

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA DIVISÃO DE LICITAÇÕES DA COORDENAÇÃO GERAL DE LICITAÇÕES DO GABINETE DA SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DE GESTÃO DA PRÓ-REITORIA DE GESTÃO E GOVERNANÇA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

Ref.: Edital – Pregão Eletrônico n.º 15/2021
Processo Administrativo n.º 23079.016592/2018-19

SOLUÇÕES SERVIÇOS TERCEIRIZADOS EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob n.º 09.445.502/0001-09, com sede na rua Ivaí n.º 202, Tatuapé, São Paulo/SP, representada por seu Responsável Legal que ao final subscreve o presente, vem muito respeitosamente perante V. Senhoria, com fundamento no artigo 4º, inciso XVIII, da Lei nº 10.520/2002, apresentar, tempestivamente suas

R A Z Õ E S D E R E C U R S O A D M I N I S T R A T I V O

em face à r. decisão que decretou a empresa FOCCUS ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS EIRELI, vencedora do certame citado na epígrafe, fazendo-o nos termos das razões de fato e de direito a seguir expostas.

1. SÍNTESE FÁTICA

Essa N. Universidade deflagrou procedimento licitatório na modalidade pregão eletrônico almejando a “escolha da proposta mais vantajosa para a Contratação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial, visando à obtenção de adequadas condições de salubridade e higiene, com disponibilização de mão de obra, saneantes domissanitários, materiais e equipamentos para atender às necessidades das Unidades do prédio do Centro de Tecnologia da UFRJ e unidades próximas”.

Interessada em participar e quiçá sagrar-se vencedora, esta empresa, doravante denominada simplesmente como Recorrente, separou toda a documentação habilitatória exigida e precificou a prestação de serviço, elaborando sua proposta comercial.

A sessão pública foi realizada no dia e hora convencionados no instrumento convocatório, onde após a etapa de lances, restou verificada que empresa FOCCUS ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS EIRELI., doravante denominada simplesmente como Recorrida, apresentou a menor proposta, MANIFESTAMENTE INEXEQUÍVEL, sendo mesmo assim analisada a documentação habilitatória e decretada vencedora do certame em comento.

Estes são os fatos que permeiam o referido certame, sendo IMPERIOSA NECESSIDADE DE REFORMA DE TAL DECISÃO QUE DECRETOU A RECORRIDA VENCEDORA DA DISPUTA, COMO SE DEMONSTRARÁ A SEGUIR.

2. DO MÉRITO: INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA APRESENTADA PELA EMPRESA RECORRIDA

Analisando a proposta apresentada pela Recorrida diante das obrigações editalícias e da natureza do próprio serviço licitado, denota-se sem qualquer margem para dúvidas que o valor considerado “ganhador” é manifestamente inexecutável. Vejamos.

Preliminarmente devemos registrar que muito embora essa Universidade tenha optado pela modalidade licitatória Pregão, este procedimento segundo o art. 9º da Lei 10.520/02 se utiliza, de forma subsidiária da Lei Federal 8.666/93.

Pois bem, tal diploma normativo em seu art. 48 apresenta os seguintes critérios para aferição de exequibilidade de valores apresentados pelas licitantes:

Art. 48. Serão desclassificadas:

- I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;
- II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecutáveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. (grifo nosso)

Ora, os preços apresentados pela Recorrida NÃO SUPORTAM O ADIMPLEMENTO DE TODAS AS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS, motivo pelo qual acertadamente esta Recorrente teve que declinar seu lance, uma vez que estava no limite para o cumprimento de todas as obrigações a serem assumidas.

Isto porque analisando a planilha de composição de custos que deu azo a aludida proposta comercial, identificou-se que os encargos sociais estipulados são de impossível cumprimento, principalmente porque se contrapõe ao estipulado na Instrução Normativa 05 de 26.05.2017, do extinto MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO,

DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. Explica-se:

A Recorrida informou que os custos das multas sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, e Contribuição Social sobre o Aviso Prévio indenizado e trabalhado seria de 0,09% (nove centésimo por cento), desmembrado da seguinte forma:

C Multa sobre FGTS e contribuição social sobre o Aviso Prévio Indenizado 0,02%
F Multa do FGTS e contribuição social sobre o Aviso-Prévio Trabalhado 0,07%

Ocorre que nos termos da instrução normativa supracitada haverá a RETENÇÃO de tal encargo de 5% (cinco por cento), para o cumprimento de tal encargo a ser depositado em CONTA-DEPÓSITO VINCULADA - BLOQUEADA PARA MOVIMENTAÇÃO, da Contratada.

Para que não paire dúvidas quanto ao articulado, vale registrar a tabela da reserva mensal para o custeio do referido encargo:

RESERVA MENSAL PARA O PAGAMENTO DE ENCARGOS TRABALHISTAS
PERCENTUAIS INCIDENTES SOBRE A REMUNERAÇÃO
ITEM

13o (décimo terceiro) salário 8,33% (oito vírgula trinta e três por cento)

Férias e 1/3 Constitucional 12,10% (doze vírgula dez por cento)

MULTA SOBRE FGTS E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO E SOBRE O AVISO PRÉVIO TRABALHADO 5,00 % (CINCO POR CENTO)

Subtotal 25,43% (vinte e cinco vírgula quarenta e três por cento)

Incidência do Submódulo 2.2 sobre férias, 1/3 (um terço) constitucional de férias e 13o (décimo terceiro) salário* 7,39% (sete vírgula trinta e nove por cento) 7,60% (sete vírgula seis por cento) 7,82% (sete vírgula oitenta e dois por cento)

Total 32,82% (trinta e dois vírgula oitenta e dois por cento) 33,03% (trinta e três vírgula zero três por cento) 33,25% (trinta e três vírgula vinte e cinco por cento)

Ademais o instrumento convocatório é claro ao determinar a referida retenção nos termos do item 20, que também vale ser transcrito:

20. DA CONTA-DEPÓSITO VINCULADA – BLOQUEADA (sic) PARA MOVIMENTAÇÃO

Para atendimento ao disposto no art. 18 da IN SEGES/MP N. 5/2017, as regras acerca da Conta-Depósito Vinculada – bloqueada para movimentação a que se refere o Anexo XII da IN SEGES/MP n. 5/2017 são as estabelecidas no Termo de Referência, anexo a este Edital. 20.1.

Também, de forma técnica, deve-se elucidar que ainda que se cogite que recentemente houve uma alteração legislativa deste percentual, com a extinção da Contribuição Social de 10%, implica em reconhecer que JAMAIS os percentuais para o custeio das multas sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, e Contribuição social sobre o Aviso Prévio indenizado e trabalhado seria de 0,09% (nove centésimo por cento) como quer fazer crer a Recorrida, mas sim de 4% (quatro por cento) como contido no próprio Portal de Compras do Governo Federal:

b) No caso da Conta-Depósito Vinculada - Bloqueada para Movimentação, apresentado no item 14 do Anexo XII da IN nº 5, de 2017, com base no § 5º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, proceder a adequação de planilha de formação de preços, desde 1º de janeiro de 2020, referente à "Multa sobre FGTS e contribuição social sobre o aviso prévio indenizado e sobre o aviso prévio trabalhado". O percentual que antes era de 5% (cinco por cento) passa a ser de 4% (quatro por cento).

<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/noticias/extincao-contribuicao-social-sobre-o-fgts>

Mesmo se cogite "ajustar" a planilha de composição de preços, para contemplar a REALIDADE dos custos dos referidos encargos, demonstra-se IMPOSSÍVEL TAL MEDIDA, pois a única alternativa seria deixar a lucratividade "negativa" RESTANDO ASSIM, CLARIVIDENTE A INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA COMERCIAL DA RECORRIDA!

Ademais há ainda outro fato gravíssimo de inexecuibilidade da proposta apresentada, diante da análise da planilha de composição de custos que são os valores informados para os equipamentos e materiais, FLAGRANTEMENTE IRRISÓRIOS, quando comparados com a realidade do mercado, sem se olvidar dos constantes aumentos inflacionários derivado do contexto nacional e da pandemia do novo coronavírus (COVID-19).

Ora é cediço que TODOS os materiais e equipamentos serão fornecidos pela Contratada, sendo que tal condição DEVE estar contida na proposta comercial, nos termos do item 7.5. da Instrução Normativa supramencionada.

7.5. A apresentação das propostas nos termos do subitem 7.4. acima implica obrigatoriedade do cumprimento das disposições nelas contidas, assumindo o proponente o compromisso de executar os serviços nos seus termos, bem como fornecer todos os materiais, equipamentos, ferramentas e utensílios necessários, em qualidade e quantidades adequadas à perfeita execução contratual, promovendo, quando requerido, sua substituição;

Assim, resta evidente, claro e sem qualquer margem para dúvidas que a proposta comercial é manifestamente inexecuível, algo que não se pode admitir como válida e tampouco classificá-la, URGINDO a necessidade de reforma de tal ato, para declarar a Recorrida DESCLASSIFICADA do referido certame, algo que deveria ter ocorrido inclusive na fase de lances, como aponta a jurisprudência do E. Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo dessa Universidade:

No modo de disputa aberto e fechado (art. 31, inciso II, do Decreto 10.024/2019), o pregoeiro deve desclassificar lances manifestamente inexequíveis durante a etapa aberta, uma vez que estes não podem servir de parâmetro à convocação de licitantes para a etapa fechada (art. 33, §§ 2º e 3º, do Decreto 10.024/2019), sob risco de prejuízo à competitividade do certame. (TCU, Acórdão no. 2920/2020, Rel. Min. Augusto Sherman).

Como se pode ver do enunciado acima transcrito, o Tribunal de Conta da União entendeu que o Pregoeiro tem o dever de desclassificar a proposta que se mostrar manifestamente inexequível durante a etapa de lances, e perfeitamente possível de realizar agora na fase recursal.

Inexequível ou inviável é a proposta cujos termos não são suportáveis pelo proponente, ou seja, ele compromete a sua palavra, mas não terá condições de mantê-la ao longo da execução do ajustado, sendo que, muitas vezes, sequer consegue dar início à execução. A doutrina explica esse fenômeno. Cita-se lição de Jessé Torres, que, segundo sua ótica, preço inexequível é

"(...) aquele que sequer cobre o custo do produto, da obra ou do serviço. Inaceitável que empresa privada (que almeja sempre o lucro) possa cotar preço abaixo do custo, o que a levaria a arcar com prejuízo se saísse vencedora do certame, adjudicando-lhe o respectivo objeto. Tal fato, por incongruente com a razão de existir de todo empreendimento comercial ou industrial (o lucro), conduz, necessariamente, à presunção de que a empresa que assim age está a abusar do poder econômico, com o fim de ganhar mercado ilegitimamente, inclusive asfixiando competidores de menor porte. São hipóteses previstas na Lei nº 4.137, de 10.09.62, que regula a repressão ao abuso do poder econômico.

Marçal Justen Filho alerta sobre os cuidados e possíveis implicações negativas da admissão de propostas com valores inviáveis (Justen Filho, 2010, p. 654):

Admitir generalizadamente a validade de propostas de valor insuficiente pode significar um incentivo a práticas reprováveis. O licitante vencedor procurará alternativas para obter resultado econômico satisfatório. Isso envolverá a redução da qualidade da prestação, a ausência de pagamento dos tributos e encargos devidos, a formulação de pleitos perante a Administração e assim por diante.

[...]

Usualmente, a contratação avançada por valor insuficiente acarretará a elevação dos custos administrativos de gerenciamento do contrato. Caberá manter grande vigilância quanto à qualidade e perfeição do objeto executado e litígios contínuos com o particular, sempre interessado em obter uma solução que propicie a reestruturação da contratação. Logo, as vantagens obtidas pela Administração poderão ser meramente aparentes. No final, a Administração obterá ou um objeto de qualidade inferior ou se deparará com problemas muito sérios no tocante à execução do contrato. (grifo nosso)

Em concordância com tais entendimentos também se posiciona a jurisprudência majoritária:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. AGRAVO RETIDO. PREGÃO ELETRÔNICO. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. RECEBIMENTO PROVISÓRIO. SUBSTITUIÇÃO DAS AMOSTRAS. INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA APRESENTADA. 1. O agravo retido diz respeito a suspensão da tramitação do procedimento licitatório, de modo que a matéria será examinada junto com o mérito da apelação. 2. Tendo sido constatado que a proposta é inexequível é de ser confirmada a invalidação da homologação do pregão eletrônico com a conseqüente inabilitação das empresas vencedoras. 3. Agravo retido, apelações e remessa oficial improvidas. (TRF4, APELREEX 2008.70.00.018126-3, Terceira Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, D.E. 02/12/2009)

Ressalte-se que tal valor, especialmente quando o serviço se refere envolve alocação de mão de obra, pode ser facilmente considerado inexequível, pois tende a incorrer no abatimento de custos que são obrigatórios e definidos na própria legislação trabalhista.

Isso porque todos os salários e insumos são definidos por Convenção Coletiva da Categoria, além da própria lei definir quais os percentuais de encargos sociais e fiscais.

Dessa forma, a liberalidade da licitante acerca de eventual redução do valor proposto esbarra na própria LEI, o que de certa forma tolhe a discricionariedade da empresa aplicar desconto no preço ao seu livre arbítrio.

Vale ainda o registro e alerta: A fragilidade de uma proposta inexequível pode se configurar em uma verdadeira armadilha para o órgão licitante, em que o primeiro classificado vence o certame, atinge seus objetivos empresariais, quaisquer que sejam, fracassa na execução do objeto e rapidamente se socorre da revisão de preços.

A respeito do acima articulado, o citado Tribunal de Contas da União já decidiu sobre o tema:

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 consequências danosas para os cofres públicos. Além disso, transgredir o princípio da legalidade desprezando, no caso, a realidade tributária. (grifos editados)

Consoante já afirmado, a Lei n. 8.666/93 prevê em seu art. 48, inciso II, a necessidade de aferição de preços exequíveis durante o processo licitatório.

A Administração deve se assegurar de que as propostas apresentadas sejam viáveis e, para tanto, deve certificar o preço por meio de documentos que comprovem que os custos envolvidos são coerentes com os preços de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato.

Na vasta expertise da Recorrente, que inclusive presta os serviços ora licitados, e em qualquer empresa que atue com o comprometimento esperado para prestar serviços a este Serviço, é notório que é completamente inviável a prestação de serviço com os preços propostos.

Diante de uma proposta que possa de forma perfunctória parecer economicamente mais vantajosa, PODE-SE REVELAR DE FORMA PORMENORIZADA UM VERDADEIRO PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO E AO ERÁRIO, pois tal empresa não conseguiu adimplir corretamente as obrigações contratuais que porventura assumira, sendo IMPERIOSA a reforma de tal decisão para DESCLASSIFICAR A PROPOSTA DA EMPRESA RECORRIDA!

Não se pode olvidar, que o art. 4º, inciso X, da Lei n. 10.520/2002 define que será adotado o critério de menor preço para a classificação das propostas, mas também prevê que devem ser observadas as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital. Isso significa que as propostas devem ser avaliadas com base nos critérios elementares apontados no Edital e demais normas aplicáveis à espécie.

No caso em tela, a Administração deve se certificar que o menor preço ofertado pagará não apenas os profissionais que se exige para a execução do objeto, mas, também, todos os custos operacionais e legais que envolvem a contratação e manutenção destes profissionais, e principalmente as obrigações editalícias a que TODOS estão VINCULADOS, incluindo aqui, a autoridade julgadora!

Essa é a doutrina, novamente, de Marçal Justen Filho:

A Administração não pode ignorar as regras legais e editalícias, admitindo como válidas propostas que se configurem como inexequíveis. Antes de tudo, a Administração tem de respeitar o ato convocatório. Se houve explícita referência à inexequibilidade e sobre critérios de desclassificação correspondentes, a Administração não pode ignorar o conteúdo das próprias exigências – especialmente porque uma parcela dos licitantes pode ter respeitado lealmente a disciplina do ato convocatório, não sendo admissível a lesão a seus interesses como decorrência de sua honestidade.

Os arts. 44, §3º e 48, II e §§1º e 2º, devem ser interpretados no sentido de que a formulação de proposta de valor reduzido exige avaliação cuidadosa por parte da Administração. A evidência de prática de valor irrisório deve conduzir à formulação de diligências, destinadas a apurar a viabilidade da execução, inclusive com a verificação de outros dados no âmbito do licitante. Assim, cabe verificar se o sujeito efetivamente se encontra em dia com suas obrigações tributárias e previdenciárias. Deve exigir-se o fornecimento de informações sobre o processo produtivo e a qualidade dos produtos e insumos. É necessário solicitar do sujeito esclarecimentos sobre a dimensão efetiva de sua proposta e assim por diante. (grifos nossos)

A Administração quando verifica o preço manifestamente inexequível tem o dever de atestar a plausibilidade da composição do preço final, especialmente no tocante a compatibilidade entre os lances ofertados e os valores de mercado colhidos pelo próprio órgão licitante.

A legislação de regência veda que sejam aceitos preços superiores ao estimado (excessivos), e no mesmo sentido proíbe a admissão de propostas com preços muito aquém do orçado pelo órgão licitante.

Essa interpretação remete a conclusão de que o preço inexequível gera prejuízos para a Administração e frustração da licitação – o que parece ser economicamente viável pode se tornar um grandioso problema.

Na hipótese desse certame é possível verificar que a Recorrida, no anseio de obter a contratação, ultrapassou o limite da exequibilidade reduzindo os preços a valores inferiores aos manifestamente plausíveis.

É nesse sentido, para evitar ações aventureiras, que as normas pertinentes buscam imperativamente que a Administração se resguarde da formulação de propostas com preços inexequíveis. Para tanto, o órgão licitante deve estar seguro de que o contrato será executado nos moldes exigidos no edital, com investigações prévias à assinatura do instrumento acerca dos preços ofertados.

Inclusive como já apontado a manutenção da decisão ora guerreada, pode acarretar responsabilidade funcional, diante do controle, por órgãos internos e externos, sobre os atos decisórios da comissão, que no caso representa o Sr. Pregoeiro e sua Equipe de Apoio:

Cada fase da licitação se submete ao crivo de controle. Adotada determinada solução, a decisão está sujeita a controle (tanto administrativo quanto de órgãos externos)

(...)

O procedimento da licitação reduz drasticamente a liberdade de escolha do administrador. Vence a licitação a proposta que se configura como a mais conveniente para a concretização dos interesses coletivos e supra-individuais, segundo critérios objetivos. A liberdade de escolha vai sendo suprimida na medida em que o procedimento avança. Ao final, a regra é a ausência de espaço para uma decisão discricionária .,

Assim admitir uma proposta válida e classifica-la quando notadamente a mesma é inexequível importa em reconhecer prejuízos a própria Administração, seja pela incerteza que os serviços serão efetivamente prestados com a qualidade exigida no Instrumento Convocatório, seja dúvida se todos os encargos, notadamente os trabalhistas serão devidamente adimplidos, podendo a Administração se responsabilizar pelos direitos trabalhistas não quitados aos colaboradores alocados para prestação de serviço, por culpa in eligendo e in vigilando, consoante a súmula 331 do TST, que vale aqui ser transcrita:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, CASO EVIDENCIADA A SUA CONDUTA CULPOSA NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA LEI N.º 8.666, DE 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. grifo nosso

4. DO PEDIDO

Ante todo o exposto, requer-se o RECEBIMENTO das razões de recurso administrativo e seu regular processamento, para que no mérito, seja-lhe dado INTEGRAL PROVIMENTO, com a consequente modificação da decisão proferida, DESCLASSIFICANDO a empresa FOCCUS ADMINISTRADORA DE SERVICOS EIRELI, retomando o certame com as empresas remanescentes, consoante o disposto no inciso XIX, do art. 4º da Lei Federal 10.520/02.

Não sobrevivendo este entendimento, requer-se o encaminhamento para a Autoridade Superior competente, para que aprecie seu mérito, sendo esta a única forma de se alcançar a tão almejada Justiça!!!

Termos em que,
P. E. Deferimento

São Paulo, 30 de setembro de 2021.

SOLUÇÕES SERVIÇOS TERCEIRIZADOS EIRELI
GUSTAVO MARTINS DE GODOY
SOCIO/PROPRIETÁRIO
RG Nº [REDACTED] SSP/SP
CPF Nº [REDACTED]

[Voltar](#) [Fechar](#)