Departamento jurídico

Parecer ao processo 151/2013

Recurso Administrativo ao Edital de licitação 005/2013

Recorrente: Empresa Koletar Ltda

 A empresa **Koletar Ltda**, tempestivamente, apresentou recurso à Decisão da Comissão Julgadora da Licitação referente ao Edital nº 0005/2013, que julgou vencedora daquele certame a Empresa Melhor Eles Serviços LTDA.

 Em suas razões, inconformada com a decisão, a Recorrente alega:

*Síntese: “...que o preço unitário de R$ 1.285,00 (hum mil duzentos e oitenta e cinco reais) ofertado pela empresa vencedora para pagamento mensal pela Contratante para os serviços de Copeira e Servente de manutenção predial, omite encargos sociais, fiscais e direitos normativos, INSS, provisões de 13º, provisão de impostos a nível Federal e Municipal, provisão errônea de base de cálculo do FGTS, valores corretos de Vale transportes e Vale refeição, custos de mobilização e instalação...como forma de lograr vantagem direta no certame”.*

Alega, portanto, que as omissões referidas favoreceram diretamente a Licitante vencedora, Requerendo ao fim, o provimento do recurso e a modificação do julgamento para desclassificar a proposta da Empresa recorrida para declarar o Recorrente vencedor do Item I – serviços de Copeira.

 A empresa **AZV Obras e Serviços Ltda**, intimada a manifestar-se, apresentou “**contra-razões”**, que diversamente da finalidade processual da peça chamada Contra-Razões, associou-se ao recurso, acrescentando a possibilidade da Inexecução, de conformidade com o art. 48 da lei das licitações (inexequibilidade)”.

 A empresa **Viterpa Construtora Ltda**, intimada, não manifestou-se.

 Intimada a Empresa vencedora da licitação, **Melhor Eles Serviços Ltda**, apresentou Contra-razões ao recurso alegando:

*Síntese: “...que a proposta de preço apresentada baseia-se na tabela e normas do Sindicato da categoria reiterando que os preços apresentados são suficientes para o cumprimento integral das obrigações decorrentes das relações contratuais que irão se estabelecer. Diz, ... que as queixas contidas no recurso administrativo são de maneiras infundadas visto que não há contrato assinado para que possam ser argumentadas. Supor ou prever atos de inadimplência é no mínimo imaturo..”.*

 Ratificou os valores e itens lançados na planilha de formação de preços apresentada (pág. 75 a 78).

 Por fim, considera o recurso protelatório e Requer a improcedência do mesmo.

**Despacho do Departamento Jurídico:**

 Por entendermos que o presente recurso ataca decisão da Comissão de Julgamento e poderá implicar na desclassificação de empresa licitante sob o argumento da Inexequibilidade, julgou este departamento ser necessário, para não ocasionar a anulação das decisões proferidas, oportunizar ao Licitante impugnado (Empresa Melhor Eles Serviços) a demonstração da capacidade de realizar o serviço a ser contratado, cumprindo integralmente com as obrigações trabalhistas e sociais, entre outros, em decorrência do preço ofertado.

Jurisprudência:

*“Assim, no contexto da definição de critério para aferir inexeqüibilidade depreco, julgo que não há prejuízo à transparência e à lisura do certame - inclusão de parâmetros a outras contratações de menor preço que não as relativas a serviços e obras de engenharia, uma vez que constitui mais um instrumento para verificação da exeqüibilidade do preço. Na verdade, esse dispositivo conduz a uma presunção relativa de inexeqüibilidade de preços. Isso porque sempre haverá a possibilidade de o licitante comprovar sua capacidade de bem executar os preços propostos, atendendo satisfatoriamente o interesse da administração.”*

*(TCU, Acórdão 697/2006-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DOU Julgamento de Recurso interposto pela empresa Soluction Logística e Eventos Ltda., Pregão Eletrônico nº 41-2011.doc 15/05/2006)*

*ACÓRDÃO Nº 1159/2007 - TCU - 2ª CÂMARA*

*1. Processo TC 017.597/2006-0 - c/ 2 volumes e 4 anexos (estes c/ 4 volumes) 2. Grupo I - Classe VI – Representação; 3. Interessadas: ZL Ambiental Ltda. e Cactus Locação de Mão-de-Obra Ltda. 4. Órgão: Ministério das Cidades 5. Relator: MINISTRO UBIRATAN AGUIAR 6. Representante do Ministério Público: não atuou 7. Unidade Técnica: 6ª Secex 8. Advogado constituído nos autos: Gilson Alves Ramos (OAB/MG 74.315) 9. Acórdão:*

*VISTOS, determina que ... 9.3.3 estabeleça, nos instrumentos convocatórios de licitações, critérios objetivos para a desclassificação de licitantes em razão de preços excessivos ou manifestamente inexeqüíveis, atendendo ao princípio do julgamento objetivo, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93, sem prejuízo de que, antes de qualquer providência para desclassificação por inexequibilidade, seja esclarecido junto ao licitante acerca de sua capacidade de cumprimento do objeto no preço ofertado;*

Doutrina:

*Sobre o tema, interessante é a lição de Vera Scarpinella (Licitação na Modalidade de Pregão). (São Paulo: Malheiros, 2003, p. 149-151), que diz que a inexequibilidade é presumida:*

*“A diferença entre o valor ofertado e o constante do orçamento obriga a Administração a exigir comprovação por parte do particular acerca da viabilidade da execução do objeto, a qual deverá ser feita documentalmente, através de planilhas de custos e demonstrativos que evidenciem que o valor ofertado é suficiente para cobrir as despesas. ...(...)”. Julgamento de Recurso interposto pela empresa Soluction Logística e Eventos Ltda., Pregão Eletrônico nº 41-2011.doc*

 Intimada (Empresa Melhor Eles Serviços) para apresentar a demonstração, em 25/04/2012, pág. 44, juntou relatório pormenorizado em 26/04/2013, pág.45 e seguintes.

Este é o breve Relatório.

**Passamos ao Parecer:**

 Após análise das Razões do recurso interposto pela licitante Koletar Ltda, autuado através do Processo Administrativo nº 151/2013, das Contra-razões impetradas e da apresentação, pela empresa vencedora do certame, de demonstrativo da composição do preço, temos que:

1. **Do objeto do recurso.**

 Entendemos que apesar de referir-se à empresa vencedora, pedindo sua desclassificação em razão do demonstrativo da composição do preço por ela apresentado, o recurso se insurge também, contra o Mérito da decisão da Comissão julgadora, em que declarou vencedora a Empresa Melhor Eles Serviços LTDA, visto considera-la temerária e podendo gerar a responsabilidade subsidiaria da Contratante no caso de inadimplemento da obrigação.

1. **Do pedido de modificação do Julgamento, em decorrência de inobservância da Lei e do edital:**

 A Lei 8.666/93, consoante seu art. 48, contempla as hipóteses de desclassificação das propostas apresentadas pelas empresas que participam de certames licitatórios.

 A primeira situação ensejadora da desclassificação de uma oferta refere-se ao desatendimento das exigências contidas no edital de licitação.

 Nem poderia ser diferente, a par do princípio da vinculação ao ato convocatório, previsto no art. 3º da Lei 8.666/93, que determina à Administração o dever de observar as exigências da peça editalícia, no curso de todo o procedimento.

 O Edital de Licitação, de forma clara e precisa, dispõe em seu item 4.2, que *“O Valor da proposta deverá ser expresso em REAIS, sempre com preços líquidos, tanto unitários por funcionário, como totais, nele já incluídas as parcelas de impostos, fretes, encargos sociais e outras despesas, se houver.”.* Ou seja, apresentando ou não relatório detalhado, o valor total apresentado presume estar incluso todas e quaisquer despesas necessárias para a prestação do serviço contratado.

 A apresentação, pela **Empresa Melhor Eles Serviços** **Ltda**, de detalhamento dos valores que compuseram o preço ofertado, págs. 75 a 78 do processo 122/2013, por não ter sido requerido no edital, em momento algum afronta a legislação e o edital.

 Conforme ata da sessão de julgamento, a decisão baseou-se, única e exclusivamente, pelo critério MENOR PREÇO POR ITEM, como previa o Edital 005/2013.

 *Item 5.2 – Do preço - “Após preenchida todas as condições aqui especificadas, a presente Licitação obedecerá o critério de julgamento do MENOR PREÇO POR ITEM...”*

 Não há qualquer menção de influência do relatório na decisão.

 **Não vislumbramos, portanto, qualquer desatendimento das exigências contidas no edital de licitação, por parte dos licitantes, ou inobservância de exigências por parte da Comissão julgadora.** (item 5, folhas 04 e 05, do recurso)

1. **Do pedido de modificação do julgamento em razão do uso da “omissão de valores como forma de lograr vantagens direta no certame.”.**

 Em suas alegações, o Recorrente afirma que “*está evidente e notoriamente, “à qualquer leigo” que venha analisa-la, que a formação do preço final ofertado, conclui-se que estão sendo omitidos “encargos sociais, fiscais e direitos normativos”,* ***como forma de lograr vantagem direta no certame****...” (grifo do recorrente)*

O Edital é claro e preciso quando dispõe no Capítulo 2 – Das condições da prestação do serviço, 2.2 – “A empresa licitante deverá arcar com todos os encargos trabalhistas dos funcionários designados para a efetivação do serviço contratado, conforme especificado na minuta de contrato anexa.”.

No seu item 4.2, registra que “O Valor da proposta deverá ser expresso em REAIS, sempre com preços líquidos, tanto unitários por funcionário, como totais, nele já incluídas as parcelas de impostos, fretes, encargos sociais e outras despesas, se houver.”.(sublinhado por nós)

 E na Minuta do Contrato, Cláusula quinta, diz: “Ao preço constante da cláusula anterior **não será admitido acréscimo** de despesa com obrigações sociais, fiscais, comerciais e trabalhistas e outras pertinentes ao objeto licitado, independente da ocorrência ou não de fato superveniente. (grifo nosso)

 Não há, no presente processo licitatório, a hipótese do preço total contratado não ser o definitivo.

 **Assim sendo, a ausência de item relativo as obrigações sociais e trabalhistas no demonstrativo apresentado pela empresa vencedora, não tem o condão de desobrigá-la das despesas sociais já mencionadas, uma vez que as cláusulas editalícias e contratuais garantem o cumprimento da obrigação pelo preço total ofertado e contratado.**

1. **Da modificação do julgamento em razão da provável Inexequibilidade.**

 A segunda hipótese de desclassificação está atrelada ao preço apresentado pelo licitante, que deve ser compatível com os de mercado. Logo, impõe-se a desclassificação da proposta com preço inexequível ou superfaturado.

 Veja que, a rigor da lei, não é só o preço excessivo que enseja a desclassificação da proposta. Também o preço muito baixo produz igual resultado, na medida em que reste demonstrado que o licitante não dispõe de meios para bem adimplir o contrato ou que o preço ajustado é claramente insuficiente para atender de forma plena o objeto do contratado.

 É evidente que a Administração deve sempre buscar o melhor negócio; mas – como ressalva Floriano Azevedo Marques Neto –

“*a Administração não deve correr o risco de firmar contrato que não será adimplido. Pouco importa se a Administração pode executar a caução ou se ressarcir do dano econômico de uma ou outra forma, pois o contrato inexeqüível gerará dano à coletividade, consubstanciado na interrupção do serviço e na duplicação dos custos burocráticos derivados da abertura de um novo processo de licitação.”*

 Todavia, a inexequibilidade, não é somente presunção, que caiba aos licitantes interpretações próprias baseadas meramente em avaliações superficiais, que não tenham nenhuma relevância legal ou sustentação jurídica.

Vide Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, MPOG:

Art. 29. Serão desclassificadas as propostas que:

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

§ 2º A inexeqüibilidade 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.

 Cumpre ainda registrar uma importante ressalva feita pelo iminente Marçal Justen Filho, ao discorrer sobre a questão da inexequibilidade e demais registros doutrinários:

“A desclassificação por inexequibilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipótese muito restrita. O núcleo da concepção ora adotada reside na impossibilidade de o Estado transformar-se em fiscal da lucratividade privada e na plena admissibilidade de proposta deficitária”. [JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 628.]

"Não se afigura defensável, porém, transformar em absoluta a presunção do § 1º. Se o particular puder comprovar que sua proposta é exeqüível, não se lhe poderá interditar o exercício do direito de apresentá-la. É inviável proibir o Estado de realizar contratação vantajosa. A questão é de fato, não de direito. Incumbe o ônus da prova da exeqüibilidade ao particular. Essa comprovação poderá fazer em face da própria Administração, pleiteando-se a realização de diligência para tanto" (cf. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., ver. e amp., Dialética, 1998, p. 439).(grifo nosso)

*“(...) a licitação destina-se – especialmente no caso do pregão – a selecionar a proposta que acarrete o menor desembolso possível para os cofres públicos. Logo, não há sentido em desclassificar proposta sob o fundamento de ser muito reduzida. A inexeqüibilidade deve ser arcada pelo licitante, que deverá executar a prestação nos exatos termos de sua oferta.*

*A ausência de adimplemento à prestação conduzirá à resolução do contrato, com o sancionamento adequado (...) Logo, a apuração da inexeqüibilidade tem de fazer-se caso a caso, sem a possibilidade de eleição de uma regra objetiva padronizada e imutável.*

*(...) Mas esse limite terá de ser testado no caso concreto.” (PREGÃO, Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico, Ed. Dialética, 5ª ed., 2009, págs. 182 e 183)*

“(...) 5) A Questão da Inexequibilidade O tema comporta uma ressalva prévia sobre a impossibilidade de eliminação de propostas vantajosas para o interesse sob tutela do Estado. A desclassificação por inexequibilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipóteses muito restritas

5.1) (...) A questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais ínfimo que o seja – o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou.

C:\Documents and Settings\thaisisbs\Configurações locais\Temporary Internet Files\OLK290\Decisão Pregoeiro - AFG (item 01)

 Por derradeiro, no que concerne ao exame da inexequibilidade, é importante retomar, que não há dúvidas de que o procedimento licitatório procura dar à administração as condições de contratar com aquele que apresente a proposta mais vantajosa. O que nos interessa, para efeito de reconhecimento da inexequibilidade, é exatamente o modo como deve proceder o administrador para determinar com precisão a linha que separa a melhor proposta daquela que se revele inexequível.

Segundo o professor Celso Antônio Bandeira de Mello,

O julgamento das propostas começa por um exame de suas admissibilidades, pois as propostas devem atender a certos requisitos, sem o quê não poderão ser tomadas em consideração.

Desclassificação é a exclusão de proposta desconforme com as exigências necessárias para sua participação no certame.

(...)Proposta ajustada às condições do edital e da lei, como intuitivamente se percebe, é a que se contém no interior das possibilidades de oferta nela permitidas. Proposta séria é aquela feita não só com o intuito mas também com a possibilidade de ser mantida e cumprida.

José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, diz que:

Julgadas e classificadas as propostas, sendo vencedora a de menor preço, o pregoeiro a examinará e, segundo a lei, decidirá motivadamente sobre sua aceitabilidade. Não há, entretanto, indicação do que seja aceitabilidade, mas, considerando-se o sistema licitatório de forma global, parece que a idéia da lei é a de permitir a desclassificação quando o preço ofertado for inexeqüível, ou seja, quando não comportar a presunção de que o contrato será efetivamente executado.

Nesse sentido, entende Marçal Justen Filho que:

 “Mas, neste caso, a Administração deve cercar-se das cautelas de estilo, demonstrando amplamente no processo todos os elementos que contribuíram para afastar a presunção de inexequibilidade, assim **fundamentando** a opção pela aceitação da oferta.”(grifo nosso)

Por fim, conforme Victor Maizman,

Dos excertos acima colacionados, observa-se a preocupação que deve nortear as atividades do administrador no que concerne ao reconhecimento das propostas inexeqüíveis. A contratação de licitante nessas condições, notadamente pela incapacidade de cumprimento adequado do objeto, é causa de inúmeros transtornos no âmbito da administração pública, que dispende tempo e recursos, mas, em contrapartida, não obtém o resultado almejado.

**Assim sendo, não há, nos autos, prova suficiente e derradeira que reste demonstrado que o licitante não dispõe de meios para bem adimplir o contrato ou que o preço ajustado é claramente insuficiente para atender de forma plena o objeto do contratado.**

1. **Da modificação do julgamento por considerar temerária a contratação da licitante vencedora.**

 Trata a presente licitação de contratação de pessoa jurídica para prestação de serviço de prestação de mão de obra. Assim sendo, a fiscalização e observância das questões relativas ao perfeito cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais são fundamentais, não só na execução do contrato mas também na escolha da proposta, em especial, tratando de Contratante de órgão público.

 A Responsabilidade Subsidiária da Administração pública, que está regulamentado pelo inciso V, da Súmula 331/2012, do TST:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

 Assim sendo a responsabilidade subsidiária é fruto de construção jurisprudencial, a qual se encontra amparada no disposto nos artigos 455 da CLT e 186, 927 e 942 do Código Civil, comumente aplicáveis em casos de contratação de terceiros para execução de serviços, fundada na inidoneidade econômico-financeira da prestadora dos serviços e na culpa “in elegendo” e “in vigilando” do tomador.

 As disposições contratuais constante da cláusula terceira do contrato de prestação de serviço a ser firmado, em especial, o do inciso III, **são garantidoras e instrumento eficaz para a proteção e não responsabilização subsidiária do Contratante.**

*Cláusula Terceira – Das Obrigações*

*São obrigações da Contratada>*

*III – Manter rigorosamente em dia as despesas com os respectivos encargos sociais, trabalhistas e vale transporte, fazendo prova mensal de tais obrigações.*

 Provas nos autos, em especial as certidões que comprovam regularidade junto ao INSS e FGTS e negativa de débito trabalhista, possuem fé pública e, não havendo prova em contrário, atestam a idoneidade da empresa vencedora.

 **Não vislumbramos, na decisão da Comissão julgadora, falta de vigilância quanto as responsabilidades subsidiárias que possam decorrer do contrato a ser firmado com a empresa vencedora.**

1. **Da apresentação do Demonstrativo Requerido pelo Departamento Jurídico.**

 A apresentação posterior de relatório pormenorizado, pág. 45, indica integralmente os itens que compõem a constituição do preço ofertado. **E, nele, estão inclusos na sua totalidade, as despesas com encargos sociais, trabalhistas e tributários.**

O instrumento apresentado deverá servir para basilar a decisão da Comissão Julgadora.

 Assim sendo, deve a Comissão Julgadora, para o pronunciamento de decisão final quanto ao recurso apresentado, reconhecer ou não, fundamentadamente, a capacidade da empresa vencedora do certame em poder cumprir com aquilo que ofertou, somente firmando decisão quanto a desclassificação se estiver inquestionavelmente demonstrado que o licitante não dispõe de meios para bem adimplir o contrato ou que o preço ajustado é claramente insuficiente para atender de forma plena o objeto do contratado.

Viamão, 26 de abril de 2013.

**Romer dos Santos Guex**

**Assessor Jurídico - designado**