclassificação que simplesmente invoque, por exemplo, 'ofensa ao item... do Edital'. O licitante não pode ser constrangido a adivinhar o vício encontrado pela Administração. A fundamentação perfeita é imposta pelos princípios constitucionais da ampla defesa (art.5º, LV) e da legalidade (art.37, *caput*).⁵

Nos casos de desclassificação de proposta por inexequibilidade ou excessividade dos preços, a fundamentação torna-se mais complexa, em vista da amplitude dos elementos que podem compor o valor proposto. A exceção dos casos em que a autoridade julgadora possa aferir a inexequibilidade dos preços usando os critérios objetivos estabelecidos no § 1º do art. 48, da Lei nº 8.666/93, a Administração terá que buscar justificativas em dados fora da licitação, tais como: conhecimento econômico-financeiro, técnico-científico, pesquisa de mercado, regras jurídicas etc., além de ter que indicar a fonte dos dados obtidos. Não basta que a Administração diga que o preço é "excessivo", terá que justificar sua afirmativa e, ainda, mostrar que tem condições de obter valores mais reduzidos. Por outro lado, não basta dizer que o preço é "inexequível", faz-se necessário justificar com dados concretos que a proposta não terá condições de satisfazer o objeto do edital.

5 1. Nesse sentido é a Decisão 366 - TCU, DOU nº 121-E, de 29.06.1998, p.20. "A Comissão de licitação, ao desclassificar proposta com base na sua inexequibilidade, deve demonstrar e motivar a sua decisão. O simples fato de o preço cotado ser 20% (vinte por cento) inferior ao orçamento base apresentado pela Administração não é justificador suficiente para desclassificação." (MENDES, 2005, p.178). 2. No mesmo sentido é a Decisão 855/2002 - Plenário do TCU, DOU de 31.07.2002, "Deverá constar da ata de julgamento, na hipótese de desclassificação de propostas em razão de preço excessivo, o parâmetro utilizado para a desclassificação" (BRASIL, 2006, p. 182). 3. O TRF da 1ª Região manifestou-se da seguinte forma: "A eventual inexequibilidade da proposta vencedora do procedimento licitatório não pode ser presumida." (MAS 2001.34.00.018039-0/DF; Sexta Turma; data da decisão: 25.08.2003; DJ: 22.09.2003, p. 95; Relator: Desembargador Federal Souza Prudente).

CONCLUSÃO

A licitação é o procedimento administrativo mediante o qual é selecionada a melhor proposta para a execução do objeto pretendido pela Administração. Essa escolha deve ser criteriosa e, para tanto, a Administração precisa dispor de uma estimativa de custos segura e confiável, diante da qual poderá estabelecer uma análise comparativa frente às propostas apresentadas pelos licitantes.

Dessa forma, quando uma proposta se apresenta com preço bastante reduzido, deverá ser analisada sua exequibilidade, visto que uma proposta inexecutável pode gerar sérios prejuízos ao interesse público, já que o particular contratado não terá condições de executar materialmente o objeto. Por outro lado, a Administração não poderá aceitar uma proposta que se apresente com o preço superfaturado, sob pena de onerar os cofres públicos.

Assim, a melhor proposta para a Administração será aquela que ofereça as melhores condições de execução do objeto pretendido e que apresente preço adequado à realidade verificada no setor de mercado específico, sem indicação de preços excessivos ou manifestamente inexecutáveis.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações & contratos: orientações básicas*. 3. ed. rev. atual., e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2006.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 159/2003* - Plenário, processo nº 006.821/2002-8. Ementa: Levantamento de Auditoria. Companhia de Saneamento de Sergipe. Obras da adutora do Alto Sertão e

Sertaneja. Indícios de irregularidades que podem acarretar dano ao erário. Determinada a anulação da licitação. Ciência ao Congresso Nacional. Ministro Relator: Benjamin Zymler, publicado no DOU de 17.03.2003.

_____. Tribunal de Contas da União. *Decisão nº 366/1998* - Plenário, processo nº TC 575.094/98-2. Ementa: Representação formulada por licitante contra a UFRJ. Desclassificação por apresentar preços inexequíveis. Ausência de justificativa. Procedência parcial. Determinação. Ministro Relator: Valmir Campelo, publicado no DOU nº 121-E, de 29.06.1998, p.20.

_____. Tribunal de Contas da União. *Decisão nº 855/2002* - Plenário, processo nº 001.588/2001-0. Ementa: Representação formulada por licitante. Possíveis irregularidades praticadas pela CEF. Concorrência para aquisição de mobiliário destinado a diversas agências. Desclassificação de propostas ante a utilização de critérios não previstos em edital. Modalidade de licitação indevida. Realização de audiência dos membros da comissão de licitação. Configuração de vícios de natureza formal. Conhecimento. Determinação. Arquivamento. Ministro Relator: Benjamin Zymler publicado no DOU de 31.07.2002.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *MS nº 2001.34.00.018039-0/DF*. Ementa: modalidade/limite/dispensa/inexigibilidade - licitações - administrativo. Sexta Turma. Relator Ministro: Desembargador Federal Souza Prudente. Data da decisão: 25.08.2003; DJ: 22.09.2003, p. 95.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. *Contratação direta sem licitações: dispensa e inexigibilidade de licitação, procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta e breves comentários às modalidades de licitação, inclusive o*

pregão. 5. ed. 4. Tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 4. ed. rev.atual. de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os Decretos Federais nº 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2005.

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e contratos anotada*. 6. ed. ver. e atual. Curitiba: Zênite, 2005.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006.

_____. Propostas inexequíveis. *Revista Zênite - ILC Informativo de Licitações e Contratos*. Curitiba: Zênite, v. 15, n. 167, p. 5-13, jan. 2008.

PANKO, Larissa; PEREIRA, Melissa de Cássia; CORRÊA, Rogério. *Pregão presencial e eletrônico: cenário nacional*. Curitiba: Negócios Públicos, 2008.