RECURSO ADMINISTRATIVO

ASSOCIACAO VILAS BOAS ORBENK ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA ok

Prefeitura Municipal de Francisco Beltrão
ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO Nº: _____

Município de Francisco Beltrão

PROTOCOLO

Processo: 8730 / 2020

Requerente: **MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO** CNPJ: **77.816.510/0001-66**

Contato: **MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO**

Telefone:

Assunto: **LICITAÇÃO - SOLICITAÇÃO - Versão: 2**

Descrição: SOLICITAÇÃO DE RECURSO
PE 103/2020

Tempo Minimo Estimado: **1** dias.

Tempo Maximo Estimado: **20** dias.

Francisco Beltrão, 23 de Setembro de 2020.

DANIELA RAITZ
Protocolista

STP 500.2063i rptProcessoProtocolo

08647937965 23/09/2020 10:06:39

Anexo: _____

RECURSO

ASSOCIACAO VILAS BOAS

Pregão Eletrônico

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMA PREGOEIRA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE FRANCISCO BELTRÃO - PARANÁ

Pregão Eletrônico 00103/2020

A ASSOCIAÇÃO VILAS BÔAS, Associação Privada sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF Nº 09.194.360/0001-46, Inscrição Estadual: ISENTO, sediada na Av. Armelindo Trombini, n.º 3.320 – Jardim Albuquerque, CEP: 87.309-097, na cidade de Campo Mourão, Estado do Paraná, neste ato representada pelo seu Presidente o Sr. MARCIO ANDRÉ FADUL VILAS BÔAS, portador da RG n.º 6.086.311 (SSP-SC), CPF/MF n.º 257.931.522.53, brasileiro, casado, empresário, residente na Rua das Cerejeiras n.º 29 – Jardim Araucária, CEP: 87.301-350, na cidade de Campo Mourão, Estado do Paraná, apresentar:

RECURSO contra a DESCLASSIFICAÇÃO, conforme abaixo se descreve:

A Recorrente foi desclassificada por tratar-se de uma associação sem fins lucrativos e para fundamentar sua decisão foi citado que a art. 12, parágrafo único, da IN nº 05/2017 do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão veda a sua participação, conforme trecho que ora se descreve: "Recusa da proposta. Fornecedor: ASSOCIACAO VILAS BOAS, CNPJ/CPF: 09.194.360/0001-46, pelo melhor lance de R$ 332.119,6800. Motivo: A licitante não atende ao edital, pois trata-se de entidade sem fins lucrativos, sendo este enquadramento vedado pelo art. 12, parágrafo único, da IN nº 05/2017 do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para a contratação de empresa especializada, conforme objeto da licitação."

Merece reforma a r. decisão de desclassificação, tendo em vista o evidente equívoco na interpretação da instrução normativa, bem como, o evidente equívoco na aplicação da hierarquia da Lei, e consequentemente houve uma desclassificação ilícita, conforme abaixo se descreve:

Primeiramente, a referida instrução normativa em nenhum momento veda a participação de associação sem fins lucrativos, apenas como o próprio nome diz, trata-se de uma instrução, ou seja, aconselha como contratar uma associação, as precauções que o Município deve ter, e para tanto faz se necessário ler do art. 10 ao art. 12, conforme abaixo se descreve:

Art. 10. A contratação de sociedades cooperativas somente poderá ocorrer quando, pela sua natureza, o serviço a ser contratado evidenciar:

I - a possibilidade de ser executado com autonomia pelos cooperados, de modo a não demandar relação de subordinação entre a cooperativa e os cooperados, nem entre a Administração e os cooperados; e

II - que a gestão operacional do serviço seja executada deforma compartilhada ou em rodízio, em que as atividades de coordenação e supervisão da execução dos serviços e as de preposto, conforme determina o art. 68 da Lei nº 8.666, de 1993, sejam realizadas pelos cooperados de forma alternada ou aleatória, para que tantos quanto possíveis venham a assumir tal atribuição.

§ 1º Quando admitida a participação de cooperativas, estas deverão apresentar um modelo de gestão operacional que contempleas diretrizes estabelecidas neste artigo, o qual servirá como condição de aceitabilidade da proposta.

§ 2º O serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos cooperados, vedada qualquer intermediação ou subcontratação.

Art. 11. Na contratação de sociedades cooperativas, o órgão ou entidade deverá verificar seus atos constitutivos, analisando sua regularidade formal e as regras internas de funcionamento, para evitar eventual desvirtuação ou fraude.

Art. 12. Quando da contratação de instituição sem fins lucrativos, o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da instituição.

Parágrafo único. Considerando-se que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa.

No caso em tela não há qualquer irregularidade nos documentos apresentados pela Recorrente tanto é que nada foi apontado, a prestação de serviço será por seus associados como determina a instrução normativa, ou seja, se tudo está de acordo com o edital, o fato de ser uma associação sem fins lucrativos, não pode ser impedida e muito menos através de uma instrução normativa.

Em segundo, como informado, a participação de associação sem fins lucrativos está amparada em Lei Federal que é superior a uma instrução normativa, motivo pelo qual, jamais pode sobrepor a uma lei, visto existem critérios para aplicação de Lei, sob pena de cerceamento de defesa e de ilicitude sua classificação, sendo objeto inclusive de mandado de segurança e nulidade de todos os atos praticados.

As Leis possuem uma ordem de aplicabilidade e deve ser seguida, e no caso em tela, uma instrução normativa jamais poderá se sobrepor a uma Lei Federal que é o caso em tela.

Verifica-se que a desclassificação esta sendo amparada em norma inferior e não em nulidade de documentos, motivo pelo qual o ato praticado é totalmente nulo e passivel de fiscalização caso não venha a ser revisto com no presente recurso.

No caso em tela, aplica-se a Pirâmide de Kelsen, no qual existe e como tudo na vida deve se ter uma hierarquia a ser seguida, no caso em tela o direito de participação da Associação está garantida por Lei uma instrução normativa está abaixo de todas as outras normas legais e jamais vai se sobrepor a uma Lei Federal, conforme abaixo se descreve:

Constituição Federal e Emendas Constitucionais promulgadas

Leis Complementares

Leis delegadas

Leis ordinárias

Decretos-Lei

Regulamentos

Tratado, Acordos, Atos, Convenções Internacionais após Decretos Legislativos

Costumes e Doutrina

Jurisprudência

Decretos, Medidas Provisórias, Resoluções

Portarias, Instruções Normativas

Em terceiro, não há qualquer vedação no edital quanto a participação de associação sem fins lucrativos, motivo pelo qual é arbitraria a desclassificação tendo por base a aplicação de uma instrução normativa não citada em edital e apenas demonstra o quanto é nula a decisão.

No caso em tela, denota-se que a Recorrente possui todos os requisitos para sua habilitação pois possui diversos contratos com Municipios no qual presta serviços, sempre cumprindo e sendo fiscalizada quanto ao seu objeto social, ou seja, possui contrato de gestão com órgão públicos, haja vista contratos vigentes do qual foi vencedora.

Quando falamos em fiscalização da Recorrente falamos justamente na análise de sua constituição que é o seu estatuto social e as atas de assembleia, bem como, sua participação em licitação e a consequente finalidade social, sendo que em todos os casos NUNCA teve qualquer irregularidade apontada, o que demonstra estar documentalmente apta para participar e que está cumprindo rigorosamente sua finalidade social.

Esclarece que a Recorrente participa de licitações, SEMPRE cumpriu com os contratos firmados, NUNCA causou qualquer prejuízo aos cofres públicos, NUNCA caiu em nenhuma ilegalidade sendo sempre fiscalizada, NÃO possui passivos trabalhistas por pagar corretamente seus associados e ter a devida documentação, NÃO possui qualquer reclamação dos Municípios no qual prestou serviço, quer pelo ente público, associados e beneficiados, então qual o impedimento legal?

Os demais Municípios certamente não habilitariam a Recorrente se não estivesse com toda a documentação certa, bem como, se entendesse que os valores apontados não seriam possíveis de serem cumpridos, tendo em vista que também responde pelos contratos firmados, ou seja tanto a contratante como a contratada, sofrem severas fiscalizações e respondem por crimes graves caso não sigam a Lei.

Ainda, o entendimento jurisprudencial que também É SUPERIOR a Instrução Normativa, entendeu que não deve haver vedação genérica de participação em licitações de entidades sem fins lucrativos, desde que haja nexo entre os serviços a serem prestados com os estatutos e objetivos sociais da entidade prestadora dos serviços:

9.1. conhecer do Pedido de Reexame para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, alterando a redação ao subitem 1.4.1.1 do Acórdão nº 5.555/2009-2ª Câmara, dirigido à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), e que, doravante, em caráter normativo, aos Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, que passa a ter o seguinte teor:

9.1.1. determinar que não habilitem, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados,

entidades sem fins lucrativos cujos estatutos e objetivos sociais não tenham nexo com os serviços a serem prestados; e

A presente Associação participa de licitações a diversos anos, tendo em vista existir previsão legal para tal finalidade, conforme previsto na Lei de Licitação nº 8.666/93, que não limita a participação somente a sociedades comerciais, conforme abaixo se descreve:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

(...) III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores; IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

Cabe esclarecer, em outras ocasiões que as Associações Sem Fins Lucrativos foram impedidas de participar de licitação, impetraram mandado de segurança, obtendo êxito, diante da ausência de previsão legal para impedimento de participação, conforme abaixo se descreve:

VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FIM LUCRATIVO. Compatibilidade entre o objeto do certame e o objeto social da associação impetrante. IMPROVIMENTO. 1. Não se vislumbra na hipótese causa ensejadora de exclusão da impetrante do Pregão 085/2013 da DIRAC - FIOCRUZ, porquanto não há qualquer dispositivo na Lei 8.666 /93 que vede a participação de associações civis sem fins lucrativos em processos licitatórios, acrescentando-se que a própria autoridade coatora em suas informações ponderou não haver qualquer óbice dessa natureza nas regras editalícias. 2. A associação impetrante é uma entidade civil sem fins lucrativos, tendo sido constituída com o intuito de empreender a assistência social, tendo, outrossim, como objetivo estimular o aprimoramento da Administração Pública, através da promoção do desenvolvimento institucional e tecnológico dos diferentes níveis de governo, com fomentação do setor terceirizado, por meio do fornecimento de mão de obra, especializada ou não, e gestão de pessoas, visando a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (Art. 170 , incisos VII e VIII da CF/88) com a melhoria do serviço público, bem como a proteção dos direitos dos trabalhadores, havendo, pois, compatibilidade entre o objeto social da impetrante e o objeto do certame licitatório. 3. A impetrante deu cumprimento ao item 9.13 do edital, demonstrando ter capacidade técnica para cumprir o objeto da licitação, eis que apresentou para tal desiderato

diversas certidões e atestados emitidos por vários órgãos públicos. 4. Remessa necessária improvida.

Assim, não existe impedimento legal para que associações sem fins lucrativos participe da presente licitação, tanto é que já participa e foi vencedora de diversos processos licitatórios, tendo em vista existir previsão legal para tal finalidade, conforme previsto na Lei de Licitação nº 8.666/93, bem como, sempre cumprir rigorosamente com as exigências legais e contratuais.

Diante do cumprimento de todos os requisitos previstos no edital, bem como, estar amparada em Lei Federal, requer seja acolhido o presente recurso para classificar a Recorrente, visto ser arbitrária e inconstitucional a fundamentação de sua desclassificação, sendo passível de mantado de segurança e pedido de fiscalização de atos praticados ilicitamente.

P. Deferimento.

Fechar

CONTRARRAZÃO

NELSON FERRARI – ME

-

ASSOCIACAO VILAS BOAS

Pregão Eletrônico

- **Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões**

CONTRARRAZÃO :

A(AO) ILUSTRISSIMA(O) SENHORA(O) PREGOEIRA DO MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO - PARANÁ

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 103/2020
PROCESSO LICITATÓRIO Nº 504/2020

NELSON FERRARI-ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 24.859.617/0001-25, com sede à Avenida Rio Grande do Sul, nº 178, CEP 85.660-000, município de Dois Vizinhos-PR, por meio de seu sócio administrador NELSON FERRARI, brasileiro, solteiro, empresário, inscrito no CPF/MF 880.834.119-49 e portador do RG nº 7.389.773-4,, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no artigo 109, §3º da Lei n. 8.666-93, vem, tempestivamente, a presença de Vossa Senhora APRESENTAR CONTRARRAZÕES ao Recurso Administrativo interposto pela ASSOCIAÇÃO VILAS BÔAS, contra a bem posta decisão que inabilitou a Recorrente, o que faz pelas razões de fato e de direito que seguem expostas:

1 - DAS RAZÕES DE MANUTENÇÃO DA DECISÃO ADMINSTRATIVA

Aduz a Recorrente ser ilegal e arbitrária a decisão que a inabilitou no presente certame, alegando não haver óbice à participação e contratação de associação sem fins lucrativos, para a prestação de serviços terceirizados.
Defende que a doutrina e a jurisprudência são fartas em afirmar que tal vedação não existe, e que é sim lícito para instituições sem fins lucrativos auferirem lucro, desde que esteja relacionado com o seu fim estatuário.
Pois bem.
Consoante o art. 53 do Código Civil, "constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos."
Esse dispositivo deve ser interpretado em conjunto com os arts. 966 e 981 do Código Civil, os quais conceituam "empresário" e "sociedade empresária", respectivamente:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Ou seja, se a pessoa jurídica possui fins econômicos, consistente na busca pela consecução de resultados financeiros, mediante a produção ou circulação de bens e serviços, ela deve constituir-se sob a forma de sociedade empresária e não sob a forma de associação.
Por outro lado, as licitações públicas buscam a seleção de proposta mais vantajosa para a administração pública daqueles que, em essência, se disponham a executar obras, prestar serviços ou vender produtos. Nesses termos, assim dispõe o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública..."
A Lei 8.666/1993, por sua vez, também dispõe de forma semelhante:
"Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei."

Dessas disposições, o que se depreende é que a licitação é o instrumento pelo qual a administração pública vai ao mercado para contratar agentes do campo econômico, de forma a satisfazer as necessidades de seu funcionamento e prestar os serviços públicos a seu cargo. Assim, por ser a licitação ação intrínseca ao exercício de atividades econômicas, não há espaço para que associações participem de procedimentos licitatórios voltados à terceirização de mão de obra, pois, como visto, essas entidades não se prestam para o exercício dessas atividades.
A distinção entre sociedades e associações não é uma mera formalidade restrita ao campo da nomenclatura ou ao mero estabelecimento de critérios para a classificação das pessoas jurídicas de direito privado. Essas duas espécies de pessoas jurídicas estão sujeitas a regimes jurídicos diversos com as consequências daí advindas.
As associações estão sujeitas a condições tributárias diferentes das sociedades empresárias. Em geral, as primeiras gozam de benefícios fiscais e previdenciários não extensíveis às segundas.
Assim, quando as associações exercem atividades econômicas há uma quebra das condições de competir com as sociedades empresárias que foram constituídas para esse fim. Vislumbra-se, pois, uma violação ao princípio da livre concorrência previsto no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal.
Especificamente no campo das licitações públicas, ocorre violação ao já mencionado inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, o qual estabelece que as contratações devem ocorrer "mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrente."
No mesmo sentido, dispõe o art. 3º da Lei 8.666/1993, o qual estabelece que "a licitação destina-se a garantir a observância do princípio da isonomia".
Ainda, há que se atentar que o objeto do presente pregão eletrônico é a "Contratação de empresa especializada em fornecimento/cessão de mão de obra de Coletor de Lixo, Servente de Limpeza de Áreas Públicas, servente de limpeza geral, Auxiliar de Cozinha e Auxiliar Multifuncional, para atendimento das demandas das Secretarias Municipais".
Por outro lado o objetivo social da associação elencado no art.2º é" A Associação tem por finalidade desenvolver ações e eventos que contribuam com o meio ambiente, que arrecadem alimentos com fins de doação para instituições filantrópicas e que contribuam com a qualidade de vida das comunidades onde a associação atua."
Desta feita, patente o objetivo da Recorrente de desvio dos seus objetivos sociais, privilegiando-a em detrimento das demais concorrentes ao permitir que explore atividade de cunho puramente econômico sem o pagamento dos impostos devidos, o que inclusive pode colocar a Administração em risco em razão de possível autuação pelo seu não recolhimento.

Por certo, o fato de as associações não se organizarem para fins econômicos e não terem, portanto, atividade lucrativa, não as impede que busquem receitas para o seu funcionamento. Nesse sentido, o art. 54, inciso IV, da Lei 10.406/2002, dispõe que o estatuto das associações deverá obrigatoriamente indicar "as fontes de recursos para sua manutenção".
Entretanto, nessa busca de fonte de recursos, não pode ser transmudada a natureza da associação – organização sem fins econômicos – e tampouco a caracterização de ação violadora do princípio da livre concorrência e da isonomia, em especial, nesse último caso, na atuação em licitações públicas
Nessa linha de viabilização de sustento das associações, a legislação permite que, em determinadas situações, a administração pública contrate essas associações, não por licitação, ante a incompatibilidade jurídica para tanto, mas mediante contratações diretas. Como exemplo, cite-se o art. 24 da Lei 8.666/1993, o qual permite, em determinadas hipóteses, a contratação de associações sem licitação prévia.
Nesses casos, trata-se de atividades em que, de forma evidente, as receitas auferidas pelas associações destinam-se à manutenção de suas atividades, quais sejam, o sustento de seus associados em condições de vulnerabilidade social. Ou seja, não há que falar que essas entidades tenham se organizado para fins econômicos, ante a nitidez do caráter assistencial das receitas a serem auferidas com a contratação.
Por essa razão, no recente ACÓRDÃO Nº 2847/2019 – TCU – Plenário, o Tribunal entendeu que pela possibilidade participação, desde que não haja desvio de finalidade da referida associação civil sem fins lucrativos, vejamos:
SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. 1ª CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA MILITAR. CONTRATAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO TRABALHADOR - ABRADECONT) PARA TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA. EXEGESE DO ART. 53 DA LEI 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO, PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DE SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS, DESDE QUE HAJA EVIDENTE CORRELAÇÃO ENTRE OS OBJETIVOS ESTATUTÁRIOS DA CONTRATADA E O OBJETO DO CONTRATO. HIPÓTESE QUE NÃO SE APLICA AO CASO CONCRETO, SOB PENA DE DESVIO DE FINALIDADE DA ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. CONHECIMENTO. REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA.
9. Acórdão: VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, pela empresa Átria Serviços Terceirizados Ltda., a noticiar supostas irregularidades no Pregão Eletrônico 4/2019, sob a responsabilidade da 1ª Circunscrição Judiciária Militar (1ª CJM), voltada à contratação de serviços continuados de apoio administrativo, vencido pela Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador (Abradecont) – sociedade civil sem fins lucrativos. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:
9.1 nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente, tendo em vista que os objetivos genéricos consignados no estatuto da Abradecont não permitem estabelecer o necessário e preciso vínculo com o objeto da contratação, sob pena de desvio de finalidade da referida associação civil sem fins lucrativos; (...)
9.3 nos termos do art. 250, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal (RITCU), determinar à Primeira Circunscrição Judiciária Militar da Justiça Militar (1ª CJM) que, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, anule o ato administrativo que habilitou irregularmente a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador (Abradecont) no Pregão Eletrônico 4/2019, bem como os demais atos dele porventura decorrentes;

Da mesma forma o parecer da unidade técnica do TCU e pelo MP junto ao TCU, em caso suficientemente similar:

(...)
8. Por seus fundamentos, o Ministério Público de Contas acompanha, em essência, as conclusões havidas pela unidade técnica.
19. Após analisar detidamente os autos, opino no sentido de que os termos contidos nos dispositivos retro citados são demasiado genéricos e serviriam para justificar a contratação da Abradecont em todo e qualquer tipo de ajuste que tenha como objetivo o fornecimento de mão de obra. A meu ver, ao inserir os termos "fomentação do setor terceirizado" e "busca do pleno emprego", a entidade buscou dar ares de legalidade a uma situação que, na realidade, consiste na mera intermediação de mão de obra, serviço que pode ser prestado por qualquer empresa constituída para esse fim.
20. Nesse sentido, observo que, assim como as demais entidades empresárias que atuam nesse setor, a Abradecont, ao firmar contrato com a Administração Pública, iria buscar no mercado de trabalho pessoas estranhas à própria associação, contratando-os exclusivamente e unicamente para preencher as vagas previstas no edital, motivo pelo qual não vislumbro haver o alegado caráter de assistência social na atuação da entidade civil.
23. Retornando ao caso concreto sob análise, reputo que a Abradencont, atual detentora de diversos contratos de fornecimento de mão de obra para a Administração Pública, os quais, somados, perfazem valor superior a R$ 20 milhões (vide tabela resumo à peça 67, p. 12-13), parece atuar como qualquer entidade empresária do ramo. Ainda que os termos "terceirização" e "emprego" estejam dispostos em seu estatuto, a atividade de mera locação de mão de obra para o Poder Público não se coaduna com o espírito estatutário da entidade de "empreender a assistência social", "promover a defesa de direitos sociais" ou "defender direitos do consumidor e do trabalhador".
24. Por conseguinte, assim como concluiu a unidade técnica, opino no sentido de que não poderia a Abradecont habilitar-se para participar do Pregão Eletrônico nº 4/2019, ante o claro desvio de finalidade havido na atuação da entidade. Veja-se que admitir a participação dessa associação em competição com entidades empresárias acaba por frustrar o caráter competitivo da atividade econômica, haja vista os benefícios fiscais a que fazem jus as pessoas jurídicas sem fins lucrativos.
25. Ante os elementos que compõem os autos e por considerar adequada a análise empreendida pela unidade técnica, este representante do Ministério Público de Contas manifesta-se a favor da aprovação da proposta de encaminhamento contida na instrução de peça 67, p. 14-15, a qual foi endossada pelo corpo diretivo da Selog nos pronunciamentos de peças 68 e 69.
(...)
VOTO RELATOR
(...)
No mérito, acompanho os pareceres. 6. Tanto a unidade técnica quanto o Ministério Público de Contas, instado por este Relator a opinar no processo, concluem pela procedência parcial da representação. Segundo os pareceres, embora a jurisprudência do Tribunal de Contas da União considere que o art. 53 da Lei 10.406/2002 (Código Civil) não proíbe incondicionalmente a participação de sociedades civis sem fins lucrativos em licitações públicas, sua contratação pela Administração Pública é admitida apenas quando o objeto da avença estiver em conformidade com os objetivos estatutários específicos da contratada. Segundo os pareceres, tal hipótese não se materializa no caso concreto. Daí a procedência parcial da representação.

7. A par disso, a instrução da Selog também propõe, com o endosso do MPTCU, a fixação de prazo para que o órgão responsável anule o ato administrativo de habilitação irregular da Abradecont no Pregão Eletrônico 4/2019 e, por conseguinte, os demais atos dele decorrentes.
8. Por seu didatismo, peço licença para transcrever – e incorporar aos fundamentos deste voto – os principais argumentos anotados pelo Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin (peça 75), na análise de mérito desta representação, verbis:
11. (...) muito embora a legislação tenha vedado a criação de associações para a busca de objetivos econômicos, não há, na verdade, óbice para que entidades dessa natureza obtenham receitas e, como consequência, aufiram lucro, o qual é, por óbvio, essencial para a manutenção das atividades inerentes ao funcionamento da entidade. (Grifei).
(...)
13. (...) o simples fato de uma entidade ter sido constituída como uma associação sem fins lucrativos não é motivo suficiente para impedi-la de realizar atividades econômicas. Cumpre ressalvar, no entanto, que o exercício de tais atividades deve estar estritamente atrelado ao atingimento das finalidades e objetivos estatutários da entidade, sob pena de se incorrer em desvio de finalidade. (Grifei).
(...)
15. (...) não existe na Lei nº 8.666/93 vedação, implícita ou explícita, à participação de entidades sem fins lucrativos em certame licitatório realizado pelo Poder Público, desde que o intuito do procedimento seja a contratação de entidade privada para a prestação de serviços alinhados aos objetivos para os quais a entidade foi criada. Nessa mesma linha de entendimento já se manifestou este TCU, que, ao se debruçar sobre questão assemelhada ao objeto destes autos, proferiu o Acórdão nº 7459/2010-2ª Câmara (relator: Ministro Raimundo Carreiro], cuja ementa dispõe:
"NÃO DEVE HAVER VEDAÇÃO GENÉRICA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS, DESDE QUE HAJA NEXO ENTRE OS SERVIÇOS A SEREM PRESTADOS COM OS ESTATUTOS E OBJETIVOS SOCIAIS DA ENTIDADE PRESTADORA DOS SERVIÇOS."
(...)
17. O estatuto da Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador estabeleceu como seus objetivos sociais e finalidades (peça 9, p. 1):
"Art. 3º- A ABRADECONT é uma entidade civil privada, sem fins lucrativos, tem por objetivo social empreender a assistência social, colocando-a à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, serviços e ações sócio assistenciais, promovendo a defesa de direitos sociais, com ênfase na defesa dos consumidores; dos trabalhadores; dos direitos civis; proteção social com promoção da integração ao mercado de trabalho; proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; amparo às crianças e aos adolescentes carentes; habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à via comunitária.
Art. 4º - A ABRADECONT, prestará serviços e ações sócio assistenciais, sem fins lucrativos, de atendimento e assessoramento aos beneficiários abrangidos pela Lei Orgânica da Assistência Social nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, atuando na defesa e garantia de seus direitos. São finalidades e objetivos da ABRADENCONT: [...]
XXI- estimular o aprimoramento da Administração Pública, através da promoção do desenvolvimento institucional e tecnológico dos diferentes níveis de governo, com fomentação do setor terceirizado, por meio do fornecimento de mão de obra, especializada ou não, e gestão de pessoas, visando a redução das desigualdades regionais e sociais e à busca do pleno emprego (Art. 170, incisos VII e VIII da CF/88) com a melhoria do serviço público, bem como a proteção dos direitos dos trabalhadores." (Grifos conforme o original.)
18. É com base no art. 4º, inciso XXI, do estatuto da Abradecont, que a 1ª CJM e a entidade civil sem fins lucrativos buscam demonstrar que os fins colimados pela instituição se amoldam ao objeto da licitação em questão.
19. Após analisar detidamente os autos, opino no sentido de que os termos contidos nos dispositivos retro citados são demasiado genéricos e serviriam para justificar a contratação da Abradecont em todo e qualquer tipo de ajuste que tenha como objetivo o fornecimento de mão de obra. A meu ver, ao inserir os termos "fomentação do setor terceirizado" e "busca do pleno emprego", a entidade buscou dar ares de legalidade a uma situação que, na realidade, consiste na mera intermediação de mão de obra, serviço que pode ser prestado por qualquer empresa constituída para esse fim. (Grifei).
20. Nesse sentido, observo que, assim como as demais entidades empresárias que atuam nesse setor, a Abradecont, ao firmar contrato com a Administração Pública, iria buscar no mercado de trabalho pessoas estranhas à própria associação, contratando-os exclusivamente e unicamente para preencher as vagas previstas no edital, motivo pelo qual não vislumbro haver o alegado caráter de assistência social na atuação da entidade civil. (...)
22. Nas situações acima descritas [trecho do parecer da Procuradora-Geral do MPTCU Cristina Machado da Costa e Silva no TC 019.843/2009-0 (objeto do já mencionado Acórdão 2459/2010-2ª Câmara), em que exemplifica situações em que seria admissível a contratação de sociedade civil sem fins lucrativos pela Administração Pública], é nítida a existência de nexo entre o objeto da contratação e o fim almejado pelas respectivas entidades sem fins lucrativos. Como se pode notar, em todos os casos citados a terceirização da mão de obra não tem um fim em si mesmo, já que existe um "objetivo maior" capaz de justificar os ajustes firmados com o Poder Público. Na minha opinião, é justamente essa finalidade de maior relevo, a qual geralmente possui caráter assistencial, que justifica admitir-se a participação de entidades sem fins lucrativos, as quais gozam de isenções tributárias, em licitações públicas. (Grifei).
23. (...) reputo que a Abradencont, atual detentora de diversos contratos de fornecimento de mão de obra para a Administração Pública, os quais, somados, perfazem valor superior a R$ 20 milhões (vide tabela resumo à peça 67, p. 12-13), parece atuar como qualquer entidade empresária do ramo. Ainda que os termos "terceirização" e "emprego" estejam dispostos em seu estatuto, a atividade de mera locação de mão de obra para o Poder Público não se coaduna com o espírito estatutário da entidade de "empreender a assistência social", "promover a defesa de direitos sociais" ou "defender direitos do consumidor e do trabalhador". (Grifei).
24. (...) assim como concluiu a unidade técnica, opino no sentido de que não poderia a Abradecont habilitar-se para participar do Pregão Eletrônico nº 4/2019, ante o claro desvio de finalidade havido na atuação da entidade. Veja-se que admitir a participação dessa associação em competição com entidades empresárias acaba por frustrar o caráter competitivo da atividade econômica, haja vista os benefícios fiscais a que fazem jus as pessoas jurídicas sem fins lucrativos
9. De um lado, é certo que não se deve conferir uma interpretação literal e restritiva ao termo "para fins não econômicos" contido no art. 53 do Código Civil, a ponto de vedar a contratação de associações civis sem fins lucrativos pela Administração Pública. O próprio art. 54, inciso IV, da mesma Lei 10.406/2002, dispõe que o estatuto das associações deverá obrigatoriamente indicar "as fontes de recursos para sua manutenção". Ademais, a Lei 8.666/1993, em seu art. 24, inciso XX, permite a contratação direta, por dispensa de licitação, "de associação

de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado".
10. É certo, assim, que as disposições do art. 53 do Código Civil não vedam a que Administração Pública contrate associação civil sem fins lucrativos. Logo, nesse ponto, a representação não procede.
11. Entretanto, se as normas de regência e a jurisprudência deste Tribunal exigem que o objeto do contrato administrativo, nesses casos, não implique desvio de finalidade da associação sem fins lucrativos, é logicamente certo que o estatuto da contratada deva ter objetivos específicos, que lhe confiram uma identidade institucional, uma singularidade de propósitos, condição sine qua non para que se estabeleça, com razoável precisão, o nexo que se exige entre objetivos institucionais e objeto contratual.
12. Pois bem, no caso vertente, conforme demonstrado, as disposições estatutárias da Abradecont, notadamente aquelas descritas no art. 4º, inciso XXI, embora invocadas pelo órgão fiscalizado e pela referida associação como fundamento para a contratação questionada, possuem conteúdo demasiadamente aberto, o que, em tese, permitiria adequar sua finalidade institucional a praticamente qualquer objeto de terceirização de serviços pretendidos pela Administração. Isso tornaria inócua a exigência de nexo específico entre o objetivo institucional da associação civil e o objeto do contrato administrativo.
13. Convém recordar que esse requisito – de nexo específico entre objetivos estatutários e objeto contratual – é necessário para estabelecer um discrimen mínimo entre as associações sem fins lucrativos e as sociedades empresariais, em relação às possibilidades de contratação com a Administração Pública. Do contrário, estar-se-iam criando condições não isonômicas entre ambas as espécies de licitantes, pois os primeiros, com menor carga tributária, ingressariam em uma ampla gama de certames em condições privilegiadas em relação aos últimos.
14. Também merece destaque o argumento do Parquet especializado no sentido de que, apesar de o estatuto da Abradecont mencionar, de forma genérica, os termos terceirização e emprego, "a atividade de mera locação de mão de obra para o Poder Público não se coaduna com o espírito estatutário da entidade de "empreender a assistência social", "promover a defesa de direitos sociais" ou "defender direitos do consumidor e do trabalhador", o que configura "claro desvio de finalidade".
15. Dessa forma, a representação é parcialmente procedente, tendo em vista que os objetivos genéricos consignados no estatuto da Abradecont não permitem estabelecer o necessário e preciso vínculo com o objeto da contratação, sob pena de desvio de finalidade da referida associação civil sem fins lucrativos.

Assim, irretocável a decisão de inabilitação fundamentada no artigo 12 da Instrução Normativa 5/2017-MPOG, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da administração pública, o qual convém transcrever:

Art. 12. Quando da contratação de instituição sem fins lucrativos, o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da instituição.
Parágrafo único. Considerando-se que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa.

Cumpre frisar que a referida associação apresentou diversos atestados de capacidade técnica de vários órgãos públicos o que deixa claro, que a licitante, na verdade, atua como qualquer empresa prestadora de serviços terceirizados, se valendo dos benefícios concedidos às instituições sem fins lucrativos de forma a se sobressair nas licitações, o que prejudica a isonomia e o princípio da competitividade.
Ante o exposto, resta claro que pessoas jurídicas constituídas sob a forma de associações NÃO possuem condições jurídicas para participar de licitações públicas, sendo correta e legal a Decisão que desclassificou a Recorrente.

II - REQUERIMENTOS

Dado o julgamento exato que foi deferido pela Ilustre Presidente da Comissão de Licitação, pugna a Recorrida que o Recurso Administrativo apresentado pela Recorrente, cujo único objetivo é o seu próprio benefício, seja conhecido e no mérito julgado IMPROVIDO.

Nesses termos pede deferimento.

Francisco Beltrão- PR, 17 de setembro de 2020.

NELSON FERRARI
SÓCIO ADMINISTRADOR

CONTRARRAZÃO

DIRETIVA PATRIMONIAL LTDA

-

ASSOCIACAO VILAS BOAS

Pregão Eletrônico

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRARRAZÃO :

À Pregoeira Oficial
SRA. NADIA APARECIDA DALL AGNOL
Prefeitura do Município de Francisco Beltrão – Estado do Paraná
Pregão Eletrônico 103/2020
Ref.: CONTRARRAZÕES aos Recursos Administrativos apresentados pelas pessoas jurídicas Associação Vilas Boas e Orbenk Administração e Serviços Ltda.

Ilustre Pregoeira,

A empresa DIRETIVA PATRIMONIAL LTDA, já qualificada no processo licitatório acima identificado, por seu representante legal, vem por meio deste ofício apresentar CONTRARRAZÕES aos Recursos Administrativos apresentados pelas pessoas jurídicas acima identificadas.

O edital tem como objeto a contratação de serviços terceirizados, e a Recorrida foi vencedora do lote 01 (Coletor de lixo domiciliar TIPO 3).

* Recurso da Associação Vilas Boas
A entidade sem fins lucrativos Associação Vilas Boas apresentou a menor proposta para o item 1 do edital, contudo, a Pregoeira a desclassificou com fundamento no Art. 12, Parágrafo Único da Instrução Normativa 05/2017, do Ministério do Planejamento.

Inconformada, a entidade apresentou recurso pedindo sua classificação, alegando que a Instrução Normativa 05/2017 é norma de orientação (sem força de lei) e que devem ser observados em conjunto os artigos 10, 11 e 12 da mesma instrução.

EQUIVOCA-SE a Recorrente. Primeiro porque pretende que lhe sejam aplicadas normas afetas exclusivamente às Cooperativas (Arts. 10 e 11 da Instrução Normativa 05/2017), segundo porque tenta desqualificar o disposto no parágrafo único do Art. 12 da mesma Instrução.

Quanto aos Arts. 10 e 11 da Instrução Normativa 05/2017, como se tratam de normas aplicáveis somente para o caso de Cooperativas, não merecem maiores considerações. A Associação Vilas Boas não é caracterizada juridicamente como cooperativa, mas sim como entidade sem fins lucrativos.

Com relação ao Parágrafo Único do Art. 12 da Instrução Normativa 05/2017 (abaixo transcrito), deve obrigatoriamente ser seguido por todos que contratem com verbas públicas, pois traduz imposição legal advinda da Constituição Federal e da Lei 8.666/93.

"Art. 12. Quando da contratação de instituição sem fins lucrativos, o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da instituição.
Parágrafo único. Considerando-se que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa." (sem grifos no original)

O intuito dessa norma é claro: impedir que os benefícios concedidos às entidades sem fins lucrativos sejam um diferencial no ato da contratação. E que diferencial! Pois as entidades sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários, o que não está al alcance das demais pessoas jurídicas.

Se fosse permitido às entidades sem fins lucrativos competir com as empresas privadas, estas teriam que encerrar suas atividades, pois ficariam sem possibilidades financeiras para competir.

Como mencionado acima, o Parágrafo Único do Art. 12 da Instrução Normativa 05/2017 traduz normativa prevista na Constituição Federal e na Lei 8.666/93: a Constituição Federal dispõe em seu Art. 37, XXI, o princípio da isonomia, que assegura a todos os concorrentes igualdade de condições, e o Art. 3º da Lei de Licitações também traz essa ideia:

"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." (sem grifos no original)

Inegavelmente, a Associação Vilas Boas tem vantagens que não podem ser aplicadas às demais concorrentes empresas privadas, cabendo à administração pública conceder a todos os concorrentes as mesmas oportunidades.

A Recorrente informou em seu recurso que já participou de outras licitações e se sagrou vencedora, mantendo com outros órgãos públicos contratos de gestão. Convém esclarecer que os contratos de gestão são formalizados com entidades sem fins lucrativos classificadas como Organizações Sociais, não tendo nenhum paralelo com a contratação que se pretende com a licitação Pregão Eletrônico 103/2020, promovida pela Prefeitura de Francisco Beltrão e que tem por objeto não um contrato de gestão, mas sim, contrato de prestação de serviços.

Em sendo assim, a Pregoeira agiu correta e legalmente quando da desclassificação da Associação, devendo esta

decisão ser mantida integralmente.

□ Recurso da empresa Orbenk Administração e Serviços Ltda
A Recorrente alega que a empresa Diretiva Patrimonial teria descumprido o edital quando do preenchimento da planilha de custos, especificamente quanto ao vale-alimentação durante o período de férias e à previsão dos custos para cobertura dos tributos, que teriam sido apresentados em percentuais menores que o previsto na legislação.

Alega a Recorrente Orbenk que a Recorrida descumpre as legislações trabalhista e tributária, "minorando o preço de forma artificial", o que teria causado desequilíbrio na concorrência com as demais empresas participantes. Afirma também que eventual correção de planilha não seria possível nesse caso, pois o vale-alimentação e as alíquotas dos tributos seriam itens relevantes.

Como se verá em seguida, os fundamentos da Recorrente são improcedentes.

A Pregoeira, ao analisar a planilha de composição de preços exigida no edital, logrou total acerto, não merecendo qualquer crítica ou reparo.

A planilha preenchida e entregue pela Recorrida segue com exatidão as exigências do edital, sem deixar de apresentar nenhum valor exigido, nem desconsiderar nenhuma legislação aplicável.

A Administração Pública, ao analisar a planilha de custos, deve verificar se ela contempla os direitos dos trabalhadores, se há exequibilidade ou não da proposta e se está de acordo com os parâmetros exigidos do edital.

"A existência de erros materiais ou omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratante realizar diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto". (Acórdão 2.546/2015 - Plenário TCU).

E a ilustre Pregoeira exerceu essa obrigação/prerrogativa, fazendo a correta análise dos documentos e solicitando os esclarecimentos que considerou devidos, inclusive questionando a Recorrida a respeito da inclusão dos valores relativos às horas extras com adicionais de 50% e 100%. A Recorrente reconheceu o equívoco no preenchimento da planilha e procedeu tempestivamente à correção necessária.

A Pregoeira, com acerto, julgou que tal equívoco não trouxe prejuízo à planilha e ao valor final ofertado pela Recorrida.

Com relação à previsão do vale-alimentação do período de férias e aos impostos, a Pregoeira analisou a planilha da Recorrida e não constatou nenhuma falha nesses tópicos, pois de fato essas alegadas falhas não existiram.

Especificamente quanto ao vale-alimentação durante o período de férias, a própria planilha modelo da Prefeitura Municipal de Francisco Beltrão indicou a previsão de 12 meses para cotação dos custos, o que abrange o período de férias. Sendo assim, o vale-alimentação do período de férias já está previsto na planilha.

Então não há que se falar em falta de previsão do vale-alimentação das férias na planilha de custos apresentada pela Recorrida. Também merece menção a previsão na planilha dos custos dos empregados substitutos.

Ainda que a Pregoeira considere que tenha havido equívoco no preenchimento da planilha (sem impacto no valor da proposta), nos itens apontados pela Recorrente, a Recorrida não merece a desclassificação, pois a correção de erros em planilha é perfeitamente aceitável e deve ser permitida pela Administração, consoante posicionamento do Tribunal de Contas de União, que entende possível à empresa licitante corrigir a planilha apresentada durante o processo licitatório, desde que não resulte em aumento de preço do valor total. Vejamos:

"Erro no preenchimento da planilha de formação de preço do licitante não constitui motivo suficiente para desclassificação da proposta, quando a planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado." (Acórdão 1811/2014 - Plenário)

No mesmo sentido, cita-se parcialmente o Acórdão 637/2017 TCU – Plenário:

"A inexequibilidade de itens isolados da planilha de custos não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta (art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1993), pois o juízo sobre a inexequibilidade, em regra, tem como parâmetro o valor global da proposta". (Acórdão 637/2017 - Plenário. Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz).

A própria Lei de Licitações possibilita a realização de diligências em seu Art. 43, §3º: "É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta."

Com relação à equivocada afirmação da Recorrente de que a Recorrida teria deixado de prever na planilha o percentual para a cobertura dos impostos, tal fato não corresponde com a verdade, pois os percentuais aplicados refletem a legislação específica aplicável.

Vejamos o quadro resumo abaixo. Ele reflete o custo total do empregado que, multiplicado por 3%, resulta em R$ 102,46, conforme consta na planilha.

QUADRO DE RESUMO DO CUSTO POR EMPREGADO
Mão de obra vinculada à execução contratual (Valor por empregado) Valor (R$)
A Módulo 1 - Composição da Remuneração R$ 1.761,80
B Módulo 2 - Encargos e Benefícios Anuais, Mensais e Diários R$ 1.412,13
C Módulo 3 - Provisão para Rescisão R$ 56,01

D Módulo 4 - Custo de Reposição do Profissional Ausente R$ 172,80
E Módulo 5 - Insumo Diversos R$ 12,50
Subtotal (A+B+C+D) R$ 3.415,28

A Recorrente se equivocou quando considerou como custo total do empregado o valor de R$ 3.773,62, quando o correto é R$ 3.415,28, conforme tabela acima.

Além do que, deve a empresa participante arcar com todos os encargos fiscais decorrentes de lei, independentemente de previsão em planilha de custos. As empresas interessadas em participar de licitações devem considerar os custos com os impostos em sua margem de lucro ou na sua taxa de administração, e arcar com todas as obrigações tributárias que lhes são impostas, nem que para isso seja comprometido seu lucro.

A Recorrida jamais deixou de pagar os tributos devidos e nunca comprometeu os serviços que executou e ainda executa, sendo financeiramente capaz de realizar os trabalhos previstos no edital de licitação.

A Recorrente Orbenk afirma que as (alegadas e falsas) incorreções na planilha da Recorrida causaram desequilíbrio na licitação e prejudicaram os demais concorrentes. Essas alegações são derrubadas pela observação dos valores propostos por outros licitantes, bem como pelo fato de que o alegado desequilíbrio não foi comprovado pela Recorrente.

Na análise da planilha e dos documentos de habilitação, o Pregoeiro (e sua equipe de apoio) levou em consideração os ditames do edital, as normas legais e os preceitos aplicáveis ao processo de licitação, sem prejuízo da competitividade no certame.

Convém lembrar os preceitos que devem ser aplicados nos processos licitatórios, dentre eles os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

"MS 5617 / DF
MANDADO DE SEGURANÇA
Relator Ministro DEMÓCRITO REINALDO
Órgão Julgador PRIMEIRA SEÇÃO
Data da Publicação/Fonte DJ 17.02.1999 p. 102
CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. EXIGÊNCIA DESCABIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. DEFERIMENTO. A vinculação do instrumento convocatório, no procedimento licitatório, em face da lei de regência, não vai ao extremo de se exigir providências anódinas e que em nada influenciam na demonstração de que o licitante preenche os requisitos (técnicos e financeiros) para participar da concorrência." (sem grifos no original)

Complementando:

MS 5869/DF, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, Primeira Seção do STJ, publicado no DJ em 07.10.2002, p. 163: "1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta."

O fato é que, ao contrário do que expôs a Recorrente Orbenk em suas razões recursais, a habilitação e classificação da empresa Diretiva Patrimonial foi legal, legítima e acertada, tendo comprovado que o preço dos serviços é perfeitamente compatível com o que será prestado, com margem de lucro aceitável e com a previsão de todos os encargos trabalhistas e fiscais previstos na legislação, e que tem capacidade técnica (demonstrada pelos atestados) e financeira para a prestação dos serviços a serem contratados.

* Pedidos

Requer-se o recebimento dessas contrarrazões por tempestiva, e pede-se:

- A manutenção da desclassificação da entidade sem fins lucrativos Associação Vilas Boas, ante os fundamentos apresentados no início deste documento;

- A manutenção da classificação e habilitação da empresa DIRETIVA PATRIMONIAL LTDA, que atendeu inteiramente as exigências do edital; e

- A total improcedência das razões e dos pedidos recursais apresentados pelas empresas Recorridas.

Por derradeiro, requer-se a oportunidade de apresentação de esclarecimentos/documentos, para a completa instrução do processo licitatório e, se o Pregoeiro considerar pertinente, a Recorrida está à disposição para outros esclarecimentos.

Pede e espera deferimento,

Curitiba, 17 de setembro de 2020.

Lidemar Antonio Ribeiro dos Santos
DIRETIVA PATRIMONIAL LTDA
Representante Legal

RECURSO

ORBENK ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA

Pregão Eletrônico

- **Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões**

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) OFICIAL DA PREFEITURA MUNICIPAL DE FRANCISCO BELTRÃO – ESTADO DO PARANÁ.

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 103/2020

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 LOTE 01 a empresa DIRETIVA PATRIMONIAL LTDA; do LOTE 02 a empresa PREVER SISTEMAS DE MONITORAMENTO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA; do LOTE 03 a empresa L.H.C SCHNEIDER HIGIENIZAÇÃO E LIMPEZA LIMITADA; do LOTE 04 a empresa NELSON FERRARI EIRELLI; e do LOTE 06 a empresa PREVER SISTEMAS DE MONITORAMENTO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS 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

De pronto, urge registrar a tempestividade do presente recurso administrativo, tendo em vista que o prazo recursal, devidamente registrado em ata pelo Sr. Pregoeiro Oficial, é o dia 14/09/2020. Assim, resta cumprido o prazo de 03 (três) dias, previsto no art. 4º, inciso XVIII da Lei 10.520/2002 e no art. 44 do Decreto nº 10.024/2019.

II – DOS FATOS

A Prefeitura Municipal de Bento Gonçalves instaurou o Pregão Eletrônico nº 103/2020, destinado à Contratação de empresa especializada em fornecimento/cessão de mão de obra de Coletor de Lixo, Servente de Limpeza de Áreas Públicas, servente de limpeza geral, Auxiliar de Cozinha e Auxiliar Multifuncional, para atendimento das demandas das Secretarias Municipais.

Decorrida a etapa competitiva de lances, foram declaradas vencedoras as seguintes empresas:

LOTE 01: DIRETIVA PATRIMONIAL LTDA;

LOTE 02 e 06: PREVER SISTEMAS DE MONITORAMENTO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA;

LOTE 03: L.H.C SCHNEIDER HIGIENIZAÇÃO E LIMPEZA LIMITADA;

LOTE 04: NELSON FERRARI EIRELLI;

Entretanto, as propostas apresentadas pelas empresas contém irregularidades materiais que representam sério risco para a Administração Pública, visto que deixam de observar a legislação tributária e trabalhista, bem como o próprio instrumento convocatório.

Desta feita, 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, que não a apresentação do presente recurso, com vistas a garantir a prevalência da legalidade e a obediência aos princípios que os processos licitatórios.

III – DO DIREITO

DO LOTE 01:

DIRETIVA PATRIMONIAL LTDA;

NÃO INCLUSÃO DE VALE ALIMENTAÇÃO NAS FÉRIAS

DA DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA

Conforme se depreende da planilha de custos apresentada pela empresa, DURANTE O PERÍODO DE FÉRIAS a empresa deixou de incluir o custo com Vale Alimentação, o que representa ofensa às disposições legais e convencionais aplicáveis à espécie.

A Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2022, SEAC/PR, é bastante clara ao estabelecer a obrigatoriedade de pagamento do Vale Alimentação INCLUSIVE DURANTE AS FÉRIAS, conforme segue:

PARÁGRAFO OITAVO - AO EMPREGADO QUE NÃO COMETER QUALQUER FALTA AO SERVIÇO, JUSTIFICADAS OU NÃO, O EMPREGADOR DEVERÁ FORNECER O VALE ALIMENTAÇÃO NO VALOR DE R$ 414,00, QUANDO DO GOZO DAS FÉRIAS CORRESPONDENTES AO PERÍODO AQUISITIVO INICIADO A PARTIR DE 01.02.19; ao empregado que

cometer de 1 a 3 faltas ao serviço, justificadas ou não, o empregador deverá fornecer o vale alimentação no valor de R$ 372,60; ao empregado que cometer de 4 a 5 faltas ao serviço, justificadas ou não, o empregador deverá fornecer o vale alimentação no valor de R$ 331,70; aos empregados com 6 ou mais faltas ao serviço, não farão jus à concessão do vale alimentação durante a fruição das férias. O benefício concedido nas férias não terá natureza salarial a qualquer fim. Já ao empregado regido pelo parágrafo 5º, desde que atendido o requisito de falta ao serviço, fará jus ao vale alimentação durante as férias, respectivamente, nos valores de R$ 227,00, R$ 204,30 e R$ 181,60, nas mesmas condições.

Neste contexto, a Recorrida descumpre obrigação trabalhista, alterando negativamente o preço final de sua proposta, com a obtenção de vantagem indevida em sua classificação, motivo suficiente para sua desclassificação.

A classificação da empresa, assim, seria completamente ilegal, por ofensa aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, isonomia e competitividade entre os licitantes, moralidade e legalidade.

O edital é bastante didático quando da exigência de observância às disposições legais e convencionais aplicáveis à atividade a ser contratada, litteris:

7.1.2. No preço proposto deverão estar inclusas todas as despesas com salários, encargos, TRABALHISTAS, seguros, impostos, taxas, contribuições, vale transporte, VALE ALIMENTAÇÃO, despesas administrativas, lucros e DEMAIS CUSTOS NECESSÁRIOS À SUA COMPOSIÇÃO, EM CONCORDÂNCIA COM A CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO 2020/2022 – NÚMERO DE REGISTRO NO MTE: PR000539/2020, sendo desclassificadas as propostas que apresentem em sua composição de preços valores inferiores ao piso de cada cargo estabelecido na CCT PR000539/2020 e conforme item 1.5 - DETALHAMENTO DOS CARGOS DO ANEXO I DESTE EDITAL. (Original sem grifo).

Assim, tendo em vista que a minoração de custo essencial interfere frontalmente em outras rubricas, e que o Edital veda a alteração sob alegação de erro, omissão ou qualquer outro pretexto, insta que a empresa seja desclassificada, reestabelecendo a Justiça no âmbito do Pregão Eletrônico n. 103/2020.

INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS MINORADAS IRREGULARMENTE DIRETIVA

Da planilha de custos apresentada pela diretiva, denota-se que o valor dos tributos constantes do módulo 5, não correspondem aos percentuais por ela apontados. Ou seja, há indicação de uma alíquota, mas o valor reflete uma alíquota menor, MINORANDO O PREÇO DE FORMA ARTIFICIAL.

A título de exemplo, o COFINS e o ISS (ambos com indicação de 3,0%), deveriam incidir sobre o VALOR TOTAL DO POSTO (R$3.773,62), pois o módulo 06 também é base de cálculo para incidência desses tributos.

Além disso, como é cediço, tais tributos compõem as suas próprias bases de cálculo (o chamado cálculo por dentro), pelo que devem ser calculados sobre o montante final, já incluindo os próprios tributos em suas bases de cálculo, e não sobre o montante parcial, excluindo o módulo 06 das incidências tributárias (ambos constantes do quadro resumo do custo por empregado).

Em outras palavras, o cálculo realizado pela empresa aplicou as alíquotas tributárias apenas sobre o subtotal (A+B+C+D), deixando de considerar o valor total do posto, excluindo assim o Pis/Cofins e o ISS na base de cálculo, o que acabou por diminuir seu preço de final de forma artificial e ilegal, POIS NÃO OBSERVA A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA APLICÁVEL.

Desta feita, além de diminuir seu preço com a exclusão do Vale Alimentação previsto expressamente na CCT/2020/2022, A EMPRESA SE UTILIZA DE ALÍQUOTAS TRIBUTÁRIAS MINORADAS IRREGULARMENTE PELA EXCLUSÃO INDEVIDA DE CUSTOS DE SUAS BASES DE CÁLCULO.

Destaca-se, inicialmente, que os artigos 48, inciso II, e 44, § 3º, da Lei 8.666/93, proíbem expressamente esse tipo de prática, nos seguintes termos:

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. (Original sem grifo).

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
§ 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 remunera (Original sem grifo).

Nem se alegue que seria o caso de possibilitar a correção da planilha por parte da licitante. Conforme decisão do Tribunal de Contas da União, a não indicação em proposta de preço de item extremamente relevante, como é o caso do Vale Alimentação e alíquotas tributárias, não deve ser considerada mero erro formal, verbis:

A FALTA DE APRESENTAÇÃO PELA LICITANTE DE ITEM RELEVANTE DO CUSTO DO SERVIÇO A SER CONTRATADO, EXIGÊNCIA ESSA CONTIDA EM EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO, NÃO MERECE SER CONSIDERADA FALHA FORMAL PASSÍVEL DE CORREÇÃO E JUSTIFICA A DESCLASSIFICAÇÃO DA RESPECTIVA PROPOSTA. Representação formulada por empresa apontou suposta irregularidade no Pregão Eletrônico 11/2011, promovido pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), que teve por objeto a contratação da prestação continuada de serviços auxiliares operacionais nos grupos de recepção, transporte, reprografia, cargos extintos e

informática e serviços técnicos especializados para fiscalização de contratos da entidade. O pregão foi composto por 36 itens e a autora da representante ofertou lance para o item 9 do edital, que consistia na prestação de serviços de apoio administrativo no Distrito Federal. Tal empresa teve sua proposta desclassificada, sob o fundamento de não conter todos os dados necessários para análise, especificamente por ter omitido o custo do funcionário ausente, o que teria violado as cláusulas contidas nos subitens 2.22.4.3.10 e 2.22.4.3.10.1, que impunham a apresentação de planilhas contendo informações analíticas sobre os custos dos serviços a serem prestados. Alegou fundamentalmente que: a) as informações prestadas teriam respeitado o modelo de planilha previsto no edital e que teria apresentado todas as informações requeridas; b) não fora concedida a ela a mesma possibilidade de correção de erros formais na planilha como fez a pregoeira para as demais licitantes, o que teria afrontado o princípio da isonomia. A unidade técnica registrou que a representante não demonstrou ter apresentado proposta que contivesse todos os elementos exigidos pelo edital. Considerou, também, correta a decisão da pregoeira de não admitir a retificação de sua proposta, por entender que a omissão identificada não poderia ser considerada falha formal. O relator, por sua vez, endossou essas conclusões e a respectiva proposta de encaminhamento. O Tribunal, então, decidiu conhecer a representação e, no mérito, considerá-la improcedente. (Acórdão n.º 2.079/2012-Primeira Câmara, TC 000.537/2012-8, rel. Min. Weder de Oliveira, 17.4.2012).

A desclassificação da empresa, nesse contexto, é medida justa e oportuna. É cediço que a Administração Pública deve buscar proposta de preços mais vantajosa, contudo, não é cabível que o diploma seja interpretado de maneira obscura, pessoal e arbitrária.

É necessário que as licitantes concorram em iguais condições e que o julgamento das propostas seja proferido de maneira objetiva, de modo a não permitir a perpetuação de atos ilegais e descabidos. Assim dispõe o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, in verbis:

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.

A jurisprudência é pacífica quanto ao cabimento de 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). (original sem grifo).

Pertinente trazer a lição do eminente jurista ADILSON DE ABREU DALARI:

A Administração Pública não pode meter-se em contratações aventurosas; 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).

Destarte, além da obrigação da vencedora em atender às exigências contidas no edital, conforme determina o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, disciplinado pelo artigo 41, da Lei 8.666/93, há de se atentar ao fato de que a omissão ou minoração de itens obrigatórios, acarreta minoração artificial do seu preço, pois tais rubricas refletem em outras obrigações tributárias e trabalhistas, podendo acarretar sério prejuízo para o erário público, devido à responsabilidade solidária.

Nesse ponto, cabe frisar que o edital estabelece que a licitante deverá consignar o preço global mensal da proposta, devendo observar todas as despesas diretas e indiretas, verbis:

(...).
7.9 Nos valores propostos deverão estar inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais, tributos, fretes e carretos, inclusive ICMS e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente no fornecimento dos bens ou da prestação de serviços, de forma que o objeto do certame não tenha ônus para o Município de Francisco Beltrão.

Dessa forma, tendo em vista o interesse público, cabe à Administração Pública analisar os vícios contidos nas propostas das licitantes, não podendo admitir a contratação de empresas que desrespeitem à legislação e as exigências contidas no edital, cujos termos vinculam a atuação das licitantes e da própria Administração Pública.

Isso porque, apesar de não estarem previstos na planilha de custos da DIRETIVA, itens como VA deverão ser disponibilizados pela vencedora, sob pena de descumprimento do edital ou da legislação trabalhista.

Nesse contexto, deixando de incluir custos trabalhistas, a DIRETIVA busca induzir este respeitável órgão a erro, pois a proposta vencedora, na verdade, esconde custos e despesas que invariavelmente se concretizarão e, assim, tornarão o contrato deficitário e, portanto, inexequível.

Desta feita, a não apresentação da proposta com base na Lei e na Convenção Coletiva de Trabalho, sendo este somente um exemplo de legalidade a ser vislumbrada pela Administração, além de desrespeitar as exigências expressamente previstas no edital da licitação, igualmente desconsidera uma série de fatores que compõem os custos que envolvem a prestação de serviços, o que não pode ser admitido.

Ato contínuo, se a licitante não preenche requisitos dessa natureza, por óbvio, não poderá assegurar a regular prestação dos serviços e a regular contratação dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços objeto da presente licitação.

Nesse ponto, não se pode olvidar quanto aos riscos da má contratação, já que a Administração responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas (Súmula 331 TST) e solidariamente pelos encargos previdenciários (Art. 71, §2º, da L. 8666/93 c/c Art. 9º L. 10520/02). Logo, não sendo pagos os encargos trabalhistas devidos pela Recorrida, há de se responsabilizar a Administração pela inobservância das determinações legais por parte da empresa contratada.

Manter referida empresa sem desclassifica-la representaria ofensa ao princípio da isonomia e da competividade entre os licitantes (art. 3º da Lei 8.666/93) ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 41 da Lei 8.666/93) e ao julgamento objetivo (art. 44 §1º da Lei 8.666/93).

LOTE 02 e 06:

PREVER SISTEMAS DE MONITORAMENTO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA;

UTILIZAÇÃO INDEVIDA E NÃO AUTORIZADA DA LOGOMARCA ORBENK

Inicialmente, cumpre asseverar que a empresa PREVER SISTEMAS DE MONITORAMENTO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA, ao apresentar suas planilhas de custos, utilizou indevidamente a logomarca da ORBENK, pois NÃO POSSUI AUTORIZAÇÃO PARA TANTO.

A Lei de Propriedade Industrial (LPI - 9.279/96), no capítulo III do título V, determina as penalidades previstas contra o uso indevido de marcas, que podem ser de detenção de três meses a um ano ou pagamento de multa.

Por ora, no âmbito do presente certame, cumpre apenas salientar que não HÁ QUALQUER RELAÇÃO COMERCIAL OU SOCIETÁRIA ENTRE AS EMPRESAS. Dessa forma, a prática desrespeita direito de Propriedade Intelectual, além de configurar utilização indevida de marca registrada.

COMPOSIÇÃO DE CUSTOS COM BASE NO SIMPLES NACIONAL

Depreende-se da proposta ofertada pela Recorrida que a composição de custos, tanto para o Lote 02 quanto para o Lote 06, foi elaborada de acordo com o regime tributário do Simples Nacional, conforme se comprova pela análise de sua planilha de custos, na qual TODAS AS INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS ESTÃO ABAIXO DO DEFINIDO PELA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, ou simplesmente não foram cotadas, a exemplo das incidências do Sistema S.

Não se desconhece que as empresas optantes pelo regime tributário do Simples Nacional, podem participar de processos licitatórios que envolvam a cessão/locação de mão de obra e que, caso sejam declaradas vencedoras, precisarão solicitar o seu imediato desenquadramento.

No entanto, é pacífico o entendimento de que AS PROPOSTAS ELABORADAS PELAS EMPRESAS OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL, PARA LICITAÇÃO QUE ENVOLVA LOCAÇÃO/CESSÃO DE MÃO DE OBRA, DEVERÃO COMPOR O CUSTO COM BASE NO REGIME DE COMUM, sob pena de afronta ao princípio da isonomia entre os licitantes.

O próprio edital licitatório é bastante claro nesse sentido:

(...)
3.5. Para a formação do custo unitário por posto de trabalho e dos respectivos valores de horas extras e adicional noturno se utilizou planilha de custos e formação de preços nos moldes do anexo VII-D da Instrução Normativa nº 05/2017, considerando para todos os casos deste termo o regime de tributação pelo lucro real, não inviabilizando, porém, a participação de empresas optantes pelo regime de tributação pelo lucro presumido, devendo esta apenas fazer os devidos ajustes de alíquotas a serem demostrados em suas planilhas. Por outro lado não há a possibilidade de participação de empresas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), uma vez que empresas optantes por esse regime estão impedidas de fazer a cessão de mão de obra deste objeto conforme estabelecido na Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, inciso XII, exceto para os cargos de Servente de Limpeza de Áreas Públicas, Auxiliar Geral de Conservação, que configura exceção nos §§ 5ºB a 5ºE do art. 18 desta Lei Complementar. (...).

De acordo com a legislação previdenciária nos termos do regulamento da previdência social no §1º do artigo 219 do Decreto nº.3.048 de 06 de maio de 1999, conceitua-se assim mão de obra:

[...] entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

Com relação ao conceito de cessão de mão-de-obra no que diz respeito a legislação tributária, vale transcrever definição dada pela Receita Federal, por meio da Instrução Normativa nº 971/2009:

"Art. 115. Cessão de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 1974." (g.n.)

Além disso, a Lei 8.212/91 deixa bastante claro o conceito, ao definir no Art. 31, §3º, que: "§ 3º. Para os fins desta Lei, ENTENDE-SE COMO CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA A COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO CONTRATANTE, EM SUAS DEPENDÊNCIAS OU NAS DE TERCEIROS, DE SEGURADOS QUE REALIZEM SERVIÇOS CONTÍNUOS, RELACIONADOS OU NÃO COM A ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA, QUAISQUER QUE SEJAM A NATUREZA E A FORMA DE CONTRATAÇÃO. (original sem grifo).

Destarte, tal hipótese é expressamente vedada aos optantes pelo Simples Nacional, consoante determinação do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:
XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;
§ 1o As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5o-B a 5o-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo. (g.n.)"

O posicionamento no sentido de que a prestação de serviços terceirizados envolve concessão de mão de obra vem sendo brilhantemente acolhido em inúmeros julgados, a exemplo da sentença proferida pela Sra. Juíza Soraia Tullio, da 4ª Vara Federal de Curitiba, no mandado de segurança nº 2009.70.00.030677-5/PR, interposto pela Agravante, abrangendo OS MESMOS FATOS que ora se aplicam no caso em exame:

"O conceito de cessão de mão-de-obra vem expresso no art. 31, § 2º da Lei nº 8212/91:
Art. 31. (...) § 2° Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação, à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos cujas características impossibilitem a plena identificação dos fatos geradores das contribuições, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros assemelhados especificados no regulamento, independentemente da natureza e da forma de contratação.
Sobre o conceito de cessão de mão-de-obra o Eg. TRF4 no AG 2008.04.00.021643-3, Segunda Turma, Relator Eloy Bernst Justo, D.E. 03/07/2008, decidiu que:
Cessão de mão-de-obra é figura própria do Direito do Trabalho, significando, em termos práticos, a contratação indireta da mão-de-obra por intermédio de empresa interposta. Essa contratação indireta vem crescendo enormemente, rebatizada de "terceirização". É adotada principalmente para serviços periféricos das empresas, não vinculados às suas finalidades institucionais, como limpeza e conservação, segurança, vigilância e outros assemelhados. Em torno desses serviços vicejaram empresas "prestadoras de serviços" que, na verdade, "alugam" trabalhadores para as empresas-clientes.
O que identifica tais contratos é que a exploração da mão-de-obra, captada pela empresa intermediária, é feita direta ou indiretamente pela empresa contratante. Embora possa haver uma certa especialização (limpeza, segurança, etc), o determinante é a mão-de-obra em si, mais que o resultado do trabalho: não se contrata a vigilância, e sim vigilantes; não se contrata a limpeza, e sim faxineiros. São contratos de labor, e não de obra, embora muitas vezes se disfarce a merchandage sob as vestes da empreitada ou de outra figura jurídica. Foi exatamente esse o conceito de cessão de mão-de-obra adotado pelo § 3º do art. 31 da Lei 8.212/91.
O conceito de cessão de mão-de-obra exige a colocação dos trabalhadores à disposição do contratante. Ficar à disposição significa ficar sujeita às ordens, ao controle, à vontade do contratante.
Verifica-se, assim, que há a necessidade de existência de serviço contínuo perpetrado por trabalhador que fica à disposição da tomadora, sob sua fiscalização".

No mesmo diapasão, nos termos do que orienta o Tribunal de Contas da União, o licitante optante pelo regime simples nacional pode participar de processo licitatório cujo objeto envolva outras atividades além de limpeza e vigilância e que haja concessão de mão de obra, todavia, deve o licitante comprovar que em sua proposta de preços NÃO FORAM CONSIDERADOS OS BENEFÍCIOS DA LEI 123/06:

A condição de optante pelo Simples Nacional não constitui óbice à participação de empresa em licitação para a prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização, desde que comprovada a não utilização dos benefícios tributários desse regime diferenciado na proposta de preços (art. 17, inciso XII, da LC 123/2006). (...) b) "consoante jurisprudência desta Corte (Acórdãos 2798/2010, 1627/2011, 2510/2012, 1914/2012 e 341/2012, todos do Plenário), à luz do disposto no art. 17, XI [XII], da Lei Complementar 123/2006, É VEDADA À LICITANTE, OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, A UTILIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS DO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO NA PROPOSTA DE PREÇOS E NA EXECUÇÃO CONTRATUAL (COM RELAÇÃO AO RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS), ESTANDO ELA SUJEITA, EM CASO DE CONTRATAÇÃO, À EXCLUSÃO OBRIGATÓRIA DESSE REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO A CONTAR DO MÊS SEGUINTE AO DA ASSINATURA DO CONTRATO, nos termos do art. 31, inciso II, da referida lei complementar". (TCU - Acórdão 1113/2018 Plenário, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas. (original sem grifo).

Dessa forma, diante do Poder de Vigilância a ser exercido pelo Órgão Licitante sobre a conduta funcional do outro, necessário se faz observar o respectivo controle administrativo que deve ser desempenhado pelos órgãos da administração, tendo em vista que este controle almeja a boa destinação do dinheiro público sendo assim indispensável para que tal objetivo seja atingido e preservando o tratamento igualitário no julgamento das propostas.

Considerando que a empresa terá que se desenquadrar logo após a assinatura do contrato, é correto afirmar que

AS INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS SERÃO MUITO SUPERIORES ÀS APRESENTADAS, o que evidencia que o preço praticado pela vencedora é irregular e inexequível, representando risco a lisura e segurança contratual.

Por conseguinte, TENDO EM VISTA QUE A PREVER FOI DECLARADA VENCEDORA DOS LOTES 02 E 06, SE UTILIZANDO INDEVIDAMENTE DOS BENEFÍCIOS DO SIMPLES NACIONAL, é obrigação do órgão licitante fazer com que sejam cumpridas as determinações contidas no art. 17, inc. XII, da LC 123/2006, devendo observá-las no julgamento das propostas, seja por expressa previsão editalícia, ou por aplicação tácita da lei, não podendo jamais convalidar com as ilegalidades apontadas, vez que só lhe é autorizado agir dentro do que está determinado em lei.

AUSÊNCIA DE COTAÇÃO DOS EPI'S

Conforme se verificar na planilha de composição de custos, tanto no Lote 02 quanto no Lote 06, a PREVER DEIXOU DE INCLUIR EM SEUS CUSTOS OS VALORES RELATIVOS AOS EPI'S, o que configura desrespeito ao edital licitatório e à legislação laboral aplicável à espécie. Diz o edital, litteris:
3.10. Todos os materiais e equipamentos serão fornecidos pela contratante, FICANDO APENAS A CARGO DA CONTRATADA O FORNECIMENTO DE UNIFORMES E EPI'S. Dessa forma torna-se dispensável a consulta de preços em empresas prestadoras de serviço, uma vez que todas estão sujeitas aos mesmos regimes tributários e sobre a abrangência das mesmas convenções coletivas. Com relação a custos relativos à uniforme, seguro de vida utilizou-se valores praticados pela Administração Municipal para provimento desses itens aos seus servidores. (original sem grifo).

Desta feita, sendo de responsabilidade da contratada o fornecimento de Equipamento de Proteção Individual, caberia a ela incluir em seus custos o custo de aquisição ou manutenção de estoque, nos termos do item 7.1.2 do edital, verbis:

7.1.2. No preço proposto deverão estar inclusas todas as despesas com salários, encargos, trabalhistas, seguros, impostos, taxas, contribuições, vale transporte, vale alimentação, despesas administrativas, lucros e demais custos necessários à sua composição, em concordância com a Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2022 – Número de Registro no MTE: PR000539/2020, SENDO DESCLASSIFICADAS as propostas que apresentem em sua composição de preços valores inferiores ao piso de cada cargo estabelecido na CCT PR000539/2020 e conforme item 1.5 - DETALHAMENTO DOS CARGOS do ANEXO I deste edital.

Considerando ainda as demais irregularidades já mencionadas, a desclassificação é medida justa e oportuna, sob pena de incorrer em decisão ilegal, com a consequente judicialização do certame.

SALÁRIO BASE DO LOTE 06 - ABAIXO DO EXIGIDO PELO EDITAL

Além das irregularidades apontadas acima, a empresa PREVER, no que se refere ao LOTE 06, cotou salário abaixo do exigido expressamente no edital, com base na CCT da Categoria. Segue tabela contida no Termo de Referência para melhor visualização:

1.6. DETALHAMENTO DOS CARGOS:

CARGO Convenção Coletiva Trabalhista - CCT REM. BÁSICA ADICIONAL DE INSALUBRIDADE CARGA HORÁRIA SEMANAL
Coletor de lixo domiciliar – Tipo 3 REGISTRO MTE PR000539/2020 R$ 1.343,80 40% 44 horas
Servente de Limpeza de Áreas Públicas - Tipo 2 REGISTRO MTE PR000539/2020 R$ 1.221,63 20% 40 horas
Servente de Limpeza de Áreas Públicas – Tipo 3 REGISTRO MTE PR000539/2020 R$ 1.343,80 40% 44 horas
Servente de limpeza geral - Tipo 1 REGISTRO MTE PR000539/2020 R$ 1.154,55 40 horas
Auxiliar Multifuncional – Tipo 2 REGISTRO MTE PR000539/2020 R$ 1.346,96 20% 40 horas
Auxiliar de Cozinha - Tipo 1 REGISTRO MTE PR000539/2020 R$ 1.192,05 40 horas

Com isso, é correto afirmar que TODAS AS RUBRICAS FORAM COTADAS DE FORMA ILEGAL, pois o salário base serve de base de cálculo para definição de quase todas as incidências tributárias e trabalhistas, justificando sua desclassificação com base nas disposições editalícias:

7.1.2. No preço proposto deverão estar inclusas todas as despesas com salários, encargos, trabalhistas, seguros, impostos, taxas, contribuições, vale transporte, vale alimentação, despesas administrativas, lucros e demais custos necessários à sua composição, em concordância com a Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2022 – Número de Registro no MTE: PR000539/2020, SENDO DESCLASSIFICADAS as propostas que apresentem em sua composição de preços valores inferiores ao piso de cada cargo estabelecido na CCT PR000539/2020 e conforme item 1.5 - DETALHAMENTO DOS CARGOS do ANEXO I deste edital.

Destaca-se, inicialmente, que os artigos 48, inciso II, e 44, § 3º, da Lei 8.666/93, proíbem expressamente esse tipo de prática, nos seguintes termos:

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. (Original sem grifo).

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
§ 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 remunera. (Original sem grifo).

Nem se alegue que seria o caso de possibilitar a correção da planilha por parte da licitante. Conforme decisão do Tribunal de Contas da União, a não indicação em proposta de preço de item extremamente relevante, como é o caso do EPI, SALÁRIO BASE, INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS, não deve ser considerada mero erro formal, verbis:

A FALTA DE APRESENTAÇÃO PELA LICITANTE DE ITEM RELEVANTE DO CUSTO DO SERVIÇO A SER CONTRATADO, EXIGÊNCIA ESSA CONTIDA EM EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO, NÃO MERECE SER CONSIDERADA FALHA FORMAL PASSÍVEL DE CORREÇÃO E JUSTIFICA A DESCLASSIFICAÇÃO DA RESPECTIVA PROPOSTA. Representação formulada por empresa apontou suposta irregularidade no Pregão Eletrônico 11/2011, promovido pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), que teve por objeto a contratação da prestação continuada de serviços auxiliares operacionais nos grupos de recepção, transporte, reprografia, cargos extintos e informática e serviços técnicos especializados para fiscalização de contratos da entidade. O pregão foi composto por 36 itens e a autora da representante ofertou lance para o item 9 do edital, que consistia na prestação de serviços de apoio administrativo no Distrito Federal. Tal empresa teve sua proposta desclassificada, sob o fundamento de não conter todos os dados necessários para análise, especificamente por ter omitido o custo do funcionário ausente, o que teria violado as cláusulas contidas nos subitens 2.22.4.3.10 e 2.22.4.3.10.1, que impunham a apresentação de planilhas contendo informações analíticas sobre os custos dos serviços a serem prestados. Alegou fundamentalmente que: a) as informações prestadas teriam respeitado o modelo de planilha previsto no edital e que teria apresentado todas as informações requeridas; b) não fora concedida a ela a mesma possibilidade de correção de erros formais na planilha como fez a pregoeira para as demais licitantes, o que teria afrontado o princípio da isonomia. A unidade técnica registrou que a representante não demonstrou ter apresentado proposta que contivesse todos os elementos exigidos pelo edital. Considerou, também, correta a decisão da pregoeira de não admitir a retificação de sua proposta, por entender que a omissão identificada não poderia ser considerada falha formal. O relator, por sua vez, endossou essas conclusões e a respectiva proposta de encaminhamento. O Tribunal, então, decidiu conhecer a representação e, no mérito, considerá-la improcedente. (Acórdão n.º 2.079/2012-Primeira Câmara, TC 000.537/2012-8, rel. Min. Weder de Oliveira, 17.4.2012).

A desclassificação da empresa, nesse contexto, é medida justa e oportuna. É cediço que a Administração Pública deve buscar proposta de preços mais vantajosa, contudo, não é cabível que o diploma seja interpretado de maneira obscura, pessoal e arbitrária.

É necessário que as licitantes concorram em iguais condições e que o julgamento das propostas seja proferido de maneira objetiva, de modo a não permitir a perpetuação de atos ilegais e descabidos. Assim dispõe o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, in verbis:

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.

A jurisprudência é pacífica quanto ao cabimento de 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). (original sem grifo).

Pertinente trazer a lição do eminente jurista ADILSON DE ABREU DALARI:

A Administração Pública não pode meter-se em contratações aventurosas; 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).

Destarte, além da obrigação da vencedora em atender às exigências contidas no edital, conforme determina o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, disciplinado pelo artigo 41, da Lei 8.666/93, há de se atentar ao fato de que a omissão ou minoração de itens obrigatórios, acarreta minoração artificial do seu preço, pois tais rubricas refletem em outras obrigações tributárias e trabalhistas, podendo acarretar sério prejuízo para o erário público, devido à responsabilidade solidária.

Nesse ponto, cabe frisar que o edital estabelece que a licitante deverá consignar o preço global mensal da proposta, devendo observar todas as despesas diretas e indiretas, verbis:

(...).
7.9 Nos valores propostos deverão estar inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais, tributos, fretes e carretos, inclusive ICMS e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente no fornecimento dos bens ou da prestação de serviços, de forma que o objeto do certame não tenha ônus para o Município de Francisco Beltrão.

Dessa forma, tendo em vista o interesse público, cabe à Administração Pública analisar os vícios contidos nas propostas das licitantes, não podendo admitir a contratação de empresas que desrespeitem à legislação e as exigências contidas no edital, cujos termos vinculam a atuação das licitantes e da própria Administração Pública.

Isso porque, apesar de não estarem previstos na planilha de custos da PREVER, itens como EPI e incidências tributárias, deverão ser disponibilizados pela vencedora, sob pena de descumprimento do edital ou da legislação de regência.

Nesse contexto, deixando de incluir custos trabalhistas e tributários, a Recorrida busca induzir este respeitável órgão a erro, pois a proposta vencedora, na verdade, esconde custos e despesas que invariavelmente se concretizarão e, assim, tornarão o contrato deficitário e, portanto, inexequível.

Desta feita, a não apresentação da proposta com base na Lei e na Convenção Coletiva de Trabalho, sendo este somente um exemplo de legalidade a ser vislumbrada pela Administração, além de desrespeitar as exigências expressamente previstas no edital da licitação, igualmente desconsidera uma série de fatores que compõem os custos que envolvem a prestação de serviços, o que não pode ser admitido.

Ato contínuo, se a licitante não preenche requisitos dessa natureza, por óbvio, não poderá assegurar a regular prestação dos serviços e a regular contratação dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços objeto da presente licitação.

Nesse ponto, não se pode olvidar quanto aos riscos da má contratação, já que a Administração responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas (Súmula 331 TST) e solidariamente pelos encargos previdenciários (Art. 71, §2º, da L. 8666/93 c/c Art. 9º L. 10520/02). Logo, não sendo pagos os encargos trabalhistas devidos pela Recorrida, há de se responsabilizar a Administração pela inobservância das determinações legais por parte da empresa contratada.

Manter referida empresa sem desclassifica-la representaria ofensa ao princípio da isonomia e da competividade entre os licitantes (art. 3º da Lei 8.666/93) ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 41 da Lei 8.666/93) e ao julgamento objetivo (art. 44 §1º da Lei 8.666/93).

LOTE 03:

L.H.C SCHNEIDER HIGIENIZAÇÃO E LIMPEZA LIMITADA;

DA DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA

COMPOSIÇÃO DE CUSTOS COM BASE NO SIMPLES NACIONAL

Depreende-se da proposta ofertada pela L.H.C que a sua composição de custos para o Lote 03 foi elaborada de acordo com o regime tributário do Simples Nacional, conforme se comprova pela análise de sua planilha de custos, na qual TODAS AS INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS ESTÃO ABAIXO DO DEFINIDO PELA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, ou simplesmente não foram cotadas, a exemplo das incidências do Sistema S.

Não se desconhece que as empresas optantes pelo regime tributário do Simples Nacional, podem participar de processos licitatórios que envolvam a cessão/locação de mão de obra e que, caso sejam declaradas vencedoras, precisarão solicitar o seu imediato desenquadramento.

No entanto, é pacífico o entendimento de que AS PROPOSTAS ELABORADAS PELAS EMPRESAS OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL, PARA LICITAÇÃO QUE ENVOLVA LOCAÇÃO/CESSÃO DE MÃO DE OBRA, DEVERÃO COMPOR O CUSTO COM BASE NO REGIME DE COMUM, sob pena de afronta ao princípio da isonomia entre os licitantes.

O próprio edital licitatório é bastante claro nesse sentido:

(...)
3.5. Para a formação do custo unitário por posto de trabalho e dos respectivos valores de horas extras e adicional noturno se utilizou planilha de custos e formação de preços nos moldes do anexo VII-D da Instrução Normativa nº 05/2017, considerando para todos os casos deste termo o regime de tributação pelo lucro real, não inviabilizando, porém, a participação de empresas optantes pelo regime de tributação pelo lucro presumido, devendo esta apenas fazer os devidos ajustes de alíquotas a serem demostrados em suas planilhas. Por outro lado não há a possibilidade de participação de empresas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), uma vez que empresas optantes por esse regime estão impedidas de fazer a cessão de mão de obra deste objeto conforme estabelecido na Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, inciso XII, exceto para os cargos de Servente de Limpeza de Áreas Públicas, Auxiliar Geral de Conservação, que configura exceção nos §§ 5ºB a 5ºE do art. 18 desta Lei Complementar. (...).

De acordo com a legislação previdenciária nos termos do regulamento da previdência social no §1º do artigo 219 do Decreto nº.3.048 de 06 de maio de 1999, conceitua-se assim mão de obra:

[...] entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou

nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

Com relação ao conceito de cessão de mão-de-obra no que diz respeito a legislação tributária, vale transcrever definição dada pela Receita Federal, por meio da Instrução Normativa nº 971/2009:

"Art. 115. Cessão de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 19/4." (g.n.)

Além disso, a Lei 8.212/91 deixa bastante claro o conceito, ao definir no Art. 31, §3º, que: "§ 3º. Para os fins desta Lei, ENTENDE-SE COMO CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA A COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO CONTRATANTE, EM SUAS DEPENDÊNCIAS OU NAS DE TERCEIROS, DE SEGURADOS QUE REALIZEM SERVIÇOS CONTÍNUOS, RELACIONADOS OU NÃO COM A ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA, QUAISQUER QUE SEJAM A NATUREZA E A FORMA DE CONTRATAÇÃO. (Original sem grifo).

Destarte, tal hipótese é expressamente vedada aos optantes pelo Simples Nacional, consoante determinação do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:
XII – que realize cessão ou locação de mão-de-obra;
§ 1o As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5o-B a 5o-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo. (g.n.)"

O posicionamento no sentido de que a prestação de serviços terceirizados envolve concessão de mão de obra vem sendo brilhantemente acolhido em inúmeros julgados, a exemplo da sentença proferida pela Sra. Juíza Soraia Tullio, da 4ª Vara Federal de Curitiba, no mandado de segurança nº 2009.70.00.030677-5/PR, interposto pela Agravante, abrangendo OS MESMOS FATOS que ora se aplicam no caso em exame:

"O conceito de cessão de mão-de-obra vem expresso no art. 31, § 2º da Lei nº 8212/91:
Art. 31. (...) § 2º Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação, à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos cujas características impossibilitem a plena identificação dos fatos geradores das contribuições, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros assemelhados especificados no regulamento, independentemente da natureza e da forma de contratação.
Sobre o conceito de cessão de mão-de-obra o Eg. TRF4 no AG 2008.04.00.021643-3, Segunda Turma, Relator Eloy Bernst Justo, D.E. 03/07/2008, decidiu que:
Cessão de mão-de-obra é figura própria do Direito do Trabalho, significando, em termos práticos, a contratação indireta da mão-de-obra por intermédio de empresa interposta. Essa contratação indireta vem crescendo enormemente, rebatizada de "terceirização". É adotada principalmente para serviços periféricos das empresas, não vinculados às suas finalidades institucionais, como limpeza e conservação, segurança, vigilância e outros assemelhados. Em torno desses serviços vicejaram empresas "prestadoras de serviços" que, na verdade, "alugam" trabalhadores para as empresas-clientes.
O que identifica tais contratos é que a exploração da mão-de-obra, captada pela empresa intermediária, é feita direta ou indiretamente pela empresa contratante. Embora possa haver uma certa especialização (limpeza, segurança, etc), o determinante é a mão-de-obra em si, mais que o resultado do trabalho: não se contrata a vigilância, e sim vigilantes; não se contrata a limpeza, e sim faxineiros. São contratos de labor, e não de obra, embora muitas vezes se disfarce a merchandage sob as vestes da empreitada ou de outra figura jurídica. Foi exatamente esse o conceito de cessão de mão-de-obra adotado pelo § 3º do art. 31 da Lei 8.212/91.
O conceito de cessão de mão-de-obra exige a colocação dos trabalhadores à disposição do contratante. Ficar à disposição significa ficar sujeita às ordens, ao controle, à vontade do contratante.
Verifica-se, assim, que há a necessidade de existência de serviço contínuo perpetrado por trabalhador que fica à disposição da tomadora, sob sua fiscalização".

No mesmo diapasão, nos termos do que orienta o Tribunal de Contas da União, o licitante optante pelo regime simples nacional pode participar de processo licitatório cujo objeto envolva outras atividades além de limpeza e vigilância e que haja concessão de mão de obra, todavia, deve o licitante comprovar que em sua proposta de preços NÃO FORAM CONSIDERADOS OS BENEFÍCIOS DA LEI 123/06:

A condição de optante pelo Simples Nacional não constitui óbice à participação de empresa em licitação para a prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização, desde que comprovada a não utilização dos benefícios tributários desse regime diferenciado na proposta de preços (art. 17, inciso XII, da LC 123/2006). (...) b) "consoante jurisprudência desta Corte (Acórdãos 2798/2010, 1627/2011, 2510/2012, 1914/2012 e 341/2012, todos do Plenário), à luz do disposto no art. 17, XI [XII], da Lei Complementar 123/2006, É VEDADA À LICITANTE, OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, A UTILIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS DO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO NA PROPOSTA DE PREÇOS E NA EXECUÇÃO CONTRATUAL (COM RELAÇÃO AO RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS), ESTANDO ELA SUJEITA, EM CASO DE CONTRATAÇÃO, À EXCLUSÃO OBRIGATÓRIA DESSE REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO A CONTAR DO MÊS SEGUINTE AO DA ASSINATURA DO CONTRATO, nos termos do art. 31, inciso II, da referida lei complementar". (TCU - Acórdão 1113/2018 Plenário, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas. (original sem grifo).

Dessa forma, diante do Poder de Vigilância a ser exercido pelo Órgão Licitante sobre a conduta funcional do outro, necessário se faz observar o respectivo controle administrativo que deve ser desempenhado pelos órgãos da administração, tendo em vista que este controle almeja a boa destinação do dinheiro público sendo assim indispensável para que tal objetivo seja atingido e preservando o tratamento igualitário no julgamento das

propostas.

Considerando que a L.H.C terá que se desenquadrar logo após a assinatura do contrato, é correto afirmar que AS INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS SERÃO MUITO SUPERIORES ÀS APRESENTADAS, o que evidencia que o preço praticado pela vencedora é irregular e inexequível, representando risco a lisura e segurança contratual.

Por conseguinte, TENDO EM VISTA QUE A PREVER FOI DECLARADA VENCEDORA DOS LOTES 02 E 06, SE UTILIZANDO INDEVIDAMENTE DOS BENEFÍCIOS DO SIMPLES NACIONAL, é obrigação do órgão licitante fazer com que sejam cumpridas as determinações contidas no art. 17, inc. XII, da LC 123/2006, devendo observá-las no julgamento das propostas, seja por expressa previsão editalícia, ou por aplicação tácita da lei, não podendo jamais convalidar com as ilegalidades apontadas, vez que só lhe é autorizado agir dentro do que está determinado em lei.

NÃO INCLUSÃO DE VALE ALIMENTAÇÃO NAS FÉRIAS

Conforme se depreende da planilha de custos apresentada pela LHC, para o período de férias a empresa deixou de incluir o custo com Vale Alimentação, o que representa OFENSA ÀS DISPOSIÇÕES LEGAIS E CONVENCIONAIS APLICÁVEIS À ESPÉCIE.

A Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2022, SEAC/PR, é bastante clara ao estabelecer a obrigatoriedade de pagamento do Vale Alimentação INCLUSIVE DURANTE AS FÉRIAS, conforme segue:

PARÁGRAFO OITAVO - AO EMPREGADO QUE NÃO COMETER QUALQUER FALTA AO SERVIÇO, JUSTIFICADAS OU NÃO, O EMPREGADOR DEVERÁ FORNECER O VALE ALIMENTAÇÃO NO VALOR DE R$ 414,00, QUANDO DO GOZO DAS FÉRIAS CORRESPONDENTES AO PERÍODO AQUISITIVO INICIADO A PARTIR DE 01.02.19; ao empregado que cometer de 1 a 3 faltas ao serviço, justificadas ou não, o empregador deverá fornecer o vale alimentação no valor de R$ 372,60; ao empregado que cometer de 4 a 5 faltas ao serviço, justificadas ou não, o empregador deverá fornecer o vale alimentação no valor de R$ 331,20; aos empregados com 6 ou mais faltas ao serviço, não farão jus à concessão do vale alimentação durante a fruição das férias. O benefício concedido nas férias não terá natureza salarial a qualquer fim. Já ao empregado regido pelo parágrafo 5º, desde que atendido o requisito de falta ao serviço, fará jus ao vale alimentação durante as férias, respectivamente, nos valores de R$ 227,00, R$ 204,30 e R$ 181,60, nas mesmas condições.

Neste contexto, a Recorrida descumpre obrigação trabalhista, alterando negativamente o preço final de sua proposta, com a obtenção de vantagem indevida em sua classificação, motivo suficiente para sua desclassificação.

A classificação da empresa, assim, seria completamente ilegal, por ofensa aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, isonomia e competitividade entre os licitantes, moralidade e legalidade.

O edital é bastante didático quando da exigência de observância às disposições legais e convencionais aplicáveis à atividade a ser contratada, litteris:

7.1.2. No preço proposto deverão estar inclusas todas as despesas com salários, encargos, TRABALHISTAS, seguros, impostos, taxas, contribuições, vale transporte, VALE ALIMENTAÇÃO, despesas administrativas, lucros e DEMAIS CUSTOS NECESSÁRIOS À SUA COMPOSIÇÃO, EM CONCORDÂNCIA COM A CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO 2020/2022 – NÚMERO DE REGISTRO NO MTE: PR000539/2020, sendo desclassificadas as propostas que apresentem em sua composição de preços valores inferiores ao piso de cada cargo estabelecido na CCT PR000539/2020 e conforme item 1.5 - DETALHAMENTO DOS CARGOS DO ANEXO I DESTE EDITAL. (Original sem grifo).

Assim, tendo em vista que a minoração de custo essencial interfere frontalmente em outras rubricas, e que o Edital veda a alteração sob alegação de erro, omissão ou qualquer outro pretexto, insta que a L.H.C seja desclassificada, reestabelecendo a Justiça no âmbito do Pregão Eletrônico n. 103/2020.

AUSÊNCIA DE COTAÇÃO DOS EPI'S

Conforme se verificar na planilha de composição de custos para o Lote 03, a L.H.C DEIXOU DE INCLUIR EM SEUS CUSTOS OS VALORES RELATIVOS AOS EPI'S, o que configura desrespeito ao edital licitatório e à legislação laboral aplicável à espécie. Diz o edital, litteris:

3.10. Todos os materiais e equipamentos serão fornecidos pela contratante, FICANDO APENAS A CARGO DA CONTRATADA O FORNECIMENTO DE UNIFORMES E EPI'S. Dessa forma torna-se dispensável a consulta de preços em empresas prestadoras de serviço, uma vez que todas estão sujeitas aos mesmos regimes tributários e sobre a abrangência das mesmas convenções coletivas. Com relação a custos relativos à uniforme, seguro de vida utilizou-se valores praticados pela Administração Municipal para provimento desses itens aos seus servidores. (original sem grifo).

Desta feita, sendo de responsabilidade da contratada o fornecimento de Equipamento de Proteção Individual, caberia a ela incluir em seus custos o custo de aquisição ou manutenção de estoque, nos termos do item 7.1.2 do edital, verbis:

7.1.2. No preço proposto deverão estar inclusas todas as despesas com salários, encargos, trabalhistas, seguros, impostos, taxas, contribuições, vale transporte, vale alimentação, despesas administrativas, lucros e demais custos necessários à sua composição, em concordância com a Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2022 – Número de Registro no MTE: PR000539/2020, SENDO DESCLASSIFICADAS as propostas que apresentem em sua composição de preços valores inferiores ao piso de cada cargo estabelecido na CCT PR000539/2020 e conforme item 1.5 - DETALHAMENTO DOS CARGOS do ANEXO I deste edital.

Considerando ainda as demais irregularidades já mencionadas, a desclassificação é medida justa e oportuna, sob pena de incorrer em decisão ilegal, com a consequente judicialização do certame.

Destaca-se, por oportuno que os artigos 48, inciso II, e 44, § 3º, da Lei 8.666/93, proíbem expressamente esse tipo de prática, nos seguintes termos:

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. (Original sem grifo).

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
§ 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 remunera. (Original sem grifo).

Nem se alegue que seria o caso de possibilitar a correção da planilha por parte da licitante. Conforme decisão do Tribunal de Contas da União, a não indicação em proposta de preço de item extremamente relevante, como é o caso do EPI, Vale alimentação e INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS, não deve ser considerada mero erro formal, verbis:

A FALTA DE APRESENTAÇÃO PELA LICITANTE DE ITEM RELEVANTE DO CUSTO DO SERVIÇO A SER CONTRATADO, EXIGÊNCIA ESSA CONTIDA EM EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO, NÃO MERECE SER CONSIDERADA FALHA FORMAL PASSÍVEL DE CORREÇÃO E JUSTIFICA A DESCLASSIFICAÇÃO DA RESPECTIVA PROPOSTA. Representação formulada por empresa apontou suposta irregularidade no Pregão Eletrônico 11/2011, promovido pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), que teve por objeto a contratação da prestação continuada de serviços auxiliares operacionais nos grupos de recepção, transporte, reprografia, cargos extintos e informática e serviços técnicos especializados para fiscalização de contratos da entidade. O pregão foi composto por 36 itens e a autora da representante ofertou lance para o item 9 do edital, que consistia na prestação de serviços de apoio administrativo no Distrito Federal. Tal empresa teve sua proposta desclassificada, sob o fundamento de não conter todos os dados necessários para análise, especificamente por ter omitido o custo do funcionário ausente, o que teria violado as cláusulas contidas nos subitens 2.22.4.3.10 e 2.22.4.3.10.1, que impunham a apresentação de planilhas contendo informações analíticas sobre os custos dos serviços a serem prestados. Alegou fundamentalmente que: a) as informações prestadas teriam respeitado o modelo de planilha previsto no edital e que teria apresentado todas as informações requeridas; b) não fora concedida a ela a mesma possibilidade de correção de erros formais na planilha como fez a pregoeira para as demais licitantes, o que teria afrontado o princípio da isonomia. A unidade técnica registrou que a representante não demonstrou ter apresentado proposta que contivesse todos os elementos exigidos pelo edital. Considerou, também, correta a decisão da pregoeira de não admitir a retificação de sua proposta, por entender que a omissão identificada não poderia ser considerada falha formal. O relator, por sua vez, endossou essas conclusões e a respectiva proposta de encaminhamento. O Tribunal, então, decidiu conhecer a representação e, no mérito, considerá-la improcedente. (Acórdão n.º 2.079/2012-Primeira Câmara, TC 000.537/2012-8, rel. Min. Weder de Oliveira, 17.4.2012).

A desclassificação da empresa, nesse contexto, é medida justa e oportuna. É cediço que a Administração Pública deve buscar proposta de preços mais vantajosa, contudo, não é cabível que o diploma seja interpretado de maneira obscura, pessoal e arbitrária.

É necessário que as licitantes concorram em iguais condições e que o julgamento das propostas seja proferido de maneira objetiva, de modo a não permitir a perpetuação de atos ilegais e descabidos. Assim dispõe o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, in verbis:

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.

A jurisprudência é pacífica quanto ao cabimento de 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). (original sem grifo).

Pertinente trazer a lição do eminente jurista ADILSON DE ABREU DALARI:

A Administração Pública não pode meter-se em contratações aventurosas; 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).

Destarte, além da obrigação da vencedora em atender às exigências contidas no edital, conforme determina o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, disciplinado pelo artigo 41, da Lei 8.666/93, há de se atentar ao fato de que a omissão ou minoração de itens obrigatórios, acarreta minoração artificial do seu preço, pois tais rubricas refletem em outras obrigações tributárias e trabalhistas, podendo acarretar sério prejuízo para o erário público, devido à responsabilidade solidária.

Nesse ponto, cabe frisar que o edital estabelece que a licitante deverá consignar o preço global mensal da proposta, devendo observar todas as despesas diretas e indiretas, verbis:

(...).
7.9 Nos valores propostos deverão estar inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais, tributos, fretes e carretos, inclusive ICMS e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente no fornecimento dos bens ou da prestação de serviços, de forma que o objeto do certame não tenha ônus para o Município de Francisco Beltrão.

Dessa forma, tendo em vista o interesse público, cabe à Administração Pública analisar os vícios contidos nas propostas das licitantes, não podendo admitir a contratação de empresas que desrespeitem à legislação e as exigências contidas no edital, cujos termos vinculam a atuação das licitantes e da própria Administração Pública.

Isso porque, apesar de não estarem previstos na planilha de custos da L.H.C, itens como EPI, VA nas Férias e incidências tributárias não previstas no Simples Nacional, deverão ser disponibilizados pela vencedora, sob pena de descumprimento do edital ou da legislação de regência.

Nesse contexto, deixando de incluir custos trabalhistas e tributários, a Recorrida busca induzir este respeitável órgão a erro, pois, na verdade, esconde custos e despesas que invariavelmente se concretizarão e, assim, tornarão o contrato deficitário e, portanto, inexequível.

Desta feita, a não apresentação da proposta com base na Lei e na Convenção Coletiva de Trabalho, sendo este somente um exemplo de legalidade a ser vislumbrada pela Administração, além de desrespeitar as exigências expressamente previstas no edital da licitação, igualmente desconsidera uma série de fatores que compõem os custos que envolvem a prestação de serviços, o que não pode ser admitido.

Ato contínuo, se a licitante não preenche requisitos dessa natureza, por óbvio, não poderá assegurar a regular prestação dos serviços e a regular contratação dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços objeto da presente licitação.

Nesse ponto, não se pode olvidar quanto aos riscos da má contratação, já que a Administração responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas (Súmula 331 TST) e solidariamente pelos encargos previdenciários (Art. 71, §2º, da L. 8666/93 c/c Art. 9º L. 10520/02). Logo, não sendo pagos os encargos trabalhistas devidos pela Recorrida, há de se responsabilizar a Administração pela inobservância das determinações legais por parte da empresa contratada.

Manter referida empresa sem desclassifica-la representaria ofensa ao princípio da isonomia e da competividade entre os licitantes (art. 3º da Lei 8.666/93) ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 41 da Lei 8.666/93) e ao julgamento objetivo (art. 44 §1º da Lei 8.666/93).

LOTE 04:

NELSON FERRARI EIRELLI

COMPOSIÇÃO DE CUSTOS COM BASE NO SIMPLES NACIONAL

Depreende-se da proposta ofertada pela NELSON FERRARI que a sua composição de custos para o Lote 04 foi elaborada de acordo com o regime tributário do Simples Nacional, conforme se comprova pela análise de sua planilha de custos, na qual TODAS AS INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS ESTÃO ABAIXO DO DEFINIDO PELA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, ou simplesmente não foram cotadas, a exemplo das incidências do Sistema S.

Não se desconhece que as empresas optantes pelo regime tributário do Simples Nacional, podem participar de processos licitatórios que envolvam a cessão/locação de mão de obra e que, caso sejam declaradas vencedoras, precisarão solicitar o seu imediato desenquadramento.

No entanto, é pacífico o entendimento de que AS PROPOSTAS ELABORADAS PELAS EMPRESAS OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL, PARA LICITAÇÃO QUE ENVOLVA LOCAÇÃO/CESSÃO DE MÃO DE OBRA, DEVERÃO COMPOR O CUSTO COM BASE NO REGIME DE COMUM, sob pena de afronta ao princípio da isonomia entre os licitantes.

O próprio edital licitatório é bastante claro nesse sentido:

(...)
3.5. Para a formação do custo unitário por posto de trabalho e dos respectivos valores de horas extras e adicional noturno se utilizou planilha de custos e formação de preços nos moldes do anexo VII-D da Instrução Normativa nº 05/2017, considerando para todos os casos deste termo o regime de tributação pelo lucro real, não inviabilizando,

porém, a participação de empresas optantes pelo regime de tributação pelo lucro presumido, devendo esta apenas fazer os devidos ajustes de alíquotas a serem demostrados em suas planilhas. Por outro lado não há a possibilidade de participação de empresas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), uma vez que empresas optantes por esse regime estão impedidas de fazer a cessão de mão de obra deste objeto conforme estabelecido na Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, inciso XII, exceto para os cargos de Servente de Limpeza de Áreas Públicas, Auxiliar Geral de Conservação, que configura exceção nos §§ 5ºB a 5ºE do art. 18 desta Lei Complementar. (...).

De acordo com a legislação previdenciaria nos termos do regulamento da previdência social no §1º do artigo 219 do Decreto nº.3.048 de 06 de maio de 1999, conceitua-se assim mão de obra:

[...] entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

Com relação ao conceito de cessão de mão-de-obra no que diz respeito a legislação tributária, vale transcrever definição dada pela Receita Federal, por meio da Instrução Normativa nº 971/2009:

"Art. 115. Cessão de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 1974." (g.n.)

Além disso, a Lei 8.212/91 deixa bastante claro o conceito, ao definir no Art. 31, §3º, que: "§ 3º. Para os fins desta Lei, ENTENDE-SE COMO CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA A COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO CONTRATANTE, EM SUAS DEPENDÊNCIAS OU NAS DE TERCEIROS, DE SEGURADOS QUE REALIZEM SERVIÇOS CONTÍNUOS, RELACIONADOS OU NÃO COM A ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA, QUAISQUER QUE SEJAM A NATUREZA E A FORMA DE CONTRATAÇÃO. (Original sem grifo).

Destarte, tal hipotese é expressamente vedada aos optantes pelo Simples Nacional, consoante determinação do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:
XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;
§ 1o As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5o-B a 5o-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo. (g.n.)"

O posicionamento no sentido de que a prestação de serviços terceirizados envolve concessão de mão de obra vem sendo brilhantemente acolhido em inúmeros julgados, a exemplo da sentença proferida pela Sra. Juíza Soraia Tullio, da 4ª Vara Federal de Curitiba, no mandado de segurança nº 2009.70.00.030677-5/PR, interposto pela Agravante, abrangendo OS MESMOS FATOS que ora se aplicam no caso em exame:

"O conceito de cessão de mão-de-obra vem expresso no art. 31, § 2º da Lei nº 8212/91:
Art. 31. (...) § 2º Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação, à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos cujas características impossibilitem a plena identificação dos fatos geradores das contribuições, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros assemelhados especificados no regulamento, independentemente da natureza e da forma de contratação.
Sobre o conceito de cessão de mão-de-obra o Eg. TRF4 no AG 2008.04.00.021643-3, Segunda Turma, Relator Eloy Bernst Justo, D.E. 03/07/2008, decidiu que:
Cessão de mão-de-obra é figura própria do Direito do Trabalho, significando, em termos práticos, a contratação indireta da mão-de-obra por intermédio de empresa interposta. Essa contratação indireta vem crescendo enormemente, rebatizada de "terceirização". É adotada principalmente para serviços periféricos das empresas, não vinculados às suas finalidades institucionais, como limpeza e conservação, segurança, vigilância e outros assemelhados. Em torno desses serviços vicejaram empresas "prestadoras de serviços" que, na verdade, "alugam" trabalhadores para as empresas-clientes.
O que identifica tais contratos é que a exploração da mão-de-obra, captada pela empresa intermediária, é feita direta ou indiretamente pela empresa contratante. Embora possa haver uma certa especialização (limpeza, segurança, etc), o determinante é a mão-de-obra em si, mais que o resultado do trabalho: não se contrata a vigilância, e sim vigilantes; não se contrata a limpeza, e sim faxineiros. São contratos de labor, e não de obra, embora muitas vezes se disfarce a merchandage sob as vestes da empreitada ou de outra figura jurídica. Foi exatamente esse o conceito de cessão de mão-de-obra adotado pelo § 3º do art. 31 da Lei 8.212/91.
O conceito de cessão de mão-de-obra exige a colocação dos trabalhadores à disposição do contratante. Ficar à disposição significa ficar sujeita às ordens, ao controle, à vontade do contratante.
Verifica-se, assim, que há a necessidade de existência de serviço continuo perpetrado por trabalhador que fica à disposição da tomadora, sob sua fiscalização".

No mesmo diapasão, nos termos do que orienta o Tribunal de Contas da União, o licitante optante pelo regime simples nacional pode participar de processo licitatório cujo objeto envolva outras atividades além de limpeza e vigilância e que haja concessão de mão de obra, todavia, deve o licitante comprovar que em sua proposta de preços NÃO FORAM CONSIDERADOS OS BENEFICIOS DA LEI 123/06:

A condição de optante pelo Simples Nacional não constitui óbice à participação de empresa em licitação para a prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização, desde que comprovada a não utilização dos benefícios tributários desse regime diferenciado na proposta de preços (art. 17, inciso XII, da LC 123/2006). (...)

b) "consoante jurisprudência desta Corte (Acórdãos 2798/2010, 1627/2011, 2510/2012, 1914/2012 e 341/2012, todos do Plenário), à luz do disposto no art. 17, XI [XII], da Lei Complementar 123/2006, É VEDADA À LICITANTE, OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, A UTILIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS DO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO NA PROPOSTA DE PREÇOS E NA EXECUÇÃO CONTRATUAL (COM RELAÇÃO AO RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS), ESTANDO ELA SUJEITA, EM CASO DE CONTRATAÇÃO, À EXCLUSÃO OBRIGATÓRIA DESSE REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO A CONTAR DO MÊS SEGUINTE AO DA ASSINATURA DO CONTRATO, nos termos do art. 31, inciso II, da referida lei complementar". (TCU - Acórdão 1113/2018 Plenário, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas. (Original sem grifo).

Dessa forma, diante do Poder de Vigilância a ser exercido pelo Órgão Licitante sobre a conduta funcional do outro, necessário se faz observar o respectivo controle administrativo que deve ser desempenhado pelos órgãos da administração, tendo em vista que este controle almeja a boa destinação do dinheiro público sendo assim indispensável para que tal objetivo seja atingido e preservando o tratamento igualitário no julgamento das propostas.

Considerando que a NELSON FERRARI terá que se desenquadrar logo após a assinatura do contrato, é correto afirmar que AS INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS SERÃO MUITO SUPERIORES ÀS APRESENTADAS, o que evidencia que o preço praticado pela vencedora é irregular e inexequível, representando risco a lisura e segurança contratual.

Por conseguinte, TENDO EM VISTA QUE A NELSON FERRARI FOI VENCEDORA DO LOTE 04, UTILIZANDO UTILIZANDO-SE INDEVIDAMENTE DOS BENEFÍCIOS DO SIMPLES NACIONAL, é obrigação do órgão licitante fazer com que sejam cumpridas as determinações contidas no art. 17, inc. XII, da LC 123/2006, devendo observá-las no julgamento das propostas, seja por expressa previsão editalícia, ou por aplicação tácita da lei, não podendo jamais convalidar com as ilegalidades apontadas, vez que só lhe é autorizado agir dentro do que está determinado em lei.

AUSÊNCIA DE COTAÇÃO DOS EPI'S

Conforme se verificar na planilha de composição de custos, A NELSON FERRARI DEIXOU DE INCLUIR EM SEUS CUSTOS OS VALORES RELATIVOS AOS EPI'S, o que configura desrespeito ao edital licitatório e à legislação laboral aplicável à espécie. Diz o edital, litteris:

3.10. Todos os materiais e equipamentos serão fornecidos pela contratante, FICANDO APENAS A CARGO DA CONTRATADA O FORNECIMENTO DE UNIFORMES E EPI'S. Dessa forma torna-se dispensável a consulta de preços em empresas prestadoras de serviço, uma vez que todas estão sujeitas aos mesmos regimes tributários e sobre a abrangência das mesmas convenções coletivas. Com relação a custos relativos à uniforme, seguro de vida utilizou-se valores praticados pela Administração Municipal para provimento desses itens aos seus servidores. (original sem grifo).

Desta feita, sendo de responsabilidade da contratada o fornecimento de Equipamento de Proteção Individual, caberia a ela incluir em seus custos o custo de aquisição ou manutenção de estoque, nos termos do item 7.1.2 do edital, verbis:

7.1.2. No preço proposto deverão estar inclusas todas as despesas com salários, encargos, trabalhistas, seguros, impostos, taxas, contribuições, vale transporte, vale alimentação, despesas administrativas, lucros e demais custos necessários à sua composição, em concordância com a Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2022 – Número de Registro no MTE: PR000539/2020, SENDO DESCLASSIFICADAS as propostas que apresentem em sua composição de preços valores inferiores ao piso de cada cargo estabelecido na CCT PR000539/2020 e conforme item 1.5 - DETALHAMENTO DOS CARGOS do ANEXO I deste edital.

Considerando ainda as demais irregularidades já mencionadas, a desclassificação é medida justa e oportuna, sob pena de incorrer em decisão ilegal, com a consequente judicialização do certame.

NÃO INCLUSÃO DE VALE ALIMENTAÇÃO NAS FÉRIAS

Conforme se depreende da planilha de custos apresentada pela NELSON FERRARI, DURANTE O PERÍODO DE FÉRIAS a empresa deixou de incluir o custo com Vale Alimentação, o que representa ofensa às disposições legais e convencionais aplicáveis à espécie.

A Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2022, SEAC/PR, é bastante clara ao estabelecer a obrigatoriedade de pagamento do Vale Alimentação INCLUSIVE DURANTE AS FÉRIAS, conforme segue:

PARÁGRAFO OITAVO - AO EMPREGADO QUE NÃO COMETER QUALQUER FALTA AO SERVIÇO, JUSTIFICADAS OU NÃO, O EMPREGADOR DEVERÁ FORNECER O VALE ALIMENTAÇÃO NO VALOR DE R$ 414,00, QUANDO DO GOZO DAS FÉRIAS CORRESPONDENTES AO PERÍODO AQUISITIVO INICIADO A PARTIR DE 01.02.19; ao empregado que cometer de 1 a 3 faltas ao serviço, justificadas ou não, o empregador deverá fornecer o vale alimentação no valor de R$ 372,60; ao empregado que cometer de 4 a 5 faltas ao serviço, justificadas ou não, o empregador deverá fornecer o vale alimentação no valor de R$ 331,20; aos empregados com 6 ou mais faltas ao serviço, não farão jus à concessão do vale alimentação durante a fruição das férias. O benefício concedido nas férias não terá natureza salarial a qualquer fim. Já ao empregado regido pelo parágrafo 5º, desde que atendido o requisito de falta ao serviço, fará jus ao vale alimentação durante as férias, respectivamente, nos valores de R$ 227,00, R$ 204,30 e R$ 181,60, nas mesmas condições.

Neste contexto, a Recorrida descumpre obrigação trabalhista, alterando negativamente o preço final de sua proposta, com a obtenção de vantagem indevida em sua classificação, motivo suficiente para sua desclassificação.

A classificação da empresa, assim, seria completamente ilegal, por ofensa aos princípios da VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, ISONOMIA E COMPETITIVIDADE ENTRE OS LICITANTES, MORALIDADE E LEGALIDADE.

O edital é bastante didático quando da exigência de observância às disposições legais e convencionais aplicáveis à

atividade a ser contratada, litteris:

7.1.2. No preço proposto deverão estar inclusas todas as despesas com salários, encargos, TRABALHISTAS, seguros, impostos, taxas, contribuições, vale transporte, VALE ALIMENTAÇÃO, despesas administrativas, lucros e DEMAIS CUSTOS NECESSÁRIOS À SUA COMPOSIÇÃO, EM CONCORDÂNCIA COM A CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO 2020/2022 – NÚMERO DE REGISTRO NO MTE: PR000539/2020, sendo desclassificadas as propostas que apresentem em sua composição de preços valores inferiores ao piso de cada cargo estabelecido na CCT PR000539/2020 e conforme item 1.5 - DETALHAMENTO DOS CARGOS DO ANEXO I DESTE EDITAL. (Original sem grifo).

Assim, tendo em vista que a minoração de custo essencial interfere frontalmente em outras rubricas, e que o Edital veda a alteração sob alegação de erro, omissão ou qualquer outro pretexto, insta que a empresa seja desclassificada, reestabelecendo a Justiça no âmbito do Pregão Eletrônico n. 103/2020.

Considerando ainda as demais irregularidades já mencionadas (tributação pelo Simples, ausência de VA no período de férias e ausência de cotação de EPI's), a desclassificação é medida justa e oportuna, sob pena de incorrer em decisão ilegal, com a consequente judicialização do certame.

Destaca-se, por oportuno que os artigos 48, inciso II, e 44, § 3º, da Lei 8.666/93, proíbem expressamente esse tipo de prática, nos seguintes termos:

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. (Original sem grifo).

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
§ 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 remunera. (Original sem grifo).

Nem se alegue que seria o caso de possibilitar a correção da planilha por parte da licitante. Conforme decisão do Tribunal de Contas da União, a não indicação em proposta de preço de item extremamente relevante, como é o caso do EPI, Vale alimentação e INCIDÊNCIAS TRIBUTARIAS, não deve ser considerada mero erro formal, verbis:

A FALTA DE APRESENTAÇÃO PELA LICITANTE DE ITEM RELEVANTE DO CUSTO DO SERVIÇO A SER CONTRATADO, EXIGÊNCIA ESSA CONTIDA EM EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO, NÃO MERECE SER CONSIDERADA FALHA FORMAL PASSÍVEL DE CORREÇÃO E JUSTIFICA A DESCLASSIFICAÇÃO DA RESPECTIVA PROPOSTA. Representação formulada por empresa apontou suposta irregularidade no Pregão Eletrônico 11/2011, promovido pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), que teve por objeto a contratação da prestação continuada de serviços auxiliares operacionais nos grupos de recepção, transporte, reprografia, cargos extintos e informática e serviços técnicos especializados para fiscalização de contratos da entidade. O pregão foi composto por 36 itens e a autora da representante ofertou lance para o item 9 do edital, que consistia na prestação de serviços de apoio administrativo no Distrito Federal. Tal empresa teve sua proposta desclassificada, sob o fundamento de não conter todos os dados necessários para análise, especificamente por ter omitido o custo do funcionário ausente, o que teria violado as cláusulas contidas nos subitens 2.22.4.3.10 e 2.22.4.3.10.1, que impunham a apresentação de planilhas contendo informações analíticas sobre os custos dos serviços a serem prestados. Alegou fundamentalmente que: a) as informações prestadas teriam respeitado o modelo de planilha previsto no edital e que teria apresentado todas as informações requeridas; b) não fora concedida a ela a mesma possibilidade de correção de erros formais na planilha como fez a pregoeira para as demais licitantes, o que teria afrontado o princípio da isonomia. A unidade técnica registrou que a representante não demonstrou ter apresentado proposta que contivesse todos os elementos exigidos pelo edital. Considerou, também, correta a decisão da pregoeira de não admitir a retificação de sua proposta, por entender que a omissão identificada não poderia ser considerada falha formal. O relator, por sua vez, endossou essas conclusões e a respectiva proposta de encaminhamento. O Tribunal, então, decidiu conhecer a representação e, no mérito, considerá-la improcedente. (Acórdão n.º 2.079/2012-Primeira Câmara, TC 000.537/2012-8, rel. Min. Weder de Oliveira, 17.4.2012).

A desclassificação da empresa, nesse contexto, é medida justa e oportuna. É cediço que a Administração Pública deve buscar proposta de preços mais vantajosa, contudo, não é cabível que o diploma seja interpretado de maneira obscura, pessoal e arbitrária.

É necessário que as licitantes concorram em iguais condições e que o julgamento das propostas seja proferido de maneira objetiva, de modo a não permitir a perpetuação de atos ilegais e descabidos. Assim dispõe o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, in verbis:

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.

A jurisprudência é pacífica quanto ao cabimento de 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). (Original sem grifo).

Pertinente trazer a lição do eminente jurista ADILSON DE ABREU DALARI:

A Administração Pública não pode meter-se em contratações aventurosas; 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).

Destarte, além da obrigação da vencedora em atender às exigências contidas no edital, conforme determina o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, disciplinado pelo artigo 41, da Lei 8.666/93, há de se atentar ao fato de que a omissão ou minoração de itens obrigatórios, acarreta minoração artificial do seu preço, pois tais rubricas refletem em outras obrigações tributárias e trabalhistas, podendo acarretar sério prejuízo para o erário público, devido à responsabilidade solidária.

Nesse ponto, cabe frisar que o edital estabelece que a licitante deverá consignar o preço global mensal da proposta, devendo observar todas as despesas diretas e indiretas, verbis:

(...).
7.9 Nos valores propostos deverão estar inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais, tributos, fretes e carretos, inclusive ICMS e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente no fornecimento dos bens ou da prestação de serviços, de forma que o objeto do certame não tenha ônus para o Município de Francisco Beltrão.

Dessa forma, tendo em vista o interesse público, cabe à Administração Pública analisar os vícios contidos nas propostas das licitantes, não podendo admitir a contratação de empresas que desrespeitem à legislação e as exigências contidas no edital, cujos termos vinculam a atuação das licitantes e da própria Administração Pública.

Isso porque, apesar de não estarem previstos na planilha de custos da Nelson Ferrari, itens como EPI, VA nas Férias e incidências tributárias não previstas no Simples Nacional, deverão ser disponibilizados pela vencedora, sob pena de descumprimento do edital ou da legislação de regência.

Nesse contexto, deixando de induir custos trabalhistas e tributários, a Recorrida busca induzir este respeitável órgão a erro, pois, na verdade, esconde custos e despesas que invariavelmente se concretizarão e, assim, tornarão o contrato deficitário e, portanto, inexequível.

Desta feita, a não apresentação da proposta com base na Lei e na Convenção Coletiva de Trabalho, sendo este somente um exemplo de legalidade a ser vislumbrada pela Administração, além de desrespeitar as exigências expressamente previstas no edital da licitação, igualmente desconsidera uma série de fatores que compõem os custos que envolvem a prestação de serviços, o que não pode ser admitido.

Ato contínuo, se a licitante não preenche requisitos dessa natureza, por óbvio, não poderá assegurar a regular prestação dos serviços e a regular contratação dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços objeto da presente licitação.

Nesse ponto, não se pode olvidar quanto aos riscos da má contratação, já que a Administração responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas (Súmula 331 TST) e solidariamente pelos encargos previdenciários (Art. 71, §2º, da L. 8666/93 c/c Art. 9º L. 10520/02). Logo, não sendo pagos os encargos trabalhistas devidos pela Recorrida, há de se responsabilizar a Administração pela inobservância das determinações legais por parte da empresa contratada.

Manter referida empresa sem desclassifica-la representaria ofensa ao princípio da isonomia e da competividade entre os licitantes (art. 3º da Lei 8.666/93) ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 41 da Lei 8.666/93) e ao julgamento objetivo (art. 44 §1º da Lei 8.666/93).

V – DOS PEDIDOS

DIANTE DO EXPOSTO, para que não se consolide uma decisão equivocada no âmbito do presente Pregão Eletrônico, REQUER o recebimento e o provimento do presente recurso administrativo, deferindo-se integralmente os pedidos para declarar a desclassificação das seguintes empresas:

000867

a) DIRETIVA PATRIMONIAL LTDA, referente ao LOTE 01;

b) PREVER SISTEMAS DE MONITORAMENTO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA, referente ao LOTE 02 e 06;

c) L.H.C SCHNEIDER HIGIENIZAÇÃO E LIMPEZA LIMITADA, referente ao LOTE 03;

d) NELSON FERRARI EIRELLI, referente ao LOTE 04, forte nos argumentos fáticos e jurídicos ventilados acima;

À derradeira, caso seja julgado improcedente, o que não se espera, requer seja o presente recurso administrativo encaminhado para a instância superior, para juízo final em sede de recurso hierárquico.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Joinville/SC, 14 de setembro de 2020.

Gilson Antonio de Souza
OAB/SC 29.193

Fechar

CONTRARRAZÃO

DIRETIVA PATRIMONIAL LTDA

-

ORBENK ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRARRAZÃO :

À Pregoeira Oficial
SRA. NADIA APARECIDA DALL AGNOL
Prefeitura do Município de Francisco Beltrão – Estado do Paraná
Pregão Eletrônico 103/2020
Ref.: CONTRARRAZÕES aos Recursos Administrativos apresentados pelas pessoas jurídicas Associação Vilas Boas e Orbenk Administração e Serviços Ltda.

Ilustre Pregoeira,

A empresa DIRETIVA PATRIMONIAL LTDA, já qualificada no processo licitatório acima identificado, por seu representante legal, vem por meio deste ofício apresentar CONTRARRAZÕES aos Recursos Administrativos apresentados pelas pessoas jurídicas acima identificadas.

O edital tem como objeto a contratação de serviços terceirizados, e a Recorrida foi vencedora do lote 01 (Coletor de lixo domiciliar TIPO 3).

* Recurso da Associação Vilas Boas
A entidade sem fins lucrativos Associação Vilas Boas apresentou a menor proposta para o item 1 do edital, contudo, a Pregoeira a desclassificou com fundamento no Art. 12, Parágrafo Único da Instrução Normativa 05/2017, do Ministério do Planejamento.

Inconformada, a entidade apresentou recurso pedindo sua classificação, alegando que a Instrução Normativa 05/2017 é norma de orientação (sem força de lei) e que devem ser observados em conjunto os artigos 10, 11 e 12 da mesma instrução.

EQUIVOCA-SE a Recorrente. Primeiro porque pretende que lhe sejam aplicadas normas afetas exclusivamente às Cooperativas (Arts. 10 e 11 da Instrução Normativa 05/2017), segundo porque tenta desqualificar o disposto no parágrafo único do Art. 12 da mesma Instrução.

Quanto aos Arts. 10 e 11 da Instrução Normativa 05/2017, como se tratam de normas aplicáveis somente para o caso de Cooperativas, não merecem maiores considerações. A Associação Vilas Boas não é caracterizada juridicamente como cooperativa, mas sim como entidade sem fins lucrativos.

Com relação ao Parágrafo Único do Art. 12 da Instrução Normativa 05/2017 (abaixo transcrito), deve obrigatoriamente ser seguido por todos que contratem com verbas públicas, pois traduz imposição legal advinda da Constituição Federal e da Lei 8.666/93.

"Art. 12. Quando da contratação de instituição sem fins lucrativos, o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da instituição.
Parágrafo único. Considerando-se que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa." (sem grifos no original)

O intuito dessa norma é claro: impedir que os benefícios concedidos às entidades sem fins lucrativos sejam um diferencial no ato da contratação. E que diferencial! Pois as entidades sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários, o que não está al alcance das demais pessoas jurídicas.

Se fosse permitido às entidades sem fins lucrativos competir com as empresas privadas, estas teriam que encerrar suas atividades, pois ficariam sem possibilidades financeiras para competir.

Como mencionado acima, o Parágrafo Único do Art. 12 da Instrução Normativa 05/2017 traduz normativa prevista na Constituição Federal e na Lei 8.666/93: a Constituição Federal dispõe em seu Art. 37, XXI, o princípio da isonomia, que assegura a todos os concorrentes igualdade de condições, e o Art. 3º da Lei de Licitações também traz essa ideia:

"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." (sem grifos no original)

Inegavelmente, a Associação Vilas Boas tem vantagens que não podem ser aplicadas às demais concorrentes empresas privadas, cabendo à administração pública conceder a todos os concorrentes as mesmas oportunidades.

A Recorrente informou em seu recurso que já participou de outras licitações e se sagrou vencedora, mantendo com outros órgãos públicos contratos de gestão. Convém esclarecer que os contratos de gestão são formalizados com entidades sem fins lucrativos classificadas como Organizações Sociais, não tendo nenhum paralelo com a contratação que se pretende com a licitação Pregão Eletrônico 103/2020, promovida pela Prefeitura de Francisco Beltrão e que tem por objeto não um contrato de gestão, mas sim, contrato de prestação de serviços.

Em sendo assim, a Pregoeira agiu correta e legalmente quando da desclassificação da Associação, devendo esta

decisão ser mantida integralmente.

☐ Recurso da empresa Orbenk Administração e Serviços Ltda
A Recorrente alega que a empresa Diretiva Patrimonial teria descumprido o edital quando do preenchimento da planilha de custos, especificamente quanto ao vale-alimentação durante o período de férias e à previsão dos custos para cobertura dos tributos, que teriam sido apresentados em percentuais menores que o previsto na legislação.

Alega a Recorrente Orbenk que a Recorrida descumpre as legislações trabalhista e tributária, "minorando o preço de forma artificial", o que teria causado desequilíbrio na concorrência com as demais empresas participantes. Afirma também que eventual correção de planilha não seria possível nesse caso, pois o vale-alimentação e as alíquotas dos tributos seriam itens relevantes.

Como se verá em seguida, os fundamentos da Recorrente são improcedentes.

A Pregoeira, ao analisar a planilha de composição de preços exigida no edital, logrou total acerto, não merecendo qualquer crítica ou reparo.

A planilha preenchida e entregue pela Recorrida segue com exatidão as exigências do edital, sem deixar de apresentar nenhum valor exigido, nem desconsiderar nenhuma legislação aplicável.

A Administração Pública, ao analisar a planilha de custos, deve verificar se ela contempla os direitos dos trabalhadores, se há exequibilidade ou não da proposta e se está de acordo com os parâmetros exigidos do edital.

"A existência de erros materiais ou omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratante realizar diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto". (Acórdão 2.546/2015 – Plenário TCU).

E a Ilustre Pregoeira exerceu essa obrigação/prerrogativa, fazendo a correta análise dos documentos e solicitando os esclarecimentos que considerou devidos, inclusive questionando a Recorrida a respeito da inclusão dos valores relativos às horas extras com adicionais de 50% e 100%. A Recorrente reconheceu o equívoco no preenchimento da planilha e procedeu tempestivamente à correção necessária.

A Pregoeira, com acerto, julgou que tal equívoco não trouxe prejuízo à planilha e ao valor final ofertado pela Recorrida.

Com relação à previsão do vale-alimentação do período de férias e aos impostos, a Pregoeira analisou a planilha da Recorrida e não constatou nenhuma falha nesses tópicos, pois de fato essas alegadas falhas não existiram.

Especificamente quanto ao vale-alimentação durante o período de férias, a própria planilha modelo da Prefeitura Municipal de Francisco Beltrão indicou a previsão de 12 meses para cotação dos custos, o que abrange o período de férias. Sendo assim, o vale-alimentação do período de férias já está previsto na planilha.

Então não há que se falar em falta de previsão do vale-alimentação das férias na planilha de custos apresentada pela Recorrida. Também merece menção a previsão na planilha dos custos dos empregados substitutos.

Ainda que a Pregoeira considere que tenha havido equívoco no preenchimento da planilha (sem impacto no valor da proposta), nos itens apontados pela Recorrente, a Recorrida não merece a desclassificação, pois a correção de erros em planilha é perfeitamente aceitável e deve ser permitida pela Administração, consoante posicionamento do Tribunal de Contas de União, que entende possível à empresa licitante corrigir a planilha apresentada durante o processo licitatório, desde que não resulte em aumento de preço do valor total. Vejamos:

"Erro no preenchimento da planilha de formação de preço do licitante não constitui motivo suficiente para desclassificação da proposta, quando a planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado." (Acórdão 1811/2014 - Plenário)

No mesmo sentido, cita-se parcialmente o Acórdão 637/2017 TCU – Plenário:

"A inexequibilidade de itens isolados da planilha de custos não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta (art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1993), pois o juízo sobre a inexequibilidade, em regra, tem como parâmetro o valor global da proposta". (Acórdão 637/2017 – Plenário. Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz).

A própria Lei de Licitações possibilita a realização de diligências em seu Art. 43, §3º: "É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que devena constar originariamente da proposta."

Com relação à equivocada afirmação da Recorrente de que a Recorrida teria deixado de prever na planilha o percentual para a cobertura dos impostos, tal fato não corresponde com a verdade, pois os percentuais aplicados refletem a legislação específica aplicável.

Vejamos o quadro resumo abaixo. Ele reflete o custo total do empregado que, multiplicado por 3%, resulta em R$ 102,46, conforme consta na planilha.

QUADRO DE RESUMO DO CUSTO POR EMPREGADO
Mão de obra vinculada à execução contratual (Valor por empregado) Valor (R$)
A Módulo 1 - Composição da Remuneração R$ 1.761,80
B Módulo 2 - Encargos e Benefícios Anuais, Mensais e Diários R$ 1.417,13
C Módulo 3 - Provisão para Rescisão R$ 56,01

D Módulo 4 - Custo de Reposição do Profissional Ausente R$ 172,84
E Módulo 5 - Insumo Diversos R$ 12,50
Subtotal (A+B+C+D) R$ 3.415,28

A Recorrente se equivocou quando considerou como custo total do empregado o valor de R$ 3.773,62, quando o correto é R$ 3.415,28, conforme tabela acima.

Além do que, deve a empresa participante arcar com todos os encargos fiscais decorrentes de lei, independentemente de previsão em planilha de custos. As empresas interessadas em participar de licitações devem considerar os custos com os impostos em sua margem de lucro ou na sua taxa de administração, e arcar com todas as obrigações tributárias que lhes são impostas, nem que para isso seja comprometido seu lucro.

A Recorrida jamais deixou de pagar os tributos devidos e nunca comprometeu os serviços que executou e ainda executa, sendo financeiramente capaz de realizar os trabalhos previstos no edital de licitação.

A Recorrente Orbenk afirma que as (alegadas e falsas) incorreções na planilha da Recorrida causaram desequilíbrio na licitação e prejudicaram os demais concorrentes. Essas alegações são derrubadas pela observação dos valores propostos por outros licitantes, bem como pelo fato de que o alegado desequilíbrio não foi comprovado pela Recorrente.

Na análise da planilha e dos documentos de habilitação, o Pregoeiro (e sua equipe de apoio) levou em consideração os ditames do edital, as normas legais e os preceitos aplicáveis ao processo de licitação, sem prejuízo da competitividade no certame.

Convém lembrar os preceitos que devem ser aplicados nos processos licitatórios, dentre eles os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

"MS 5647 / DF
MANDADO DE SEGURANÇA
Relator Ministro DEMÓCRITO REINALDO
Órgão Julgador PRIMEIRA SEÇÃO
Data da Publicação/Fonte DJ 17.02.1999 p. 102
CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. EXIGÊNCIA DESCABIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. DEFERIMENTO. A vinculação do instrumento convocatório, no procedimento licitatório, em face da lei de regência, não vai ao extremo de se exigir providências anódinas e que em nada influenciam na demonstração de que o licitante preenche os requisitos (técnicos e financeiros) para participar da concorrência." (sem grifos no original)

Complementando:

MS 5869/DF, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, Primeira Seção do STJ, publicado no DJ em 07.10.2002, p. 163: "1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta."

O fato é que, ao contrário do que expôs a Recorrente Orbenk em suas razões recursais, a habilitação e classificação da empresa Diretiva Patrimonial foi legal, legítima e acertada, tendo comprovado que o preço dos serviços é perfeitamente compatível com o que será prestado, com margem de lucro aceitável e com a previsão de todos os encargos trabalhistas e fiscais previstos na legislação, e que tem capacidade técnica (demonstrada pelos atestados) e financeira para a prestação dos serviços a serem contratados.

* Pedidos

Requer-se o recebimento dessas contrarrazões por tempestiva, e pede-se:

- A manutenção da desclassificação da entidade sem fins lucrativos Associação Vilas Boas, ante os fundamentos apresentados no início deste documento;

- A manutenção da classificação e habilitação da empresa DIRETIVA PATRIMONIAL LTDA, que atendeu inteiramente as exigências do edital; e

- A total improcedência das razões e dos pedidos recursais apresentados pelas empresas Recorridas.

Por derradeiro, requer-se a oportunidade de apresentação de esclarecimentos/documentos, para a completa instrução do processo licitatório e, se o Pregoeiro considerar pertinente, a Recorrida está à disposição para outros esclarecimentos.

Pede e espera deferimento,

Curitiba, 17 de setembro de 2020.

Lidemar Antonio Ribeiro dos Santos
DIRETIVA PATRIMONIAL LTDA
Representante Legal

CONTRARRAZÃO

PREVER SISTEMAS DE MONITORAMENTO E TERCEIRIZACAO DE SERVIÇOS

-

ORBENK ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRARRAZÃO :

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE FRANCISCO BELTRÃO – ESTADO DO PARANÁ

Ref: Pregão Eletrônico nº 103/2020

PREVER SISTEMAS DE MONITORAMENTOS E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS, inscrita no CNPJ sob o nº 05.976.921/0001-08 Rua: Guilherme da Mota Correia, 4131- Jd Shangrila, Londrina-PR,representada por sua proprietária a Srª Mérien Stefani King, inscrita na Ordem dos advogados sob o nº 72.592 vem respeitosamente, perante este digníssimo Pregoeiro, nos termos do art. 109, I da Lei 8.666/93 e item 13.3 do Edital que regula o certame, tempestivamente, interpor sua:

Contrarrazões

ilustríssima Pregoeira Nádia Aparecida Dall Agnol, ao inconsistente recurso apresentado pela empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA perante essa distinta administração que de forma absolutamente brilhante classificou a recorrida.

DOS FATOS:

A RECORRIDA é uma empresa séria e, como tal, preparou sua proposta totalmente de acordo com o edital, apresentando seu melhor preço, que foi prontamente aceito por essa Administração.
O referido Pregão Eletrônico teve como objeto:
Contratação de empresa especializada em fornecimento/cessão de mão de obra de Coletor de Lixo, Servente de Limpeza de Áreas Públicas, servente de limpeza geral, Auxiliar de Cozinha e Auxiliar Multifuncional, para atendimento das demandas das Secretarias Municipais.

Após iniciada a fase de lances, ao seu término, foi constatado que logrou-se vencedora do certame a recorrida no lote 2 e 6 .
Entretanto, a RECORRENTE, com o claro intuito de tumultuar e prejudicar o andamento do certame apresentou um recurso absurdo, ensejando um julgamento demasiadamente formalista e desconsiderador dos princípios basilares que regem os procedimentos licitatórios.

PRELIMINARMENTE

ILEGITIMIDADE ATIVA – NULIDADE DAS RAZÕES

As pessoas jurídicas participantes dos certames licitatórios se farão representar nas diversas fases do procedimento por meio de seus representantes, que poderão ser os próprios representantes legais da empresa, instituídos por força do ato constitutivo, ou terceiros, que não detêm vínculo societário com a empresa.
A procuração deverá estar acompanhada, necessariamente, do ato constitutivo da pessoa jurídica, a fim de que seja comprovado que a pessoa física outorgante tem poderes para agir em nome da pessoa jurídica. Veja-se que o representante do licitante tem o dever de provar que realmente tem poderes para agir em seu nome na sessão, os quais sejam devidamente outorgados por quem é competente, em consonância com a disciplina constante do art. 118 do Código Civil:
Art. 118 O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem.

Porquanto, nas situações em que a representação se fizer por instrumento de mandato (procuração), este deverá vir acompanhado do contrato social, por certo com a última alteração, a fim de assegurar que o mandante (aquele que outorgou a procuração) detém poderes para tanto.
Em verdade, qualquer que seja a situação, a prática de atos em nome da empresa licitante no curso do procedimento licitatório requer a prévia e indispensável comprovação dos poderes de representação, mediante a apresentação do ato constitutivo capaz de conferir poderes societários dessa espécie ou do instrumento de procuração, nesse caso, acompanhado do ato constitutivo da empresa."
Observou-se que as razões recursais foi assinada pelo Drº Gilson Antonio de Souza SEM QUALQUER PROCURAÇÃO ANEXADA e igualmente em seu preambulo inexiste o nome do representante legal da empresa que supostamente teria conferido poderes ao Dr Gilson (sem procuração!!) , ou seja, razões recursais sem qualquer nome de representante legal ou procuração.

Em consulta ao quadro societário da recorrente o Dr Gilson não é sócio, portanto não detêm poderes para lhe representar no processo licitatório e muito menos interpor recursos, pois sem a outorga de poderes a ele conferido suas razoes são nulas de pleno direito.
Deve haver, igualmente, observância às normas legais, a exemplo do Código Civil Brasileiro, o qual, ao fazer previsão acerca do instituto do MANDATO, assim estabelece:

"Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.
Art. 654. Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.

§1ºO instrumento particular deve conter a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos.
§2ºO terceiro com quem o mandatário tratar poderá exigir que a procuração traga a firma reconhecida.
(...)
Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar. Parágrafo único. A ratificação há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá a data do ato.

(...)."

A lei do certame constitui norma geral e por todos deve ser observada; porém, não afasta a necessidade de atendimento das demais normas legais, cabendo, sempre, por parte do administrador, o cuidado de, além da vinculação ao instrumento convocatório, ser realizada interpretação sistemática das regras incidentes à espécie.

A falta da procuração trás certa temeridade ao procedimento licitatório, visto que apenas o representante legal ou seu procurador com poderes específicos para o certame poderiam interpor recurso.
A medida que se impõe é a nulidade do ato na integralidade das razões apresentadas pela recorrente por ilegitimidade de representação.

Caso não seja este o entendimento a recorrida pugna pela acolhimento das contrarrazões.

DO DIREITO
INCOMPETÊNCIA DA MATÉRIA LOGOMARCA
Alega a recorrente que a recorrida utilizou sua logomarca indevidamente o que são meras falácias e sem provas, ademais a via administrativa não é o meio adequado para esta discussão caso exista, bem como não é competência da i. pregoeira qualquer tipo de decisão referente a utilização ou não de logomarca.
Seja julgado improcedente tal argumento por incompetência absoluta.

COMPOSIÇÃO DE CUSTOS COM BASE NO SIMPLES NACIONAL

Vejamos o que dispõem o edital item 1.7 (descrição dos cargos):

Lote 2: "2. SERVENTE DE LIMPEZA DE ÁREAS PÚBLICAS - (Tipo 2) * Preservam as vias públicas, varrendo calçadas, sarjetas e calçadões, acondicionando o lixo para que seja coletado e encaminhado para o aterro sanitário. Conservam as áreas públicas lavando-as, pintando guias, postes, viadutos, muretas e etc. Zelam pela segurança das pessoas sinalizando e isolando áreas de risco e de trabalho. Trabalham com segurança, utilizando equipamento de proteção individual e promovendo a segurança individual e da equipe."

Lote 6: " 5. AUXILIAR MULTIFUNCIONAL - (Tipo 2)** Executam serviços de manutenção elétrica, mecânica, hidráulica, carpintaria e alvenaria, substituindo, trocando, limpando, reparando e instalando peças, componentes e equipamentos, em predios públicos e veículos, procedem à lavagem e pulverização dos veículos que compõem a frota municipal, executam a limpeza interna dos veículos, de forma a torná-los aptos ao transporte de pessoas. Executam serviços de limpeza de parques, jardins, praças e canteiros centrais, fazendo a remoção de arbustos, folhas, galhos, procedem a poda de arvores, corte de grama e pinturas. Trabalham seguindo normas de segurança, higiene, qualidade e proteção ao meio ambiente.

Denota-se que as atividades exercidas por ambos os cargos enquadram-se nas atividades de LIMPEZA E CONSERVAÇÃO.
A lei Complementar 123/06 é bem clara quando diz em seu Inciso XII do Artigo 17 quanto a proibição de empresas prestadoras de Serviços Continuos de Cessão ou Locação de Mão-de-obra , vejamos o que diz:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte
I – [...]
XII – que realize cessão ou locação de mão-de-obra (grifo nosso)

Por outro lado as Atividades de Vigilância Patrimonial, Limpeza e Conservação que também é uma prestação de Serviços Contínuos de Cessão ou Locação de Mão-de-obra, ficarão de fora desta proibição, ou seja, podem ser optantes do Simples Nacional, conforme diz o parágrafo 1º desse mesmo artigo, vejamos:

§ 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5º-B a 5º-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo.

O parágrafo 5º C, Inciso VI do Artigo 18, diz textualmente a que estas atividades podem sim ser optantes do Simples nacional, vejamos
5º-C. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis:

I – [...]
VI – serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

As atividades exercidas pelos funcionários a serem contratados se encaixam perfeitamente em uma das exceções previstas na legislação conforme já observado acima.
Portanto a recorrida poderá sim permanecer coo optante do Simples Nacional, sendo que os argumentos da

recorrente não merece prosperar.

AUSÊNCIA DE COTAÇÃO DOS EPI'S
Ilustre pregoeira novamente em uma atitude desesperada por parte da recorrente em tentar tumultuar o certame, pois consta nas duas planilhas a previsão dos EPI's, sendo que na planilha do lote 2 especificamente constando no modulo 5 item B , por erro de digitação o valor do item. B deveria constar no item A, porem erros formais materiais não desclassificam a empresa e são sanáveis e na planilha do lote 6 consta especificamente no modulo 5 item A, portanto novamente falácias levantadas sem qualquer provas.

SALÁRIO BASE DO LOTE 06 – ABAIXO DO EXIGIDO PELO EDITAL
Neste ponto houve um erro material quando da confecção da planilha sobre o salario do lote 6, porem de fácil correção e a planilha readequada fecha sem que haja majoração da mesma conforme anexo para melhor elucidação.
Bem como aponta-se, também, julgado convergente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:
DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. ERRO MATERIAL NA PROPOSTA. IRRELEVÂNCIA. O ERRO MATERIAL CONSTANTE DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO, FACILMENTE CONSTATÁVEL, NÃO É ÓBICE À CLASSIFICAÇÃO DA MESMA.
(TJDFT 5043398 DF, Relator: ANGELO PASSARELI, Data de Julgamento: 18/11/1999, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 09/02/2000 Pág. : 17)
Os princípios proporcionalidade, da razoabilidade e da supremacia do interesse público não pode ser afastado, no presente caso, sob a alegação de que malferiria o princípio da isonomia entre licitantes. Isso porque não se está falando em oportunizar apresentação de proposta de preços nova, por uma licitante, negando-se esse benefício à outra, mas apenas de correção de erros materiais, que não impactam no valor global da proposta.
Ademais, diante de aparente conflito, não haveria que se mitigar o atendimento do melhor interesse da Administração, que, com a ampliação da competitividade, obteria proposta mais vantajosa.
Como regra, o Tribunal de Contas da União compreende possível permitir que a empresa ofertante da melhor proposta possa corrigir a planilha apresentada durante o certame. No entanto, essa possibilidade não pode resultar em aumento do valor total já registrado que serviu de parâmetro comparativo entre os participantes.

Erro no preenchimento da planilha de formação de preço do licitante não constitui motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado. (Acórdão 1.811/2014 – Plenario).
Recentemente, ao analisar hipótese semelhante, o TCU indicou ser dever da Administração a promoção de diligências para o saneamento de eventuais falhas na proposta e reafirmou a impossibilidade de o licitante majorar o valor inicialmente proposto:
A existência de erros materiais ou omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratante realizar diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto. (Acórdão 2.546/2015 - Plenário).

TC 013.754/2015-7
Natureza: Representação
Órgão: Fundação Nacional de Saúde
Representação legal: Luiz Carlos Marques de Aguiar (041.058.398-70), representando Stefanini Consultoria e Assessoria em Informática S/A (peça 13), com substabelecimento para Luciano Leonardo Tenorio Leoi (603.201.411-87) (peça 5)

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. FALHAS EM DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. PEDIDO DE CAUTELAR. OITIVA PRÉVIA. CONFIRMAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS. ADOÇÃO DE CAUTELAR. OITIVAS. DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA. NÃO OPORTUNIZAÇÃO AO LICITANTE DE AJUSTE DA PROPOSTA PARA ERROS MATERIAIS IRRELEVANTES E SANÁVEIS. ASSINATURA DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO ATO ILEGAL.
Conforme o Acórdão 834/2015-Plenário, a jurisprudência do TCU, no tocante ao art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, assim como o disposto nos arts. 24 e 29-A, caput e § 2º, da Instrução Normativa-SLTI/MPOG 2/2008,alterada pela normativa Nº03/2009 se firmou no sentido de estabelecer a possibilidade de aproveitamento das propostas com erros materiais sanáveis e irrelevantes em suas respectivas planilhas de custo e de formação de preços, que não prejudiquem o teor das ofertas, em homenagem ao princípio da razoabilidade e quando isso não se mostre danoso aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública.
Nas lições, sempre atuais, do Mestre Hely Lopes Meirelles:
"A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial e lesiva à Administração ou aos outros licitantes, pois um simples lapso de redação, ou uma falha inócua na interpretação do edital, não deve propiciar a rejeição sumária da oferta. Aplica-se, aqui, a regra universal do utile per inutile non vitiatur, que o Direito francês resumiu no pas de nullité sans grief. Melhor que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal e inconsentâneo com o caráter competitivo da licitação" (cf. Licitação e Contrato Administrativo, 11ª ed., Malheiros, 1997, p. 124).
Vício sanado não há que se falar em desclassificação da recorrida.
Por fim, considerando-se que a Administração deve trabalhar no escopo de obter sempre o maior número de propostas possíveis, na busca da proposta mais vantajosa. Sobretudo no caso do Pregão, no qual já se sabe que a proposta em questão detém uma oferta mais vantajosa, não pode a Administração fechar os olhos às vantagens pecuniárias e decidir onerar desnecessariamente os cofres públicos por meros dissabores das empresas perdedoras.

O REQUERIMENTO

Em que preze o zelo e o empenho desta digníssima Pregoeira e sua Equipe de Apoio, em guardar o caráter isonômico do procedimento, respeitando os Princípios da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade Administrativa, e da Supremacia do Poder Público, entendemos, com toda vênia, que a decisão do Pregão Eletrônico nº 103/2020 precisa ser mantido e julgar improcedente o recurso interporto pela recorrente, conforme exaustivamente demonstrado nestas contrarrazões.
E, diante de todo o exposto requer a V. Sas. o conhecimento da presente peça de contrarrazões, para julgá-la totalmente procedente, dando, assim, continuidade ao procedimento, seguindo à adjudicação do contrato à

empresa, respeitando o princípio da economicidade.
Não sendo este o entendimento de V. Sa., requer sejam os autos remetidos à autoridade superior competente, para que, após análise dos mesmos, defira o presente pedido, dando seguimento ao processo licitatório.

Nestes termos,
Pede deferimento.
Londrina, 17 de setembro de 2020.

Mérien Stefani King
OAB/PR 72.592

Fechar