

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE ITAPOÁ - ESTADO DE SANTA CATARINA

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 35/2021

PROCESSO Nº 70/2021

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 certame a empresa **BARREIRAS PRESTADORA DE SERVIÇOS EIRELI**, 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, conforme consignado em ata da sessão pública, vejamos:

13/10/2021 - 10:27:21

Sistema

O prazo para recursos no processo foi definido pelo ordenador para 18/10/2021 às 13:30, com limite de contrarrazão para 21/10/2021 às 13:30.

II – DOS FATOS

O Município de Itapoá/SC instaurou Processo Administrativo nº 070/2021, na modalidade de Pregão Eletrônico nº 35/2021, destinado à contratação de empresa especializada para prestação de serviços terceirizados de agentes operacionais e pedreiros, em conformidade com as especificações constantes do Termo de Referência, parte integrante deste Edital e seus Anexos.

Decorrida a etapa competitiva de lances, a empresa Barreiras foi convocada para apresentação da planilha reajustada ao lance, tendo sido declarada vencedora do certame, inobstante as irregularidades que permeiam as suas planilhas.

Neste momento, foi aberto prazo para apresentação de recurso contra as planilhas readequadas, com prazo fatal em 18/10/2021.

Assim, tendo verificado as irregularidades nas planilhas da empresa declarada vencedora, as quais estão em flagrante conflito com o instrumento convocatório e legislação aplicável, alternativa não restou à Recorrente, se não a apresentação do presente recurso administrativo, 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 Eletrônico 35/2021 define quais são as legislações aplicáveis ao certame, citando, dentre elas, a Lei nº 10.520/2002 e o Decreto Federal 10.024/2019, mencionando também a aplicação, de forma subsidiária, da Lei nº 8.666/93.

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 nas planilhas de formação de preço da **BARREIRAS**, as quais ferem de morte o princípio da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo:

A – DAS IRREGULARIDADES NA PROPOSTA DA RECORRIDA - VÍCIOS INSANÁVEIS

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

A.1 – VALE TRANSPORTE E VALE ALIMENTAÇÃO COTADO A MENOR PARA POSTO DE 44 HORAS SEMANAIS DE SEGUNDA A SÁBADO

Da análise da planilha de composição de custos, verifica-se que a empresa declarada vencedora deixou de cotar vale transporte para o sábado, naqueles postos de 44 horas semanais de segunda a sábado, vejamos:

Submódulo 2.3 - Benefícios Mensais e Diários								VALOR (R\$)	
2.3	Benefícios Mensais e Diários								
A	Transporte	SIM/NÃO SIM	Valor R\$ 4,50	Passagens 2	Dias 22	Desconto 6%	R\$	115,21	
B	Auxílio-Refeição/Alimentação	SIM/NÃO SIM	Valor R\$ 18,05	Valor	Dias 22	Desconto 1%	R\$	397,10	
C	ASSIDUIDADE						5%	R\$	89,69
D	SEGURO DE VIDA							R\$	8,50
E	BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA AO TRABALHADOR							R\$	11,00
F	CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL PATRONAL						1%	R\$	17,94
G	CREDITO (PIS/COFINS)						9,25%	-R\$	55,68
TOTAL								R\$	583,75

Desta feita, a proposta da Barreiras está errada e sua correção necessariamente ensejaria a majoração do valor proposto, por isso deve ser desclassificada.

A.2 – DA UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO DE PIS E COFINS SOBRE ITENS NÃO PREVISTOS EM LEI

Ao instituir a não cumulatividade das contribuições sociais, o Poder Executivo optou por relacionar os créditos que poderiam ser descontados. Assim, os créditos que poderão ser apropriados são aqueles elencados nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, mais precisamente o seu art. 3º.

A empresa Recorrida apresentou não apresentou as médias do período e ainda utilizou o creditamento de itens que não encontram amparo legal, senão, vejamos no módulo 2.3:

Submódulo 2.3 - Benefícios Mensais e Diários								VALOR (R\$)	
2.3	Benefícios Mensais e Diários								
A	Transporte	SIM/NÃO SIM	Valor R\$ 4,50	Passagens 2	Dias 22	Desconto 6%	R\$	115,21	
B	Auxílio-Refeição/Alimentação	SIM/NÃO SIM	Valor R\$ 18,05	Valor	Dias 22	Desconto 1%	R\$	397,10	
C	ASSIDUIDADE						5%	R\$	89,69
D	SEGURO DE VIDA							R\$	8,50
E	BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA AO TRABALHADOR							R\$	11,00
F	CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL PATRONAL						1%	R\$	17,94
G	CREDITO (PIS/COFINS)						9,25%	-R\$	55,68
TOTAL								R\$	583,75

Fácil observar que o crédito não foi utilizado apenas sobre vale transporte e auxílio

refeição, mas também sobre os demais itens que não são considerados na letra das leis acima indicadas.

Além disso, como dito inicialmente, a empresa não apresentou as médias de recolhimento dos tributos, ou seja, em desacordo com a legislação atinente ao tema.

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)

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)

Ora, Sr. Pregoeiro, aceitar a classificação de uma proposta, com tantas inconsistências e ilegalidades é ir totalmente na contramão dos princípios da moralidade, da legalidade, e da vinculação ao instrumento convocatório, anteriormente já explicados.

Neste sentido é a jurisprudência, pacífica quanto à desclassificação de propostas irregulares:

"ADMINISTRAÇÃO. LICITAÇÃO. DEMONSTRADA A INCORREÇÃO DA PROPOSTA VENCEDORA É LEGÍTIMA A DESCLASSIFICAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA. RECURSO IMPROVIDO." (TRF - 4ª R. Proc. 0408300, Apelação em mandado de segurança. DJ de 24.04.93. Pág. 9819. Rel. Juiz Wolkmer Castilho).

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA, TIPO MENOR PREÇO. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE. DESCUMPRIMENTO DE NORMA EDITALÍCIA ALUSIVA AO PREÇO UNITÁRIO DOS ITENS COMPONENTES DA OBRA. PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IRRELEVÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE, DA EFICIÊNCIA, DA ISONOMIA, E DO JULGAMENTO OBJETIVO. LIMINAR DEFERIDA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA, SUSPENDENDO A OBRA JÁ INICIADA. REVOGAÇÃO QUE SE IMPÕE. AGRAVO PROVIDO. (...). O acolhimento de propostas que violam as exigências do edital e da lei ofenderia, a um só tempo, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da vinculação ao instrumento convocatório; da isonomia, porque as demais concorrentes, em respeito às normas do certame, não puderam fazer o mesmo que a autora; e do julgamento objetivo, dado o reconhecimento particularizado de uma situação que não poderia ter sido acolhida; conspurcando-se a igualdade de tratamento aos participantes, com o risco de contratação de quem possa vir a executar mal os serviços licitados ou empregar materiais de baixa qualidade, em prejuízo da solidez, da segurança e da eficiência da obra.[...]" (AC n. 2007.048276-0, rel. Des. Jaime Ramos, j. 17.4.2008) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.000364-3, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 15-06-2010). (grifamos)

Neste interim, temos que 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.

Frisa-se, por oportuno, a necessária observância ao que dispõe o art. 44 da Lei nº 8.666/93:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei. (...)

§ 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 [...].
(grifamos)

Outrossim, o art. 48 da mesma Lei Geral de Licitações determina:

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 inexequíveis, 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. (grifamos)

Ademais, importante salientar que não se ignora o fato de a planilha de custos ser ajustável, no entanto, desde que as alterações necessárias não impliquem na majoração da proposta apresentada.

Ocorre que, como já dito alhures, ao analisar as taxas de lucro e de administração cotadas pela Recorrida, tem-se que, mesmo que as taxas sejam zeradas, a Recorrida não possui margem para realizar os ajustes necessários para adequar suas planilhas.

Desta forma, por todo o narrado, alternativa não resta para o Pregoeiro e sua Equipe de Apoio se não desclassificar a proposta de preços da Recorrida, em razão da evidente existência de erros substanciais, que ferem e maculam a validade da proposta.

Por conseguinte, sob todos os aspectos, assiste razão à Recorrente ORBENK, sendo certa e devida a desclassificação da empresa Recorrida.

Alternativamente, requer-se que a Administração realize diligências, conforme previsto no edital e na lei, para o fim de permitir à Recorrida que tente fazer o ajuste indicado nesse recurso, sem majorar sua proposta de preços.

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 desclassificação da empresa **BARREIRAS PRESTADORA DE SERVIÇOS EIRELI**;
- 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, 18 de outubro de 2021.

Aline Noronha

OAB/SC 28.268