

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMPANHIA PARAIBANA DE GÁS

Pregão Eletrônico nº 00008/2020

5S SEGURANCA DE VALORES EIRELI, já qualificada nos autos do Pregão Eletrônico em epígrafe, vem, com o acato de estilo, perante V. Exa., tendo o que foi consignado na Ata do Pregão, apresentar RECURSO, nos termos do art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/2002, o que faz com apoio nas razões fáticas e jurídicas adiante declinadas.

Pede-se seja atribuído ao presente efeito suspensivo, diante do dano iminente a ser causado à Administração Pública.

Termos em que, pede deferimento.

Campina Grande/PB, 26 de agosto de 2020.

Ana Amélia Graça Braga Fernandes
RG Nº. 3.131.474 – SSP/PB
CPF Nº. 025.176.644-63

RAZÕES DO RECURSO

I. SÍNTESE FÁTICA.

A Companhia Paraibana de Gás promoveu licitação sob a modalidade Pregão Eletrônico nº 00008/2020, tendo como objetivo:

Contratação de empresa especializada em terceirização de mão-de-obra para a prestação de serviços de vigilância patrimonial, no Centro de Operação da PBGÁS, situado no Município de Bayeux/PB, conforme condições, quantidades, exigências e estimativas constantes neste Termo de Referência.

Interessada em participar, a Empresa recorrente adquiriu o edital e compareceu à sessão de abertura do certame.

Aberto o procedimento licitatório, importante salientar que, nas fases dos lances, a empresa ora recorrente foi classificada em primeiro lugar, em razão de ter apresentado o melhor lance, no valor de R\$ 179.269,60 (cento e setenta e nove mil e duzentos e sessenta e nove reais e sessenta centavos).

Contudo, mesmo diante de tal cenário fático, o pregoeiro, de forma inesperada, impôs que a empresa recorrente aceitasse proposta de prestação de serviços por um valor bem inferior ao do praticado em mercado, no importe de R\$ 166.431,40 (cento e sessenta e seis mil e quatrocentos e trinta e um reais e quarenta centavos).

Como podemos observar, não foi franqueado o direito à recorrente de demonstrar que a sua proposta era plenamente exequível, tendo sido, apenas, imposto pelo pregoeiro um valor extremamente diminuto (R\$ 166.431,40), muito abaixo do praticado no mercado, valor este que sequer daria para suprir os custos que seriam gastos pela empresa ora recorrente para prestar os serviços, conforme atesta planilha abaixo encartada, com valor de R\$ 179.269,32 (cento e setenta e nove mil e duzentos e sessenta e nove reais e trinta e dois centavos).

Com efeito, a empresa ora recorrente, mesmo tendo se sagrado vencedora na fase dos lances, foi injustamente desclassificada pelo pregoeiro.

Entretanto, no que pese o entendimento do Pregoeiro, a proposta da recorrente outrora apresentada atende aos requisitos mínimos de aceitação, sendo totalmente exequível, conforme adiante será demonstrado.

Ao fim e ao cabo, o pregoeiro convocou a segunda colocada, a empresa GLAD SERVICO DE SEGURANCA PRIVADA EIRELI, CNPJ nº 23.370.473/0001-86, eis que esta acatou o aviltante valor de R\$ 166.431,40.

No entanto, tal valor acolhido pela GLAD SERVICO DE SEGURANCA PRIVADA EIRELI mostra-se absolutamente inexequível, conforme será comprovado mais adiante deste petítório.

II. PROPOSTAS. INEXEQUIBILIDADE DO VALOR COBRADO PELO PREGOEIRO. PREÇO AQUÉM DO MERCADO. CONCORRÊNCIA DESLEAL. EVIDENTE. ANÁLISE DA COMPOSIÇÃO DE PREÇOS DA

LICITANTE DECLARADA VENCEDORA. LUCRO DE 0,1%. POSSIBILIDADE DOS PREJUDICADOS BUSCAREM INDENIZAÇÕES POR PERDAS E DANOS.

Inicialmente, importante enfatizar que, apresentando-se uma proposta que esteja muito aquém dos preços orçados pela Administração, ou seja, em valores demasiadamente reduzidos, o Poder Público deve declarar a proposta inexecutável.

A inexecutabilidade de preços nas licitações implica na possibilidade de desclassificação de uma proposta cujo preço é manifestamente insuficiente para cobrir os seus custos.

O respeitado Prof. Jesse Torres assim assevera sobre o preço inexecutável, ou inviável, como prefere denominar:

"Preço inviável é aquele que sequer cobre o custo do produto, da obra ou do serviço. Inaceitável que empresa privada (que almeja sempre o lucro) possa cotar preço abaixo do custo, o que a levaria a arcar com prejuízo se saísse vencedora do certame, adjudicando-lhe o respectivo objeto. Tal fato, por incongruente com a razão de existir de todo empreendimento comercial ou industrial (o lucro), conduz, necessariamente, à presunção de que a empresa que assim age está a abusar do poder econômico, com o fim de ganhar mercado ilegítimamente, inclusive asfixiando competidores de menor porte. São hipóteses previstas na Lei nº 4.137, de 10.09.62, que regula a repressão ao abuso do poder econômico." (PEREIRA JÚNIOR, 2007, p. 557-558)

Ora, é exatamente o caso dos autos, eis que, como relatado acima foi imposto pelo pregoeiro e aceito pela empresa GLAD SERVICIO DE SEGURANCA PRIVADA EIRELI um valor extremamente irrisório de R\$ 166.431,40 (cento e sessenta e seis mil e quatrocentos e trinta e um reais e quarenta centavos).

Abrindo a composição de custos da vencedora, percebe-se, de plano, um absurdo. O lucro que irá obter no presente caso foi estimado em 0,1%. Como o valor total dos serviços foi estimado em R\$ 166.431,40 (cento e sessenta e seis mil e quatrocentos e trinta e um reais e quarenta centavos), o valor total do lucro da licitante vencedora será de R\$ 166,43 (cento e sessenta e seis reais e quarenta e três centavos).

Percebe-se que a Administração está forçando as empresas a trabalharem sem a obtenção de lucro, que é a mola mestra da atuação de qualquer empresa.

Aceitando agir desse modo, a licitante está agindo sob a forma de CONCORRÊNCIA DESLEAL, vendendo seus serviços ao preço inferior ao do mercado, objetivando prejudicar toda a cadeia de serviços para, posteriormente, aproveitar-se desses prejuízos e formular seus preços de forma solitária.

A proposta vencedora foi formulada com violação ao princípio da honestidade comercial, da lealdade, dos costumes e da boa fé.

Inclusive, na forma concebida tanto pela empresa vencedora como pelo Poder Público, que está dando guarida a esse procedimento e fomentando essas atitudes, caberá à prejudicada requerer o pagamento de perdas e danos dos que agirem dessa forma.

A Administração Pública não pode permitir isso.

Para que seja observada a concorrência desleal, é dispensável a concretização do dano, bastando a possibilidade ou iminência de resultado gravoso para o concorrente que se sentir lesado em seu patrimônio imaterial e para o agente buscar a cessação dos atos.

Isso pois, para a deslealdade o que importa é a configuração e interrupção dos atos indevidos, pouco importando os prejuízos que foram causados, que poderão ser ressarcidos posteriormente caso comprovado o dever de indenizar.

No caso em destaque, tanto a Administração como a empresa licitante vencedora estão fomentando a deslealdade no mercado.

Todas as licitantes têm como clientes possíveis o mesmo tomador dos serviços.

Não é possível que esse cliente se alimente, momentaneamente, de uma empresa com esse tipo de contratação, gerando danos em toda a cadeia. Esse não pode ser o fundamento da economia buscada pelo setor público.

III. LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO. ATUAÇÃO COMO FOMENTADORA DA CONCORRÊNCIA DESLEAL. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

O Poder Público não pode agir em desarmonia com o princípio da legalidade. Somente é possível a atuação nos limites da legislação.

A Lei nº 12.529/2011, em seu art. 36, estabelece:

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;”

Trata-se de infração evidente à ordem econômica, que deve ser estancada pelo Poder Público, gerando efeitos sensíveis no mercado de serviços de vigilância, cabendo, inclusive, a atuação das empresas prejudicadas, nos termos do art. 47, da Lei nº 12.529/2011, que dispõe:

“Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.”

Como já foi mencionado, o dolo não precisa sequer estar presente na conduta, isto é, a Administração Pública talvez pretenda simplesmente economizar ou a empresa licitante deseje prestar serviços de qualquer maneira.

Entretanto, seus atos possuem efeitos no mundo jurídico e devem ser reprimidos.

Segundo o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – uma conduta anticompetitiva seria qualquer conduta praticada por um sujeito econômico que consiga, potencialmente, provocar danos à livre concorrência, ainda que o infrator não tenha dolo de prejudicar o mercado, o que parece ser o caso ora tratado.

IV. VIOLAÇÃO AO ART. 56, III, DO ESTATUTO JURÍDICO DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E SUAS SUBSIDIÁRIAS.

O art. 56, III, da Lei nº 13.303/2016, estabelece o seguinte:

“Art. 56. Efetuado o julgamento dos lances ou propostas, será promovida a verificação de sua efetividade, promovendo-se a desclassificação daqueles que:

...

III - apresentem preços manifestamente inexequíveis;

...

§ 4º Para os demais objetos, para efeito de avaliação da exequibilidade ou de sobrepreço, deverão ser estabelecidos critérios de aceitabilidade de preços que considerem o preço global, os quantitativos e os preços unitários, assim definidos no instrumento convocatório.”

O instrumento convocatório não pode ter zerado o lucro das empresas, fomentando a concorrência desleal.

V. POSSIBILIDADE DA LICITANTE DEMONSTRAR A SUA EXEQUIBILIDADE. PREGOEIRO QUE NÃO PERMITIU QUE A RECORRENTE DEMONSTRASSE A EXEQUIBILIDADE DO VALOR OFERTADO. VIOLAÇÃO À SÚMULA 262 DO TCU. NULIDADE ABSOLUTA DO CERTAME. INTELIGÊNCIA DO ART. 57, DO ESTATUTO JURÍDICO DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E SUAS SUBSIDIÁRIAS.

Para que a Administração desclassifique uma proposta excessivamente onerosa, deverá, antes, adotar alguns procedimentos, conforme art. 57, da Lei nº 13.303/2016:

“Art. 57. Confirmada a efetividade do lance ou proposta que obteve a primeira colocação na etapa de julgamento, ou que passe a ocupar essa posição em decorrência da desclassificação de outra que tenha obtido colocação superior, a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão negociar condições mais vantajosas com quem o apresentou. ”

A recorrente apresentou a proposta mais vantajosa e não houve nenhuma negociação com ela. Houve, simplesmente, a imposição de um valor pela Administração Pública e a desclassificação da vencedora.

Não se observou nenhum aspecto da composição dos preços.

Do contrário, porque a licitante declarada vencedora não apresentou preços melhores já na fase anterior???

Caso considere uma determinada proposta excessivamente onerosa, isso não se dará de forma sumaria, posto que em todos os casos será oportunizada à comprovação da exequibilidade do preço ofertado, considerando-se aqueles praticados no mercado.

O tema é regido pela Súmula 262 do Tribunal de Contas da União, verbis:

“O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a

oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.”

Noutra banda, analisando a questão sob o enfoque do saneamento de vícios formais de propostas, de acordo com o art. 43, §3º, da Lei de Licitações, observamos o seguinte:

“Art. 43. 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”.

Ainda é importante ressaltar o que se depreende da Instrução Normativa nº 05/2017, do Ministério do Planejamento, que dispõe:

“Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.”

...

“7.8. Quando a modalidade de licitação for pregão, realizado na forma eletrônica, a planilha de custos e formação de preços deverá ser entregue e analisada no momento da aceitação do lance vencedor;

7.9. Erros no preenchimento da planilha não são motivos suficientes para a desclassificação da proposta, quando a planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado, e desde que se comprove que este é o bastante para arcar com todos os custos da contratação;”. (g.n.)

“9.1. Serão desclassificadas as propostas que: a) contenham vícios ou ilegalidades; b) não apresentem as especificações técnicas exigidas pelo Termo de Referência ou Projeto Básico; c) apresentarem preços finais superiores ao valor máximo estabelecido pelo órgão ou entidade contratante no ato convocatório; d) apresentarem preços que sejam manifestamente inexequíveis; e 66 e) não vierem a comprovar sua exequibilidade, em especial em relação ao preço e a produtividade apresentada.

9.2. Consideram-se preços manifestamente inexequíveis aqueles que, comprovadamente, forem insuficientes para a cobertura dos custos decorrentes da contratação pretendida; 9.3. A inexequibilidade dos valores referentes a itens isolados da planilha de custos e formação de preços não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta, desde que não contrariem exigências legais;

9.4. 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, de 1993, para efeito de comprovação de sua exequibilidade, podendo ser adotado, dentre outros, 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 ou Dissídios Coletivos de Trabalho; c) levantamento de informações junto ao Ministério do Trabalho; d) consultas a entidades ou conselhos de classe, sindicatos ou similares; e) pesquisas em órgãos públicos ou empresas privadas; f) verificação de outros contratos que o proponente mantenha com a Administração ou com a iniciativa privada; g) pesquisa de preço com fornecedores dos insumos utilizados, tais como: atacadistas, lojas de suprimentos, supermercados e fabricantes; h) verificação de notas fiscais dos produtos adquiridos pelo proponente; i) levantamento de indicadores salariais ou trabalhistas publicados por órgãos de pesquisa; 67 j) estudos setoriais; k) consultas às Fazendas Federal, Distrital, Estadual ou Municipal; e l) análise de soluções técnicas escolhidas e/ou condições excepcionalmente favoráveis que o proponente disponha para a prestação dos serviços. 9.5. 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 o pedido;

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a interpretação do dispositivo não seja rígida, literal e absoluta.

No mesmo sentido, é pacificada a posição do Tribunal de Contas da União, como se verifica, por exemplo:

O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.”
(Acórdão 587/2012 - Plenário, Rel. Min. Ana Arraes)

No caso em tela, percebam Vossas Senhorias que sequer franqueado o direito à recorrente de demonstrar que a sua proposta era plenamente exequível, tendo a mesma sido desclassificada, repese-se, meramente por não ter concordado com valor claramente irrisório, imposto pelo pregoeiro, no importe de R\$ 166.431,40).

Isso resulta, por óbvio, na nulidade absoluta da sua desclassificação, eis que violou matéria sumulada (súmula 262) do TCU!

A propósito, como já explicitamos acima, o valor imposto pelo pregoeiro (R\$ 166.431,40) revela-se muito abaixo do praticado no mercado e obriga as empresas a não trabalharem com lucro.

VI. LICITANTE QUE COTOU UM LUCRO DE 3%. PREÇOS PRATICADOS PELA ADMINISTRAÇÃO QUE

DEFENDEM E FOMENTAM A CONCORRÊNCIA DESLEAL..

O lucro calculado pela recorrente foi de tão somente 3%, como atesta sua proposta:

6 Custos Indiretos, Tributos e Lucro Percentual Valor (R\$)

A Custos Indiretos 3,00% R\$ 381,68

B Lucro 3,00% R\$ 393,13

Já é um lucro mínimo, considerando-se a realidade e a natureza dos serviços, que gera preocupação constante das empresas.

Permitir um mergulho como tenta fazer a Administração é concorrer para o fracasso de todo o sistema comercial dos serviços de vigilância.

Impede-se o lucro e, por conseguinte, uma boa prestação de serviços.

A bem da verdade, o valor proposto pela licitante vencedora sequer daria para suprir os custos.

No caso em tela, a Empresa recorrente foi injustamente desclassificada, mesmo estando os preços apresentados totalmente exequíveis, conforme demonstram as planilhas de custos.

Não existe norma que fixe ou limite o percentual de lucro de cada empresa.

A norma veda o que foi feito nos autos, ou seja, a concorrência desleal.

E o que é mais grave, sequer lhe foi dada a oportunidade para prestar esclarecimentos complementares, para efetiva comprovação de sua exequibilidade, com fulcro no §3 do art. 43 da Lei nº 8.666 de 1993.

VII. REQUERIMENTOS FINAIS.

Diante do exposto, demonstrada a ilegalidade da decisão do ilustre Pregoeiro, requer-se seja o presente recurso recebido, podendo V. Exa. reconsiderar a sua decisão, ANULANDO-SE a decisão que desclassificou a proposta da recorrente e declarou como vencedora a proposta da GLAD SERVIÇOS, determinando o retorno dos autos à fase de análise das propostas para que sejam verificados os valores propostos pelas empresas e a impossibilidade das empresas zerarem o percentual de lucro, em detrimento da concorrência leal.

Em não reconsiderando a decisão, pede-se sejam os autos encaminhados à autoridade superior, nos termos do art. 109, §4º, da Lei de Licitações, para apreciação do presente recurso e, ao final, seja este provido.

Tendo em vista as razões ora suscitadas, pede-se seja o recurso recebido em seu efeito suspensivo, suspendendo toda e qualquer contratação oriunda da presente licitação, evitando-se danos ao erário.

Termos em que, pede deferimento.

Campina Grande/PB, 26 de agosto de 2020.

Ana Amélia Graça Braga Fernandes

RG Nº. 3.131.474 – SSP/PB

CPF Nº. 025.176.644-63

Fechar