



JULGAMENTO DE RECURSO

GRUPO 1 (itens 1 e 2)

e

GRUPO 2 (itens 3 e 4)

Pregão Eletrônico nº 7/2020

Objeto: Escolha da proposta mais vantajosa para eventual contratação, pelo sistema de Registro de Preços, de serviços continuados de *outsourcing* para operação de almoxarifado virtual, sob demanda, visando ao suprimento de materiais de consumo, via sistema *web* disponibilizado pela Contratada, às Unidades da Administração Pública Federal - APF, localizadas em todo território nacional, a ser executado de forma contínua, conforme condições, exigências e estimativas estabelecidas neste Edital e seus anexos.

Tipo de Licitação: Menor preço

Processo Administrativo nº 19973.101898/2019-81

Recorrente: Roriz Comércio e Importação Ltda.

GRUPO 1 (itens 1 e 2): Serviços de Almoxarifado Virtual com entrega porta-a-porta nos endereços dos órgãos usuários em todos os **estados das regiões norte e sudeste.**

Recorrida: AUTOPEL Automação Comercial e Informática Ltda.

GRUPO 2 (itens 3 e 4): Serviços de Almoxarifado Virtual com entrega porta-a-porta nos endereços dos órgãos usuários em todos os **estados das regiões centro-oeste, sul e nordeste.**

Recorrida: BRS Suprimentos Corporativos S/A

1. DAS PRELIMINARES

1. Do Recurso

1.1. Recurso administrativo interposto, tempestivamente, pela empresa Roriz Comércio e Importação Ltda., doravante denominada Recorrente, contra decisão do Pregoeiro que declarou as empresas AUTOPEL Automação Comercial e Informática Ltda. para o Grupo 1, e BRS Suprimentos Corporativos S/A para o Grupo 2, ambas doravante denominadas Recorridas, vencedoras do Pregão Eletrônico SRP nº 7/2020.

1.1.1. A peça recursal foi anexada ao www.comprasgovernamentais.gov.br no dia 26 de novembro de 2020.

1.1.2. Todos os licitantes foram cientificados da existência de intenção de apresentar recurso, manifestada pela Recorrente na sessão pública.

1.2. Da admissibilidade

1.2.1. O critério de aceitabilidade do recurso exige a manifestação imediata e motivada da intenção de recorrer, tão logo seja declarado o vencedor do certame, conforme dispõe o artigo 44 do Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019:

Art. 44. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, dentro do prazo concedido na sessão pública, de forma imediata, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer.

1.2.2. Conforme registrado em ata, após a declaração do vencedor do Grupo 1 e do Grupo 2 da licitação, a Recorrente manifestou imediata e motivadamente a intenção de recorrer contra a decisão do

Pregoeiro.

1.3. Assim, as peças recursais apresentadas cumprem os requisitos de admissibilidade previstos na legislação, pelo que se passa à análise de suas alegações.

2. DAS ALEGAÇÕES E REQUERIMENTO DA RECORRENTE

2.1. Preliminarmente, cumpre esclarecer que as alegações apresentadas pela Recorrente apesar de constar em duas peças recursais os conteúdos argumentativos são os mesmos. Dessa forma o julgamento dos recursos será efetuado pelo Pregoeiro em apenas um documento.

2.2. A Recorrente impõe-se contra a decisão que declarou as empresas Recorridas vencedoras dos Grupos 1 e 2 do Pregão Eletrônico SRP nº 7/2020, alegando em síntese:

"a. Encerrada a etapa de lances do Grupo 1, essa Administração classificou, em primeiro lugar, a licitante Autopel, com uma proposta de Taxa de Ajuste de apenas 8,41% sobre o valor dos pedidos a serem realizados pelos órgãos participantes com base no Painel de Preços do Governo Federal.

b. Encerrada a etapa de lances do Grupo 2, essa Administração classificou, em primeiro lugar, a licitante BRS, com uma proposta de Taxa de Ajuste de apenas 11% sobre o valor dos pedidos a serem realizados pelos órgãos participantes com base no Painel de Preços do Governo Federal.

c. Alega que a proposta de preços da Autopel (Grupo I) e a proposta de preços da BRS para o Grupo II são manifestamente inexequíveis e que a aceitação dessas propostas coloca em risco a execução do contrato licitado, uma vez que o percentual de Taxa de Ajuste proposto pelas licitantes recorridas não cobre todos os custos que direta e indiretamente incidem sobre a execução da atividade a ser prestada nos termos descritos no instrumento convocatório."

2.3. Visando melhor compreender os questionamentos trazidos pela Recorrente, faz-se necessário trazer à baila, de forma mais ampla, as afirmações contidas na peça recursal:

GRUPO 1 - AUTOPEL

"[...]

2. A INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA DA AUTOPEL

Ao aplicar o valor da proposta de preço da licitante Autopel no Comprasnet ao cálculo do item 7.3 do edital, alcança-se uma oferta de Taxa de Ajuste de apenas 8,41% para atendimento aos pedidos dos órgãos participantes situados nas regiões norte e sudeste do Brasil, percentual este que deve ser aplicado sobre o valor dos insumos no Painel de Preços do Governo Federal.

Chama a atenção, de início, que o percentual de Taxa de Ajuste ofertado pela Autopel é significativamente menor do que o percentual de referência estabelecido pelo próprio Ministério da Economia, de 37,74%, revelando uma grande divergência entre a composição de custos elaborada pela licitante e a que foi feita pelo Corpo Técnico dessa Administração.

*Essa expressiva diferença entre o preço orçado por essa Administração, **que foi validado com diversas empresas do setor na fase interna da licitação**, em relação ao preço que foi ofertado pela licitante declarada vencedora já seria o suficiente para levantar dúvidas quanto à seriedade da proposta.*

No entanto, ao se analisar todas as obrigações a serem assumidas pela futura contratada desta licitação fica mais do que evidente que a proposta de preço da Autopel é manifestamente inexequível e não é capaz de cobrir todos os custos da contratação, devendo ser desclassificada por essa Administração.

Segundo os termos do instrumento convocatório, no percentual de Taxa de Ajuste estão inclusos todos os custos operacionais, como armazenamento e transporte, e as despesas com obrigações trabalhistas, sociais, previdenciárias e tributárias que incidem direta e indiretamente sobre a atividade. Ainda, estão incluídos nesta Taxa, obviamente, as despesas administrativas e o lucro da empresa.

*Basta uma mínima noção sobre a operação da atividade empresarial que está sendo contratada para verificar que é **absolutamente impossível** alocar todos esses custos dentro de uma margem de apenas 8,41% sobre o valor do produto.*

Apenas o custo com o frete dos insumos representará, na larga maioria das vezes, um valor muito próximo a esse percentual.

Deve-se levar em consideração que a futura contratada não atenderá apenas os órgãos requisitantes que estão situados nos centros urbanos próximos à sua sede. Assim como deverá

atender pedidos na capital de São Paulo, a contratada deverá também atender, pela mesma taxa de 8,41%, a pedidos em todo o interior do norte e sudeste do Brasil, como em Parintins, no interior do Amazonas (UASG 158560), ou em Paragominas, no Pará (UASG 156103) ou, ainda, em Guajará-Mirim, na divisa de Rondônia com a Bolívia (UASG 194004).

E não é só frete que está incluso nessa margem. Somado a ele estão todas as atividades descritas no Termo de Referência, dentre as quais destacam-se a prestação do serviço de solução integrada de logística, com a disponibilização de plataforma que possibilite a realização, o controle e a gestão dos pedidos, bem como os mecanismos para o gerenciamento do consumo e demanda e o fornecimento, sob demanda, de materiais de consumo com entrega porta-a-porta.

É claro como o sol que o percentual de Taxa de Ajuste ofertado pela Autopel não é capaz de cobrir todos os custos da operação que está sendo licitada, o que fica ainda mais evidente levando-se em consideração que as operações serão tributadas, também, pelo ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação), o que, provavelmente, também não está sendo considerado na oferta de preço da recorrida, dada a pequena margem entre o custo do produto e o que a empresa vai receber da contratante.

Sobre o tema, não se desconhece que, em resposta a consultas, essa Administração informou que a interpretação da Central de Compras é que a tributação incidente na atividade seria de ISSQN, em razão da “natureza mista” da operação, contemplando serviço que estaria listado pela Lei Complementar nº 116/2003 (afastando a incidência de ICMS).

Tal resposta foi, muito apropriadamente, exarada na condição de uma “opinião” dessa Central de Compras, uma vez que a análise sobre a incidência do ICMS cabe, como bem sabem os gestores dessa Pasta, aos órgãos fazendários estaduais, conforme prevê a Constituição.

Essa opinião, contudo, é equivocada e deve ser revista por esse Ministério, pois não reflete a correta composição de custos do contrato e, tampouco, servirá como base legal para afastar a cobrança do tributo estadual nas futuras autuações que a Autopel certamente sofrerá pelos respectivos fiscos, por três razões principais:

2.1 A NÃO CARACTERIZAÇÃO DE OPERAÇÃO DE NATUREZA MISTA

A tese de que a atividade que está sendo licitada é tributada exclusivamente pelo ISSQN toma por base um entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, nas operações mistas, de fornecimento de produtos cumulada com prestação de serviços, a legislação autoriza a incidência do ISSQN e afasta o ICMS.

Para a aplicação deste entendimento, é necessária a prestação de um serviço previsto na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003. No caso em tela, a Central de Compras entendeu que o objeto licitado possui dois serviços incluídos no rol da LC nº 116/2003, o que afastaria a incidência do tributo estadual, são eles:

- a) *Gestão de estoque, gestão de pedidos e gestão de logística de transporte: previsto no item “17 – Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres”.*
- b) *Disponibilização de plataforma eletrônica: previsto nos subitens “1.07 – Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados”; e “1.08 – Planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas”.*

No entanto, dois são os fatores que afastam a interpretação de que esses serviços podem ser enquadrados nas hipóteses da LC nº 116/2003: a ausência de previsão de gestão de estoque, gestão de pedidos e gestão de logística na LC nº 116/2003 e a não prestação desses serviços a terceiros para efeitos tributários.

Explica-se:

Em relação à ausência de previsão expressa para os “serviços de gestão” (de estoque, pedidos e logística), esse fato fica evidente ao conferir que o seu enquadramento foi feito sobre a redação do “caput” do item 17 (com o termo genérico “Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres”) e não sobre nenhum dos seus 25 subitens, que trazem hipóteses concretas de incidência.

Ocorre que a aplicação do ISSQN não é feita com a subsunção do caso concreto ao “caput” dos itens da mencionada lista, mas, sim, a uma das hipóteses em seus **subitens**.

A redação utilizada no “caput” do item 17 serve, apenas, para reunir todas as atividades próximas, mas não é considerada, em si, uma hipótese de incidência do tributo. Isto é, **os itens na lista da LC Nº 116/2003 são apenas títulos e não normas propriamente ditas.**

Tanto é assim que no Código Tributário do município da sede da licitante Autopel, Santana do Parnaíba/SP [disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/codigo-tributario-santana-de-parnaiba-sp>>], os itens (títulos) foram suprimidos e **não há a previsão da hipótese de “Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres”**.

Por outro lado, quando efetivamente é a intenção do Legislador incidir o tributo sobre a atividade que já está expressamente prevista no “caput” do item, a sua redação é replicada em um subitem, como é o exemplo do item “21 – Serviços de registros públicos, cartorários e notariais” com redação idêntica no seu único subitem: “21.01 - Serviços de registros públicos, cartorários e notariais”.

No caso em tela, como se vê, os “serviços de gestão” compreendidos nesta licitação não se enquadram a nenhuma das hipóteses previstas na LC nº 116/2003, nem mesmo se assemelham a elas para justificar uma aplicação análoga, o que afasta a incidência do ISSQN sobre essas atividades.

Em segundo, com relação à não prestação desses serviços a terceiros para efeitos tributários, a questão também é muito simples.

Os serviços de gestão de estoque, gestão de pedidos e gestão de logística de transporte, em que pese serem obrigações da contratada dentro de um negócio bilateral, não representam nenhuma atividade econômica para fins fiscais, uma vez que a contratada estará gerindo o seu próprio estoque e fazendo a logística dos seus próprios materiais, os quais serão da Administração apenas quando a entrega for realizada (momento em que será dado baixa do estoque da contratada e emitida a respectiva nota fiscal).

Independentemente da nomenclatura utilizada no instrumento convocatório para a operação pretendida, fato é que todas essas obrigações acessórias, assim como a manutenção de uma plataforma on-line (tal como fazem todas as lojas na internet), não representa uma atividade prestada ao consumidor final mas, sim, como procedimentos que orbitam a atividade comercial, que é o verdadeiro objeto da contratação, agregando valor ao produto final.

Tanto é assim que o próprio edital determina que o valor da nota fiscal deverá ser o valor final do produto (insumo + taxa de serviço), conforme itens 15.6.4. e 27.2.1 do Termo de Referência e resposta dessa Central de Compras a uma das consultas, não sendo destacado o “preço” de cada serviço.

Portanto, é mais do que evidente que tais serviços, ainda que bastante complexos, não serão considerados para efeitos fiscais, pois o seu preço estará embutido no valor do produto material a ser entregue, afastando a pretensa “operação mista” e o afastamento da incidência do ICMS.

2.2 INCIDÊNCIA DO ICMS EM RAZÃO DA ATIVIDADE DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

A ideia de que o contrato licitado se resume às atividades de gestão de estoque, pedidos e logística de transporte e disponibilização de plataforma da internet ignora a principal atividade a ser realizada: o fornecimento dos insumos, sobre a qual incide o ICMS.

Segundo o artigo 2º da Lei Complementar nº 87/1996, com arrimo no art. 155, II, da Constituição Federal, o ICMS incide em **todas** as operações relativas à circulação de mercadorias. O fato gerador da incidência desse tributo é, portanto, a circulação do bem material, independentemente de a operação se tratar de venda ou revenda, completando e intermediando o fluxo econômico entre produtor e consumidor.

Em termos ainda mais claros, o fato gerador da tributação do ICMS é uma obrigação de dar (entregar o material), ao passo que, para a tributação do ISSQN, é uma obrigação de fazer (prestar determinado serviço).

No contrato em tela, a principal operação da contratada é, inquestionavelmente, revender aos órgãos da Administração Pública Federal os insumos listados no instrumento convocatório. Tem-se uma atividade preponderantemente mercantil.

Independentemente da nomenclatura adotada para essa operação pelos competentes gestores dessa Pasta, ela é, essencialmente, a comercialização dos produtos, sendo que todas as demais atividades (gerir estoque, pedidos e logística e disponibilizar site na internet, o chamado outsourcing) são acessórias para atender a esse fim, o que fica evidente ao se considerar que: (1) o valor da contraprestação está atrelado à quantidade de bens entregues; e (2) na proposta da Autopel, o valor desses serviços representa apenas 8,41% do valor dos insumos e apenas 7,76% do valor final da operação (insumo + taxa de ajuste).

Exemplificando:

Um pedido de R\$ 300,00 (preço mínimo para a região sudeste, conforme item 14.1 do Termo de

Referência) seria fornecido pela Autopel por R\$ 325,23, o que corresponde ao valor do produto mais a Taxa de Ajuste de 8,41%.

Isso significa que a mercadoria tem valor de R\$ 300,00 e os serviços prestados para que essa mercadoria seja fornecida custarão apenas R\$ 25,23, menos os impostos e contribuições incidentes, que estão inclusos nessa ínfima importância.

Em uma Nota Fiscal de R\$ 325,23:

Mercadoria = R\$ 300,00

Serviços, impostos e contribuições = R\$ 25,23

É mais do que evidente que não se trata de uma operação de prestação de serviço, mas, sim, de fornecimento de mercadoria, o que certamente levará à cobrança do ICMS pelas receitas estaduais competentes.

Ademais, a contratada, ao comprar a mercadoria (com ICMS agregado), terá que dar entrada no seu estoque e, ao fornecer para a contratante, terá que dar baixa no produto com a emissão de nota fiscal de venda, dando origem ao fato gerador para a cobrança de ICMS ao consumidor final (o órgão requerente) e a compensação do tributo já pago na aquisição do material, uma vez que este é não-cumulativo (conforme art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal).

Cumpra-se destacar que o edital desta licitação é cristalino ao estabelecer que no valor proposto deve estar incluso todos os custos tributários e, ainda, que a contratada é a única responsável pela cotação dos encargos tributários. Assim é a redação dos itens 6.3 e 6.4 do instrumento convocatório:

6.3. Nos valores propostos **estarão inclusos todos** os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, **tributários**, comerciais e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente na prestação dos serviços.

6.4 **A empresa é a única responsável pela cotação correta dos encargos tributários**. Em caso de erro ou cotação incompatível com o regime tributário a que se submete, serão adotadas as orientações a seguir: (grifou-se)

O fato de constarem na lista de atividades tributadas pelo ISSQN da Lei Complementar nº 116/2003 algumas atividades de menor relevância que compõem o objeto licitado (e que se prestam, tão somente, a operacionalizar de forma mais eficiente a circulação dos materiais) não tem o condão de afastar a tributação sobre a parcela de maior relevância, que é feita, inclusive, por entes federativos distintos.

Interpretação em sentido contrário levaria à ideia de que todo ato comercial realizado virtualmente deveria recolher apenas ISSQN, e não ICMS, simplesmente porque as lojas fazem a gestão do próprio estoque e têm um site na internet.

Esse entendimento, além de não fazer nenhum sentido, é absolutamente inconstitucional, pois afastaria dos estados a aplicação do tributo que lhes compete por força do art. 155, II, da Constituição Federal.

A questão da incidência do ICMS nas operações de outsourcing pretendidas pelo Governo Federal foi, inclusive, matéria de análise pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, em resposta à consulta tributária nº 20993/2019, assim ementada:

ICMS – Operação de circulação de mercadoria – Fornecimento de materiais de uso e consumo precedida de atividade imaterial de serviço logístico – Incidência.

I. As operações relativas à circulação de mercadorias (e, portanto, sob a égide do ICMS) são fundamentalmente aquelas que, circunscritas num contexto empresarial, impulsionam a mercadoria da fonte produtora ao consumidor final.

II. Tais operações implicam, via de regra, em uma obrigação de dar (a mercadoria), concomitantemente ou não com uma obrigação de fazer, sem que isso altere a natureza da operação.

III. **Uma atividade essencialmente comercial, ainda que precedida de uma atividade imaterial de serviço logístico, não pode ser considerada como uma prestação de serviço** (grifou-se).

[Disponível em <https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/RC20993_2019.aspx>. Acesso em 24 nov. 2020.]

Vê-se, portanto, que a operação pretendida pelo Ministério da Economia é de natureza relativa à **circulação de mercadorias**, sobre a qual incide ICMS por força da norma constitucional, ainda que se realizem atividades imateriais de serviços de gestão de estoque, logística ou implementação de sistema informatizado para tornar mais eficiente a operação mercantil.

2.3 INCIDÊNCIA DO ICMS EM RAZÃO DO TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL DE MERCADORIAS

*Além de não prever a incidência de ICMS sobre a circulação de bens materiais, que efetivamente serão devidos por força do art. 155, II, da Constituição Federal e o art. 2º da Lei Complementar nº 87/1996, também é ignorada a incidência do tributo estadual sobre o **transporte intermunicipal e interestadual** dos materiais.*

O mencionado art. 2º da Lei Complementar nº 87/1996 é claro ao dispor que:

Art. 2º O imposto incide sobre:

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

Ora, o Grupo 1 do Pregão em tela prevê o atendimento de quase 600 mil pedidos dos 264 órgãos participantes espalhados pelos 11 estados das regiões norte e sudeste do país.

É mais do que evidente que nem a Autopel e nenhuma outra empresa consegue manter um centro de distribuição em cada um dos municípios onde estão os órgãos participantes desta contratação, muito menos pela Taxa de Ajuste quase irrisória cobrada pela recorrida.

*Com isso, **sempre que for realizado o transporte de insumos entre municípios ou estados, haverá a incidência do ICMS**, conforme prevê a legislação.*

Ainda que se desconsidere a natureza essencialmente relativa à circulação de mercadorias desta contratação, é mais do que evidente que a futura contratada não poderá recolher ISSQN sobre o valor do frete, mas, sim, deverá recolher o ICMS, sob pena de configuração de evasão fiscal.

3. A NECESSÁRIA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA PARA VERIFICAR A EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA

Todo este arrazoado se presta demonstrar que a proposta da Autopel é manifestamente inexequível e não pode ser aceita por essa competente Coordenação-Geral de Licitações.

A proposta classificada em primeiro lugar não é capaz de cobrir todos os custos da contratação, dentre os quais estão os custos operacionais, como armazenamento e transporte, assim como as despesas com obrigações trabalhistas, sociais, previdenciárias e, sobretudo, tributárias, pois há, ainda, a incidência de ICMS.

Especificamente quanto aos vícios de natureza tributária, o Tribunal de Contas da União (TCU) rechaça, há muito, a aceitação de propostas que desprezam a realidade das normas tributárias e que dão azo para que, após a contratação, as contratadas façam pedidos de equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

45. Com efeito, ao admitir uma proposta com tais imperfeições, a administração pública pode ficar sujeita a uma posterior oposição de dificuldades para a execução contratual de parte da empresa. Não seria surpresa se, frustrada a alíquota incerta, que possibilitou cotações mais baixas e a adjudicação do objeto, a contratada viesse alegar a necessidade de equilíbrio econômico-financeiro, com base, por exemplo, no § 5º do art. 65 da Lei nº 8.666/93: (...). Chancelar uma promessa como se fosse uma prescrição de lei, com a boa intenção de contratar por menos, pode acabar trazendo conseqüências danosas para os cofres públicos. Além disso, transgride o princípio da legalidade desprezando, no caso, a realidade tributária.

[TCU - Acórdão 395/2005- Plenário]

Não é suficiente, como sabem os competentes gestores desse Ministério da Economia, que a proposta seja apenas aparentemente a mais vantajosa sob a perspectiva econômica. A Administração deve garantir que a licitante vencedora seja capaz de cumprir, integralmente, com os recursos que receberá com essa proposta, as obrigações que está assumindo.

Nas palavras de Joel Niebuhr, a proposta que não possui preço viável, destrói, por completo, 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 inexequível, sem condições de ser executada, a rigor, em vez de vantagem, impõe-se à Administração prejuízo, amarga desvantagem.

[Licitação Pública e Contrato Administrativo. 4. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2015. p. 520]

Nesse sentido, de nada adianta a Administração propor-se a pagar um preço muito baixo, supondo estar fazendo uma economia, e receber um serviço de péssima qualidade, que não propicia os resultados concretos visados pelos interesses públicos, ou, ainda pior, ser conivente com a sonegação de tributos.

Pelo contrário, o Brasil está repleto de exemplos de casos de ineficiência dessa natureza. As obras inacabadas e os serviços inadequados levam a outro cenário: ao invés de uma aparente economia no valor a ser contratado, o que ocorre é um desperdício de recursos públicos, gastando com um serviço que não prestará aos fins pretendidos pela Administração.

Embora seja compreensível a dificuldade que se tem em traçar uma linha entre uma proposta, de fato, inexecutável e aquela excepcionalmente vantajosa, não pode a Administração fechar os olhos para os indícios de uma iminente contratação insustentável, em especial quando o preço ofertado não é sequer suficiente para cobrir os próprios custos da operação.

Sendo assim, entendendo essa Administração pela não desclassificação imediata da proposta da Autopel, é preciso, ao menos, promover diligências necessárias para apurar a exequibilidade da proposta, em especial com a juntada, pela licitante recorrida, de planilha de custos, prevendo, no mínimo:

- a) Todos os impostos e contribuições incidentes, inclusive PIS, COFINS, IRPJ, ISSQN e ICMS;*
- b) Custo com frete;*
- c) Custo de aquisição e manutenção da solução integrada de logística, compreendendo a disponibilização de plataforma tecnológica que possibilite a realização, o controle e a gestão dos pedidos, bem como os mecanismos para o gerenciamento do consumo e demanda, e o fornecimento, sob demanda, de materiais de consumo com entrega porta-a-porta (item 8.1 do Termo de Referência);*
- d) Custo de aquisição e manutenção do sistema de gerenciamento e monitoração de todo o processo de suprimento, com interface web. (item 8.2 do Termo de Referência);*
- e) Despesas com armazenagem e gestão de estoque (aluguel de armazém, manutenção, mão de obra, equipamentos, demais despesas);*
- f) Custos com substituição de produtos avariados ou com defeitos (item 13.1 do Termo de Referência);*
- g) Custo com o fornecimento de amostras (produto mais despesas operacionais para fornecer a amostra) exigidas no item 17.4 do Termo de Referência;*
- h) Custo com a garantia de execução (item 29.1 do Termo de Referência);*
- i) Despesas Administrativas;*
- j) Despesas operacionais;*
- k) Custo com mão de obra e encargos trabalhistas; e*
- l) Custos financeiros.*

Apenas com a detida análise dessas informações será possível atestar, com o mínimo grau de certeza, que a proposta da licitante Autopel, de apenas 8,41% de Taxa de Ajuste, é suficiente para cobrir todos os custos que incidem sobre as operações e obrigações previstas nesta contratação."

GRUPO 2 - BRS

"2. INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA DA BRS

Ao aplicar o valor da proposta de preço da licitante BRS no Comprasnet ao cálculo do item 7.3 do edital, alcança-se uma oferta de Taxa de Ajuste de apenas 11% para atendimento aos pedidos dos órgãos participantes situados nas regiões centro-oeste, nordeste e sul do Brasil, percentual este que deve ser aplicado sobre o valor dos insumos no Painel de Preços do Governo Federal.

Chama a atenção, de início, que o percentual de Taxa de Ajuste ofertado pela BRS é significativamente menor do que o percentual de referência estabelecido pelo próprio Ministério da Economia, de 36,82%, revelando uma grande divergência entre a composição de custos elaborada pela licitante e a que foi feita pelo Corpo Técnico dessa Administração.

*Essa expressiva diferença entre o preço orçado por essa Administração, **que foi validado pela própria BRS na fase interna da licitação**, em relação ao preço que foi ofertado pela licitante declarada vencedora já seria o suficiente para levantar dúvidas quanto à seriedade da proposta.*

No entanto, ao se analisar todas as obrigações a serem assumidas pela futura contratada desta licitação fica mais do que evidente que a proposta de preço da BRS é manifestamente inexecutável e não é capaz de cobrir todos os custos da contratação, devendo ser desclassificada por essa Administração.

Segundo os termos do instrumento convocatório, no percentual de Taxa de Ajuste estão inclusos

todos os custos operacionais, como armazenamento e transporte, e as despesas com obrigações trabalhistas, sociais, previdenciárias e tributárias que incidem direta e indiretamente sobre a atividade. Ainda, estão incluídos nesta Taxa, obviamente, as despesas administrativas e o lucro da empresa.

*Basta uma mínima noção sobre a operação da atividade empresarial que está sendo contratada para verificar que é **absolutamente impossível** alocar todos esses custos dentro de uma margem de apenas 11% sobre o valor do produto.*

Apenas o custo com o frete dos insumos representará, na larga maioria das vezes, um valor muito próximo a esse percentual.

Deve-se levar em consideração que a futura contratada não atenderá apenas os órgãos requisitantes que estão situados nos centros urbanos próximos à sua sede, nem, tampouco apenas do Distrito Federal, tal como era no Pregão Eletrônico nº 3/2018, em que ela foi vencedora. Pela mesma taxa de 11%, a contratada deverá atender a pedidos em todo o interior do sul, centro-oeste e nordeste do Brasil, como em Bom Jesus da Lapa, no interior da Bahia (UASG 151889), ou em São João dos Patos, no interior do Maranhão (UASG 158291) ou, ainda, em Pontes Lacerda, na divisa de Mato Grosso com a Bolívia (UASG 158495).

E não é só frete que está incluso nessa margem. Somado a ele estão todas as atividades descritas no Termo de Referência, dentre as quais destacam-se a prestação do serviço de solução integrada de logística, com a disponibilização de plataforma que possibilite a realização, o controle e a gestão dos pedidos, bem como os mecanismos para o gerenciamento do consumo e demanda e o fornecimento, sob demanda, de materiais de consumo com entrega porta-a-porta.

É claro como o sol que o percentual de Taxa de Ajuste ofertado pela BRS não é capaz de cobrir todos os custos da operação que está sendo licitada, o que fica ainda mais evidente levando-se em consideração que as operações serão tributadas, também, pelo ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação), o que, provavelmente, também não está sendo considerado na oferta de preço da recorrida, dada a pequena margem entre o custo do produto e o que a empresa vai receber da contratante.

Sobre o tema, não se desconhece que, em resposta a consultas, essa Administração informou que a interpretação da Central de Compras é que a tributação incidente na atividade seria de ISSQN, em razão da “natureza mista” da operação, contemplando serviço que estaria listado pela Lei Complementar nº 116/2003 (afastando a incidência de ICMS).

Tal resposta foi, muito apropriadamente, exarada na condição de uma “opinião” dessa Central de Compras, uma vez que a análise sobre a incidência do ICMS cabe, como bem sabem os gestores dessa Pasta, aos órgãos fazendários estaduais, conforme prevê a Constituição.

Essa opinião, contudo, é equivocada e deve ser revista por esse Ministério, pois não reflete a correta composição de custos do contrato e, tampouco, servirá como base legal para afastar a cobrança do tributo estadual nas futuras autuações que a BRS certamente sofrerá pelos respectivos fiscos, por três razões principais:

2.1 A NÃO CARACTERIZAÇÃO DE OPERAÇÃO DE NATUREZA MISTA

A tese de que a atividade que está sendo licitada é tributada exclusivamente pelo ISSQN toma por base um entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, nas operações mistas, de fornecimento de produtos cumulada com prestação de serviços, a legislação autoriza a incidência do ISSQN e afasta o ICMS.

Para a aplicação deste entendimento, é necessária a prestação de um serviço previsto na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003. No caso em tela, a Central de Compras entendeu que o objeto licitado possui dois serviços incluídos no rol da LC nº 116/2003, o que afastaria a incidência do tributo estadual, são eles:

- a) Gestão de estoque, gestão de pedidos e gestão de logística de transporte: previsto no item “17 – Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres”.*
- b) Disponibilização de plataforma eletrônica: previsto nos subitens “1.07 – Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados”; e “1.08 – Planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas”.*

No entanto, dois são os fatores que afastam a interpretação de que esses serviços podem ser enquadrados nas hipóteses da LC nº 116/2003: a ausência de previsão de gestão de estoque, gestão de pedidos e gestão de logística na LC nº 116/2003 e a não prestação desses serviços a terceiros para efeitos tributários.

Explica-se:

Em relação à ausência de previsão expressa para os “serviços de gestão” (de estoque, pedidos e logística), esse fato fica evidente ao conferir que o seu enquadramento foi feito sobre a redação do “caput” do item 17 (com o termo genérico “Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres”) e não sobre nenhum dos seus 25 subitens, que trazem hipóteses concretas de incidência.

*Ocorre que a aplicação do ISSQN não é feita com a subsunção do caso concreto ao “caput” dos itens da mencionada lista, mas, sim, a uma das hipóteses em seus **subitens**.*

*A redação utilizada no “caput” do item 17 serve, apenas, para reunir todas as atividades próximas, mas não é considerada, em si, uma hipótese de incidência do tributo. Isto é, **os itens na lista da LC Nº 116/2003 são apenas títulos e não normas propriamente ditas.***

Por outro lado, quando efetivamente é a intenção do Legislador incidir o tributo sobre a atividade que já está expressamente prevista no “caput” do item, a sua redação é replicada em um subitem, como é o exemplo do item “21 – Serviços de registros públicos, cartorários e notariais” com redação idêntica no seu único subitem: “21.01 - Serviços de registros públicos, cartorários e notariais”.

No caso em tela, como se vê, os “serviços de gestão” compreendidos nesta licitação não se enquadram a nenhuma das hipóteses previstas na LC nº 116/2003, nem mesmo se assemelham a elas para justificar uma aplicação análoga, o que afasta a incidência do ISSQN sobre essas atividades.

Em segundo, com relação à não prestação desses serviços a terceiros para efeitos tributários, a questão também é muito simples.

Os serviços de gestão de estoque, gestão de pedidos e gestão de logística de transporte, em que pese serem obrigações da contratada dentro de um negócio bilateral, não representam nenhuma atividade econômica para fins fiscais, uma vez que a contratada estará gerindo o seu próprio estoque e fazendo a logística dos seus próprios materiais, os quais serão da Administração apenas quando a entrega for realizada (momento em que será dado baixa do estoque da contratada e emitida a respectiva nota fiscal).

Independentemente da nomenclatura utilizada no instrumento convocatório para a operação pretendida, fato é que todas essas obrigações acessórias, assim como a manutenção de uma plataforma on-line (tal como fazem todas as lojas na internet), não representa uma atividade prestada ao consumidor final mas, sim, como procedimentos que orbitam a atividade comercial, que é o verdadeiro objeto da contratação, agregando valor ao produto final.

Tanto é assim que o próprio edital determina que o valor da nota fiscal deverá ser o valor final do produto (insumo + taxa de serviço), conforme itens 15.6.4. e 27.2.1 do Termo de Referência e resposta dessa Central de Compras a uma das consultas, não sendo destacado o “preço” de cada serviço.

Portanto, é mais do que evidente que tais serviços, ainda que bastante complexos, não serão considerados para efeitos fiscais, pois o seu preço estará embutido no valor do produto material a ser entregue, afastando a pretensa “operação mista” e o afastamento da incidência do ICMS.

2.2 INCIDÊNCIA DO ICMS EM RAZÃO DA ATIVIDADE DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

A ideia de que o contrato licitado se resume às atividades de gestão de estoque, pedidos e logística de transporte e disponibilização de plataforma da internet ignora a principal atividade a ser realizada: o fornecimento dos insumos, sobre a qual incide o ICMS.

*Segundo o artigo 2º da Lei Complementar nº 87/1996, com arrimo no art. 155, II, da Constituição Federal, o ICMS incide em **todas** as operações relativas à circulação de mercadorias. O fato gerador da incidência desse tributo é, portanto, a circulação do bem material, independentemente de a operação se tratar de venda ou revenda, completando e intermediando o fluxo econômico entre produtor e consumidor.*

Em termos ainda mais claros, o fato gerador da tributação do ICMS é uma obrigação de dar (entregar o material), ao passo que, para a tributação do ISSQN, é uma obrigação de fazer (prestar determinado serviço).

No contrato em tela, a principal operação da contratada é, inquestionavelmente, revender aos órgãos da Administração Pública Federal os insumos listados no instrumento convocatório. Tem-se uma atividade preponderantemente mercantil.

Independentemente da nomenclatura adotada para essa operação pelos competentes gestores dessa

Pasta, ela é, essencialmente, a comercialização dos produtos, sendo que todas as demais atividades (gerir estoque, pedidos e logística e disponibilizar site na internet, o chamado outsourcing) são acessórias para atender a esse fim, o que fica evidente ao se considerar que: (1) o valor da contraprestação está atrelado à quantidade de bens entregues; e (2) na proposta da BRS, o valor desses serviços representa apenas 11% do valor dos insumos e apenas 9,9% do valor final da operação (insumo + taxa de ajuste).

Exemplificando:

Um pedido de R\$ 300,00 (preço mínimo para a região sul, conforme item 14.1 do Termo de Referência) seria fornecido pela BRS por R\$ 333,00 o que corresponde ao valor do produto mais a Taxa de Ajuste de 11%.

Isso significa que a mercadoria tem valor de R\$ 300,00 e os serviços prestados para que essa mercadoria seja fornecida custarão apenas R\$ 33,00, menos os impostos e contribuições incidentes, que estão inclusos nessa ínfima importância.

Em uma Nota Fiscal de R\$ 333,00:

Mercadoria = R\$ 300,00

Serviços, impostos e contribuições = R\$ 33,00

É mais do que evidente que não se trata de uma operação de prestação de serviço, mas, sim, de fornecimento de mercadoria, o que certamente levará à cobrança do ICMS pelas receitas estaduais competentes.

Ademais, a contratada, ao comprar a mercadoria (com ICMS agregado), terá que dar entrada no seu estoque e, ao fornecer para a contratante, terá que dar baixa no produto com a emissão de nota fiscal de venda, dando origem ao fato gerador para a cobrança de ICMS ao consumidor final (o órgão requerente) e a compensação do tributo já pago na aquisição do material, uma vez que este é não-cumulativo (conforme art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal).

Cumpra-se destacar que o edital desta licitação é cristalino ao estabelecer que no valor proposto deve estar incluso todos os custos tributários e, ainda, que a contratada é a única responsável pela cotação dos encargos tributários. Assim é a redação dos itens 6.3 e 6.4 do instrumento convocatório:

*6.3. Nos valores propostos **estarão inclusos todos** os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, **tributários**, comerciais e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente na prestação dos serviços.*

*6.4 **A empresa é a única responsável pela cotação correta dos encargos tributários**. Em caso de erro ou cotação incompatível com o regime tributário a que se submete, serão adotadas as orientações a seguir: (grifou-se)*

O fato de constarem na lista de atividades tributadas pelo ISSQN da Lei Complementar nº 116/2003 algumas atividades de menor relevância que compõem o objeto licitado (e que se prestam, tão somente, a operacionalizar de forma mais eficiente a circulação dos materiais) não tem o condão de afastar a tributação sobre a parcela de maior relevância, que é feita, inclusive, por entes federativos distintos.

Interpretação em sentido contrário levaria à ideia de que todo ato comercial realizado virtualmente deveria recolher apenas ISSQN, e não ICMS, simplesmente porque as lojas fazem a gestão do próprio estoque e têm um site na internet.

Esse entendimento, além de não fazer nenhum sentido, é absolutamente inconstitucional, pois afastaria dos estados a aplicação do tributo que lhes compete por força do art. 155, II, da Constituição Federal.

A questão da incidência do ICMS nas operações de outsourcing pretendidas pelo Governo Federal foi, inclusive, matéria de análise pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, em resposta à consulta tributária nº 20993/2019, assim ementada:

ICMS – Operação de circulação de mercadoria – Fornecimento de materiais de uso e consumo precedida de atividade imaterial de serviço logístico – Incidência.

I. As operações relativas à circulação de mercadorias (e, portanto, sob a égide do ICMS) são fundamentalmente aquelas que, circunscritas num contexto empresarial, impulsionam a mercadoria da fonte produtora ao consumidor final.

II. Tais operações implicam, via de regra, em uma obrigação de dar (a mercadoria), concomitantemente ou não com uma obrigação de fazer, sem que isso altere a natureza da operação.

III. Uma atividade essencialmente comercial, ainda que precedida de uma atividade imaterial de serviço logístico, não pode ser considerada como uma prestação de serviço (grifou-se).

[Disponível em <https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/RC20993_2019.aspx>. Acesso em 24 nov. 2020.]

Vê-se, portanto, que a operação pretendida pelo Ministério da Economia é de natureza relativa à **circulação de mercadorias**, sobre a qual incide ICMS por força da norma constitucional, ainda que se realizem atividades imateriais de serviços de gestão de estoque, logística ou implementação de sistema informatizado para tornar mais eficiente a operação mercantil.

2.3 INCIDÊNCIA DO ICMS EM RAZÃO DO TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL DE MERCADORIAS

Além de não prever a incidência de ICMS sobre a circulação de bens materiais, que efetivamente serão devidos por força do art. 155, II, da Constituição Federal e o art. 2º da Lei Complementar nº 87/1996, também é ignorada a incidência do tributo estadual sobre o **transporte intermunicipal e interestadual** dos materiais.

O mencionado art. 2º da Lei Complementar nº 87/1996 é claro ao dispor que:

Art. 2º O imposto incide sobre:

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

Ora, o Grupo 2 do Pregão em tela prevê o atendimento a mais de 400.000 pedidos dos 323 órgãos participantes espalhados pelos 15 estados das regiões sul, centro-oeste e nordeste do país, mais o Distrito Federal.

É mais do que evidente que nem a BRS e nenhuma outra empresa consegue manter um centro de distribuição em cada um dos municípios onde estão os órgãos participantes desta contratação, muito menos pela Taxa de Ajuste quase irrisória cobrada pela recorrida.

Com isso, **sempre que for realizado o transporte de insumos entre municípios ou estados, haverá a incidência do ICMS**, conforme prevê a legislação.

Ainda que se desconsidere a natureza essencialmente relativa à circulação de mercadorias desta contratação, é mais do que evidente que a futura contratada não poderá recolher ISSQN sobre o valor do frete, mas, sim, deverá recolher o ICMS, sob pena de configuração de evasão fiscal.

3. A NECESSÁRIA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA PARA VERIFICAR A EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA

Todo este arrazoado se presta demonstrar que a proposta da BRS é manifestamente inexecutável e não pode ser aceita por essa competente Coordenação-Geral de Licitações.

A proposta classificada em primeiro lugar não é capaz de cobrir todos os custos da contratação, dentre os quais estão os custos operacionais, como armazenamento e transporte, assim como as despesas com obrigações trabalhistas, sociais, previdenciárias e, sobretudo, tributárias, pois há, ainda, a incidência de ICMS.

Não se desconhece que a empresa já prestou serviços semelhantes no contrato oriundo do Pregão Eletrônico nº 3/2018 (Almoxarifado Virtual do Distrito Federal). Ocorre que, naquele caso, o atendimento era apenas aos órgãos da Administração Pública Federal no Distrito Federal, o que barateia o valor do frete e afasta a discussão sobre o ente fiscal competente, situação completamente diferente do caso em tela, em que serão atendidos órgãos do sul ao nordeste do país.

Especificamente quanto aos vícios de natureza tributária, o Tribunal de Contas da União (TCU) rechaça, há muito, a aceitação de propostas que desprezam a realidade das normas tributárias e que dão azo para que, após a contratação, as contratadas façam pedidos de equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

45. Com efeito, ao admitir uma proposta com tais imperfeições, a administração pública pode ficar sujeita a uma posterior oposição de dificuldades para a execução contratual de parte da empresa. Não seria surpresa se, frustrada a alíquota incerta, que possibilitou cotações mais baixas e a adjudicação do objeto, a contratada viesse alegar a necessidade de equilíbrio econômico-financeiro, com base, por exemplo, no § 5º do art. 65 da Lei nº 8.666/93: (...). Chancelar uma promessa como se fosse uma prescrição de lei, com a boa intenção de contratar por menos, pode acabar trazendo conseqüências danosas para os cofres públicos. Além disso, transgride o princípio da legalidade desprezando, no caso, a realidade tributária.

[TCU - Acórdão 395/2005- Plenário]

Não é suficiente, como sabem os competentes gestores desse Ministério da Economia, que a proposta seja apenas aparentemente a mais vantajosa sob a perspectiva econômica. A Administração deve garantir que a licitante vencedora seja capaz de cumprir, integralmente, com os recursos que receberá com essa proposta, as obrigações que está assumindo.

Nas palavras de Joel Niebuhr, a proposta que não possui preço viável, destrói, por completo, 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 inexequível, sem condições de ser executada, a rigor, em vez de vantagem, impõe-se à Administração prejuízo, amarga desvantagem.

[Licitação Pública e Contrato Administrativo. 4. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2015. p. 520]

Nesse sentido, de nada adianta a Administração propor-se a pagar um preço muito baixo, supondo estar fazendo uma economia, e receber um serviço de péssima qualidade, que não propicia os resultados concretos visados pelos interesses públicos, ou, ainda pior, ser conivente com a sonegação de tributos.

Pelo contrário, o Brasil está repleto de exemplos de casos de ineficiência dessa natureza. As obras inacabadas e os serviços inadequados levam a outro cenário: ao invés de uma aparente economia no valor a ser contratado, o que ocorre é um desperdício de recursos públicos, gastando com um serviço que não prestará aos fins pretendidos pela Administração.

Embora seja compreensível a dificuldade que se tem em traçar uma linha entre uma proposta, de fato, inexequível e aquela excepcionalmente vantajosa, não pode a Administração fechar os olhos para os indícios de uma iminente contratação insustentável, em especial quando o preço ofertado não é sequer suficiente para cobrir os próprios custos da operação.

Sendo assim, entendendo essa Administração pela não desclassificação imediata da proposta da BRS, é preciso, ao menos, promover diligências necessárias para apurar a exequibilidade da proposta, em especial com a juntada, pela licitante recorrida, de planilha de custos, prevendo, no mínimo:

- a) Todos os impostos e contribuições incidentes, inclusive PIS, COFINS, IRPJ, ISSQN e ICMS;*
- b) Custo com frete;*
- c) Custo de aquisição e manutenção da solução integrada de logística, compreendendo a disponibilização de plataforma tecnológica que possibilite a realização, o controle e a gestão dos pedidos, bem como os mecanismos para o gerenciamento do consumo e demanda, e o fornecimento, sob demanda, de materiais de consumo com entrega porta-a-porta (item 8.1 do Termo de Referência);*
- d) Custo de aquisição e manutenção do sistema de gerenciamento e monitoração de todo o processo de suprimento, com interface web. (item 8.2 do Termo de Referência);*
- e) Despesas com armazenagem e gestão de estoque (aluguel de armazém, manutenção, mão de obra, equipamentos, demais despesas);*
- f) Custos com substituição de produtos avariados ou com defeitos (item 13.1 do Termo de Referência);*
- g) Custo com o fornecimento de amostras (produto mais despesas operacionais para fornecer a amostra) exigidas no item 17.4 do Termo de Referência;*
- h) Custo com a garantia de execução (item 29.1 do Termo de Referência);*
- i) Despesas Administrativas;*
- j) Despesas operacionais;*
- k) Custo com mão de obra e encargos trabalhistas; e*
- l) Custos financeiros.*

Apenas com a detida análise dessas informações será possível atestar, com o mínimo grau de certeza, que a proposta da licitante BRS, de apenas 11% de Taxa de Ajuste, é suficiente para cobrir todos os custos que incidem sobre as operações e obrigações previstas nesta contratação."

2.4. Por fim, a Recorrida ao final de suas alegações requer:

*"a. Ante o exposto, a **RORIZ COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, pede a desclassificação da proposta das licitantes AUTOPEL Automação Comercial e Informática Ltda - Grupo I, e BRS Suprimento Corporativos S/A para o Grupo II, cujas ofertas de Taxa de Ajuste são manifestamente*

inexequível e não é suficiente para cobrir integralmente os custos da atividade a ser prestada nos termos descritos no instrumento convocatório.

b. Sucessivamente, pede a realização de diligências, com base nos itens 9.4 e 9.5 do edital, para aferir a exequibilidade e a legalidade das propostas das licitantes AUTOPEL Automação Comercial e Informática Ltda e BRS Suprimentos Corporativos S/A, em especial com a juntada de planilha de composição de custos com as informações identificadas no tópico 3 deste recurso, sendo aberto novo prazo para manifestação das demais licitantes.

c. Também sucessivamente, na remotíssima hipótese desse respeitado Ministério da Economia manter a classificação das propostas da Autopel e BRS e não promover as diligências requeridas para apurar a sua exequibilidade, pede-se, desde já, que seja autorizado o acompanhamento da contratação por esta recorrente, mediante acesso a todos os documentos da contratação, em especial aos relatórios de pedidos e às notas fiscais emitidas pela contratada, que serão submetidos à análise dos órgãos fazendários estaduais e municipais competentes. 5, 6 e 14 do Edital deste procedimento licitatório.”

3. DAS CONTRARRAZÕES APRESENTADAS

3.1. Registramos que apenas a empresa BRS Suprimentos Corporativos S/A apresentou contrarrazões, conforme segue:

I – DO RECURSO

1. Em apertada síntese, invoca a recorrente a disposição de inciso II do artigo 48 da Lei Geral de Licitações, Lei n. 8.666/93 (LGL), rogando pela desclassificação da ora manifestante devido a apresentação de “preços manifestamente inexequíveis”.

2. Ainda, que a manifestante, VENCEDORA, apresentou uma proposta de Taxa de Ajuste de 11% sobre o valor dos pedidos a serem realizados pelos órgãos participantes com base no Painel de Preços do Governo Federal, enquanto o percentual de referência estabelecido pelo próprio Ministério da Economia, de 36,82%.

3. Com base nestes fatos, a recorrente entende que a VENCEDORA deveria, por bem, ser desclassificada desta licitação.

4. Não possui razão.

II – DO DESCABIMENTO DO MÉRITO DO RECURSO

5. A recorrente, em suas razões, cometeu confusões e distorções.

6. Em primeiro lugar, ao contrário do alegado pela recorrente, a ora manifestante, BRS SUPRIMENTOS CORPORATIVOS SA, jamais validou qualquer valor ou taxa apresentados por essa Administração. A manifestante foi tão somente consultada a respeito das práticas de mercado e possibilidades operacionais e logísticas, para o fim de que fossem o ponto de partida para a busca de propostas mais vantajosas.

7. Em segundo lugar, a recorrente chamou de “margem” o que, na verdade, trata-se da “Taxa de Ajuste”, que, conforme o Edital, é “um percentual aplicado sobre o preço do Painel de Preços ou sobre o preço de mercado já convertido para chegar ao preço final do insumo”.

8. Ainda, tomou os preços de mercado constantes do referido Painel de Preços como se fossem os custos de aquisição dos produtos, o que é inteiramente incorreto.

9. Ora, o Painel de Preços a que se reporta o Edital decorre de um levantamento realizado pela Administração em torno dos preços de mercado, isto é, seus valores não representam patamares de custos, mas de preços praticados no mercado. O custo de aquisição do produto, evidentemente, irá variar conforme a própria capacidade da empresa na eficiência de gestão de compra.

10. Nesse sentido, vale dizer que a ora manifestante possui expertise na gestão de compras, obtendo, nas suas negociações diretamente com fabricantes e fornecedores, custos de aquisição mais competitivos. É justamente em favor disso que o certame licitatório se destina, a incentivar a busca pela proposta mais vantajosa.

11. Nesse sentido, o Edital estabeleceu, expressamente, que a Taxa de Ajuste “não poderia ser superior”, no caso dos itens 1 e 2 (Lote 1), a 37,74%, e, no caso dos itens 3 e 4 (Lote 2), a 36,82%, e “não poderia ser inferior a 0%” (item 7.3):

Edital

7.3. Os PERCENTUAIS DA TAXA DE AJUSTE deverão ser os mesmos para os itens 1 e 2 e para os itens 3 e 4.

7.3.1. Considerando o disposto no Termo de Referência e seus anexos, a Taxa de Ajuste máxima admitida para os itens 1 e 2 (Lote 1)

será de 37,74%, enquanto para os itens 3 e 4 (Lote 2) será de 36,82%.

7.3.2. Não serão admitidas Taxas de Ajuste em percentual inferior a 0% ou superiores aos limites estabelecidos no subitem 7.3.1.

12. Isto é, a taxa referida pela recorrente como “percentual de referência” (sic), isto é os 36,82%, de acordo com o Edital é a “taxa máxima” para os itens do Lote 2, a partir da qual os licitantes devem buscar apresentar propostas melhores, não inferiores a 0%.

13. Outrossim, os fatos narrados pela recorrente, ao contrário de representarem indícios de inviabilidade prática da proposta, apresentam indícios de “eficiência e de economia” ao erário, em máximo acatamento do princípio da competitividade, cujo escopo é a busca pela busca da “proposta mais vantajosa para Administração”, motivo pelo qual é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo (art. 3.º, § 1.º, I, da LGL).

Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1o É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991

14. A disposição sobre “preços manifestamente inexequíveis” se aplicada indevidamente produz o efeito inteiramente contrário ao efeito almejado pelo espírito da legislação, uma vez que pode prejudicar a busca pela proposta mais vantajosa à Administração, encorajando os licitantes à conduta contraposta, de evitar a maximização econômica de seus produtos e serviços.

15. Levados estes aspectos em consideração, a competitividade da ora manifestante, VENCEDORA do certame, competitividade esta reconhecida pela recorrente como indício de inviabilidade executiva do contrato, na verdade nada tem a ver com inviabilidade prática; ao contrário, decorre justamente do “modelo inovador” que tornou a manifestante uma das pioneiras na área em que atua.

16. Através de uma metodologia inovadora na gestão de compra de itens transacionais, envolvendo um avançado aproveitamento logístico, ela reduziu os custos de aquisição de suprimentos indiretos.

17. Com a inovação alcançada pela metodologia da manifestante, os preços que ela apresenta aos seus clientes mostram-se possivelmente “inexequíveis” aos olhos da concorrência. Diga-se mais: “eles são potencialmente inexequíveis àquelas empresas que não dispõem da expertise e know-how da manifestante.”

18. Antes de mais nada, ressalte-se que a manifestante obteve resultados surpreendentes de economia e maximização financeira aos seus clientes, atuando nos “mercados privado e público”, âmbito em que se tornou a expoente que é, com mais de 10 (dez) anos de atuação.

19. Em razão da longa atuação, contanto sobretudo com o atendimento de inúmeros contratos privados e públicos, e dos inúmeros atestados de capacidade técnica apresentados pela manifestante, em sua habilitação, é explicitamente comprovada a experiência da empresa na gestão e na formação de suas relações comerciais.

20. Privar a Administração Pública de um serviço inovador, que otimiza custos em uma magnitude significativa, porque justamente a concorrência tradicional e os parâmetros usuais oferecem resultados distantemente inferiores, seria afrontar diretamente o escopo norteador da LGL, qual seja o da “seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável” (artigo 3 da LGL).

21. Além disso, a recorrente “não demonstrou concretamente” a inviabilidade da proposta da VENCEDORA, o que anula a legitimidade do recurso apresentado.

22. Não é dado à Administração presumir inviabilidade de uma proposta licitante; incumbe-lhe, ao contrário, o ônus de demonstrar concretamente tal inviabilidade prática e a previsão objetiva no Edital, por força da vinculação convocatória.

23. Estas normas evidenciam o espírito do corpo normativo licitatório em favor da busca competitiva pelo menor preço. Seu atingimento é a realização das normas e de seus fins, não sua violação.

24. A própria Lei de Licitações prevê outros mecanismos de combate às propostas inexequíveis em certames licitatórios, permitindo que o licitante preste garantia adicional, tal como caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária, previstos no Edital e anexos deste certame. Evidentemente, tudo isso deve estar em consonância com a vinculatividade convocatória.

25. Em se tratando de licitação na modalidade pregão eletrônico, como no caso concreto, é regulado pela Lei n. 10.520/2002 e adota o critério do menor preço, conforme o seu art. 4º, X. Assim, não faria sentido falar em restrições à obtenção do preço mais baixo possível.

26. A propósito, também não há razão alguma para se entender que o inciso X do art. 40 da Lei nº 8.666/93 seria inaplicável ao pregão. Deve a Administração, portanto, “buscar a proposta mais vantajosa”; em caso de dúvida sobre a exequibilidade, ouvir o respectivo licitante; e, sendo o caso, exigir-lhe a prestação de garantia, como anteriormente descrito.

27. É o que dispõe a Súmula nº 262/TCU: “o critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas 'a' e 'b', da Lei 8.666/1993 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.”

III – DA INADMISSIBILIDADE DE ACESSO A TODOS OS DOCUMENTOS DA CONTRATAÇÃO, INCLUÍDOS PEDIDOS E NOTAS FISCAIS

28. A recorrente, em caráter subsidiário, requer seja autorizado o acompanhamento da contratação por esta recorrente, mediante acesso a todos os documentos da contratação, incluídos relatórios de pedidos e notas fiscais. Nesse sentido, cumpre ressaltar a completa inadmissibilidade do pedido, visto que desprovido de qualquer base legal.

29. A LGL, no seu artigo 3º, §3º, assegura a publicidade dos atos do procedimento, o que não abrange a documentação produzida na execução do contrato. Tal medida feriria as prerrogativas tanto dessa Administração como da manifestante, eventualmente contratada.

30. Também não foi embasada em motivo justificável. Toda a argumentação apresentada pela recorrente volta-se contra a busca pela proposta mais vantajosa (o menor preço), como se o escopo da Lei 8.666/93 fosse algo indesejável, repreensível, quando é justamente o contrário, o encorajamento aos altos preços e à ineficiência, que representa infração a ser reprimida.

ANTE O EXPOSTO, requer:

Sejam recebidas as presentes contrarrazões para o fim de “REJEITAR” o recurso interposto por

RORIZ COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA, já que a legislação e os tribunais não admitem a imposição de restrições à busca pelo menor preço, devendo ser demonstrado concretamente a inviabilidade prática da proposta atacada, em homenagem ao art. 3o, X, da LGL"

3. DA ANÁLISE

- 3.2. Vencidas as fases de admissibilidade, razões e requerimento do recurso, assim como das contrarrazões apresentadas pela Recorrida, passa-se à análise da peça recursal interposta pela Recorrente.
- 3.3. A finalidade da licitação é de satisfazer o interesse público, buscar a proposta mais vantajosa, desde que esta cumpra às exigências estabelecidas no instrumento convocatório, que se faz lei entre as partes, como também respeitar os princípios constitucionais e administrativos.
- 3.4. Os atos praticados pelo Pregoeiro e Equipe de Apoio foram revestidos de clareza, coerência, objetividade e transparência, bem como observância ao princípio vinculatorio ao Ato Convocatório.
- 3.5. A apresentação de recurso em uma licitação pública é o momento em que a licitante discorda de um ato praticado pela equipe responsável pela condução da licitação.
- 3.6. Passando à análise da peça recursal da Recorrente, registramos que o assunto foi submetido às áreas técnicas, Coordenação Geral de Serviços Compartilhados/CGSEC e Coordenação Geral de Atas de Contratos/CGGAC, para exame e manifestação no que se refere às alegações apresentadas pela Recorrente em recurso.
- 3.7. Nesse sentido, mediante a Nota Técnica SEI nº 54978/2020/ME (SEI 12237648), essas Coordenações Gerais, com o objetivo de rechaçar as alegações da Recorrida, como também oferecer subsídios para o julgamento deste Pregoeiro, manifestaram-se conforme segue:

"[...]"

4.2. Recurso interposto por RORIZ COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA. em decorrência da declaração da empresa AUTOPEL AUTOMACAO COMERCIAL E INFORMATICA LTDA. como vencedora do Grupo 1 do Pregão Eletrônico (12131278) e, com mesmo conteúdo, recurso interposto em decorrência da declaração da empresa BRS SUPRIMENTOS CORPORATIVOS S/A como vencedora do Grupo 2 do mesmo Pregão Eletrônico (12131399).

4.2.1. Tendo em vista que ambos os recursos possuem por base os mesmos argumentos, a manifestação será única.

4.2.2. Em seus documentos, a empresa RORIZ defende:

a) A inexecutabilidade dos lances ofertados pelas empresas declaradas vencedoras;

b) A discordância do entendimento da Central de Compras sobre a não aplicação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS sobre o valor dos itens fornecidos, mas sim do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN; e

c) Necessidade de realização de diligências para verificação da executabilidade ou não das propostas lançadas.

4.2.3. Sobre a inexecutabilidade, importa aprofundar nos argumentos da recorrente. Em suas alegações, a empresa argui a diferença entre a Taxa de Ajuste apresentada como lance pelas empresas AUTOPEL e BR SUPPLY, e o patamar máximo designado em estudos desta Central de Compras (7532841).

4.2.4. A empresa RORIZ declara que os percentuais licitados não seriam suficientes para cobrir todos os custos envolvidos na execução contratual, bem como o fornecimento de sistema informatizado, entretanto, em momento algum foram exibidos cálculos detalhados ou documentação pertinente que comprove as alegações da recorrente, há a mera apresentação de um entendimento.

4.2.5. Nos estudos realizados a respeito do funcionamento do mercado de fornecimento, logística e transportes, as questões de planejamento, estrutura e eficiência alteram de forma profunda a capacidade em gerar lucro ou prejuízo na prestação dos serviços.

4.2.6. Assim, não é possível igualar a situação de uma empresa à de outra. Exatamente por esse motivo que o Anexo IV do processo licitatório (10982693), a planilha de formação de preços, não detalhava os vários itens que poderiam compor o percentual final, uma vez que não seria possível listá-los de forma exaustiva.

4.2.7. Mantendo-se no tema da exequibilidade, cabe tratar sobre a forma de precificação do Almoxarifado Virtual, explicitada no Anexo VII do Termo de Referência (10451843). A fonte dos preços dos itens fornecidos é o próprio Painel de Preços, instrumento mantido pelo Ministério da Economia, no qual são colecionados os preços de todas as compras públicas nacionais. Os preços registrados no mencionado painel são os finais das licitações, nos quais as empresas vencedoras já cotam custos mínimos de operação, ou seja, o valor final destacado possui a soma dos custos de aquisição do item perante os fornecedores, custos de operação e lucro da empresa vencedora do certame.

4.2.8. A precificação foi um dos maiores diferenciais entre o Almoxarifado Virtual em execução no Distrito Federal e o Almoxarifado Virtual Nacional. No primeiro, sobre o valor médio final do item no Painel de Preços, a empresa contratada lançava uma Taxa de Ajuste negativa, que nada mais é que um desconto sobre o valor médio final do produto.

4.2.9. Ainda de acordo com aqueles estudos, foi verificada a necessidade de modificar essa metodologia de precificação, em decorrência, como bem disse a recorrente, de a execução não se limitar a apenas o Distrito Federal, mas todo o país, considerando tanto as capitais quanto as cidades interioranas mais afastadas. São relevantes também as novas regras de execução.

4.2.10. Nesse momento que surgiu a Taxa de Ajuste, ou seja, um percentual positivo sobre o preço individual do item fornecido. Percentual que busca remunerar a contratada por toda a execução, desde a aquisição do item com seus fornecedores, passando pela disponibilização de um sistema até a entrega ao órgão atendido, independentemente de sua localização regional.

4.2.11. Assim, foram definidos os percentuais máximos da Taxa de Ajuste, ou seja, aqueles que a Administração ainda se sujeitaria ao pagamento, mas mantendo a vantajosidade da execução. Da mesma forma, ao haver um percentual mínimo admitido, esse seria o limite para que a execução possa se dar de forma efetiva e eficiente. A Taxa de Ajuste zerada é a mesma coisa que um preço licitatório normal do Painel de Preços.

4.2.12. Nesse intervalo, qualquer valor lançado é válido, cabendo à empresa contratada ajustar seu negócio de forma que a execução ainda se torne vantajosa para si. O Termo de Referência (10981435) é claro quanto a responsabilidade da licitante sobre os percentuais lançados, como se observa do item 6.4:

6.4. Para o dimensionamento da proposta, a licitante deverá considerar que todos os custos dos serviços de **outsourcing**, do lucro e das demais despesas estão incluídos no preço final dos materiais de consumo (insumos) a serem fornecidos.

4.2.13. Vencida essa etapa, no segundo tópico dos recursos, a empresa RORIZ alega que a tributação recorrente sobre o serviço seria de ICMS e não ISSQN, como informado por esta Central de Compras em seus estudos e análises. Cabe destacar que o entendimento da Central de Compras foi encaminhado à recorrente em resposta a questionamento anterior realizado em 19 de agosto do presente ano, via mensagem eletrônica de assunto Tributação ICMS ou ISS (12242750).

4.2.14. A empresa sustenta sua motivação de seu recurso sobre os seguintes pilares:

- a) A não caracterização de operação de natureza mista;
- b) A incidência do ICMS em razão da atividade de circulação de mercadorias;
- e
- c) A incidência do ICMS em razão do transporte intermunicipal e interestadual de mercadorias.

4.2.15. Inicialmente, retomamos à delimitação do objeto do Almoarifado Virtual Nacional, qual seja, a prestação de serviço de gestão da cadeia de suprimentos de materiais de consumo administrativo por intermédio da logística **just-in-time** com utilização de uma plataforma eletrônica disponibilizada.

4.2.16. Assim, a empresa contratada será responsável pela gestão de estoque, gestão de pedidos, disponibilização de plataforma eletrônica, gestão de logística de transporte e o fornecimento dos materiais.

4.2.17. É uma prestação de serviços cumulada com o fornecimento de materiais, tratando-se uma operação mista, sendo o fornecimento do material uma parcela do objeto contrato.

4.2.18. A empresa alega, em sua peça recursal, que são dois os motivos que impedem que o objeto do contrato seja considerado como operação mista:

No entanto, dois são os fatores que afastam a interpretação de que esses serviços podem ser enquadrados nas hipóteses da LC n° 116/2003: **a ausência de previsão de gestão de estoque, gestão de pedidos e gestão de logística na LC n° 116/2003 e a não prestação desses serviços a terceiros para efeitos tributários.** (grifo nosso)

4.2.19. Quanto ao primeiro argumento, o [subitem 17.03 da Lei Complementar n° 116/2003](#), traz em seu anexo a relação das operações que serão tributadas pelo ISS:

17 – Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres.

(...)

17.03 – Planejamento, coordenação, programação ou organização técnica, financeira ou administrativa.

4.2.20. Assim, carece de um esforço interpretativo muito grande para se chegar à conclusão de que os serviços de gestão de estoque, gestão de pedidos e gestão de logística não se enquadram como uma atividade relacionada no item transcrito.

4.2.21. De outra forma, e sendo mais específico, gerir pedidos, estoques e a logística de entrega nada mais é do que planejar, coordenar e programar administrativamente as atividades de recebimento de pedidos, separação, organização, despacho e transporte de materiais aos órgãos integrantes do contrato.

4.2.22. No segundo argumento, a empresa alega que os serviços acessórios não se convertem em fato geradores de incidência tributária.

4.2.23. Tal argumento é correto quando se refere a uma empresa comum de comercialização de produtos via plataforma eletrônica e aberta ao público em geral.

4.2.24. Porém, no caso do objeto do certame em análise, foi exigido que a empresa dispusesse de uma operação exclusiva para atender a Administração, com fluxo de compra, frequência de pedidos, prazo de entrega e forma de pagamento todos exclusivos para atender essa operação.

4.2.25. É de se dizer, e inclusive é o núcleo do objeto, a Administração deixará de ter em suas unidades estoques e almoxarifados de materiais de expediente à sua disposição para ter esses produtos mediante pedido feito na plataforma eletrônica da contratada.

4.2.26. Assim, a gestão logística de todos os pedidos, de todas as unidades da Administração é parte relevante sim da prestação de serviço cumulada com o fornecimento de materiais, motivo pelo qual deve ser tratada de forma diferente.

4.2.27. Pelos argumentos trazidos acima, entende-se que o objeto do Almoarifado Virtual é enquadrado, no que se refere a questão tributária, com uma operação mista.

4.2.28. Analisado o primeiro ponto da peça recursal, passa-se a análise do segundo ponto, que versa sobre a **possibilidade de incidência do ICMS em**

razão da atividade de circulação de mercadorias.

4.2.29. O ponto de partida da análise deve ser a [Lei Complementar nº 116/2003](#), especialmente sua lista anexa, que descreve de forma taxativa quais são as atividades sujeitas ao imposto municipal.

4.2.30. O [art. 1º](#) da referida lei complementar traz como regra que os serviços listados ficam sujeitos apenas e tão somente ao ISS, salvo se a própria lista contiver exceção no sentido de que o ICMS seja devido sobre o fornecimento de mercadorias, em cada caso.

Art. 1º (...)

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

4.2.31. Assim, na contratação de qualquer serviço que envolva fornecimento de bens ou mercadorias, o contratante deve observar se há ressalva quanto ao ICMS na lista constante da [Lei Complementar nº 116/2003](#). Não havendo, a incidência será exclusivamente do ISS. Existindo ressalva, apenas a parcela enquadrada na exceção se submeterá ao ICMS e a operação terá um caráter misto, havendo a incidência dos dois tributos sobre a mesma contratação, embora sobre partes distintas.

4.2.32. No caso de operações mistas de operações que não constem expressamente como exceção da [Lei Complementar nº 116/2003](#), como é o caso do objeto da licitação, embora já tenha sido objeto de controvérsias, o assunto parece melhor encaminhado via jurisprudência.

4.2.33. O Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando no sentido de que ante as operações mistas, havendo dúvida quanto à sua tributação, caberá a incidência do ISS sempre que a atividade tributada constar da lista anexa à [Lei Complementar nº 116/2003](#), quando não constar da referida lista, será tributada pelo ICMS.

4.2.34. É o que pode ser verificado dos julgamentos abaixo colacionados:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ENTRE ESTADOS E MUNICÍPIOS. ICMS E ISSQN. CRITÉRIOS. SERVIÇOS FARMACÊUTICOS. MANIPULAÇÃO DE MEDICAMENTOS. SERVIÇOS INCLUÍDOS NA LISTA ANEXA À LC 116/03. INCIDÊNCIA DE ISSQN. 1. Segundo decorre do sistema normativo específico (art. 155, II, § 2º, IX, b e 156, III da CF, art. 2º, IV da LC 87/96 e art. 1º, § 2º da LC 116/03), a delimitação dos campos de competência tributária entre Estados e Municípios, relativamente à incidência de ICMS e de ISSQN, está submetida aos seguintes critérios: (a) sobre operações de circulação de mercadoria e sobre serviços de transporte interestadual e internacional e de comunicações incide ICMS; (b) sobre operações de prestação de serviços, compreendidos na lista de que trata a LC 116/03, incide ISSQN; e (c) sobre operações mistas, assim entendidas as que agregam mercadorias e serviços, incide o ISSQN sempre que o serviço agregado estiver compreendido na lista de que trata a LC 116/03 e incide ICMS sempre que o serviço agregado não estiver previsto na referida lista. Precedentes de ambas as Turmas do STF. 2. Os serviços farmacêuticos constam do item 4.07 da lista anexa à LC 116/03 como serviços sujeitos à incidência do ISSQN. Assim, a partir da vigência dessa Lei, o fornecimento de medicamentos manipulados por farmácias, por constituir operação mista que agrega necessária e substancialmente a prestação de um típico serviço farmacêutico, não está sujeito ao ICMS, mas a ISSQN. 3. Recurso provido." (REsp 881035 / RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Data do Julgamento: 06/03/2008).

TRIBUTÁRIO. OPERAÇÕES MISTAS. ICMS. ISS. CRITÉRIOS DE INCIDÊNCIA. SERVIÇOS DE CONCERTO E MANUTENÇÃO DE REFRIGERADORES COM FORNECIMENTO DE PEÇAS EMPREGADAS. ITEM 14.1 DA LEI COMPLEMENTAR 116/2203.

EXCEÇÃO.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.092.206/SP, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, submetido ao rito dos recursos repetitivos nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual sobre operações mistas, assim entendidas as que agregam mercadorias e serviços, incide o ISS sempre que o serviço agregado estiver compreendido na lista de que trata a LC 116/03, e incide ICMS sempre que o serviço agregado não estiver previsto na referida lista.

2. Trata-se de empresa de prestação de serviço de conserto e manutenção de refrigeradores com fornecimento das peças empregadas.

3. Hipótese prevista nos itens 69 do Decreto-Lei n. 406/68 e no item 14.1 da Lei Complementar n. 116/2003, com expressa exceção quanto ao fornecimento de peças, no qual incidirá ICMS.

4. Incidência de ISS sobre os serviços de conserto e manutenção de refrigeradores e de ICMS sobre o fornecimento de peças, desde que a base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias seja o valor referente a estas, evitando-se a bitributação (62).

Recurso especial improvido.

(REsp 1239018/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 12/05/2011)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ENTRE ESTADOS E MUNICÍPIOS. ICMS E ISS. OPERAÇÕES "MISTAS". CRITÉRIOS. SERVIÇOS DE ELABORAÇÃO DE ÓCULOS POR ENCOMENDA. ART. 155, § 2º, IX, B, CF. LC 116/03.

1. A ação declaratória em sede tributária pode ter como escopo a declaração de inexistência de relação jurídica que tenha por objeto determinado tributo.

2. O efeito prospectivo da decisão continua submetendo-se ao princípio da legalidade ínsita na Súmula 239/STF, no sentido da coisa julgada temporal (a contrário sensu do Resp. 1.045978/RS e consoante o Resp.

638377/MG). À guisa de exemplo, verbis: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (CPC, ART. 485, V). EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA.

1. A sentença, ao examinar os fenômenos de incidência e pronunciar juízos de certeza sobre as conseqüências jurídicas daí decorrentes, certificando, oficialmente, a existência, ou a inexistência, ou o modo de ser da relação jurídica, o faz levando em consideração as circunstâncias de fato e de direito (norma abstrata e suporte fático) que então foram apresentadas pelas partes. Por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença, em regra, opera sobre o passado, e não sobre o futuro.

2. Portanto, também quanto às relações jurídicas sucessivas, a regra é a de que as sentenças só têm força vinculante sobre as relações já efetivamente concretizadas, não atingindo as que poderão decorrer de fatos futuros, ainda que semelhantes. Elucidativa dessa linha de pensar é a Súmula 239/STF. (...) (REsp 638377/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2005, DJ 21/03/2005, p. 260)

3. A delimitação dos campos de competência tributária entre Estados e Municípios, relativamente à incidência de ICMS e de ISS, está disciplinada pela Carta Magna (art. 155, II, § 2º, IX, b e 156, III), bem como por normas infraconstitucionais (art. 2º, IV, da LC 87/96 e art. 1º, § 2º, da LC 116/03). Precedentes: STF, Primeira Turma, RE 144795, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 12.11.93; STF, RE 129.877, Min. Marco Aurélio, DJ de 127.11.92.

4. A Primeira Seção desta e. Corte firmou entendimento no sentido de que: (a) sobre operações "puras" de circulação de mercadoria e sobre os serviços previstos no inciso II, do art. 155 da CF (transporte interestadual e internacional e de comunicações) incide ICMS; (b) sobre as operações "puras" de prestação de serviços previstos na lista de que trata a LC 116/03 incide ISS; (c) e sobre operações mistas, incidirá o ISS sempre que o serviço agregado

estiver compreendido na lista de que trata a LC 116/03 e incidirá ICMS sempre que o serviço agregado não estiver previsto na referida lista. Precedente: REsp 1092206/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 23/03/2009; AgRg no AgRg no REsp 1168488/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 29/04/2010).

5. *In casu, conforme reconhecido pela própria recorrente, a atividade da autora, consistente na elaboração e comercialização de óculos de grau personalizados, sob prescrição médica, não está prevista na Lista de Serviços da Lei Complementar nº 116/03, o que implica reconhecer a incidência do ICMS, nos termos das fundamentações acima delineadas.*

6. *Recurso especial a que se nega provimento.* (REsp 1102838/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 17/12/2010)

4.2.35. *Analizando o caso concreto, podemos classificar os serviços fornecidos no âmbito do AVN conforme [Anexo I da Lei Complementar nº 116/2003](#) da seguinte forma:*

a) *Gestão de estoque, gestão de pedidos e gestão de logística de transporte:*

17 – *Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres, notadamente, no item 17.03 – Planejamento, coordenação, programação ou organização técnica, financeira ou administrativa.*

b) *Disponibilização de plataforma eletrônica:*

1.07 – *Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados.*

1.08 – *Planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas.*

Novamente, sendo mais específico quanto a análise da tributação do objeto da licitação:

I - Trata-se inequivocamente, de prestação de serviços cumulada com o fornecimento de materiais, portanto, enquadrada como operação mista;

II - Tratando-se de operação mista, não há itens em que a operação possa ser enquadrada no [Anexo I da Lei Complementar nº 116/2003](#);

III - Não havendo enquadramento, o foco da análise passa a ser o serviço agregado. Havendo enquadramento possível, a incidência será de ISS. Não havendo, ICMS;

IV - Os serviços agregados do objeto do pregão enquadram-se nos itens 1.07, 1.08 e 17.03 do [Anexo I da Lei Complementar nº 116/2003](#).

4.2.37. *Pelo exposto, conclui-se que o serviço prestado pela empresa contratada no âmbito do projeto Almojarifado Virtual Nacional é tributado em sua totalidade pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, tendo em vista não se tratar de uma das exceções previstas na [LC nº 116/2003](#).*

4.2.38. *Em seu último argumento sobre o tema tributário, a empresa alega a **desconsideração da incidência de ICMS sobre a prestação de serviço de transporte**.*

4.2.39. *Conforme disposto no Termo de Referência (10981435), o custo do serviço é o valor do material e de todos os serviços prestados para que ele seja disponibilizado à uma unidade da contratante, inclusive o transporte, mais a Taxa de Ajuste ofertada no certame.*

4.2.40. *Em nenhum momento a Administração desconsidera que, no caso do transporte de material para a prestação do serviço, poderá haver a incidência de ICMS (intermunicipal ou interestadual) ou ISS (municipal), conforme o caso.*

4.2.41. *A empresa contratada pode perfeitamente transportar um material para a prestação de um serviço e, no caso do transporte intermunicipal ou interestadual, haver a incidência do ICMS sobre o valor do transporte avençado entre a contratada e sua transportadora, devidamente destacado no Conhecimento de Transporte Eletrônico (CTe).*

4.2.42. *É de se dizer, inclusive, que existe um Código Fiscal de Operações e Prestações - CFOP próprio para a nota fiscal de transporte: 1.126 / 2.126 / 3.126 Compra para utilização na prestação de serviço.*

4.2.43. *Ocorre que o custo dessa operação de transporte deverá estar incluído no preço pago pela Administração e cobrado mediante a emissão da nota fiscal de serviço, não cabendo à contratante saber se o imposto incidente sobre o transporte foi o ICMS ou o ISS, devendo a contratada obedecer a legislação fiscal vigente.*

4.2.44. *Por fim, no tópico c de seu recurso, a licitante aduz a necessidade de realização de diligência para verificar a exequibilidade da proposta.*

4.2.45. *O item 9.6. do Edital licitatório permite a qualquer interessado requerer que se realizem diligências para aferir a exequibilidade e a legalidade das propostas, devendo apresentar as provas ou os indícios que fundamentam a suspeita.*

4.2.46. *Contudo, como inicialmente narrado, a empresa recorrente não apresentou provas da inexecuibilidade, bem como os fatos alegados não podem ser considerados como indícios, mas sim meras presunções, uma vez que cada licitante atua conforme suas políticas internas, não cabendo à Administração adentrar nessa seara.*

4.2.47 *Da mesma forma, as informações elencadas para diligência estão fora do escopo licitatório e são dados considerados restritos, pois busca apresentar informações sobre a atividade de uma concorrente de mercado. Os elementos necessários para o lance eram apenas os indicados no Anexo IV do Edital (10982693).*

CONCLUSÃO

5. Dessa feita, com base em todo o fundamento na presente Nota Técnica, sugere-se:

a declaração de improcedência do recurso da empresa BRS SUPRIMENTOS CORPORATIVOS S/A; e

a declaração de improcedência de ambos os recursos da empresa RORIZ COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA."

3.8. Dessa forma, observa-se que as alegações recursais foram fielmente rebatidas pelas áreas técnicas signatárias da Nota Técnica SEI nº 54978/2020/ME (SEI 12237648), de moldes que não assiste razão à Recorrente.

4. DA CONCLUSÃO

4.1. A Recorrente carece de razão em suas alegações, uma vez que os todos os motivos alegados foram exaustivamente rechaçados pela Área Técnica.

5. DO POSICIONAMENTO DO PREGOEIRO

5.1. Por todo o exposto, os recursos interpostos são conhecidos pela sua tempestividade. Contudo, as alegações trazidas não suscitam viabilidade de reconsideração deste Pregoeiro, razão pela qual fica mantida a decisão que declarou vencedora do Pregão Eletrônico SRP nº 7/2020 para o Grupo 1, qual seja a empresa AUTOPEL Automação Comercial e Informática Ltda. e para o Grupo 2, a empresa BRS Suprimentos Corporativos S/A., cabendo ainda destacar os seguintes aspectos que ancoram o posicionamento ora exarado:

5.1.1. a alegada inexecuibilidade das propostas da AUTOPEL ou da BRS Suprimentos não restou demonstrada pela Recorrente, enquanto que os estudos técnicos realizados pela área demandante, acostados aos autos, concluíram pela exequibilidade das Taxas de Ajuste entre 0 e 37%, de sorte que ao haver um percentual mínimo admitido no edital, seria esse o limite para que a execução do contrato possa se dar de forma efetiva e eficiente e, nessa linha, a Taxa de Ajuste zerada seria a mesma coisa que um preço licitatório normal do Painel de Preços;

5.1.2. os fundamentos sobejamente sustentados na Nota Técnica subscrita pelas coordenações-gerais CGSEC e CGGAC, levam ao entendimento de que a Recorrente se equivoca entre preço constante do Painel

de Preços e custo de produção e, de igual modo, rechaçam tecnicamente as alegações: (i) relativas à não caracterização da operação de natureza mista; (ii) de incidência de ICMS em razão da atividade de circulação de mercadorias e; (iii) de incidência do ICMS em razão do transporte intermunicipal e interestadual de mercadorias.

5.2. No que se refere ao pedido de que "... seja autorizado o acompanhamento da contratação por esta recorrente, mediante acesso a todos os documentos da contratação, em especial aos relatórios de pedidos e às notas fiscais emitidas pela contratada, que serão submetidos à análise dos órgãos fazendários estaduais e municipais competentes. 5, 6 e 14 do Edital deste procedimento licitatório.", importa registrar que esta Administração cumpre rigorosamente as disposições da Lei nº 12.527/2011, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 ambos da Constituição Federal.

5.3. Assim, encaminhe-se os autos à autoridade superior para análise, consideração e decisão do Recurso Administrativo em pauta.

Brasília/DF, dezembro de 2020.

[Documento assinado eletronicamente]

ABDIAS DA SILVA OLIVEIRA

Pregoeiro

De acordo. Encaminhe-se os autos à Diretora da Central de Compras para ciência e decisão do Recurso Administrativo em pauta.

Brasília/DF, dezembro de 2020.

[Documento assinado eletronicamente]

VALNEI BATISTA ALVES

Coordenador Geral



Documento assinado eletronicamente por **Valnei Batista Alves, Coordenador(a)-Geral**, em 04/12/2020, às 22:11, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Abdias da Silva Oliveira, Analista**, em 04/12/2020, às 22:15, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.economia.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **12245175** e o código CRC **B5271AF1**.

