

RESPOSTA AO RECURSO ADMINISTRATIVO

Pregão Eletrônico nº 026/2024

Processo nº 065/2024

Objeto: REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE LIMPEZA URBANA COMPREENDENDO: PODA DE GRAMA; PODA DE ÁRVORE; PINTURAS DOS MEIO-FIOS COM MATERIAL; PINTURA DOS POSTES COM MATERIAL; ROÇADA MANUAL; SERVIÇOS DE MÃO DE OBRA GERAL, COM MATERIAIS E FERRAMENTAS POR CONTA DA CONTRATADA, TENDO EM VISTA A NECESSIDADE DA LIMPEZA PÚBLICA NO PERÍMETRO URBANO DO MUNICÍPIO, CONFORME SOLICITAÇÃO DA SECRETARIA DE VIAÇÃO, OBRAS E SERVIÇOS PÚBLICOS.

I – DA TEMPESTIVIDADE

Nota-se que o presente recurso fora interposto em tempo hábil, estando plenamente tempestivo, conforme o item 30.8. Do instrumento convocatório.

II – DOS FATOS

TRATA-SE DE RECURSO APRESENTADO PELA EMPRESA SGC PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA, CNPJ, 17.702.407/0001-63, no qual alega que o Pregoeiro habilitou empresas no certame com preços manifestamente inexequíveis, mais especificamente nos itens 2, 3, 4 e 5 do Pregão Eletrônico nº 026/2024, bem como questiona a o atestado de capacidade apresentado pela empresa vencedora, a certidão de falência e concordata e a ausência de demonstração de inscrição estadual da empresa.

No mais, requereu a recorrente que fossem realizadas diligências a fim de comprovar a viabilidade do cumprimento contratual, exigindo planilhas e demais documentos comprobatórios.

Ademais, veio o recurso para apreciação deste Agente de Contratação neste ato denominado Pregoeiro.

III – DO DIREITO

a) Da ampla competitividade

Primeiramente, é de suma importância expor que a Licitação é um processo administrativo que antecede o contrato e que tem por finalidade, por meio dos princípios da ampla competitividade, vinculação ao instrumento convocatório, alcançar a melhor proposta apta a atender o interesse público, conforme Matheus Carvalho, 2022.

Sendo assim, a competitividade do certame é um dos aspectos mais importantes no mundo das licitações, tendo em vista que quanto maior o número de participantes, mais aumentará a chance de se obter o real valor dos bens e serviços praticados em mercado, pois por mais que a Administração deva ser diligente na sua cotação de preços, não é raro observar licitações no Brasil que acabam caindo na malha fina do superfaturamento.

Todavia, o certame em comento causou certo dissabor para este Pregoeiro, devido ao alto percentual de desconto ofertado durante a fase de lances, entretanto, mesmo diante dos descontos exorbitantes, este agente não pode atuar no sentido de impedir a competitividade do certame, pois caso contrário estaria infringindo o artigo 5º da Lei 14.133 de 2021, in litteris:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Neste ponto, portanto, é mister expor que o certame contou com uma ampla competitividade de fato, tendo a participação de 11 empresas e diversos lances durante a fase de disputa, o que fez com que os valores fossem abaixados deliberadamente nos itens 02, 03, 04 e 05.

Além do mais, de fato os valores ofertados foram muito baixos, porém, seria imprudência do Agente de Contratação pôr fim à fase de disputa antes do prazo previamente estabelecido em edital, que seria o de 15 minutos, podendo chegar a 10 minutos no randômico e mais 5 minutos para lances fechados.

No que tange a importância do princípio da competitividade nas licitações, vejamos o que diz Matheus Carvalho, João Paulo Oliveira e Paulo Germano Rocha:

Trata-se de princípio que fundamenta a existência do procedimento licitatório e traduz a sua essência. A licitação nada mais é senão um processo por meio do qual todos poderão participar em igualdade de condições, para a escolha da proposta que esteja em consonância com os interesses da coletividade.

A frustração do caráter competitivo é ato ilícito e costuma ocorrer em prol de benefícios pessoais, maculando a gestão dos interesses públicos. (grifo nosso). (Carvalho, Matheus; Oliveira, João Paulo; Rocha, Paulo Germano, Nova Lei de Licitações e Contratos comentada e comparada, 2022, pág. 41).

No entanto, mesmo após diversas vezes informar no chat e disparar avisos na sessão alertando que os valores ali ofertados seriam aqueles nos quais as empresas iriam executar os serviços, sem possibilidade inicial de qualquer tipo de aumento ou alegação de desconhecimento dos critérios previstos em edital, bem como impossibilidade de desistência sem motivo razoável após o encerramento da sessão.

Todavia, cada licitante sabe de sua capacidade financeira, o preço pelo serviço quem oferta é o participante, tendo a Administração o dever somente de impedir que aqueles preços sejam maiores que os praticados em mercado, pois as contratações sob esses termos seria desperdício de verba pública e hipótese de enriquecimento sem causa para os licitantes.

Desta feita, as empresas mesmo cientes continuaram abaixando seus lances até chegarem em um ponto final, no qual em regra seriam os seus preços limites. Assim, o Pregoeiro como um bom observador das leis, alertou mais uma vez, após o fim da disputa, a respeito dos valores e requisitou uma declaração dos vencedores informando que teriam capacidade de executar os serviços naqueles valores, o que fora respondido positivamente pelas Empresas.

b) Da inexequibilidade dos preços

Um primeiro fator que deve ser considerado, é que o assunto preço inexequível sempre foi obscuro no universo das licitações, o que seria esse preço inexequível e quando declarar ou quando permitir, muitos doutrinadores e até os tribunais de contas brasileiros divergem sobre o assunto, alguns dizem que

deveriam ser estabelecidos valores, outros afirmam que valores por si só não garantem que o preço será ou não inexequível.

Por conseguinte, a lei expressamente estabelece que para obras e serviços de engenharia, deverá ser considerado inexequível aqueles valores que ultrapassam 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, porém a mesma lei nos leva a entender que essa desclassificação não é automática, sendo que será possível aceitar aquelas ofertas que ultrapassem esse percentual, porém, com medidas assecuratórias como a garantia. Vejamos a Lei 14.133, artigo 59, parágrafo 4º e 5º:

Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

(...)

§ 4º No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração.

§ 5º Nas contratações de obras e serviços de engenharia, será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre este último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com esta Lei.

Nestes termos, Matheus Carvalho, João Paulo Oliveira e Paulo Germano Rocha:

Em assim sendo, é possível, data vênua, que mesmo que uma proposta apresentada seja inferior a 75% do orçado, não venha a ser desclassificada, caso fique comprovada a sua exequibilidade. Não há por que não se aplicar o entendimento do TCU para a nova lei de licitação. Nesse caso, a inexequibilidade indicada no parágrafo quarto do presente dispositivo deve ser considerado relativo.

Todavia, no que tange a aquisição de bens e serviços comuns, a lei nada informa, sendo omissa nessa parte, sendo que qualquer entendimento e interpretação feita pelo Agente de Contratação neste assunto, deve sempre prezar pela Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público.

Além do mais, se referente as obras e serviços, no qual a própria legislação expressamente prevê se fala em relatividade, imagina-se aqueles assuntos que não foram abordados pela norma, como este me comento. Por conseguinte, vejamos o que diz o instrumento convocatório que regeu esta licitação em comento:

14.9. Caso seja ofertado lance inconsistente ou inexequível, a licitante poderá, uma única vez, excluir seu último lance ofertado, no intervalo de 15 (quinze) segundos após o registro no sistema.

14.16. Durante a etapa de disputa de lances, o(a) Pregoeiro(a) poderá EXCLUIR qualquer lance cujo valor seja considerado supostamente irrisório ou inexequível, ou até que entenda ter sido lançado erroneamente, cabendo ao sistema o encaminhamento de mensagem automática ao licitante, o qual terá a faculdade de repetir tal lance, caso confirme a exatidão do lance registrado.

21.1. Será desclassificada a proposta, que (art. 59, da Lei Federal nº 14.133, de 2021):

(...)

c) apresentarem preços inexequíveis;

21.4. É considerado indício de inexequibilidade das propostas valores inferiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração.

21.5. Se houver indícios de inexequibilidade da proposta de preço, ou em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, poderá ser efetuada diligência, e adotados, entre outros e no que couber, os seguintes procedimentos:

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

b) verificação de acordos, convenções coletivas ou sentenças normativas;

c) levantamento de informações no Ministério do Trabalho e Previdência e consultas às Secretarias de Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal;

d) consultas a entidades ou conselhos de classe, sindicatos ou similares;

e) pesquisas em órgãos públicos ou empresas privadas para verificação de contratos da mesma natureza;

21.7. A inexequibilidade da proposta será considerada quando a diligência comprovar que os custos da licitante ultrapassam o valor da proposta, bem como se inexistirem custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta.

Deste modo, nota-se que por mais que o edital prevê o percentual de 50% (cinquenta por cento) como indício de inexequibilidade, não há respaldo legal, tendo em vista que a Lei 14.133 de 2021 nada menciona, não cabendo aos editais realizar inovações legislativas, mas sim estabelecer conforme as características locais, as normas expostas nas legislações que tratam de licitações.

Por conseguinte, atingir o patamar de 50% não leva a presunção de inexequibilidade, muito pelo contrário, leva somente ao indício, ou seja, a partir deste percentual pode ser que a proposta seja inexequível, porém, tal fato deve

ser materialmente comprovado por meio de diligências realizadas pelo pregoeiro.

Sendo assim, o Pregoeiro mesmo depois de informar diversas vezes no sistema, solicitou dos vencedores uma declaração de que conseguiriam executar os serviços naqueles valores, o que fora enviado pelos vencedores, no mais, no que tange a planilhas, para que tal exigência fosse possível primeiro o processo deveria estar embasada em uma planilha elaborada pelo Engenheiro ou autoridade competente, o que não há nos autos, sendo assim, a exigência de planilha se torna excessivamente formalista pois não prevista em edital.

No mais, um fator é preciso relatar, por mais que o edital determina que o Pregoeiro interfira na fase de lances excluindo propostas consideradas inexequíveis, este ponto está eivado de contradição, pois como poderia o Pregoeiro em sessão considerar um preço inexequível se para tal constatação é necessário diligências complementares, o que deixa o ponto ainda mais confuso.

Além do mais, é preciso expor que havia empresas locais participando do certame e mesmo que o Pregoeiro não saiba quais são durante o certame, fato é que eliminando propostas consideradas "inexequíveis" por mera suposição seria correr o risco de no final do certame se sagrar vencedora uma empresa local por ato praticado de forma erroneamente pelo agente, o que macularia de ilegalidade a sua ação, o que nunca foi e nem será a vontade deste Pregoeiro.

Por fim, vejamos o que diz o Acórdão 1079/2017 do Plenário do Tribunal de Contas da União:

A desclassificação de proposta por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, e deve ser franqueada oportunidade de o licitante defender sua proposta e demonstrar sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório, antes de ter sua proposta desclassificada.

Infere-se, portanto, que as empresas vencedoras se comprometeram a executar os serviços nos valores ofertados e estavam cientes das condições referentes ao edital previamente publicado, não cabendo posteriormente agir de forma inesperada, contraditória, conforme veda o princípio da boa-fé objetiva por meio da máxima em latim do "Venire contra factum proprium". No entanto, caso na execução contratual, as empresas se neguem a executar os serviços, cabe

aos agentes fiscais e jurídicos aplicarem as respectivas sanções previstas tanto na lei quanto no edital que embasa o certame.

c) Da inscrição no cadastro Estadual

Nota-se que por mais que o edital estava exigindo inscrição estadual entre os documentos de habilitação, o certame objetivava contratação de serviços, sendo assim, em regra as empresas que prestam serviços são isentas de inscrição estadual, salvo alguns serviços estritamente específicos, conforme é possível verificar do artigo 58 do Decreto nº 2.212 de 20 de março de 2014:

Inscrever-se-ão no Cadastro de Contribuintes do ICMS, antes de iniciarem atividades: (cf. inciso I do caput do art. 17 da Lei nº 7.098/98)

I - as pessoas arroladas no artigo 22, ressalvado o disposto no artigo 759; (Redação dada pelo Decreto nº 1403/2022)

II - as empresas de armazéns-gerais, de armazéns frigoríficos, de silos e de outros armazéns de depósito de mercadorias;

III - as empresas de transporte de mercadorias;

V - as demais pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que praticarem, habitualmente, em nome próprio ou de terceiros, operações relativas à circulação de mercadoria.

(...)

Artigo 22. Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. (cf. caput do art. 16 da Lei nº 7.098/98)

Desta forma, por mais que o edital exige o documento, fato é que deve ser levado em consideração a realidade e as normas que regem cada matéria, deste modo, o mesmo tratamento seria concedido a qualquer participante deste certame, sendo que caso a lei não obrigue, não cabe ao pregoeiro inabilitar os licitantes, sob pena de nítida ilegalidade, pois por mais que o edital vincula a todos os participantes, o instrumento não poder ser utilizado para atuar em contrário a legislação.

d) Da Certidão de Falência e Concordata

No que tange ao documento de falência e concordata, vejamos como dispõe o instrumento convocatório:

27.1. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

(...)

g) certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante;

Veja, portanto, que o próprio edital não exige que a certidão seja apresentada constando réu e autor, bem como não menciona se seria réu ou autor, exigindo somente certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante, o que fora devidamente cumprida pelo vencedor, não cabendo ao agente de contratação realizar interpretação restritiva a ponto de inviabilizar a competitividade do certame.

e) Do Atestado de Capacidade Técnica

Verifica-se que a Empresa vencedora apresentou atestado de capacidade técnica com firma reconhecida em cartório, neste ponto, vejamos o que diz o instrumento convocatório:

27.1. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

(...)

h) No mínimo 01 (um) atestado emitido por entidade pública ou privada que comprove que a licitante já executou fornecimento de objeto idêntico ou semelhante à proposta oferecida;

i) Caso o atestado apresentado seja de empresa privada ASSINADO POR CANETA, o mesmo deverá ser reconhecido firma em cartório (Sob pena de inabilitação). Será aceito atestado assinado com Certificado digital, desde que seja possível verificar a procedência e confiabilidade da assinatura.

Veja, portanto, que o Atestado de Capacidade Técnica apresentada no processo cumpre ao requisito do item i de forma satisfatória, sendo assim, não cabe a este Agente inabilitar a licitante, pois houve observância e cumprimento às exigências previstas no instrumento convocatório.

No tocante a exigência de Notas Fiscais, nota-se que tal alegação se mostra protelatória, senão vejamos o que diz o Tribunal de Contas da União sobre o assunto:

Acórdão 2435/2021 Plenário (Representação, Relator Ministro Raimundo Carreiro) Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Documentação. Rol taxativo. Contrato. Nota fiscal. É ilegal a exigência de que atestados de capacidade técnica estejam acompanhados de cópias de notas fiscais ou contratos que os lastreiem, uma vez que a relação de documentos de habilitação constante dos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993 é taxativa.

Desta forma, nota-se que os documentos apresentados pela vencedora cumpriu ao que foi exigido em edital, sendo que exigir qualquer documento que não expresse, a fim de habilitação seria utilizar do formalismo exagerado para impedir a competitividade do certame e eivá-lo de ilegalidade.

Ademais, é preciso relatar que as autoridades superiores estão analisando uma possível revogação do certame, com base no poder/dever da autotutela, que permite à Administração revogar atos administrativos com base na conveniência e oportunidade, respeitado, obviamente o direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

SENDO ASSIM, CONHEÇO DO RECURSO E NO MÉRITO DEIXO DE DAR PROVIMENTO PARA MANTER A DECISÃO TOMADA EM SESSÃO PARA HABILITAR O VENCEDOR DOS ITENS 02, 03, 04 E 05, TENDO EM VISTA QUE O LICITANTE INFORMOU A VIABILIDADE DE EXECUTAR A PROPOSTA NOS PREÇOS OFERTADOS E OS DOCUMENTOS ESTÃO DE ACORDO COM O EXIGIDO EM EDITAL.

ADEMAIS, EM VIRTUDE DOS ALTOS PERCENTUAIS DE DESCONTOS, ENCAMINHO O PROCESSO AO SETOR JURÍDICO E AUTORIDADE SUPERIOR COMPETENTE PARA DECIDIREM ACERCA DA HOMOLOGAÇÃO OU REVOGAÇÃO DO PROCESSO, DE ACORDO COM OS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO.

Guiratinga, 16 de maio de 2024


Douglas Correia Pires Neves
Agente de Contratação/Pregoeiro