

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO 22/2020
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 23079.023372/2018-33

RECORRENTE: PROATIVIDADE CONSULTORIA EMPRESARIAL E GESTÃO DE RH LTDA

PROATIVIDADE CONSULTORIA EMPRESARIAL E GESTÃO DE RH LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 13.732.124/0001-03, com sede na Rua Coronel Rufino, 11 – Centro – Valença -RJ, neste ato representada por LOURENÇO GIOSEFFI JANNUZZI, brasileiro, empresário, portador da carteira de identidade nº [REDACTED], expedida pelo IFPRJ e inscrito no CPF sob o nº [REDACTED], residente e domiciliado na Rua Rodolfo Albino, nº 35, ap. 102 – Valença, por intermédio do seu representante legal infra-assinado, devidamente qualificado nesses autos, vem tempestivamente, nos termos da Lei 10.520/02, subsidiariamente a Lei 8.666/1993 e dos autos do processo em epígrafe, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

em face da decisão proferida pelo R. Pregoeiro que decidiu por declarar vencedora empresa licitante que ofertou valores em desconformidade com as normas legais, qual seja ORBENK – ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., conforme razões a seguir aduzidas.

I – DO DIREITO DE PETIÇÃO

O recurso administrativo tem como fundamento a previsão constitucional do “Direito de Petição”, consagrada na alínea “a” do inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, CF, segundo o qual:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

É dessa garantia constitucional que decorrem as diversas formas de provocação da Administração Pública para o exercício do direito de petição, nesse sentido vejamos as palavras de Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, p 579. São Paulo: Atlas, 2000.):

“Dentro do direito de petição estão agasalhados inúmeras modalidades de recursos administrativos... É o caso da representação, da reclamação administrativa, do pedido de reconsideração, dos recursos hierárquicos próprios e impróprios da revisão.”

Segundo esse entendimento, Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, p. 905. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009.) afirma que:

“(...) o direito de petição é um meio de controle administrativo e dá fundamento aos recursos administrativos por que tais recursos nada mais são do que meios de postulação a um órgão administrativo. O instrumento que propicia o exercício desse direito consagrado na CF é o recurso administrativo.”

Desta feita, temos que o recurso administrativo instrumentaliza o exercício do direito de petição junto ao poder público.

O princípio do contraditório e da ampla defesa é também apontado como fundamento dos recursos administrativos. Tal princípio é insculpido no inciso LV do artigo 5º da CF, vejamos:

"LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

Destarte, a Constituição de 1988 assegura o direito ao contraditório e à ampla defesa, em proteção a interesses de quaisquer cidadãos, podendo para tanto peticionar junto ao Poder Público.

No caso específico das licitações públicas, o regramento para a provocação do poder público foi instituído na Lei 8.666/93, Capítulo V, Artigo 109, regulamentando o direito de petição atinente aos procedimentos licitatórios. São três as formas dessa manifestação: recurso (recurso hierárquico), representação e pedido de reconsideração.

O recurso hierárquico também fora previsto nos casos das licitações realizadas sob a modalidade de pregão, em sua lei de regência, no art. 4º, XVIII.

II – DO EFEITO SUSPENSIVO

Inicialmente, a Recorrente solicita que seja conferido ao presente o necessário efeito suspensivo, conforme mandamento legal trazido pela Lei 10.520/02 e pela Lei 8.666/93, com previsão ainda no item 10.5 do Edital.

III – DOS FATOS

A empresa Recorrente apresentou proposta de preços para a Licitação, na modalidade de PREGÃO ELETRÔNICO PRESENCIAL Nº 22/2020, do tipo MENOR PREÇO POR ITEM, sob a forma de execução indireta no regime de empreitada por preço global e geração de Ata de Registro de Preços, que será regida pelo disposto na Lei nº 10.520/2002 e 13.979/2020, subsidiariamente na Lei nº 8.666/1993, e demais normas regulamentares aplicáveis à espécie.

Preliminarmente cabe ressaltar que a Recorrente não visa, tão somente, a defesa de seus direitos, na medida em que a aceitação da proposta vencedora em comento, contraria frontalmente o Edital, seus preceitos fundamentais, bem como a legislação acerca da matéria.

Por assim ser, nos socorremos aos elevados substratos intelectuais deste Douto Pregoeiro, que examinando as razões de forma estanque e distinta, no tocante à legislação ora trazida à baila haverá de compreender o desacordo com o próprio Instrumento Convocatório, conforme estará esmiuçado adiante.

Ao avaliar a documentação, o Ilmo. Sr. Pregoeiro decidiu DECLARAR VENCEDORA A EMPRESA ORBENK – ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. sem se atentar, entretanto, a fatores que obstaculizam a validade da proposta apresentada devendo, portanto, ser desclassificada.

A Recorrente ao preparar a sua documentação, apesar de ter cumprido as determinações do Instrumento Convocatório, conforme veremos a seguir, tivera sua proposta vencida por um terceiro que não atentou para os ditames legais, apresentado PREÇO MANIFESTAMENTE INEXEQUÍVEL.

III – DA DOCUMENTAÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA ORBENK

Ab initio, a Recorrente informa que apresentara TODA A DOCUMENTAÇÃO de forma VÁLIDA e SATISFATÓRIA.

Conforme se pode verificar nos autos, a proposta vencedora apresentada pela Empresa Orbenk, não atende ao Edital, nem muito menos aos ditames legais ao APRESENTAR PLANILHA ONDE INFORMA O VALOR DE R\$ 1,00 (HUM REAL) PARA OS UNIFORMES E EPI'S, contrariando ainda as recomendações do Governo Federal, as normas do Ministério do Trabalho e Emprego e ainda as normas de segurança do trabalho pois resta IMPOSSÍVEL ADQUIRIR TODOS OS EPI'S EXIGIDOS PARA A EXECUÇÃO DO SERVIÇO E A CONFECÇÃO DOS UNIFORMES COM APENAS R\$ 1,00 (HUM REAL), demonstrando que o contrato se tornará ABSOLUTAMENTE INEXEQUÍVEL, uma vez que a EMPRESA JÁ DEMONSTRA QUE LESIONARÁ SEUS FUNCIONÁRIOS em nome do lucro, o que certamente não será permitido por V.Sa.

Quanto à presente argumentação, respeitando o entendimento do Douto Pregoeiro, insta salientar que a proposta é vista como ofensa ao princípio da isonomia, haja vista que restringe o caráter competitivo do certame, em claro descumprimento ao art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93 que assim reza:

"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;" Grifamos

Corroborando com o entendimento retro mencionado, colacionamos algumas decisões emanadas dos nossos Tribunais:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO:

"Ementa: LICITAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - VINCULAÇÃO AO EDITAL NÃO AUTORIZA INTERPRETAÇÃO LITERAL E OBTUSA DE CLAÚSULA EDITALÍCIA - CONCESSÃO DA ORDEM. (...) O objetivo das licitações públicas é a busca do melhor contrato para a administração, garantindo-se, de outro lado, a igualdade de chances aos concorrentes. Toda a interpretação de editais deve ser feita à conta dessa premissa, e, assim, A EXIGÊNCIA DO EDITAL DEVE SER ENTENDIDA E CUMPRIDA, AFASTANDO-SE ENTENDIMENTO RESTRITIVO E LITERAL DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO. O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL NÃO PODE SER USADO PARA AGREDIR A INTELIGÊNCIA, VILIPENDIAR O BOM SENSO E MARTELAR A LÓGICA. REMESSA DESPROVIDA. REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA REOMS 38073 2000.02.01.066498-8 (TRF-2) Data de publicação: 04/04/2006."

Por derradeiro, merece destaque os termos constantes do edital acerca de irregularidades ou existência de restrições, senão vejamos:

25.6 – AS NORMAS DISCIPLINADORAS DA LICITAÇÃO SERÃO SEMPRE INTERPRETADAS EM FAVOR DA AMPLIAÇÃO DA DISPUTA ENTRE OS INTERESSADOS, DESDE QUE NÃO COMPROMETAM O INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO, O PRINCÍPIO DA ISONOMIA, a finalidade e a segurança da contratação.

O que se vê na verdade não foi ampliação da disputa nem muito menos respeito ao interesse público, mas sim, violação às normas legais e risco aos trabalhadores que irão exercer as funções previstas no edital.

Outro ponto que merece destaque é o esposado no item 6.5 do Edital, pois A EMPRESA SONEGA INFORMAÇÕES FISCAIS APRESENTANDO APENAS INFORMAÇÕES SOBRE O PERÍODO 03/2019 A 02/2020 A RESPEITO DAS ALIQUOTAS PIS/COFINS, contrariando dispositivo do edital. Tal sonegação impacta diretamente na formulação dos preços, em especial na compensação de percentuais efetivos.

Ora, pode-se ver que o d. Pregoeiro, na louvável intenção de proteger o erário e trazer maior economia para a administração, deixou de lado fator essencial de validade e regular execução econômico-financeira do contrato, cujo reequilíbrio será requerido tão logo se demonstre inexequível, transformando um contrato aparentemente vantajoso em financeiramente desastroso, o que acabará gerando dano irreparável passível de responsabilidade, configurando ainda ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Por essas razões a Recorrente espera que V.Sa. RECONSIDERE O ENTENDIMENTO ESPOSADO, rejeitando a proposta da ORBENK por não estar de acordo com as normas legais

IV – DO DIREITO

Serão apresentadas, as considerações da Recorrente acerca de todo o alegado acima:

Os critérios que devem pautar a Administração Pública na escolha da melhor proposta para a execução dos serviços, procurando sempre preservar o erário de gastos indevidos, deverão ser sempre OBJETIVOS, IMPESSOAIS E EFICAZES E EFICIENTES. É por esse motivo que a proposta apresentada pela ORBENK deve ser recusada por esse Erudito Pregoeiro, desclassificando-a do certame.

Destaque-se que a escolha do administrador público deve sempre ser embasada pelos Princípios da Impessoalidade e do Julgamento Objetivo das Propostas.

Neste diapasão, clama-se pela atenção ao que dispõe o art. 37 da Constituição Federal para impor a aplicação do Princípio da Legalidade Estrita pelo Ilmo. Sr. Pregoeiro para declarar a desclassificação da proposta da empresa ORBENK, valendo-se, para isso, de INTERPRETAÇÃO DOS TERMOS DO EDITAL.

Destarte, a decisão de declarar a ORBENK como vencedora do certame não pode prosperar, sob pena de ferir princípios basilares da licitação pública, quais sejam, os PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, COMPETITIVIDADE, ECONOMICIDADE, VANTAJOSIDADE E EFICIÊNCIA.

Nos ensinamentos do Mestre Hely Lopes Meirelles, os princípios são:

"Na linguagem corrente, a palavra princípio tem o sentido "aquilo que vem antes de alguma coisa" ou "origem, começo", contrapondo-se ao fim. Na linguagem técnica este vocábulo tem sentido vago e não oferece nenhuma indicação substancial sobre a que se destina. Na ciência jurídica a palavra princípio é um termo análogo, ou seja, suscetível de inúmeros sentidos sendo, antes de tudo, um ponto de partida. Neste sentido, princípio são os alicerces, os fundamentos desta ciência. (MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit., P. 28 e ss) grifamos

Para J. Afonso da Silva os princípios são:

"ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas." (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 9ª ed., São Paulo, 1994, p. 84 e 85.) grifamos

Segundo o festejado Miguel Reale:

"(...) os princípios são 'verdades fundantes' de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da praxis." (Lições Preliminares de Direito, Saraiva, 7ª ed., São Paulo, 1980, p. 299.) grifamos

Conclui-se, portanto que encontraremos em nossa Constituição Federal e demais leis, tanto princípios, como normas. Os Princípios, quando vierem de forma expressa na constituição, terão o status de normas-princípios. Já os princípios que, pelo menos diretamente, não estiverem relacionados em alguma norma constitucional, deverão ser subentendidos como parte do sistema, sob pena de quebra de sua harmonia e provável surgimento de situações desproporcionais.

Corroborando com esse entendimento, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assim se posicionou:

"Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio." (STF, REExt nº 160.381/SP, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 153/1.030.) grifamos

As normas são de importância ímpar em nosso ordenamento jurídico-positivista, possuindo os princípios, contudo, missão superior, que é a de gerar o sistema de normas, seja oferecendo subsídios para a complementação das leis, seja repugnando normas ilegítimas, de constitucionalidade equívoca.

É de nosso conhecimento que há um evidente dilema que envolve, de um lado, a exigência rigorosa do cumprimento das formalidades previstas pelo edital e, de outro lado, o uso da prerrogativa de saneamento, pelo Pregoeiro.

O DECRETO FEDERAL Nº 5.450/2005 expressamente admite que O PREGOEIRO EXERÇA A PRERROGATIVA ADMINISTRATIVA DE SANAR ERROS OU FALHAS QUE NÃO ALTEREM A SUBSTÂNCIA DAS PROPOSTAS, dos documentos e sua validade jurídica. Nestes casos, deve apresentar despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, que informe e justifique a medida saneadora.

O Ilmo. Sr. Pregoeiro ao verificar que a proposta inicialmente não atendia ao edital, deveria ter diligenciado para dirimir quaisquer dúvidas à respeito do referido documento antes da declaração sumária de vencedora. Tal providência não alteraria a substância da documentação, haja vista que RESTARIA COMPROVADO A INIDONEIDADE DOS DOCUMENTOS, EIS QUE FEREM DIREITOS TRABALHISTAS, AS NORMAS EMANADAS PELO GOVERNO FEDERAL DISPONIBILIZADAS NO PORTAL COMPRASNET E AS NOMAS DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO e tampouco tornaria legítima a atuação do Douto Pregoeiro no sentido de sanear tal situação.

A NORMA REGULAMENTADORA Nº 6 do Ministério do Trabalho e Emprego, considera como Equipamento de Proteção Individual - EPI, todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho.

A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, EPI adequado ao risco, em perfeito estado de conservação e funcionamento, nas seguintes circunstâncias:

- a) Sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes do trabalho ou de doenças profissionais do trabalho (206;002-7/14);
- b) Enquanto as medidas de proteção coletiva estiverem sendo implantadas (206.003-5/15); e
- c) Para atender a situações de emergência. (206.004-3/14)

Com relação aos uniformes, A NORMA REGULAMENTADORA Nº 24 do Ministério do Trabalho e Emprego, visa as condições sanitárias e de conforto nos locais de trabalho. Abaixo segue o trecho do documento que se refere exclusivamente sobre os uniformes e vestimentas de trabalho:

24.7 Uniformes e Vestimentas de Trabalho

24.7.1 Uniforme de trabalho

24.7.1.1 Uniforme de Trabalho é toda peça ou conjunto de peças do vestuário destinado a padronização visual cujo uso é exigido pelo empregador, não considerado EPI nem vestimenta de trabalho.

24.7.1.2 O empregador deve fornecer os uniformes de trabalho, quando seu uso for exigido.

24.7.1.3 Cabe ao empregador quanto aos uniformes de trabalho:

- a) exigir de seus fornecedores que as peças sejam confeccionadas com material adequado, visando o conforto necessário à atividade desenvolvida pelo trabalhador;
- b) substituir as peças, sempre que danificadas;
- c) garantir que o uniforme ou adorno, eventualmente a ele acrescido, com fins promocionais não cause constrangimento ao trabalhador.

24.7.2 Vestimenta de trabalho

24.7.2.1 Vestimenta de trabalho é toda peça ou conjunto de peças do vestuário, diferente das roupas pessoais e comuns dos trabalhadores, destinadas a atender as exigências de determinadas atividades ou condições de trabalho, não considerada como EPI nem uniforme, atendendo ao disposto nesta norma.

24.7.2.2 A vestimenta de trabalho deve ser fornecida pelo empregador quando:

- a) previsto a necessidade no PPRA;
- b) determinado em Norma Regulamentadora;
- c) previsto em Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho.

24.7.2.3 Cabe ao empregador quanto às vestimentas de trabalho:

- a) exigir de seus fornecedores que as peças sejam confeccionadas com material adequado, visando o conforto e a segurança necessária à atividade desenvolvida pelo trabalhador;
- b) substituir as peças, sempre que danificadas;
- c) responsabilizar-se pela higienização, quando previsto em Norma Regulamentadora ou em Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho.

24.7.2.4 As vestimentas de trabalho devem ser deixadas nos locais de trabalho quando o empregador for responsável pela sua higienização, salvo se as atividades exercidas forem realizadas fora do estabelecimento.

24.7.3 As peças de uniforme ou vestimentas de trabalho, quando usadas na cabeça ou face, não devem restringir o campo de visão do trabalhador.

IMPOSSÍVEL ACREDITAR QUE TUDO ISSO CUSTARÁ APENAS R\$ 1,00 (HUM REAL).

A doutrina acerca da matéria aponta que uniformes e EPIs, são CUSTOS DIRETOS que sempre serão suportados pela contratada, mas sempre reembolsados pela contratante e devem compor o valor do contrato, senão vejamos:

“O CUSTO DIRETO É AQUELE QUE PODE SER ATRIBUÍDO (OU IDENTIFICADO) DIRETAMENTE A UM PRODUTO, LINHA DE PRODUTO, CENTRO DE CUSTO OU DEPARTAMENTO, NÃO NECESSITANDO DE RATEIO PARA SER ATRIBUÍDO AO OBJETO CUSTEADO. NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, É O CONJUNTO DE GASTOS QUE A EMPRESA SOMENTE É OBRIGADA A SUPORTAR CASO ESTEJA NA EXECUÇÃO DO CONTRATO. Em um contrato de limpeza, higiene e conservação, o material de limpeza empregado é uma despesa direta porque somente é arcada pela empresa se esta vier a assumir o contrato, caso vença a licitação ou celebre o aditamento de prazo para prorrogação. Encerrado o contrato (ou não prorrogado), os valores relativos a esse custo não mais serão desembolsados. FAZEM PARTE DO ROL DOS CUSTOS DIRETOS, AQUELES RELATIVOS À MÃO DE OBRA EMPREGADA DE FORMA DEDICADA, BEM COMO OS ENCARGOS INCIDENTES; MATERIAIS; INSUMOS, UNIFORMES, EPIs; EQUIPAMENTOS (neste caso, o custo da depreciação); tributos incidentes sobre o serviço e/ou materiais empregados, entre outros. INDIRETO É O CUSTO QUE NÃO SE PODE APROPRIAR DIRETAMENTE A CADA TIPO DE BEM OU FUNÇÃO DE CUSTO NO MOMENTO DE SUA OCORRÊNCIA. OS CUSTOS INDIRETOS SÃO APROPRIADOS AOS PORTADORES FINAIS MEDIANTE O EMPREGO DE CRITÉRIOS PRÉDETERMINADOS E VINCULADOS A CAUSAS CORRELATAS, como mão-de-obra indireta, rateada por horas/homem da mão de obra direta ou gastos com energia, com base em horas/máquinas utilizadas.”

Nas planilhas de composição de custo, cada componente de CUSTO DIRETO é identificado e apontado objetivamente; já os custos indiretos, assim como o lucro, são, todos, incluídos no componente chamado BDI – Bônus e Despesas Indiretas. Portanto, o custo relativo a Uniformes e EPI's jamais pode estar contabilizado no BDI, ou seja, deve estar claro na planilha de custos o que não ocorreu in casu.

Sobre o tema, ao apreciar o processo nº 1.30.001.000733/2017-04 – Pregão Eletrônico 05/2017, o Ministério Público Federal assim se manifestou:

No presente caso, a Recorrida NÃO APRESENTOU AS TABELAS REFERENTES AOS ITENS 8 e 14 (Uniformes, Materiais, Equipamentos/utensílios/depreciação e EPI) DO ANEXO II- TERMO DE REFERÊNCIA não especificando quais os materiais, o custo unitário e o quantitativo foram utilizados em sua proposta e, quando solicitada a justificativa quanto aos valores apresentados e a retificação do quadro resumo, se limitou a apresentar uma declaração com argumentos vagos e que em nada contribuíram para explicar os valores utilizados. Ora, em que pese o Edital nº 05/2017 ter adotado como critério de julgamento o menor preço, não pode o Ilmo. Sr. Pregoeiro sob a justificativa de contratar o menor preço, abrir mão do atendimento às exigências ali contidas, como fez ao aceitar a proposta da ATAC FIRE, sob pena de VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. Ainda que a Recorrida dissesse que teria “sobras” de uniformes, equipamentos e materiais em estoque “de outro contrato”, isso não justificaria os valores apresentados, pois nada foi detalhado unitariamente. E mais, qual a garantia que o pregoeiro possui que os modelos são os descritos no Termo de Referência? NENHUMA!!! Tal fato é INACEITÁVEL. Aceitando esta proposta o pregoeiro estará concordando com uma PROPOSTA FICTÍCIA, INEXEQUÍVEL E SEM TRANSPARÊNCIA, principalmente quando foi solicitado a licitante justificasse os valores apresentados e a mesma enviou apenas um documento por escrito com MERAS E ILUSÓRIAS JUSTIFICATIVAS QUE NÃO GARANTEM ABSOLUTAMENTE NADA.

A conjugação desses fundamentos permite concluir que, se por um lado a lei não define um valor mínimo para determinados componentes de custos que incidem na execução do objeto, por outro lado, não se admite a simples indicação de valor zero, irrisório ou simbólico, pois AS PROPOSTAS DEVEM CONSIGNAR VALORES QUE VIABILIZEM ECONOMICAMENTE A EXECUÇÃO DO ENCARGO. Daí porque, ainda que não seja possível a Administração definir o valor mínimo para esses componentes de custo, é dever da licitante cotar valor compatível com a realidade de mercado.

Sob esse enfoque, a licitante somente poderá cotar valor zero, irrisório ou simbólico quando renunciar parte ou a

totalidade da remuneração relativa a materiais e instalações de sua própria propriedade, conforme prevê o art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93:

Art. 44. (...)

§ 3º NÃO SE ADMITIRÁ PROPOSTA QUE APRESENTE PREÇOS GLOBAL OU UNITÁRIOS SIMBÓLICOS, IRRISÓRIOS OU DE VALOR ZERO, INCOMPATÍVEIS COM OS PREÇOS DOS INSUMOS E SALÁRIOS DE MERCADO, ACRESCIDOS DOS RESPECTIVOS ENCARGOS, AINDA QUE O ATO CONVOCATÓRIO DA LICITAÇÃO NÃO TENHA ESTABELECIDO LIMITES MÍNIMOS, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

Agora atente-se, a Lei nº 8.666/93 deixa claro que a renúncia em exame somente será admissível se tratar de valores de materiais e instalações de propriedade do próprio licitante. Logo, não cabe renunciar na composição do preço cotado valores relativos a materiais e instalações que a licitante ainda não tenha e que somente serão adquiridos futuramente.

A razão que rege a norma é simples: na formação da planilha de custos e formação de preços, devem ser indicados os valores de todos os componentes de custo, de modo que o preço cotado viabilize a execução do encargo.

A jurisprudência do TCU – Tribunal de Contas da União acerca do tema é clara senão vejamos:

"7. Suas alegações de que está em vistas de realizar volumosa compra dos materiais, que lhe permitiriam considerável desconto na aquisição, não são suficientes para que sua proposta, em patamar tão inferior ao estimado, possa ser aceita. Não possuir os insumos em estoque, como declarado pela própria empresa, IMPORTA EM ELEVADO RISCO PARA A ADMINISTRAÇÃO, QUE, AO CONTRATÁ-LA, PODERIA FICAR SUJEITA AO SUCESSO DO PROCESSO DE COMPRA DOS MATERIAIS PARA VIABILIZAR A EXECUÇÃO DO CONTRATO.

(...)

8. É de se observar que a empresa ainda não possui os materiais demandados e, sem que tenha feito provisão suficiente em seu orçamento, declarou que realizará as aquisições necessárias ao adimplemento do contrato.

9. A INSEGURANÇA INSTAURADA PELA ACEITAÇÃO DE PROPOSTA DESSE TEOR É JUSTAMENTE AQUELA REPELIDA PELO § 3º DO ART. 44 DA LEI 8.666/1993, que não admite propostas irrisórias/nulas dissociadas de garantias fáticas que mitiguem o risco de inexecução do contrato.

(...)

11. ALÉM DISSO, NÃO É RAZOÁVEL QUE O GESTOR PÚBLICO ACEITE PROPOSTA VAZADA EM PREÇO INFERIOR A 2% DO ESTIMADO, MORMENTE QUANDO A LICITANTE NÃO EVIDENCIA DE FORMA CONTUNDENTE A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DE SUA OFERTA.

12. COMO A ADMINISTRAÇÃO NÃO ALCANÇA OS TRAÇOS DA ESTRATÉGIA COMERCIAL DA EMPRESA E NÃO PODE VISLUMBRAR SEUS ARTIFÍCIOS PARA ALCANCE DE METAS E OBJETIVOS INTERNOS, alegações de que os insumos a serem fornecidos seriam comprados com descontos significativos, ou mesmo de que é interesse comercial da empresa realizar o contrato para facilitar a captação de clientes privados NÃO TORNAM ACEITÁVEL UMA PROPOSTA DESSE PATAMAR. (Acórdão nº 2.186/2013 – 2ª Câmara)

A documentação apresentada pela Empresa Orbenk, qual seja, uma mera declaração, não encontra respaldo legal e não fornece segurança para a administração ou para os seus funcionários. Para os itens de custos cujo valor não seja definido por lei, CUMPRE À LICITANTE COTAR VALORES DE MERCADO, conforme sua estratégia e realidade empresarial, somente sendo admitida a cotação preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero para materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie à parcela ou à totalidade da remuneração, MEDIANTE COMPROVAÇÃO PELA LICITANTE DE QUE JÁ TEM ESSES ITENS (UNIFORMES E EPI'S O QUE NÃO OCORREU.

A busca pela melhor proposta e o atendimento aos princípios que conformam a atividade administrativa exercida pelo pregoeiro, como a competitividade, razoabilidade e eficiência, exigem que, respeitando-se a isonomia e a impessoalidade, SEJAM TOMADAS MEDIDAS CABÍVEIS PARA SANAR ERROS, omissões ou defeitos de pouca relevância, com o intuito de garantir a seleção da melhor proposta possível.

Assim, em determinadas situações, pode-se justificar que questões procedimentais, que não atentem contra a isonomia entre os licitantes, SEJAM PRESCINDIDAS EM FAVOR DA BUSCA DE UMA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA O PODER PÚBLICO.

Como se sabe, o edital estabelece as regras do certame licitatório, devendo ser observados pela Administração e pelos licitantes.

Mas, embora se presuma que determinados requisitos impostos pelo edital são relevantes, O RIGOR EM SUA EXIGÊNCIA NÃO DEVE SER APLICADO DE FORMA A PREJUDICAR A PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO.

Esta compreensão moderna do papel a ser exercido pelo agente público responsável pelas licitações encontra eco nas decisões de nossos Tribunais.

A exigência da vinculação do administrador não é absoluta, sob pena de quebra da competitividade. Com essa inteligência, vêm os Tribunais abrandando o princípio do formalismo procedimental, quando se tratar de mera irregularidade, conforme fora demonstrado acima.

Como se depreende da leitura dos julgados, do STF e do STJ, os mesmos enaltecem a compreensão de que o formalismo no procedimento licitatório não impõe, de forma absoluta, a desclassificação das propostas, ou inabilitação, por simples omissões ou por defeitos irrelevantes.

Assim, entendemos que a melhor orientação jurídica a ser dada ao Ilmo. Sr. Pregoeiro é para que, conforme admitido pela lei, doutrina e jurisprudência, EXERÇA A PRERROGATIVA ADMINISTRATIVA DE DESCLASSIFICAR A PROPOSTA DA EMPRESA ORBENK, uma vez que a possibilidade de sanar erros ou falhas que não alterem a substância da documentação já precluiu, prestigiando princípios que conformam a atividade administrativa, como: a COMPETITIVIDADE, RAZOABILIDADE, ECONOMICIDADE, VANTAJOSIDADE e EFICIÊNCIA.

Diante disso, o pedido de DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA DA EMPRESA ORBENK é totalmente PROCEDENTE.

DA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO QUANTO AO CÁLCULO DAS ALÍQUOTAS DE PIS E COFINS

As leis 10.637/2002 e 10.833/2003, em tese, exigiria a apresentação na planilha de Composição da empresa vencedora a alíquota do PIS de 1,65% e da COFINS 7,6%.

Porém, a matéria tributária aventada, em especial no que tange à compensação de PIS e COFINS com o desconto de créditos apurados com base em custos, despesas e encargos da pessoa jurídica, que acaba por gerar alíquotas mensais diferenciadas tal como foi anexado a este d. certame, que deve ser calculado com base no que a empresa apurou nos últimos 12 (doze) meses como alíquota média.

A CGU – Controladoria Geral da União, em julho de 2019, editou Relatório de Atividades Subsidiárias onde se avaliou o impacto dos regimes de tributação de PIS/COFINS nos contratos administrativos com dedicação exclusiva de mão de obra, apontando a necessidade de estabelecimento de regra/metodologia orientativa aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal por parte do Ministério da Economia de modo que a Planilha de Custos e Formação de Preços utilizada nos contratos administrativos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra REFLITA OS CUSTOS EFETIVOS DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DE PIS/COFINS DAS LICITANTES DE ACORDO COM O REGIME TRIBUTÁRIO ADOTADO POR ELAS.

Isso porque, com a aplicação dos dispositivos previstos nas leis 10.833/2003 e no art. 3º da Lei nº 10.637/2002, a Recorrida pode auferir créditos e abater dos valores devidos de PIS e COFINS à Receita Federal do Brasil (RFB). Consequentemente, os percentuais das alíquotas dessas contribuições serão inferiores a 1,65% e 7,60%, sendo denominadas, portanto, de ALÍQUOTAS EFETIVAS.

Convém também ressaltar, que os órgãos e entidades da Administração Pública realizam a retenção do Imposto de Renda, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, do PIS e da COFINS, quando do pagamento às empresas contratadas para o fornecimento de bens e prestação de serviços, conforme prevê a Instrução Normativa da RFB nº 1.234/2012, cujas exceções estão previstas no art. 4º, dentre elas, destaca-se as empresas optantes pelo Simples Nacional.

Quanto ao PIS e à COFINS, a Instrução Normativa da RFB nº 1.234/2012 estabelece respectivamente as alíquotas de 0,65% e 3% para retenção pelos entes públicos independentemente do regime de incidência cumulativo ou não cumulativo.

Dessa forma, caso não haja um abatimento dos referidos créditos, os custos inseridos na planilha de formação de preços das empresas vencedoras das licitações apresentar-se-ão, a princípio, acima daqueles realmente suportados pelas contratadas, vez que a Administração efetua o pagamento às empresas considerando as alíquotas de 1,65% e 7,60%.

Acerca do tema, o Tribunal de Contas da União (TCU) manifestou-se em 2009, por meio do Acórdão nº 2.647/2009-Plenário, no qual determinou à Câmara dos Deputados e ao Superior Tribunal de Justiça que:

9.2.4. nos futuros processos licitatórios para execução indireta e contínua de serviço:

[...]

9.2.4.2. exijam que as propostas apresentadas observem, desde o início, o regime de tributação da proponente e a incidência das alíquotas de ISS, PIS e COFINS sobre o faturamento da contratada, nos termos das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003.

No mesmo sentido, a Secretaria de Controle Interno do Supremo Tribunal Federal (STF) expediu Nota Técnica nº 1/2007 - SCI, de 13/12/2007, cujo objetivo foi a definição de parâmetros aceitáveis para BDI nas contratações com dedicação exclusiva de mão de obra, ocasião em que foi estabelecido limites de BDI considerando os regimes de incidência cumulativa e não cumulativa de PIS e COFINS, conforme excertos abaixo:

"7.7. Para a definição do percentual máximo de BDI para o regime de incidência não cumulativa, considerou-se a totalidade dos tributos, ou seja, 7,60% para a COFINS e 1,65% para o PIS. Contudo, a Secretaria de Controle Interno entende que a empresa não deve cotar esses percentuais máximos, mas aqueles que representam a média das alíquotas efetivamente recolhidas nos últimos doze meses, conforme será detalhado no item 10.

10.9. Como se observa, o percentual total do BDI deve ser sempre inferior ao máximo estabelecido nesse estudo para o regime de incidência não cumulativa de PIS e de COFINS, uma vez não ser aceitável que empresas sob esse regime não possuam créditos tributários, por menores que sejam".

Ademais, a utilização da metodologia do redutor de custos requer conhecimento dos normativos infra legais da RFB, tais como a Instrução Normativa SRF nº 459, de 17 de outubro de 2004, que traz o conceito mais abrangente de prestação de serviços de limpeza e manutenção, impactando na contabilização de créditos tributários de PIS e COFINS, conforme art. 3º, inciso X, das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Além de outras Instruções Normativas e Soluções de Consulta relacionadas com o tema, descritas a seguir:

(i) Instrução Normativa SRF nº 247, de 21 de novembro de 2002, dispõe, dentre outros, acerca do fato gerador; contribuinte e responsáveis; base de cálculo; exclusões e deduções gerais e específicas; as hipóteses de não incidências e de isenções; e regime de substituição;

- (ii) Instruções Normativas SRF nºs 404, de 12 de março de 2004, e 459, de 17 de outubro de 2004, fixam os conceitos de insumos previstos no art. 3º, II, das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, para efeitos de creditamento na sistemática de não-cumulatividade de PIS e COFINS, respectivamente;
- (iii) Instrução Normativa RFB nº 1.717, de 17 de julho de 2017, que estabelece normas sobre restituição, compensação, ressarcimento e reembolso, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), dispõe a partir do art. 44, das hipóteses em que a legislação autoriza a apuração de créditos do regime de incidência não cumulativa da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS.
- (iv) Solução de Consulta Cosit nº 99.131, de 13 de dezembro de 2017, que regulamenta a possibilidade de créditos para vale transporte, vale refeição e uniforme; e a vedação de utilização de créditos advindos de despesas com equipamentos de proteção individual e para os seguintes insumos: seguro de vida, assistência social familiar, plano de saúde, seguro saúde, assistência médico social, auxílio saúde, cursos e treinamentos, qualificação e formação profissional para empregados, independentemente de sua área de atuação, combustíveis, lubrificantes, seguros e manutenção de veículos utilizados para transporte de funcionários, volantes, supervisores e diretores;
- (v) Solução de Consulta Cosit nº 219, de 06 de agosto de 2014, que regulamenta os créditos de que trata o inciso X do art. 3º das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, são considerados os dispêndios com valetransporte, vale refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme relativos à mão de obra empregada nas atividades de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção;
- (vi) Solução de Consulta Cosit nº 291, de 14 de outubro de 2014, que estabelece a possibilidade de empresas optantes pelo Simples Nacional (Lei Complementar nº 123/2006) possam prestar serviços de limpeza de veículos e de jardinagem com cessão de mão de obra; e
- (vii) Solução de Divergência Cosit nº 7, de 23 de agosto de 2016, estabelece os balizadores para a definição do conceito de insumo.

Cabe acrescentar que o Superior Tribunal de Justiça julgou recentemente, em 24/04/2018, o Recurso Especial nº 1.221.170 - PR em que decidiu, para efeito do creditamento relativo às contribuições denominadas PIS e COFINS, que os conceitos estabelecidos pelas Instruções Normativas SRF nºs 247/2002 e 404/2004 para o item "insumo" revelam-se restritivos e desrespeitam o comando contido no art. 3º, II, das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, que contém rol exemplificativo, vez que o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item – bem ou serviço – para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte. Portanto, novo normativo deverá ser expedido pela RFB trazendo nova regulamentação para aproveitamento de créditos para PIS e COFINS, impactando, portanto, na aplicação do redutor de 9,25%.

Pensar de forma diferente, é transferir para a administração pública, ora contratante, uma alíquota no processo de formação de preços que, apesar de estar prevista em lei, não reflete a realidade ante a incidência de uma enorme variedade de créditos para compensação, gerando uma espécie de dano ao erário pois as compensações seriam realizadas e não computadas, CONFIGURANDO UM ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

Porém, o edital em sua cláusula 6.5 prevê de forma clara e transparente que deve ser comprovado O EFETIVOS RECOLHIMENTOS FISCAIS NOS ULTIMOS 12 MESES, cláusula que não foi atendida pela empresa declarada vencedora, transformando a proposta em o que o TCU – tribunal de Contas da União denomina de "proposta imperfeita", ou seja, mesmo "parecendo" correta, não reflete a realidade.

A apresentação da comprovação dos recolhimentos tributários dos últimos 12 meses, PODE CLARAMENTE AFETAR AS ALIQUOTAS UTILIZADAS PARA A COMPOSIÇÃO DO CUSTO e afetar a proposta final.

Por outro lado, pode ser verificada a MÁ-FÉ da empresa declarada vencedora, ao sonegar informações para apresentar uma proposta imperfeita, concorrendo de forma desigual com os demais licitantes, estando a sua proposta completamente viciada.

O TCU – Tribunal de Contas da União tem reiteradamente manifestado o seguinte entendimento acerca das propostas tidas como "imperfeitas":

"Com efeito, ao admitir uma proposta com tais imperfeições, a administração pública pode ficar sujeita a uma posterior posição de dificuldades para a execução contratual por 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 REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO com base, por exemplo, no § 5º do art. 65da Lei 8.666/93..."

Mais importante ainda, é frisar que isoladamente NÃO BASTA APENAS BUSCAR A COMPETITIVIDADE EM DETRIMENTO DO TÃO ALMEJADO "MENOR PREÇO", SEM QUE HAJA A LEGALIDADE DE UM PROCEDIMENTO. A inabilitação indevida de uma documentação, que fira os princípios da lei e não guarde conformidade com os interesses almejados pela Administração, é motivo para a nulidade de todo o procedimento licitatório.

IV – DAS CONCLUSÕES

Cabe destacar o que preceitua o art. 3º da Lei de Licitações, Lei 8.666/93, in verbis:

"Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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". grifamos

Acerca do processo de licitação pública, o renomado jurista José Cretella Júnior ensina:

"A finalidade do procedimento licitatório (...) é bem clara: em primeiro lugar, 'é o meio mais idôneo para possibilitar contratos mais vantajosos para o Estado, o que se dá conforme os princípios que regem a lei da oferta e da procura; em segundo lugar, pelo fato de colocar a salvo o prestígio administrativo, ESCOLHENDO NÃO O PREFERIDO, MAS AQUELE QUE, OBJETIVAMENTE, FEZ A MELHOR PROPOSTA' (cf. nosso Tratado de Direito Administrativo, 1967, vol. III, p. 108), de acordo com os vários índices, fixados no edital: menor preço, melhor técnica, rapidez, viabilidade, continuidade.

A licitação, restringindo o arbítrio do administrado, impede a ilegalidade, afastando o nepotismo e pondo a salvo a moralidade administrativa. Ao mesmo tempo, aumenta a confiança dos administrados nos dirigentes da coisa pública. 'ECONOMIA PARA OS COFRES PÚBLICOS', POR UM LADO, 'JUSTIÇA NA ESCOLHA', POR OUTRO, E, FINALMENTE, 'CONDIÇÕES MAIS VANTAJOSAS' SÃO OS OBJETIVOS QUE A ADMINISTRAÇÃO DEVE ALCANÇAR, MEDIANTE O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

Em suma, 'que pelo menor preço se empreenda o melhor serviço' – eis o objetivo ideal que o Estado deve alcançar mediante a licitação". (Das Licitações Públicas. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 119)" grifamos

Insta salientar que a Recorrente ATENDERÁ TODAS AS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO DO EDITAL, devendo ser HABILITADA no presente certame e declarada vencedora em razão da desclassificação da empresa ORBENK.

V – DO PEDIDO

De toda sorte, ante todo o exposto, evidencia-se que o pedido de DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA é procedente, pois a mesma não atendeu plenamente aos requisitos técnicos e jurídicos do Edital e "a melhor proposta" se deu baseada em redução de índices legais em especial os referentes OFERTA DE VALORES IRRISÓRIOS E INEXEQUÍVEIS PARA A REEMBOLSO NO QUE SE REFERE AOS UNIFORMES E AO FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (R\$ 1,00) dos funcionários que prestarão serviços para a Administração Pública, expondo a administração pública a riscos desnecessários e dano ao erário e violação às NR 6 e NR 24.

Deve ser ainda desclassificada por não cumprir o determinado na cláusula 6,5 do Edital, DEIXANDO DE APRESENTAR SUA MÉDIA DE RECOLHIMENTOS FISCAIS (PIS E COFINS) DOS ÚLTIMOS 12 (DOZE) MESES, maquiando a proposta para obter vantagem ilícita, ofendendo ainda o disposto nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 além das instruções normativas SRF 247/2002 e 404/2004, afastando com isso a boa-fé que deve nortear os procedimentos licitatórios.

Sendo assim conclui-se a exposição solicitando que o Erudito Pregoeiro RECEBA O PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA, pela empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, DANDO PROVIMENTO AO RECURSO, assim como altere o decurso que a declarou VENCEDORA do certame.

E por fim na remota hipótese de não acolhimento do presente recurso, o que se admite apenas ante o princípio de eventualidade, digne-se encaminhar cópia integral do processo licitatório e do presente recurso ao EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, valendo o presente como Representação de que trata o § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93.

Assim espera e confia a ora Recorrente o acolhimento do presente recurso, dando continuidade ao pregão, restabelecendo assim a salutar, costumeira e necessária

J U S T I Ç A !!!

Nos Termos Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 19 de agosto de 2020

PROATIVIDADE CONSULTORIA EMPRESARIAL E GESTÃO DE RH LTDA

Fechar