R.H.
Ciente e de acordo.
Em 18/05/21

Sérgio Luiz Calegari
Prefeito de Lacerdópolis

Parecer jurídico

À Comissão de Licitações e ao Prefeito,

I - RELATÓRIO

Trata-se do processo licitatório n. 11/2021, Edital de pregão presencial n. 09/2021, que tem por objeto o registro de preços, pelo prazo de 12 (doze) meses, para a eventual contratação futura e conforme a necessidade, através da secretaria ou fundo municipal respectivo, com recursos próprios e/ou vinculados, de empresas para o fornecimento de funcionário(s) para a execução de prestação de serviços de merendeira (local: estabelecimentos públicos de ensino municipais) e de limpeza, manutenção, higiene e conservação (local: dependências públicas municipais, tais como prefeitura, posto de saúde, sede do CRAS, ginásio de esportes, terminal rodoviário escolar...), cuja descrição, quantidades, valores máximos e condições estão no tópico 02 (OBJETO) do edital.

O edital foi emitido em 30/03/2021.

Na data prevista para a abertura das propostas, conforme ATA DE REUNIÃO DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, ocorreu o seguinte:

> [...]
> Aos vinte e oito dias do mês de abril de 2021 às quatorze horas, a Pregoeira Delcimeri Scapini Brandini e os servidores Guilherme Zanchetta e Marisa Amaral Neto Silva, membros da equipe de apoio designados pelo Decreto nº 03/2021, iniciaram a abertura do processo licitatório em epígrafe. Presentes na sessão para participar do certame licitatório as empresas: GM INSTALADORA EIRELI procurador PATRICK OTAVIO SAFANELLI, ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA procurador RAFAEL RODRIGUES KREUSCH. Questão de ordem: esta pregoeira e comissão de apoio verificaram a existência de uma contradição do edital entre as cláusulas ns. 2.7, 2.8, 2.9 e a 15.7, uma vez que não se exige por parte da empresa licitante vencedora do certame o fornecimento de "os materiais e equipamentos, ferramentas e utensílios" necessários à prestação dos serviços. Desse modo, deve prevalecer o previsto nas clausulas 2.7, 2.8 e 2.9 do edital. Na sequência foram abertos os envelopes nº 1 - Propostas de Preços, onde foram rubricados pela Pregoeira, equipe de apoio e procuradores das licitantes. Na análise das propostas constatou-se que as empresas apresentaram as propostas conforme exigências do edital, estando todas habilitadas para a fase de lance do certame. O procurador da empresa GM INSTALADORA EIRELI, Sr. PATRICK OTAVIO SAFANELLI, questionou o percentual de ISS apresentado pela empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, que foi de 2%, sendo que a alíquota do município é de 3%, a pregoeira e equipe de apoio decidiram que caso a empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA seja vencedora, será solicitada a planilha com a adequação da alíquota de ISS. Por conseguinte, a Pregoeira deu início à fase de lances verbais, os quais estão registrados em planilhas anexo ao presente ato. Ato contínuo procedeu-se à abertura do envelope nº 2 - Documentação da licitante hora vencedora, sendo que os documentos nele contido foram conferidos e rubricados pela Pregoeira,

equipe de apoio e procuradores das licitantes. Após análise criteriosa da documentação pelos presentes constatou-se que a empresa apresentou a documentação conforme o edital. A pregoeira e equipe de apoio decidem abrir prazo de 2 (dois) dias úteis, até dia 30/04/2021 às 17:30 horas para que a empresa GM INSTALADORA EIRELI ora vencedora apresente a planilha de custos adequada aos valores ofertados sob pena de desclassificação. Após a apresentação e disponibilização no site do município, será concedido o prazo de até 03 (três) dias úteis para que querendo a empresa ORBENK ADMINISTRADÇÃO E SERVIÇOS LTDA apresente suas razões (recurso) do ato. O procurador da empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, Sr. RAFAEL RODRIGUES KREUSCH solicitou para fotografar a proposta e documentação da empresa GM INSTALADORA EIRELI. Aberto a palavra livre, ninguém fez uso da mesma, nada mais havendo a tratar, foi encerrada a sessão, lavrando-se a presente Ata, que segue assinada pela pregoeira e membros da equipe de apoio e procuradores das licitantes.
[...]

A empresa "ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA", doravante recorrente, interpôs recurso com o objetivo de "declarar a inabilitação e a desclassificação" da proposta da licitante vencedora do certame, qual seja, a "GM INSTALADORA EIRELI", doravante recorrida, conforme ATA DE REUNIÃO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO n. 05/2021 (sequência 02).

A comissão notificou a recorrida para que apresentasse suas contrarrazões, o que foi feito, inclusive, com a juntada de documentos.

A pregoeira Delcimeri Scapini Brandini solicitou parecer jurídico acerca da (in)viabilidade do provimento do recurso.

Esta consulta será respondida na forma de parecer e será de acordo com legislação de regência, entendimento dos tribunais e/ou doutrina, aplicáveis ao caso.

II – ADMISSIBILIDADE

O recurso interposto e as contrarrazões apresentadas devem ser conhecidos, visto que não constatado, ao menos aparentemente, vícios insanáveis.

As empresas estão devidamente representadas por seus proprietários e/ou procuradores.

A tempestividade resta comprovada através dos comprovantes dos e-mail's enviados para o setor de licitações nos dias 05/05/2021 ("ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA") e 13/05/2021 ("GM INSTALADORA EIRELI").

Feito isso, passo a análise do mérito do recurso interposto.

III – MÉRITO

A "ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA" recorre dos atos da comissão de licitações e pregoeira argumentando, em síntese, que: os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo devem ser cumpridos; o edital deve ser cumprido, conforme Lei 8.666/93; foram encontradas as seguintes irregularidades nas planilhas de custos e formação de preços da "GM INSTALADORA EIRELI": (a) deixou de fazer a incidência do Submódulo 2.2 sobre o 2.1 (encargos sociais sobre 13º, férias e adicional de férias), para a função de merendeira/cozinheira; b) quando da elaboração das planilhas, não considerou os percentuais de conta vinculada estipulados pela IN 05/2017, já que cotou apenas o percentual de 1,03%, ao invés do que diz a instrução normativa (3,20%); tais irregularidades ferem os princípios da legalidade, moralidade, vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo; não há como reajustar a planilha sem aumentar valor, o que é proibido; e, por fim, o preço é inexequível, logo, a proposta não pode ser aceita.

A "GM INSTALADORA EIRELI" apresentou contrarrazões pleiteando, ao que dá a entender, a manutenção dos atos da comissão e pregoeira, argumentando, em síntese, que: a "ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA" está tentando "ludibriar" a Administração, visto que é pratica comum da mesma não cotar incidência sobre férias e décimo terceiro, e quando questionada quanto a isso em outros municípios nos quais já foram concorrentes em licitações que tinham o mesmo objeto, afirmar em suas contrarrazões que isso é desnecessário; "o pedido de desclassificação não possui embasamento fático e jurídico"; a recorrente também apresenta planilhas com valores supostamente inexequíveis; todos os direitos previstos em Convenção Coletiva da Categoria foram respeitados em suas planilhas; "a proposta apresentada é firme e concreta, a GM tem noção exata das suas obrigações contratuais e trabalhistas"; e, por fim, sua proposta é exequível, visto que o valor apresentado é suficiente para a execução dos serviços e todos os compromissos. Ao final, requereu, que a "Administração considere indeferido o recurso" da recorrente e também que "seja indeferido o pleito da recorrente no que tange à desclassificação da empresa "GM INSTALADORA EIRELI".

O processo licitatório teve seus trâmites normais, inclusive com lances verbais, estando neste momento aguardando para ser adjudicado e homologado, visto que já declarado, conforme critério de julgamento (menor preço), a licitante vencedora.

Deste modo, este parecer diz respeito ao provimento ou não do recurso interposto acerca da (des)classificação e (in)validade da proposta da vencedora e, por consequência, a opinião pela homologação e adjudicação, finalizando-o (ou não) do modo como decidiu a comissão de licitações. A finalidade do recurso não é, portanto, impugnar a habilitação, já que não houve qualquer objeção quanto aos documentos apresentados.

Inicialmente, entendo que referido recurso sequer deveria ter sido interposto, visto que, conforme art. 4º, inciso XX da Lei n. 10.520/2002, *"a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor".* Conforme se infere da ATA DE REUNIÃO DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, ressalvado o caso de esquecimento por parte da comissão, o representante da recorrente não manifestou em nenhum momento o interesse de recorrer, quiçá fundamentar o exercício de tal direito fazendo-o constar em ata.

Ainda que superada a decadência, ao recurso interposto deve, no mérito, ser negado provimento.

Como já adiantado noutros pareceres, esta assessoria mudou seu entendimento (antes legalista, restritivo e conforme o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório) para adequar-se ao dos tribunais e órgãos de controle, no sentido de que o preço, consubstanciado via de regra na Vantajosidade, deve ter especial importância em processos licitatórios que tem por critério de escolha a proposta que apresenta o menor preço, como é o caso em análise.

É bem verdade que o preço não é – e nem deve ser – o único fator a ser considerado num processo licitatório, cuja complexidade é naturalmente intrínseca. Contudo, deve sim ser preponderante em determinados casos, sendo que quando em colisão com outro princípio ou regra de direito e a depender de qual, sua importância e aplicabilidade no caso concreto, deve sim prevalecer.

Não se está a defender a ilegalidade ou admitir que o preço seja sempre o mais importante e sob qualquer hipótese. Não é isso. Atos arbitrários ou contrários a lei devem ser repudiados e, se comprovada má-fé ou culpa grave, punidos os responsáveis com as sanções devidas, pois é o interesse público que está envolvido, e devemos tratá-lo com responsabilidade e parcimônia.

Assim, embora concorde-se com a explanação feita pela recorrente no sentido de que o edital e as leis atinentes a licitações devem ser cumpridos, entende-se que há casos em que um princípio deve prevalecer em detrimento do outro quando postos em rota colisão. Logo, o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório deve ser relativizado, assim como qualquer outro, quando o caso concreto assim o exigir.

No presente caso, a proposta apresentada pela recorrida, ainda que com as inconsistências apontadas pela recorrente, que ao meu ver não são graves, permanece sendo a mais vantajosa para a Administração, restando atendido, portanto, satisfatoriamente, o Princípio da Supremacia do Interesse Público.

Desse modo, não há motivos para a Administração não aceitar uma proposta que lhe é vantajosa, quando a própria licitante vencedora do certame ao tempo que reconhece eventual equívoco/erro material cometido nas suas planilhas **aceita e se compromete por sua conta e risco a cumprir integralmente as condições e cláusulas editalícias**. Não se está a defender, repito, que a Administração contrate sempre com a proposta mais vantajosa e ignore a legalidade, moralidade, etc., já que o compromisso da recorrida é também com relação as normas relativas trabalhistas aos seus colaboradores.

Não há ilegalidade, ao menos aparente, nesse caso. Não obstante, a Administração pode/deve fiscalizar o cumprimento das condições previstas no edital e contrato contínuo e permanentemente e, caso constate algo irregular, pode/deve, a depender da situação, notificar, aplicar sanção administrativa ou mesmo rescindir o contrato.

Não bastasse a carência de fundamento jurídico convincente e apto a ensejar a desclassificação da proposta da recorrida, constata-se que a concorrência entre recorrente e recorrida vai além do estritamente profissional, fato que por si só esvazia eventual interesse honesto e sincero de recorrer (*jus sperniandi*), interferindo-se, por obvio, no *fair play*.

Ainda, verifica-se que nenhum efeito prático traria aos autos a desclassificação da proposta da recorrida, já que, conforme adiantado pela mesma em sede de contrarrazões, a recorrente possui irregularidades similares em sua planilha de custos, o que impossibilitaria da mesma forma de cumprir as condições editalícias. Ora, se uma proposta é inexequível, muito provável que a outra também é, já que a diferença de valores é de míseros R$ 18,00 (dezoito reais). Ademais, a desclassificação de ambas as propostas também não atende aos anseios da Administração, vez que estará tornando fracassado um processo licitatório sem motivação, e o serviços, conforme informados pela Secretaria de Administração, são indispensáveis.

Cumpre destacar que o preço apresentado pela recorrente, embora bem competitivo, não é inexequível, o que implicaria na sua desclassificação do certame, por força do art. 48, inciso II da Lei n. 8.666/93. Propostas contendo preços inexequíveis, assim considerados são aquelas que *"não se revelam capazes de possibilitar a alguém uma retribuição financeira mínima (ou compatível) em relação aos encargos que terá de assumir contratualmente"* (MENDES, Renato Geraldo. O processo de contratação pública – Fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012, p. 313), daí o motivo da desclassificação).

Mas ainda que fosse inexequível o preço ofertado, é garantido ao licitante o poder de demonstrar o contrário. Tal possibilidade encontra-se prevista na parte final do art. 44, § 3º da mesma lei e tem aplicabilidade pacificamente reconhecida pelo Tribunal de

Contas da União – TCU, conforme Súmula 262, que prevê que *"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".*

Ainda, acerca da inexequibilidade:

> "[...] exame da exequibilidade não deve ocorrer durante a etapa competitiva, a não ser em casos extremos, onde se perceba, por exemplo, evidente erro de digitação". Ressaltou que apenas "em situações excepcionais admite-se a desclassificação da proposta quando os preços ofertados configurarem 'valor irrisório' (na dicção do § 3º do art. 44 da Lei 8.666/1993), gerando uma presunção absoluta de inexequibilidade.
> [...]
> 9.4.1. a ausência de critérios para analisar-se a inexequibilidade dos preços das propostas, conforme verificado no edital do PE SRP 1.609/2017, afronta o art. 48, II, da Lei 8.666/1993, bem como o art. 56, § 4º, da Lei 13.303/2016; 9.4.2. a exclusão de lances considerados inexequíveis deve ser feita apenas em situações extremas, nas quais se veja diante de preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero". (TCU, Acórdão nº 1.620/2018 – Plenário; Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues)".

Portanto, faz-se imperativa a manutenção dos atos da comissão de licitações e pregoeira, especialmente quanto a aceitabilidade das propostas apresentadas pelas licitantes.

IV - CONCLUSÃO

Ante o exposto, com base na fundamentação *supra*, este parecer, quanto ao recurso interposto pela empresa "ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA", é no sentido de que deve ser conhecido, porém negado-lhe provimento, mantendo-se os atos da comissão e a classificação das propostas apresentadas por ambas as licitantes.

Por fim, este parecerista se manifesta também favorável a adjudicação e homologação do processo licitatório, finalizando-o.

É o parecer, s.m.j., que submeto a vossa elevada consideração.

Lacerdópolis/SC, 18 de maio de 2021.

LUIZ FÁBIO TAVARES DE JESUS
ASSESSOR JURÍDICO
OAB/SC 41.029