

➤ Pregão Eletrônico

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL

PREGÃO ELETRÔNICO No 15/2020
Processo: 48500.003317/2020-45

ENGEMIL - ENGENHARIA, EMPREENDIMENTOS, MANUTENÇÃO E INSTALAÇÕES LTDA, devidamente qualificada nos autos do certame licitatório em epígrafe, vem, por intermédio de seu representante amparada no art. 26º, do Decreto 5.450/05, artigo 109, inciso I, da Lei nº. 8.666/93, bem como no com fulcro no inciso XVIII do artigo 4º da lei 10.520/2002 e Decreto 3.555/2000, TEMPESTIVAMENTE, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

em face do julgamento proferido que CLASSIFICOU EM PRIMEIRO LUGAR A PROPOSTA DA LICITANTE RCS TECNOLOGIA LTDA., requerendo, EM ATENÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA, a intervenção desta respeitável autoridade, para que proceda a análise comedida e cuidadosa de fatos altamente relevantes a serem demonstrados por esta empresa, a fim de que o presente certame possa ser revalidado, por esta digníssima autoridade, sem comprometimento da justiça.
EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A recorrente e a Recorrida participam de licitação promovida pelo presente órgão com vistas a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de Prestação de SERVIÇOS DE CONTÍNUOS DE OPERAÇÃO, DE MANUTENÇÃO PREDIAL PREVENTIVA, CORRETIVA E PREDITIVA, COM FORNECIMENTO DE PEÇAS, MATERIAIS DE CONSUMO E INSUMOS E MÃO DE OBRA, BEM COMO PARA A REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS EVENTUAIS DIVERSOS.

Após a sessão pública de lances, a recorrida ficou em primeiro lugar, sendo classificada na disputa, muito embora tenha cometido graves falhas que macularam sua proposta de preços e sua capacidade financeira para atender ao objeto da disputa – razão pela qual merece ser desclassificada.

Vale ressaltar que a questão a ser abordada no presente recurso não se esgota meramente no tema de “descumprimento ou não de princípios constitucionais”. A proposta classificada na disputa não contém a menor possibilidade de ser mantida no futuro contrato eis que ultrapassa o limite da exequibilidade, contém solução que vai de encontro ao jogo de planilha, além de a empresa não ter demonstrado patrimônio suficiente para garantir a futura contratação.

Ou seja, mesmo que a proposta da empresa RCS possa se mostrar mais vantajosa neste momento, há um conjunto de circunstâncias a serem sopesadas, pois a alternativa dada pela empresa pode se mostrar extremamente comprometedoras à ANEEL ao longo do período contratual, sendo dever deste órgão a garantia da busca da proposta que se mostre mais vantajosa, AO LONGO DO CONTRATO, e não apenas na sessão de lances. Sob esse enfoque, oportuno destacar que o TCU em várias oportunidades já deixou assente a responsabilidade dos condutores do certame para com a licitação, esclarecendo que: Os membros das Comissões de Licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão. Acórdão 739/2007 Primeira Câmara (Sumário)

Ainda sobre o posicionamento firme do Tribunal de Contas, acerca da classificação de propostas inseguras:

Sumário

Acórdão 1.533/2006 – Plenário

2. Na busca da proposta mais vantajosa para a Administração não se pode relegar a um segundo plano os princípios básicos do procedimento licitatório e da Administração Pública, não se podendo cogitar sobreposição de princípios licitatórios.
3. A conduta dos agentes públicos deve atentar para o disposto na regra legal e nas condições do ato convocatório, devendo todos os licitantes receber tratamento idêntico.
4. A escolha da proposta mais vantajosa deve ser apurada segundo os critérios objetivos definidos no edital e não com base na escolha dos julgadores em considerar válida a proposta pela própria vantagem que ela traria para a Administração.

Em reforço, é possível citar várias outras deliberações do TCU acerca de classificação de propostas que na realidade representam afronta aos princípios constitucionais e legais aplicáveis às licitações públicas. Nessa linha, a Decisão 193/2002 e os Acórdãos 871/2006, 729/2008, 1.899/2008 e 550/2011, todos do Plenário, tal como:

“8. O procedimento licitatório idealizado pela Constituição Federal, por meio do art. 37, e pela Lei 8.666/93 visa não só à escolha da proposta mais vantajosa à Administração. Visa, também, à realização do Princípio da Igualdade, verdadeiro pilar do Estado de Direito. A persecução desse princípio impõe à Comissão de Licitação o dever de sempre agir com o intuito de evitar procedimentos que tenham o condão de criar situações de vantagem de um dos contendores em relação aos demais. 9. (...)”

A busca do menor preço não pode existir, e não existe, a qualquer custo. Seu limite é o Princípio da Igualdade, o qual autoriza a Comissão a sempre agir no sentido de coibir favorecimentos, ainda que eles surjam de forma não-intencional.

Reputo, também, incabível alegar que a Comissão deveria ter-se escorado no § 3º do art. 43 para corrigir a falha

perpetrada pela representante. (...) 14. Tal dispositivo não pode ser interpretado como uma via aberta à correção de erros grosseiros, como o do presente caso. Fosse assim, estaria a Comissão de Licitação despidendo-se de sua imparcialidade, requisito essencial à validade do certame, e tutelando interesses de terceiros." [voto da Decisão 193/2002-TCU-Plenário]

Ressalte-se, por fim, que, em julgados da Corte, a classificação de propostas aparentemente mais vantajosas por vezes, tem levado à imposição de penalidade aos membros da CPL e a gestores que não se comprometem a averiguar a real viabilidade das propostas(v.g. Acórdãos 1.291/2007-Plenário e 1.060/2009-Plenário)." [voto do Acórdão 550/2011-TCU-Plenário]

Assim, refuta-se incabível que uma proposta recheada de falhas, possa ser validade em uma licitação, apenas porque se apresenta inicialmente como o menor valor dos lances. A leitura conjunta da Lei 10.520/2002, do Decreto 5.450/2005 e da lei 8.666/93 não permite tal procedimento.

Sob esse enfoque, é que se inicia a análise objetiva dos vícios apresentados na proposta da empresa RCS senão vejamos:

DA APRESENTAÇÃO DE PROPOSTA CONTENDO JOGO DE PLANILHA, COM ITENS MANIFESTAMENTE INEXEQUÍVEIS EM VERDADEIRA IMPOSSIBILIDADE DE SE ASSUMIR O CONTRATO A MÉDIO E LONGO PRAZO

A empresa RCS se utilizou do conhecido "Jogo de Planilha" para conseguir vencer a disputa, pois ela cotou preços altos para os itens mais demandados, como o item 01 (mão de obra permanente), na qual, inflou o percentual de lucro para 20,57%, enquanto este percentual estimado pela administração da Aneel com base no acórdão TCU 2.622/2013-Plenário é de apenas 8,96%, conforme página 261 do Edital.

Para alcançar tal resultado, ela concedeu um desconto de 65,01% sobre o preço estimado para o item 03 (Locação de Equipamentos) e item 05 (Peças e materiais não básicos) alcançando preços baixos para os itens menos utilizados, de modo que ela obtenha o menor valor global da licitação. Esses descontos são manifestamente inexequíveis, pois estes itens possuem valor inferior a 70% (setenta por cento) da média aritmética dos valores dos lances finais. O preço dela ainda ficou abaixo 34,35% e 39,38% dos 70% da média dos lances finais para os Itens 03 e 05, respectivamente.

O prejuízo causado à Administração ocorre durante a execução do contrato, já que será pago à contratada valores exorbitantes pelos itens mais utilizados, de forma que o custo da contratação, a despeito de a proposta na licitação ter alcançado o menor valor global, restará superfaturado e ela terá extrema dificuldade para atender os itens com maiores descontos.

E neste caso em especial, a inviabilidade da oferta se torna ainda mais grave, já que, em licitações dessa envergadura a eficiência encontra-se umbilicalmente ligada ao custo operacional de uma empresa, sendo importante ressaltar o quanto for necessário que a ANEEL não pode corroborar com aceitação de uma proposta presumidamente inexequível, sob pena da contratação se transformar em amarga desvantagem para este Ente.

No mínimo, é papel indeclinável da ANEEL a realização de diligência para que os itens inferiores a 70% (setenta por cento) da média aritmética dos valores dos lances finais SEJAM COMPROVADOS PELA EMPRESA. Afinal, não estamos a falar de três ou quatro itens apenas. São inúmeros itens cotados abaixo do mínimo legal admitido, sendo que pelo menos 10% deles deveriam ser exigida comprovação para efetiva demonstração da exequibilidade. Repare-se que para o item divisórias a empresa alegou que o preço proposto se deu por possuir fábrica própria de divisórias. E este pregoeiro simplesmente aceitou a alegação, sem qualquer prova apresentada. E não se pode concordar que a mera alegação de que o preço é exequível permita a autoridade concluir que ele, de fato, é. É PRECISO PROVAS CONTUNDENTES de que um preço é viável e não apenas a mera alegação disto.

É PRECISO QUE SEJA FEITA COMPROVAÇÃO DE PELO MENOS 10% DOS PREÇOS INFERIORES A 70% DO PERMITIDO, pois sem isso, todo o procedimento será colocado em xeque, inclusive com possível responsabilidade dos gestores envolvidos, por se omitir no papel de averiguar, antes de julgar.

Nesse sentido, adverte o Professor CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO que a proposta apresentada deve ser razoavelmente exequível, ou seja, a "feita não só com o intuito, mas também com a possibilidade de ser mantida e cumprida". Na expressão de HELY LOPES MEIRELLES "a inexequibilidade manifesta da proposta também conduz à desclassificação" e acrescenta:

"A inexequibilidade manifesta da proposta, evidenciada comumente nos preços excessivamente baixos, nos prazos impraticáveis de entrega, na inviabilidade técnica da oferta e nas condições irrealizáveis de execução diante da realidade do mercado, da situação efetiva do proponente e de outros fatores, preexistentes, mas até então desconhecidos, ou supervenientes, verificados pela Administração, equipara-se à desconformidade com o edital. Assim, desde que o órgão julgador a demonstre, a inexequibilidade legitima a desclassificação, porque a Administração não deseja o 'impossível', mas o exequível, nas condições mais vantajosas para o serviço público."

Nesse mesmo sentido Carlos Ari Sunfeld adverte: "A seriedade da proposta depende da efetiva viabilidade de ser honrada." (in Licitação e Contrato Administrativo, Carlos Ari Sunfeld, Editora Malheiros, pag. 146).

O que não se pode esquecer é que a inviabilidade de propostas é assunto que merece atenção especial em tema de licitação, tanto que, desde o ano de 2008 o Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão fez constar rigorosos dispositivos para análise de averiguação de viabilidade das propostas, quando da elaboração de nova norma para o sistema de licitação e contratação pública de serviços, os quais vinculam toda a Administração, verbis: INSTRUÇÃO NORMATIVA No 02, de 30 de abril de 2008.

Art. 1º Disciplinar a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG.

DO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

Art. 28. As propostas apresentadas deverão ser analisadas e julgadas de acordo com o disposto nas normas legais vigentes, e ainda em consonância com o estabelecido no instrumento convocatório, conforme previsto nos artigos 43, 44, 45, 46 e 48 da Lei nº 8.666, de 1993, e na Lei nº 10.520, de 2002.

Art. 29. Serão desclassificadas as propostas que:

I - contenham vícios ou ilegalidades;

II - não apresentem as especificações técnicas exigidas pelo Projeto Básico ou Termo de Referência;

III - apresentarem preços finais superiores ao valor máximo mensal estabelecido pelo órgão ou entidade contratante no instrumento convocatório;

IV - apresentarem preços que sejam manifestamente inexequíveis; e

V - não vierem a comprovar sua exequibilidade, em especial em relação ao preço e a produtividade apresentada.

§ 1º Consideram-se preços manifestamente inexequíveis aqueles que, comprovadamente, forem insuficientes para a cobertura dos custos decorrentes da contratação pretendida.

§ 2º A inexequibilidade dos valores referentes a itens isolados da planilha de custos, desde que não contrariem instrumentos legais, não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta.

§ 3º Se houver indícios de inexequibilidade da proposta de preço, ou em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, poderá ser efetuada diligência, na forma do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, para efeito de comprovação de sua exequibilidade, podendo adotar, dentre outros, os seguintes procedimentos:

I - questionamentos junto à proponente para a apresentação de justificativas e comprovações em relação aos custos com indícios de inexequibilidade;

II - verificação de acordos coletivos, convenções coletivas ou sentenças normativas em dissídios coletivos de trabalho;

III - levantamento de informações junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, e junto ao Ministério da Previdência Social;

IV - consultas a entidades ou conselhos de classe, sindicatos ou similares;

V - pesquisas em órgãos públicos ou empresas privadas;

VI - verificação de outros contratos que o proponente mantenha com a Administração ou com a iniciativa privada;

VII - pesquisa de preço com fornecedores dos insumos utilizados, tais como: atacadistas, lojas de suprimentos, supermercados e fabricantes;

VIII - verificação de notas fiscais dos produtos adquiridos pelo proponente;

IX - levantamento de indicadores salariais ou trabalhistas publicados por órgãos de pesquisa;

X - estudos setoriais;

XI - consultas às Secretarias de Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal;

XII - análise de soluções técnicas escolhidas e/ou condições excepcionalmente favoráveis que o proponente disponha para a prestação dos serviços; e

XIII - demais verificações que porventura se fizerem necessárias.

No âmbito da legislação pátria, a matéria também ganhou atenção especial do legislador. O inc. X do art. 40, o inc. IV do art. 43, § 3º do art. 44 e o inc. II do art. 48, todos da Lei nº 8.666/93, estabelecem os critérios para apurar a proposta inexequível. Em linhas gerais, o § 3º do art. 44 fixa como parâmetro de avaliação a incompatibilidade dos preços inexequíveis com os custos dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos. O inc. IV do art. 43, também da Lei nº 8.666/93, demanda verificar a conformidade das propostas com os preços correntes no mercado ou fixados por órgãos oficiais competentes.

O inc. II do art. 48 da Lei de Licitações, com redação dada pela Lei nº 8.883/94, define como sendo propostas inexequíveis aquelas que consignem preços que "não venham a ter demonstrada a 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 contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação".

A Lei nº 9.648/98, sem alterar a definição legal de "inexequibilidade", introduziu regras destinadas a fixar um "padrão de exequibilidade", que consiste na determinação de um patamar mínimo, obtido através de uma equação matemática, que leva em consideração o valor orçado pela Administração e as demais propostas apresentadas no próprio certame. Veja o que dispõe o § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93:

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou

b) valor orçado pela administração.

Voltando ao âmbito administrativo, no ano de 2009, em evolução o Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão instituiu nova Redação à norma regulamentadora a partir da Publicação da INSTRUÇÃO NORMATIVA No 03, DE 15 OUTUBRO DE 2009:

"Art. 29-A A análise da exequibilidade de preços nos serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra do prestador deverá ser realizada com o auxílio da planilha de custos e formação de preços, a ser preenchida pelo licitante em relação à sua proposta final de preço.

.....

"Art. 29-B Se existirem indícios de inexequibilidade da proposta de preço, ou em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, o licitante deverá ser convocado para comprovar a exequibilidade da sua proposta, sob pena de desclassificação.

§ 1º A Administração poderá ainda efetuar diligências, na forma do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, para efeito de comprovação da exequibilidade da proposta do licitante, podendo adotar, dentre outros, os seguintes procedimentos:

I - questionamentos junto à proponente para a apresentação de justificativas e comprovações em relação aos custos com indícios de inexequibilidade;

II - verificação de acordos coletivos, convenções coletivas ou sentenças normativas em dissídios coletivos de trabalho;

III - levantamento de informações junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, e junto ao Ministério da Previdência Social;

IV - consultas a entidades ou conselhos de classe, sindicatos ou similares;

V - pesquisas em órgãos públicos ou empresas privadas;

VI - verificação de outros contratos que o proponente mantenha com a Administração ou com a iniciativa privada;

VII - pesquisa de preço com fornecedores dos insumos utilizados, tais como: atacadistas, lojas de suprimentos, supermercados e fabricantes;

VIII - verificação de notas fiscais dos produtos adquiridos pelo proponente;

IX - levantamento de indicadores salariais ou trabalhistas publicados por órgãos de pesquisa;

X - estudos setoriais;

XI - consultas às Secretarias de Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal;

XII - análise de soluções técnicas escolhidas e/ou condições excepcionalmente favoráveis que o proponente disponha para a prestação dos serviços; e

XIII - demais verificações que porventura se fizerem necessárias.

§ 2º Qualquer interessado poderá requerer que se realizem diligências para aferir a exequibilidade e a legalidade das propostas, devendo apresentar as provas ou os indícios que fundamentam a suspeita, cabendo à Administração avaliar a pertinência das alegações.

§ 3º Quando o licitante apresentar preço final inferior a 30% da média dos preços ofertados para o mesmo item, e a inexequibilidade da proposta não for flagrante e evidente pela análise da planilha de custos, não sendo possível a sua imediata desclassificação, será obrigatória a realização de diligências para aferir a legalidade e exequibilidade da proposta, exceto se houver justificativa razoável."

Diante dessa disciplina legal, nas licitações de obras e serviços de engenharia do tipo menor preço e de outros objetos licitados por esta modalidade também (conforme entendimento já consolidado no Tribunal de Contas da União), cumprirá à comissão aplicar o disposto no § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 combinado com o disposto no Art. 29 e seus parágrafos da IN 02 MPOG, para fins de constatação da inexequibilidade dos preços cotados.

Desta forma, tem-se por absolutamente certo que: toda e qualquer proposta que esteja inserida em uma das situações acima explanadas deve ter sua classificação afastada de plano, a menos que haja demonstração cabal que a proposta presumidamente inexequível é capaz de ser honrada.

Ressalte-se que a questão fundamental aqui não reside no fato de a empresa RCS resolver incorrer em prejuízo, pois lucratividade empresarial é uma decisão privada. No entanto, por mais ínfimo que seja seu preço – o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou.

Mais ainda, é lançar-se em empreitada econômica duvidosa, assumindo riscos, que derivarão prejuízos para a própria ANEEL, transmitindo para o órgão uma função similar à de curatela do contratante. E pior, nos itens inflados, estará a ANEEL pagando valores exorbitantes pois serão mais utilizados, de forma que o custo da contratação, restará superfaturado e ela terá responsabilidade solidária com este resultado.

Toda a realidade aqui apresentada deve ser sopesado com a máxima cautela, pois o insucesso do particular implicará não apenas na má prestação dos serviços (ou até mesmo sua inexecução), mas acima de tudo no responsabilidade solidária do órgão para com o contrato superfaturado e o insucesso do contrato.

Afinal, o próprio TCU já ressaltou que A CARACTERIZAÇÃO DO JOGO DE PLANILHAS INDEPENDE DA DEMONSTRAÇÃO DE DOLO DAS PARTES ENVOLVIDAS. Sendo assim, "a intenção de conferir vantagem indevida por parte dos agentes administrativos e dos prepostos da pessoa jurídica contratada não constitui elemento necessário para a caracterização do chamado 'jogo de planilha'". Nesse sentido, invocou o entendimento esposado no Acórdão nº 1.757/2008 do Plenário, concluindo que "tendo em vista que a empresa contratada concorreu para o cometimento do dano apurado, reputou o relator adequado fixar sua responsabilidade solidária à dos agentes públicos também responsabilizados, nos termos do art. 16, § 2º, alínea "b", da Lei nº 8.443/92, o que foi acolhido pelo Tribunal. (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 1.721/2016 – Plenário)

Tal circunstancia deve ser analisada com muito cuidado por este julgador, pois os julgamentos e a homologação de um procedimento licitatório não são atos meramente formais, em que a autoridade competente apõe sua assinatura e toma ciência do resultado do certame. Tratam-se, na verdade, de atos por meio dos quais a autoridade administrativa exerce o controle sobre a legalidade do procedimento. Assim, caso haja alguma irregularidade no transcorrer da licitação, cumpre à autoridade competente rejeitar a homologação, sob pena de o agente ser solidariamente responsável.

DOS INDÍCIOS DE PRÁTICA DE PREÇO INEXEQUÍVEL

Como dito e repetido, para conseguir a menor oferta do pregão, a empresa RCS concedeu um desconto de 65,01% sobre o preço estimado para o item 03 (Locação de Equipamentos) e item 05 (Peças e materiais não básicos) alcançando preços baixos para os itens menos utilizados, de modo que ela obtenha o menor valor global da licitação. Esses descontos são manifestamente inexequíveis, pois estes itens possuem valor inferior a 70% (setenta por cento) da média aritmética dos valores dos lances finais em um arcfabouço bem significativo dos itens a serem demandados.

UM SIMPLES EXEMPLO DA PLANILHA CONFIRMA O QUE SE ALEGA. Veja-se que por intermédio de explicações de preço a empresa RCS justificou que o item divisórias estaria com 65% de desconto, pois a empresa afirmou que possui fábrica própria de divisórias.

Não obstante, sabemos como bem conhecedores do ramo, que a divisória exigida pela ANEEL é em MDF especial – pois esta mesma divisória está sendo fornecida pela empresa Engemil em nossa obra de Reforma Interna na Aneel. Tal divisória é normatizada conforme NBR 15191, que necessariamente tem que atender a isolamento acústica mínima de 41dB (conforme especificação da ANEEL). Ocorre que, esta empresa conhece a grande maioria dos fabricantes desta divisória e sabemos que apenas 3 ou 4 fabricantes no Brasil atendem a este quesito, onde a divisória a ser fornecida teria que ter a certificação ABNT conforme o documento em anexo, bem como laudo de Isolamento. (para melhor ilustrar essa realidade, segue em anexo o Laudo de ensaio acústico e Certificado como Modelo, do fabricante que a empresa engemil atualmente fornece)

Sendo assim, sabemos que a empresa RCS não está entre as fabricantes que possuem tal item, conforme exigência necessitada: divisória em MDF especial, conforme NBR 15191, dotada de certificação ABNT e laudo de Isolamento que comprove a isolamento acústica mínima de 41dB.

Até mesmo porque como fabricante de divisória ela teria que ter apresentado um laudo e certificado como fabricante de divisória, a fim de atender as especificações da própria aneel, quando questionada sobre o item – e não o fez.

Sendo assim, é perfeitamente conclusivo que a empresa RCS está a oferecer outro tipo de item, dotado de características diferenciadas, que não as exigidas pela ANEEL, sendo conclusivo também que a empresa não é

fabricante do item exigido pelo edital.

Este ponto em especial, apenas reforça o não atendimento e a inexecuibilidade de sua proposta – que pode ainda ser reforçado por outras tantos itens com descontos mais que expressivos.

Sendo assim, diante da visível prática de jogo de planilha na proposta da empresa RCS, esta deve ser desclassificada, ou quando muito, DEVE SER EXIGIDA A COMPROVAÇÃO E ANEXADA AO PROCESSO POR INTERMÉDIO DE PROVAS CONTUNDENTES A EXEQUIBILIDADE DE PELO MENOS 10% DOS ITENS QUE A EMPRESA COTOU ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL (70% DA MÉDIA ARITMÉTICA DO LANCES FINAIS) DEVENDO SER EXIGIDO PRINCIPALMENTE A COMPROVAÇÃO DE SER FABRICANTE DA DIVISÓRIA em MDF especial, conforme NBR 15191, dotada de certificação ABNT e laudo de Isolamento que comprove a isolamento acústica mínima de 41dB.

DA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA POR PARTE DA EMPRESA RCS

De outro lado, a empresa RCS também descumpriu o subitem 9.4.3, que determina a comprovação da qualificação econômico-financeira por meio de:

9.4.3 Declaração do licitante do VALOR TOTAL DOS CONTRATOS por ele firmados com a iniciativa privada e/ou com a Administração Pública, vigentes na data da sessão pública de abertura deste Pregão, e de que 1/12 (um doze avos) daquele valor não é superior a seu Patrimônio Líquido, conforme modelo no Anexo III do Edital.

Repare-se que o VALOR TOTAL DOS CONTRATOS FIRMADOS pela RCS é de R\$ 403.522.514,25, conforme declaração por ela apresentada. Todavia, com a finalidade para parecer atender esse requisito obrigatório, ela não realiza o cálculo da fórmula sobre o VALOR TOTAL DOS CONTRATOS, conforme modelo constante no anexo III do edital, pois na verdade, ela realiza o cálculo em cima apenas dos valores a faturar no ano de 2020, veja esse exemplo:

O item 71 de sua Declaração de Contratos Firmados, o Contrato Caixa CTC, assinado no dia 16/06/2020 com vigência até 15/06/2022 é no valor total de R\$ 34.282.971,00. Todavia, a RCS realiza o cálculo somente sobre o valor de R\$ 8.570.742,66, ou seja, ela calcula sobre o valor de somente 25% do TOTAL DO CONTRATO. Isso é um contrasenso!

Fórmula: (VALOR TOTAL DOS CONTRATOS / 12) =< PATRIMÔNIO LÍQUIDO

Resultado: = (R\$ 403.522.514,25 / 12) = R\$ 33.626.876,19 > R\$ 27.721.921,06

Desta forma, fica evidenciado que 1/12 (um doze avos) do VALOR TOTAL DOS CONTRATOS acima declarado É MUITO SUPERIOR ao Patrimônio Líquido da RCS estando a empresa comprometida econômico-financeiramente com os contratos que já possui.

E porque? Porque se fatalmente a empresa vir a ser multada em um contrato, a multa será aplicada em cima do valor global da contratação, e não apenas em parte. Se faltamente vir a ser multada em 2,3 ao mesmo tempo, sua capacidade patrimonial será consequentemente diminuída, com base no valor global de seus contratos e não apenas em cima de cada parcela. Assim, com base em pressupostos aferidos em situações anteriores, a partir de contratos celebrados pela Administração com empresas que não conseguiram honrar o objeto contratual, é que a exigência foi inaugurada considerando o VALOR TOTAL DE SEUS CONTRATOS.

Para elucidarmos a questão é preciso adentrar à inteligência da Lei, buscando o objetivo da fixação de tal exigência. Primeiro, tem-se que as inserções realizadas na IN 002/2008, por força do acórdão 1.214/2013, guardaram, principalmente o objetivo de dar à Administração Pública a segurança de contratar empresas privadas com capacidade técnico-econômica para prestar os serviços terceirizados com locação de mão de obra.

Outrossim, houve o nobre propósito, ainda que intrínseco, de resguardar as empresas privadas dos infortúnios causados pela Administração Pública em relação a eventuais atrasos em seus pagamentos. Vejamos mais um trecho do acórdão em questão:

"93. Ao contrário das empresas de fornecimento de bens, as de terceirização de serviços são altamente demandantes de recursos financeiros de curto prazo e de alta liquidez, como moeda corrente, pois se faz necessário que disponham de recursos suficientes no ativo circulante para suportar despesa com a folha de pagamento e outros encargos a cada mês, independentemente do recebimento do pagamento do órgão para o qual presta os serviços."

Assim, tem-se que a ideia principal de se estabelecer comparativo entre os compromissos assumidos pela empresa e seu patrimônio líquido tem o propósito de verificar se a mesma tem capacidade de manter o pagamento de suas obrigações independentemente de receber os pagamentos devidos pela Administração Pública. Não porque a Administração pretende deixar de pagar, mas sim porque a burocracia e a morosidade envolvidas tornam inviável a contratação de empresa que seja dependente do recebimento para pagar suas obrigações.

A relação de "...que 1/12 (um doze avos) dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou Iniciativa Privada, vigentes na data da apresentação da proposta, não é superior ao seu Patrimônio Líquido...", criada pela IN 002/2008 tem a lógica de garantir que as empresas tenham capacidade para manter suas obrigações, por um mês, caso não venham a receber de seus credores. Com isso, se em um mês (um doze avos do ano) todos os credores deixassem de pagar às empresas, seu patrimônio líquido poderia ser, no todo ou em parte, consumido. Contudo, devemos lembrar que a Lei de Licitações traz as seguintes disposições acerca de pagamentos:

art. 40 O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XIV - condições de pagamento, prevendo:

[...]

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplimento de cada parcela.

[...]

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

De tais dispositivos se infere que os licitantes regularmente devem aguardar até 30 (trinta) dias após a prestação do serviço para que possam receber, sem que isso seja motivo para a apuração de juros/mora. Repise-se, regularmente.

Ainda, que a Administração tem a prerrogativa de atrasar os pagamentos dos licitantes por até 90 (noventa) dias, sem que isso seja causa de rescisão contratual (sem prejuízo do recebimento de juros/mora, neste caso). Ou seja,

somados os prazos, os licitantes correm risco de ser obrigados a custear seus compromissos, sem receber da Administração, por até 120 (cento e vinte) dias, quase 1/3 (um terço) do ano, sem que isso seja motivo para o contrato ser rescindido. Obviamente, que não se espera que isso aconteça em nenhuma contratação, mas com a hipótese vem a necessidade da cautela, tanto por parte da Administração como por parte dos licitantes.

Veja-se que, sob este prisma, apesar de haver cautela no dispositivo ora questionado, ainda é insuficiente para abarcar possíveis fatos em relação aos pagamentos das empresas.

Desse modo, a exigência contida na IN 02/2008 e no edital de licitação em questão, não pode ser lida como pretende a RECORRIDA, vez que deixar de considerar aquelas obrigações futuras extrairia a pouca cautela da qual a imposição é revestida. Ainda mais, por que as obrigações impostas às empresas em relação aos serviços com locação de mão de obra não se encerram com a efetiva prestação de serviços e recebimento dos pagamentos, pois prestações como 13º (décimo terceiro), férias e outros encargos devem ter aporte gradual.

Por tais razões acreditamos que a proposta da empresa RCS apresenta grande risco e insegurança de ser mantida ao longo do tempo – o que precisa ser analisado de forma cuidadosa por este órgão com vistas a resguardar a segurança jurídica do contrato, pois o mesmo pode se tornar totalmente impossível de ser mantido a médio e longo prazo, tanto em vista de seus preços inexequíveis quanto em vista dos compromissos que já possui considerando seu patrimônio mínimo.

Com tudo isso, fica materialmente comprovado que a proposta final da empresa RCS foi apresentada eivada de vícios insanáveis, fundada na conduta manifestamente errática da empresa em oferecer proposta que não respeitou ao edital, ao disposto no § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 combinado com o disposto no Art. 29 e seus parágrafos da IN 02 MPOG, para fins de constatação da inexequibilidade dos preços cotados e além disso, apresentou patrimônio mínimo inferior a 1/12 da relação total de seus compromissos futuros – o que coloca a contratação em verdadeiro risco de ser mantida.

Assim sendo, não resta a este órgão outra solução senão proceder à desclassificação da proposta da Recorrida, que não demonstrou quando era obrigatória a obediência à legislação aplicável ao seu caso.

CONCLUSÃO

A eventual hipótese de tolerar-se proposta inexequível configura total quebra à isonomia do tratamento para com os demais licitantes, notadamente o art. 3º da Lei 8.666/.

Assim, resta comprovado nos autos que a Recorrida não tem direito de ser classificada na disputa, cabendo aqui citar o entendimento de nossos tribunais:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE PLANILHA DISCRIMINADA DE CUSTOS. DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA DO EDITAL. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE JUNTADA POSTERIOR DE

DOCUMENTO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. 1. Conforme previsto no art. 7º, parágrafo 2º, inciso II da Lei 8.666/93, tratando-se de licitações para contratação de prestadores de serviços, é obrigatória a apresentação de planilha que discrimine o custo unitário de cada produto/material necessário à consecução do objeto licitado. 2. A parte final do parágrafo 3º do art. 44 da Lei 8.666/93, por sua vez, permite apenas que o licitante que já possua, em seu estoque, materiais necessários à consecução do objeto da licitação, possa atribuir-lhes valor irrisório ou zero, o que não afasta a obrigação desse licitante de discriminar, na planilha de custos, o preço de tais itens, que, no caso, será igual a zero. 3. O MOMENTO ADEQUADO PARA QUE O AGRAVANTE APRESENTE O CUSTO DE CADA ITEM EXIGIDO NO EDITAL, BEM COMO PARA DEMONSTRAR A INCIDÊNCIA DA HIPÓTESE PREVISTA NA PARTE FINAL DO PARÁGRAFO 3º DO ART. 43 DA LEI 8.666/93, É O DA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA, DE MODO QUE, ULTRAPASSADA ESSA FASE, DÁ-SE A CHAMADA PRECLUSÃO CONSUMATIVA, NÃO HAVENDO MAIS COMO LHE PERMITIR A APRESENTAÇÃO DE QUALQUER DOCUMENTO. 4. Agravo a que se nega provimento.

(TRF 5, AG 200505000064385 - AG - Agravo de Instrumento - 61147; DJ - Data: 25/07/2005 - Página: 415 - Nº: 141, Relator Desembargador Federal Napoleão Maia Filho)

Ainda, a doutrina é categórica ao vedar a possibilidade de incluir documento ou informação originalmente previsto no edital:

“Não se permite, no entanto, que documentos e informações que deveriam ser apresentados ou prestados inicialmente, venham a ser incluídos, o que caracterizaria flagrante desrespeito aos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório. Ora, todo interessado em participar de licitação deve ler atentamente o instrumento convocatório e, com base nas informações nele contidas, levantar a documentação exigida e elaborar sua proposta, incluindo-as, respectivamente, nos envelopes Habilitação e Proposta. Aquele que deixar de apresentar documento ou informação que deveria constar dos envelopes deverá ser inabilitado ou ter sua proposta desclassificada, conforme a situação. Por esse motivo, não pode a comissão de licitação, verificando a ausência de um dado ou de um documento, baixar diligência e permitir a sua inclusão. Tal ato violaria os princípios que regem a licitação, ferindo direito dos demais licitantes que tiveram o mesmo tempo e a mesma oportunidade para apresentar sua proposta. (SILVA, Nyura D. “A promoção de diligências e os limites legais”, in ILC – Informativo de Licitações e Contratos. Curitiba: Zênite, fevereiro 2000, CD-ROM).

Marçal Justen Filho explica caso idêntico:

“Se, na oportunidade da edição do ato convocatório, a Administração reputou relevante certa exigência, não pode voltar atrás posteriormente. Não se admite que, na ocasião do julgamento, seja alterada a natureza da exigência (e, portanto, do vício). Não pode ignorar uma exigência que fora veiculada como referida ao interesse perseguido pelo Estado. Assim, se o ato convocatório exigir planilhas, informações complexas, demonstrativos e outros, a sua ausência é causa de desclassificação. Se o ato convocatório impôs determinado requisito formal, há que se reputar a exigência relevante e fundamentada - mormente se inexistiu tempestiva impugnação pelos licitantes. Era do conhecimento de todos que a exigência deveria ser cumprida. Quem não o fez, deverá arcar com as consequências da sua omissão.” (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 14ª. Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 642).

Ademais disso, ficou claro o entendimento do TCU a respeito do caminho a ser tomado pelos gestores públicos quanto à aceitação de proposta afrontosa a diversos princípios licitatórios, ao art. 4º, inciso XVII, da Lei 10.520/2002, ao art. 24, §§ 3º, 8º e 9º, do Decreto 5.450/2005, por intermédio das decisões: Decisão 193/2002;

Acórdãos nº 834/2015, 992/2012, 2.977/2012, 871/2006, 729/2008, 1.899/2008, 550/2011, 1.291/2007, 1.060/2009 550/2011-TCU- todos do Plenário.

Assim sendo, diante da farta jurisprudência do TCU que apóia a isonomia entre os partícipes, outra solução não há senão o acolhimento das razões acima elencadas, para que SEJA REFORMADA A DECISÃO QUE CLASSIFICOU A PROPOSTA DA EMPRESA RCS NA DISPUTA,- à luz da Súmula nº 222 do TCU:

Súmula 222 "As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios."

À luz do exposto, espera a Recorrente, que seja acolhido e dado provimento ao presente, em face dos princípios da isonomia da legalidade, da impessoalidade, da igualdade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos demais que lhe são inerentes, a fim de que Vossa Senhoria venha:

Reformar a decisão ora recorrida, a fim de que seja determinada a REFORMA DA DECISÃO QUE CLASSIFICOU A PROPOSTA DA RECORRIDA, DESCLASSIFICANDO A EMPRESA RCS TECNOLOGIA LTDA., tendo em vista a explícita irregularidade, deficiência e insatisfação de sua proposta original em flagrante descumprimento das normas de segurança traçadas, da prática de jogo de planilha, além da incapacidade de a empresa assumir o compromisso futuro da contratação, diante de seu patrimônio mínimo, fazendo-se valer as normas legais que se encontram vinculadas a Administração, notadamente a súmula 222 do TCU e das decisões: Decisão 193/2002; Acórdãos nº 834/2015, 992/2012, 2.977/2012, 871/2006, 729/2008, 1.899/2008, 550/2011, 1.291/2007, 1.060/2009 550/2011-TCU- todos do Plenário.

Caso assim não entenda, requer que o presente seja encaminhado a Autoridade Superior, para apreciação na forma da Lei, de forma fundamentada, DEVENDO SER EXIGIDA A COMPROVAÇÃO E ANEXADA AO PROCESSO POR INTERMÉDIO DE PROVAS CONTUNDENTES A EXEQUIBILIDADE DE PELO MENOS 10% DOS ITENS QUE A EMPRESA COTOU ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL (70% DA MÉDIA ARITMÉTICA DO LANCES FINAIS) DEVENDO SER EXIGIDO PRINCIPALMENTE A COMPROVAÇÃO DE SER FABRICANTE DA DIVISÓRIA em MDF especial, conforme NBR 15191, dotada de certificação ABNT e laudo de Isolação que comprove a isolamento acústica mínima de 41dB.

Nestes Termos,
Pede e espera deferimento.
Brasília/DF, 16 de agosto de 2020.

ENGEMIL - ENGENHARIA, EMPREENDIMENTOS, MANUTENÇÃO E INSTALAÇÕES LTDA.

Fechar