

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DA PRÓ REITORIA DE GESTÃO E GOVERNANÇA – PR-6 – COORDENAÇÃO GERAL DE LICITAÇÕES

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 24/2020 – UASG 153155

ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, devidamente qualificada no processo licitatório em epígrafe, vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, por meio de sua representante legal, interpor RECURSO ADMINISTRATIVO, contra o julgamento que declarou vencedora do processo a empresa PERSONAL SERVICE RECURSOS HUMANOS E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA, com fulcro no art. 4º, inciso XVIII da Lei 10.520/2002, pelos fundamentos expostos a seguir.

Requer-se, desde já, caso ultrapassado o juízo de retratação, o recebimento das presentes razões de recurso, na forma prevista em lei, com seu encaminhamento, devidamente informado, à autoridade competente para a devida apreciação, requerendo a total e completa procedência.

I – DA TEMPESTIVIDADE

O presente Recurso é tempestivo, uma vez que apresentado dentro dos 03 (três) dias úteis posteriores à aceitação da manifestação motivada da Recorrida contra a decisão que declarou vencedora a empresa PERSONAL SERVICE RECURSOS HUMANOS vencedora do processo.

Assim, o recurso atende aos pressupostos de admissibilidade da Lei 10.520/02, e do Decreto 10.024/19 (art. 44, §1º), sendo o prazo fatal para apresentação das razões o dia 15 de setembro de 2020.

II – DOS FATOS

A Universidade Federal do Rio de Janeiro, por meio da Pró-Reitoria de Gestão e Governança, instaurou Processo Administrativo nº 23079.000217/2020-63, na modalidade de Pregão Eletrônico nº 24/2020, destinado à escolha da proposta mais vantajosa para o Registro de Preços para a eventual contratação de empresa para a prestação de serviços de MENSAGEIRO, para atender a demanda das Unidades Hospitalares da Universidade Federal do Rio de Janeiro, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus anexos.

Decorrida a etapa competitiva de lances, foi declarada vencedora a empresa Personal Service Recursos Humanos, sendo que, após análise de seus documentos de habilitação, restou inabilitada por desatendimento ao edital.

Ato contínuo, foi convocada para apresentação da planilha reajustada ao lance a empresa segunda colocada, Service Itororó Eireli, tendo sido declarada vencedora, inobstante as irregularidades que permeavam sua proposta de preços e documentos de habilitação.

Neste momento, foi aberto prazo para manifestação de intenção de recurso, momento em que a ora Recorrente manifestou intenção de recorrer, bem como a empresa inabilitada Personal.

Apresentadas as razões e contrarrazões, de ambas as Recorrentes (Orbenk e Personal e Service Itororó, respectivamente), a decisão da pregoeira foi no sentido de manter a sua decisão, quanto à inabilitação da empresa Personal e declaração de vencedora da empresa Service Itororó, apesar de todas as ilegalidades relatadas por esta Recorrente.

Com isso, o processo foi para análise da autoridade superior competente, obedecendo-se a legislação que rege o certame, onde a autoridade julgou diversamente à Pregoeira, entendendo por declara habilitada no certame a empresa Personal, flexibilizando as regras editalícias, julgando, ao final, improcedente o Recurso interposto pela empresa Orbenk, contra a classificação da empresa Service Itororó e PROCEDENTE o Recurso interposto pela empresa Personal Service, declarando-a habilitada no Pregão.

Desta feita, com sua habilitação declarada, a empresa Recorrida neste momento apresentou sua planilha reajustada ao lance, para análise da Administração Pública. Sendo que, ao final, restou declarada vencedora do Pregão Eletrônico 24/2020.

Assim, inconformada com o julgamento proferido em frontal desacordo com a realidade fática que se apresenta nos autos, e em flagrante conflito com o instrumento convocatório e legislação aplicável, alternativa não restou à Recorrente, se não a apresentação de novo recurso administrativo, agora contra a empresa Personal Service, com vistas a garantir a prevalência da legalidade e a obediência aos princípios que regem os processos licitatórios.

III – DAS RAZÕES DO RECURSO

O preâmbulo do Pregão Presencial 24/2020 define quais são as legislações aplicáveis ao certame, citando, dentre elas, o Decreto nº 10.024/19, a Lei nº 10.520/02 e mencionando a aplicação, de forma subsidiária, da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.

Assim, conforme a redação do art. 3º da Lei Geral de Licitações, são os princípios abaixo que devem reger a licitação e todos os atos públicos:

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 lhe são correlatos. (grifamos)

A Lei 8.666/93 traz ainda em forma de regramento:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. (grifamos)

Neste contexto, assevera o grande doutrinador, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

"A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administração ou judicial. O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. (...) Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto". (grifamos)

Também por esse prisma é o entendimento do eminente HELY LOPES MEIRELLES, que assevera:

A vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41). (grifamos)

Veja-se que ao interpretar o sentido e alcance do art. 41 da Lei nº 8.666/93 o Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) é taxativo ao exigir a interpretação estrita dos termos do edital. Inclusive, por se tratar de entendimento pacífico da Corte Superior, divulgou tal entendimento no Informativo nº 273, para amplo conhecimento da comunidade jurídica:

LICITAÇÃO. ATRASO. ENTREGA. HABILITAÇÃO.

Na entrega da documentação relativa à habilitação do licitante, constitui motivo de exclusão do certame licitatório o atraso de dez minutos após o horário previsto no edital marcado para o início da sessão. Ponderou, ainda, o Min. Relator que, na lei não existem palavras inúteis ou destituídas de significação deontológica, verifica-se, assim, que o legislador, no art. 41 da Lei n. 8.666/1993, impôs, com apoio no princípio da legalidade, a interpretação restritiva do preceito, de modo a resguardar a atuação do administrador público, visto que esse atua como gestor da res publica. Daí a necessidade do vocábulo "estritamente" no artigo citado. Com esse entendimento, a Turma proveu o recurso da União, reformando a decisão do Tribunal a quo que aplicou o princípio da razoabilidade para afastar o rigor do horário previsto no edital licitatório. (STJ. REsp 421.946-DF, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 7/2/2006). (grifamos)

Ainda neste sentir, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO leciona que o edital deve ser cumprido:

Pela licitação, a Administração abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de apresentação de proposta. Quando a Administração convida os interessados pela forma de convocação prevista em lei (edital ou carta-convite), nesse ato convocatório vêm contidas as condições básicas para participar da licitação, bem como as normas a serem observadas no contrato que se tem vista celebrar; o atendimento à convocação implica a aceitação dessas condições por parte dos interessados. Daí a afirmação segundo a qual o edital é a lei de licitação e, em consequência, a lei do contrato. Nem a Administração pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar proposta ou documentação em desacordo com o exigido no ato da convocação, sob pena de desclassificação ou inabilitação, respectivamente (...) (grifamos)

Partindo dessas premissas, passamos à análise individualizada das irregularidades encontradas nos documentos de habilitação e nas Planilha de Custos e Formação de Preços da empresa DE NANTES, as quais ferem de morte o princípio da legalidade, da moralidade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo:

A - DA AUSÊNCIA DE DOCUMENTO EXIGIDO NO EDITAL

A.1 - NÃO APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE FALÊNCIA E CONCORDATA

O Instrumento Convocatório, ao trazer a lista de documentos necessários à comprovação da qualificação econômico-financeira das licitantes prevê, no item 9.10.1:

9.10.1. CERTIDÃO NEGATIVA DE FALÊNCIA, RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL EXPEDIDA PELO DISTRIBUIDOR DA SEDE DO LICITANTE, dentro do prazo de validade previsto na própria certidão ou, na omissão deste, emitida, no máximo, há 180 (cento e oitenta) dias da data de abertura da sessão pública;

Ocorre que, após análise detalhada dos documentos acostados ao processo, auferiu-se que a Recorrida NÃO APRESENTOU A CERTIDÃO NEGATIVA DE FALÊNCIA, RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL EXPEDIDA POR DISTRIBUIDOR DE SUA SEDE.

Menciona-se que o documento é de apresentação obrigatória, conforme art. 31, inciso II da Lei 8.666/93, utilizada neste certame de forma subsidiária à lei 10.520/02, bem como pela inteligência do item do edital, acima colacionado. Vejamos a letra do art. 31:

ART. 31. A DOCUMENTAÇÃO RELATIVA À QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA LIMITAR-SE-Á A:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - CERTIDÃO NEGATIVA DE FALÊNCIA OU CONCORDATA EXPEDIDA PELO DISTRIBUIDOR DA SEDE DA PESSOA JURÍDICA, OU DE EXECUÇÃO PATRIMONIAL, EXPEDIDA NO DOMICÍLIO DA PESSOA FÍSICA;

Ora, Ilustre Pregoeira e Equipe de Apoio, resta evidente que a Recorrida NÃO APRESENTOU DOCUMENTO NECESSÁRIO E INDISPENSÁVEL PARA SUA HABILITAÇÃO NO CERTAME, mais uma vez!

Diz-se 'mais uma vez' pois, quando da primeira inabilitação, essa Douta Pregoeira já havia detectado a FALTA DE DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO – DECLARAÇÃO DE ESCRITÓRIO – sendo que a entrega posteriormente foi permitida, flexibilizando-se a interpretação do Edital por parte da autoridade superior competente.

Desta feita, soma-se ao fato de a Recorrida não ter apresentado declaração de instalação/manutenção de escritório o fato de TAMBÉM NÃO TER APRESENTADO A CERTIDÃO DE FALÊNCIA E CONCORDATA, EXIGIDA TACITAMENTE NO ITEM 9.10.1 DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

Portanto, há ilegalidade na comprovação de habilitação da Recorrida, em afronta ao princípio da legalidade, sendo que a manutenção da habilitação da empresa fere de morte o princípio do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório.

B – DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO FORA DA VALIDADE E INCOMPLETOS

B.1- DO CERTIFICADO DO FGTS VENCIDO

Um dos documentos exigidos no Edital de Licitação, para fins de habilitação e demonstração de regularidade fiscal dos licitantes, é a prova de regularidade com Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Tal documento faz parte do rol dos documentos necessários para a emissão do SICAF. Auferiu-se, assim, da Certidão do SICAF, que o certificado do FGTS da Recorrida, na data de abertura da sessão pública, estava vencido, pois válido apenas até 20/06/2020.

Sabedora disso, e por permissão do Instrumento Convocatório – item 9.2 – a Recorrida apresentou documento extra, para fins de comprovar sua regularidade junto ao FGTS. ENTRETANTO, PASME SRA. PREGOEIRA, O DOCUMENTO JUNTADO AOS AUTOS TAMBÉM ESTAVA VENCIDO, apresentando como validade máxima o dia 20/07/2020, sendo que a sessão ocorreu no dia 18/08/2020. Vejamos o que diz o edital:

9.2. Caso atendidas as condições de participação, A HABILITAÇÃO DOS LICITANTES SERÁ VERIFICADA POR MEIO DO SICAF, NOS DOCUMENTOS POR ELE ABRANGIDOS, EM RELAÇÃO À HABILITAÇÃO JURÍDICA, À REGULARIDADE FISCAL, à qualificação econômica financeira e habilitação técnica, conforme o disposto na Instrução Normativa SEGES/MP nº 03, de 2018.

9.2.1. O interessado, para efeitos de habilitação prevista na Instrução Normativa SEGES/MP nº 03, de 2018 mediante utilização do sistema, deverá atender às condições exigidas no cadastramento no SICAF até o terceiro dia útil anterior à data prevista para recebimento das propostas;

9.2.2. É DEVER DO LICITANTE atualizar previamente as comprovações constantes do SICAF para que estejam vigentes na data da abertura da sessão pública, OU ENCAMINHAR, EM CONJUNTO COM A APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA, A RESPECTIVA DOCUMENTAÇÃO ATUALIZADA.

Portanto, não há sombra de dúvidas acerca da DEVER DO LICITANTE EM ENTREGAR DOCUMENTO DENTRO DA VALIDADE, seja por meio da ATUALIZAÇÃO DO SICAF, SEJA POR MEIO DE ENVIO DA DOCUMENTAÇÃO ATUALIZADA, O QUE NÃO FEZ A RECORRIDA.

Nesta senda, em atendimento ao princípio da vinculação ao Instrumento Convocatório, manifesta-se a Recorrente pela não aceitação do Certificado de Regularidade do FGTS – CRF – apresentado pela Recorrida Personal Service, posto que o documento estava fora da data de validade.

Assim, requer-se a INABILITAÇÃO DA EMPRESA, posto que apresentou DOCUMENTO FORA DA VALIDADE PARA COMPROVAR SUA HABILITAÇÃO no certame.

B.2 – DA NÃO COMPROVAÇÃO DE INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES MUNICIPAL – DOCUMENTAÇÃO INCOMPLETA

O Edital desta licitação trouxe, no item 9.9.5, a exigência de que as proponentes deveriam comprovar sua inscrição no cadastro de contribuintes municipal, relativo ao seu domicílio ou sede, conforme se vê do abaixo colacionado:

9.9.5. prova de inscrição no cadastro de contribuintes municipal, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

Destaca-se que o documento hábil a provar a inscrição do proponente é o seu ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. Neste ponto, ressalta-se que a Recorrida ATÉ APRESENTOU O SEU ALVARÁ, NO ENTANTO, NO PRÓPRIO ALVARÁ CONSTA QUE ELE SÓ TERÁ VALIDADE COM A APRESENTAÇÃO DA TAXA DE QUITAÇÃO ANUAL.

Ocorre que a Recorrida juntou um comprovante de pagamento DA TAXA DE LICENÇA PARA ESTABELECIMENTO DO ANO DE 2009! OU SEJA, NÃO HÁ NOS AUTOS QUALQUER DEMONSTRAÇÃO DE QUE O ALVARÁ DE LICENÇA PARA LOCALIZAÇÃO DA RECORRIDA ESTÁ VÁLIDO PARA O CORRENTE ANO – 2020.

Por conseguinte, outro não pode ser o entendimento, senão o de que a Recorrida não logrou demonstrar a sua regular habilitação para o presente certame, razão pelo qual deve ser declarada INABILITADA, em consonância com o princípio da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

Sra Pregoeira, o Edital de Licitação é objetivo e claro ao exigir a apresentação da prova da inscrição no cadastro de contribuintes municipal, assim como é claro o documento ao aduzir que ele só será válido se acompanhado da respectiva Taxa de Licença para estabelecimento quitada.

Ao não juntar o comprovante de quitação da mencionada taxa, no ano de 2020, a Recorrida desatende a item do edital, NÃO CUMPRINDO COM A COMPROVAÇÃO DE SUA HABILITAÇÃO JURÍDICA.

Destaca-se, por oportuno, que na lei não existem palavras inúteis, tão pouco no Instrumento Convocatório, de tal sorte que, uma vez exigidos os documentos necessários à habilitação das proponentes, não é facultado à Administração usar de discricionariedade para desconsiderar ou flexibilizar tais exigência, em que pese a necessidade de obediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, da legalidade e do julgamento objetivo.

Neste diapasão, imperiosa se faz a INABILITAÇÃO DA RECORRIDA PERSONAL SERVICE, em razão do descumprimento aos termos do edital, e em obediência ao que rege o item 9.17 do mesmo instrumento, vejamos:

9.17. SERÁ INABILITADO o licitante que NÃO COMPROVAR SUA HABILITAÇÃO, seja por NÃO APRESENTAR

QUAISQUER DOS DOCUMENTOS EXIGIDOS, ou APRESENTÁ-LOS EM DESACORDO COM O ESTABELECIDO NESTE EDITAL.

Portanto, requer-se que seja declarada Inabilitada a Recorrida, por todo o exposto.

B.3 – DA IRREGULARIDADE NA DECLARAÇÃO DE COMPROMISSOS ASSUMIDOS

Primeiramente, vejamos a ordem constante do Edital, quanto à comprovação da relação de contratos firmados entre a licitante e a Administração Pública e Empresas Privadas:

9.10.5.3. Comprovação, por meio de declaração, da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo 4, de que 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou com a iniciativa privada, VIGENTES NA DATA DA SESSÃO PÚBLICA DE ABERTURA DESTA PREGÃO, NÃO É SUPERIOR AO PATRIMÔNIO LÍQUIDO DO LICITANTE, podendo este ser atualizado na forma já disciplinada neste Edital;

Nesse interim, importante analisarmos o modelo, constante do Anexo IV do Edital, citamos à página 26:

Contratante Nº/Ano	Período Execução	Valor Atual	Valor Remanescente
do Contrato	Data Início/Fim	Total dos Contratos	dos contratos
01			
02			
VALOR TOTAL			

Assim, denota-se da interpretação, mesmo que superficial do mencionado anexo, que era EXIGIDO DOS LICITANTES A APRESENTAÇÃO DE DECLARAÇÃO DE COMPROMISSOS ASSUMIDOS, VIGENTES NA DATA DA SESSÃO PÚBLICA, COM O VALOR RESIDUAL DOS CONTRATOS.

Isso quer dizer que o licitante deveria declarar o valor total do contrato firmado, e deste valor descontar o valor já faturado, encontrando-se assim o valor Remanescente.

No entanto, da análise do documento entregue pela Recorrida Personal Service, na data de 18/08/2020, percebe-se que o documento FOI ENTREGUE EM DESACORDO COM O EXIGIDO PELO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. ISTO PORQUE FOI APRESENTADO O VALOR TOTAL DO ÚNICO CONTRATO INFORMADO PELA RECORRIDA, AO INVÉS DE FAZER CONSTAR O VALOR REMANESCENTE DOS CONTRATOS.

Ademais, importa frisar também que esta declaração de compromissos assumidos é parte integrante dos documentos de habilitação quanto à qualificação econômico-financeira das proponentes. Ocorre que a LEI E O EDITAL VEDAM A APRESENTAÇÃO POSTERIOR DE DOCUMENTO QUE JÁ ERA EXIGIDO QUANDO DA ABERTURA DA SESSÃO.

Trazemos à baila a vedação do edital quanto à inclusão de documentos “complementares”, que já eram exigidos no edital:

7.28. O pregoeiro solicitará ao licitante melhor classificado que, no prazo de, no mínimo, 2 (duas) horas, envie a proposta adequada ao último lance ofertado após a negociação realizada, ACOMPANHADA, SE FOR O CASO, DOS DOCUMENTOS COMPLEMENTARES, QUANDO NECESSÁRIOS À CONFIRMAÇÃO DAQUELES EXIGIDOS NESTE EDITAL E JÁ APRESENTADOS.

O Decreto 10.024/19 também trata dos documentos complementares, vejamos:

Art. 26. Após a divulgação do edital no sítio eletrônico, os licitantes encaminharão, exclusivamente por meio do sistema, concomitantemente com os documentos de habilitação exigidos no edital, proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço, até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública.

§ 9º OS DOCUMENTOS COMPLEMENTARES À PROPOSTA E À HABILITAÇÃO, quando necessários à confirmação daqueles exigidos no edital e JÁ APRESENTADOS, serão encaminhados pelo licitante melhor classificado após o encerramento do envio de lances, observado o prazo de que trata o § 2º do art. 38.

Assim, tomando por base o Edital, a legislação atinente, e os princípios do julgamento objetivo, da legalidade, da isonomia entre os licitantes, REQUER-SE A INABILITAÇÃO DA RECORRIDA PERSONAL SERVICE.

C – DA UTILIZAÇÃO DE FORMA INDEVIDA DOS CRÉDITOS DE PIS E DA COFINS E A NECESSIDADE DE PEDIDO DE DILIGÊNCIA

Como se observa no contrato social da empresa, a Recorrida Personal Service atua preponderantemente na prestação de serviços terceirizados, sendo correto afirmar que as atividades da empresa, nos termos das leis de regência, geram crédito mensal de PIS e COFINS (comprovação fiscal inclusa nos autos – balanço patrimonial).

Até este ponto, não vemos problemas quanto ao desconto dos Créditos de PIS e COFINS.

A Lei nº 10.833/2003 ao tratar dos créditos do COFINS assim delimitou:

Art. 2º Para determinação do valor da COFINS aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento).

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei no 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da Tipi; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

(...).

X - vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados por pessoa jurídica que explore as atividades de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.898, de 2009)

De igual forma, a Lei nº 10.637/2002 ao tratar dos créditos do PIS assim asseverou:

Art. 2º Para determinação do valor da contribuição para o PIS/Pasep aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento).

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei no 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da Tipi; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

(...).

X - vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados por pessoa jurídica que explore as atividades de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.898, de 2009)

Conforme se extrai da composição de custos apresentada pela licitante Recorrida, o abatimento atinente ao PIS/COFINS ocorreu EM DUPLICIDADE, OU SEJA, DE FORMA INCORRETA, POIS INCIDIU NOS INSUMOS E TAMBÉM FOI FEITA A REDUÇÃO DA ALÍQUOTA, NO MÓDULO 6. PORTANTO, HOUVE UMA APLICAÇÃO DUPLA DO CRÉDITO DE PIS COFINS

Vejamos assim o que estabelece a legislação de regência, recentemente regulamentada pela Instrução Normativa n. 1.911, de 11 de outubro de 2019, nos seguintes termos:

Art. 171. Compõem a base de cálculo dos créditos a descontar da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, no regime de apuração não cumulativa, os valores das aquisições, efetuadas no mês, de (Lei nº 10.637, de 2002, art. 3º, caput, inciso II, com redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004, art. 37; e Lei nº 10.833, de 2003, art. 3º, caput, inciso II, com redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004, art. 21):

I - bens e serviços, utilizados como insumo na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda; e

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços.

(...).

Art. 172. Para efeitos do disposto nesta Subseção, consideram-se insumos os bens ou serviços considerados essenciais ou relevantes, que integram o processo de produção ou fabricação de bens destinados à venda ou de prestação de serviços (Lei nº 10.637, de 2002, art. 3º, caput, inciso II, com redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004, art. 37; e Lei nº 10.833, de 2003, art. 3º, caput, inciso II, com redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004, art. 21).

§ 1º Consideram-se insumos, inclusive:

I - bens ou serviços que, mesmo utilizados após a finalização do processo de produção, de fabricação ou de prestação de serviços, tenham sua utilização decorrente de imposição legal;

II - bens ou serviços considerados essenciais ou relevantes, que integram o processo de produção ou fabricação de bens ou de prestação de serviços e que sejam considerados insumos na produção ou fabricação de bens destinados à venda ou na prestação de serviços;

III - combustíveis e lubrificantes consumidos em máquinas, equipamentos ou veículos responsáveis por qualquer etapa do processo de produção ou fabricação de bens ou de prestação de serviços;

IV - bens ou serviços aplicados no desenvolvimento interno de ativos imobilizados sujeitos à exaustão e utilizados no processo de produção, de fabricação ou de prestação de serviços;

V - bens e serviços aplicados na fase de desenvolvimento de ativo intangível que resulte em:

a) insumo utilizado no processo de produção ou fabricação de bens destinados à venda ou de prestação de serviços; ou

b) bem destinado à venda ou em serviço prestado a terceiros;

VI - embalagens de apresentação utilizadas nos bens destinados à venda;

VII - serviços de manutenção necessários ao funcionamento de máquinas e equipamentos utilizados no processo de produção ou fabricação de bens destinados à venda ou de prestação de serviços;

VIII - bens de reposição necessários ao funcionamento de máquinas e equipamentos utilizados no processo de produção ou fabricação de bens destinados à venda ou de prestação de serviços;

IX - serviços de transporte de produtos em elaboração realizados em ou entre estabelecimentos da pessoa jurídica; e

X - bens ou serviços especificamente exigidos pela legislação para viabilizar a atividade de produção de bens ou de prestação de serviços por parte da mão de obra empregada nessas atividades, como no caso dos equipamentos de proteção individual (EPI).

Ressalta-se, assim, que não se está questionando o crédito utilizado de PIS/COFINS, e sim, a duplicidade deste crédito, pois a Recorrida deveria ter feito uma das duas opções: I – cotar os insumos com o valor cheio e, ao final, lá no módulo 6, fazer incidir a alíquota reduzida, de 0,50% e 2,31%; OU II – proceder aos descontos em cada rubrica dos insumos, como foi feito e, ao final, no módulo 6, cotar o valor de PIS e COFINS com a alíquota “cheia”, referente à Tributação do Lucro Real.

No entanto, a Recorrida utilizou duas vezes o benefício da redução da alíquota, o que é vedado. Portanto, perante o princípio da isonomia entre os licitantes, REQUER-SE A DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA DA RECORRIDA, POR SE UTILIZAR DE BENEFÍCIO VEDADO POR LEI.

D – DAS IRREGULARIDADES NA PROPOSTA DA RECORRIDA

A Recorrida efetuou a composição de seus custos para todos os postos objeto da contratação, com as seguintes irregularidades:

a) Percentuais da Multa do FGTS sobre o Aviso Prévio Indenizado e Trabalho abaixo do estipulado para a Conta Vinculada: A presente licitação é regida pela Instrução Normativa nº 5/2017, a qual prevê que para os depósitos em conta vinculada, referente à Multa do FGTS e Contribuição Social, deve-se reservar o percentual de 4%.

No entanto, este valor não foi observado pela Licitante Declarada Vencedora. Desta forma, importa ressaltar que a empresa não possui margem de Taxa de Lucro e Custos Indiretos para absorver o acréscimo desse percentual.

Lembrando que, mesmo que a empresa não tenha cotado este percentual, ele será retido na Nota Fiscal. Ou seja, a empresa não receberá este valor, o qual será depositado em uma conta, bloqueada para movimentação, mesmo que não tenha previsto esse custo. E aí pergunta-se: como pagará a Recorrida as demais verbas trabalhistas e previdenciárias?

b) Alteração injustificada de rubricas, perceptível entre a primeira planilha e a última planilha apresentada: neste ponto, mais uma vez, a Recorrida se utiliza de subterfúgios para conseguir alcançar o valor ofertado na fase de lances, de modo que alterou TODAS AS RUBRICAS REFERENTES AO MÓDULO 3 – PROVISÃO PARA A RESCISÃO -, Submódulo 2.3 – BENEFÍCIOS MENSAIS E DIÁRIOS -, Submódulo 4.1.1 – AFASTAMENTO MATERNIDADE e MÓDULO 5 – INSUMOS DIVERSOS.

Veja-se que fica claro que a empresa Recorrida maquia seus custos, para fins de se adequar às exigências feitas pelo Órgão Contratante, de modo que na planilha inicial cotou, por exemplo, sua despesa com uniformes no valor de R\$ 37,74 e na planilha final aduz que seu custo seria de apenas R\$ 10,82.

Ressalta-se que, a planilha é reajustável, mas deve manter a coerência. Ou seja, não pode a Recorrida afirmar, inicialmente, que terá um custo com uniforme no valor de R\$ 37,74 e depois da fase de lances, simplesmente alegar que seu custo, milagrosamente, caiu para R\$ 10,82.

O correto, Sra. Pregoeira, seria que DESDE O INÍCIO A RECORRIDA TIVESSE APRESENTADO O VALOR PARA UNIFORME NO VALOR DE R\$ 10,82...COM A DEVIDA JUSTIFICATIVA DE QUE DETÉM ESTOQUE.

Diga-se que não pode a Recorrida se locupletar de sua própria torpeza, tendo em mente que AS MANOBRAS CITADAS foram propositais, a fim de “fechar” a planilha com o lance ofertado.

Ora, ilustríssima Pregoeira, é nítido o intuito da Recorrida em mascarar suas Planilhas, a fim de ajustá-las ao lance ofertado, locupletando-se sobre a Administração Pública. Destaca-se que não se ignora que deve a Administração Pública buscar proposta de preços mais vantajosa, contudo, não é cabível que o diploma seja interpretado de maneira obscura, causando discrepância entre a mens legis e a realidade fática que se apresenta nos autos, visto que devidamente comprovada que a proposta está incompleta e irregular.

Note-se, Douta Pregoeira, que diversas manobras foram utilizadas pela Recorrida, a fim de conseguir “fechar” suas planilhas, readequando-as ao lance, tentando evitar uma possível e provável desclassificação, frente à inxequibilidade do valor ofertado, já que não poderia majorar o seu valor final proposto.

Desta forma, não pairam dúvidas de que estamos diante do ilegal e amoral “jogo de planilhas”, onde o licitante, por meio da alteração de rubricas específicas, busca locupletar-se em desfavor da Administração Pública.

Destaca-se, assim, o princípio de que ninguém pode se beneficiar com a própria torpeza. Tratando-se de ato ilegal e tendo o licitante concorrido para a sua prática, nada poderá auferir com a sua desonestidade, devendo arcar com os eventuais prejuízos advindos dos erros contidos em sua planilha inicial, e não simplesmente atribuir à Administração Pública esse ônus ao erário.

Ademais, afirma-se que não seria necessário ato comissivo e/ou doloso do licitante no jogo de planilhas para que se sujeitasse às sanções administrativas e cíveis; bastaria que agisse dolosa ou culposamente de forma omissa. Se o licitante teve amplo acesso ao termo de referência e à planilha de preços, não seria razoável que erros graves nos preços unitários não fossem evidenciados por aqueles que planejam contratar com a Administração ou que a estes fossem permitido agir de má-fé na elaboração de suas propostas.

Por conseguinte, conforme determinação constitucional explícita (art. 37, caput), a administração pública submete-se ao princípio da legalidade estrita. Ou seja, sua atuação deve estar previamente legitimada pela lei — e ao princípio da moralidade, o qual subordina a administração à moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.

Depreende-se assim do ordenamento jurídico constitucional que a finalidade última da atuação administrativa é o bem comum, ou simplesmente, a finalidade pública. Se o agente público age comissiva ou omissivamente visando ou inclinando a gestão pública para fim distinto do bem comum, diz-se que há vício de finalidade e que o ato é ilícito.

Assim, comprovada a ocorrência do denominado “jogo de planilhas”, conforme alegações exaradas e documentos que constam dos autos, é DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA sanear o ato ilegal, viciado, que no caso em tela consiste em DESCLASSIFICAR A RECORRIDA.

Neste diapasão, frisa-se que o citado desvio de finalidade também se manifesta em uma postura omissiva da Administração — que frente à uma situação de manifesta antijuridicidade, como no caso em tela, tem o poder-dever de agir corretivamente —, cuja inércia desencadearia uma série de fatos jurídicos contrários à finalidade pública. Seria, pois, despropositada a omissão administrativa diante de indícios de fraudes em licitações, como é o caso do evidenciado jogo de planilha efetuado pela Recorrida.

Facilmente se percebe que o “jogo de planilha” acarretou em um valor de proposta manifestamente menor, em vantagem aos licitantes cuja proposta continha os valores adequados para a realização dos serviços e de acordo com a lei.

No entanto, tanto a lei quanto os tribunais de contas vedam qualquer vantagem não declarada (Art. 3º e Art. 44, §2º, da Lei 8666/93), assim como é vedado o jogo de planilhas.

Mais uma vez, salienta-se que o “jogo de planilhas” permite que a licitante atribua preços “irregularmente ofertados” às etapas iniciais do cronograma financeiro, a fim de que seja classificada e retifique os subpreços às etapas finais, como ocorrido no presente certame.

Com isso, venceu a Recorrida a licitação, propondo executar o serviço com valor global abaixo e irregular, em detrimento dos concorrentes, especificamente a Recorrente, SEJA POR INTERMÉDIO DE REDUÇÃO TRIBUTÁRIA, SEJA COM A REVISÃO DOS PREÇOS CALCULADOS COM DIMINUIÇÃO DE VALORES SOBRE CUSTOS COM REPOSIÇÃO DE PROFISSIONAL AUSENTE E UNIFORMES E EPIS, locupletando-se à custa do Estado.

O Tribunal de Contas da União, no que tange ao tema, assim já decidiu:

Sumário

REPRESENTAÇÕES. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÕES ELETRÔNICOS REFERENTES A AQUISIÇÕES DO PROGRAMA BRASIL PROFISSIONALIZADO. REALIZAÇÃO DE INSPEÇÃO E DE AUDIÊNCIA DE PREGOEIRO. ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CIÊNCIAS. 1. A pesquisa de preços no pregão deve ser orientada por critérios aceitáveis e justificados no processo, cabendo ao pregoeiro especificar no edital os critérios de aceitação das propostas. 2. É indevida a aceitação pelo pregoeiro, na fase de negociação posterior à disputa de lances, de majoração de preço unitário de item definido na etapa de lances, quer para os itens adjudicados individualmente, quer para os adjudicados em grupos. 3. Não é aceitável a fixação de critérios meramente documentais e formais para o pagamento de objetos adquiridos, pois o procedimento afronta as disposições legais.

Acórdão

VISTAS, relatadas e discutidas representações a respeito de possíveis irregularidades em pregões eletrônicos conduzidos pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE para aquisição e entrega de equipamentos e softwares para compor os laboratórios tecnológicos do Programa Brasil Profissionalizado.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, ante as razões

expostas pela relatora, e com fundamento nos artigos 169, inciso III, 235, 237, inciso I e parágrafo único, e 250, § 1º, do Regimento Interno, 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014, bem como no artigo 9º, inciso I, da Resolução - TCU 315/2020, em:

9.1. considerar as representações conhecidas por meio dos Acórdãos 9.253/2015 e 8.181/2016, desta 2ª Câmara, como parcialmente procedentes;

9.2. acolher as razões de justificativa apresentadas por André Lustosa Ávila;

9.3. dar ciência ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação sobre as seguintes ocorrências identificadas nos Pregões Eletrônicos 46/2011, 39 e 51/2012, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras semelhantes:

9.3.1. ausência de critérios de aceitabilidade das propostas nos editais, em afronta às disposições dos artigos 3º, inciso I, e 4º, inciso III, da Lei 10.520/2002; (...) (Acórdão nº 9.253/2015, 2ª Câmara) (grifamos)

8. De fato, os argumentos preliminares dos responsáveis pela obra não afastaram a suspeita levantada pela Secex/CE de que houve uma 'conta de chegada' ou um 'jogo de planilha', isto é, uma combinação nos itens constantes da planilha de preços do licitante vencedor, para que, posteriormente, o item com o maior valor unitário sofresse um aumento drástico em seu quantitativo, mediante aditivo ao contrato original, o que representaria um ganho extra, não previsto no edital da licitação, tomando, por efeito, a proposta do vencedora menos vantajosa para a Administração." (Acórdão nº 1.56312009, Plenário, rel. Min. André Luís de Carvalho). (grifamos)

Por todo o exarado, as irregularidades apuradas na proposta da Recorrida não podem ser interpretadas como simples lapso material ou formal, mas sim como um "erro substancial", ou seja, aquele que interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração ou alguma das qualidades a ele essenciais (art. 139, I, Código Civil). Afinal, o erro substancial provoca o efeito mais indesejado ao licitante: a desclassificação.

Uma vez ocorrido o erro substancial, mas não a sua consequência lógica, que seria a exclusão do licitante da disputa, o ato produzido estará suscetível à anulação, uma vez que restarão descumpridos os princípios básicos do Direito Administrativo, tais como o da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório, da legalidade e da segurança jurídica.

Desse modo, impossível prestigiar a planilha de custos da forma como está, com vícios claros, que ferem e maculam as regras estabelecidas em lei e estampadas na Convenção Coletiva de Trabalho, porquanto não se tratam de meros equívocos que em nada afetam o julgamento da proposta.

Ora, a licitação deve cumprir a vontade da lei, cuja finalidade é a satisfação do interesse público específico. Assim, a ausência ou o desvio de finalidade implica na segurança jurídica, pela qual os processos devem ser norteados, visando garantir estabilidade e certeza nas relações jurídicas.

Assim dispõe o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, vejamos:

"Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". (grifamos)

Neste ponto, pertinente é trazer a lição do eminente jurista ADILSON DE ABREU DALARI:

"A Administração Pública não pode meter-se em contratações aventureiras; não é dado ao agente público arriscar a contratação (...), pois ele tem o dever de zelar pela segurança e pela regularidade das ações administrativas. (...)

Na fase de classificação, contrariamente, deve ser feito um rigoroso e amplo exame da proposta, tendo em vista que tudo aquilo que nela contém vai afetar sensivelmente o futuro contrato. Em síntese, o exame da idoneidade da proposta deve ser muito mais severo do que o exame da idoneidade do proponente. (...). Isso já demonstra, de maneira implícita, que a comissão de julgamento pode e deve ir além do exame daquilo que consta expressamente dos autos do processo licitatório." (Aspectos Jurídicos da Licitação. 4 ed. Saraiva, 1997, p. 131.) (grifamos)

DESTA FORMA, A PROPOSTA COMERCIAL APRESENTADA PELA RECORRIDA NÃO ENCONTRA OUTRO DESTINO, SENÃO A SUA DESCLASSIFICAÇÃO, JÁ QUE RESTARAM DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS AS ILEGALIDADES COMETIDAS, AS QUAIS CONFIGURARAM O EVIDENCIADO "JOGO DE PLANILHAS", QUE FERRE OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA ISONOMIA, DA MORALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DO JULGAMENTO OBJETIVO.

IV – DO PEDIDO

Por todo exposto, para que não se consolide uma decisão equivocada, lembrando o próprio dever de evitar-se o ônus de eventual demanda judicial, a ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., requer:

- a) O recebimento e provimento do presente recurso administrativo, para declarar a inabilitação e a desclassificação da empresa PERSONAL SERVICE RECURSOS HUMANOS E ACESSORIA EMPRESARIAL LTDA;
- b) O encaminhamento do presente recurso administrativo para instância superior, caso não seja realizado o juízo de retratação, o que se admite apenas como argumentação, para que então, se proceda a reforma da decisão.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Joinville/SC, 15 de setembro de 2020.

Fechar