

Julgamento do Recurso Administrativo

Licitação de referência: **Pregão Eletrônico nº 16/2011**
Recorrente: **A F.G. CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA**

Em cumprimento ao disposto no inciso VII, do artigo 11, do Decreto 5.450/05, este Pregoeiro da Controladoria-Geral da União recebeu e analisou, em conjunto com a área técnica responsável, as razões de recurso da Empresa Recorrente e as alegações de defesa da Recorrida **TAC MANUTENÇÃO E SERVIÇOS LTDA.**, declarada vencedora do item 01 do Pregão em tela, de forma a proferir sua decisão sobre o recurso administrativo.

Examinando cada ponto discorrido na peça recursal da empresa AFG em confronto com as contrarrazões da Recorrida, com a legislação e com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais correlatos, exponho abaixo as medidas adotadas e as ponderações formuladas que fundamentaram a decisão final.

1) DOS CUSTOS RELATIVOS AO ITEM UNIFORME APRESENTADOS PELA RECORRIDA

Quanto ao valor praticado pela empresa TAC no que se refere ao item UNIFORME, as razões apresentadas pela Recorrente AFG estão resumidas abaixo:

“ (...)

*No presente pregão eletrônico (16/2011) as empresa TAC MANUTENÇÃO E SERVIÇOS LTDA – ME teve aceito e habilitado seu lance, com valor de R\$ 462.346,63 (quatrocentos e sessenta e dois mil trezentos e quarenta e seis reais e sessenta e três centavos). No entanto, **a proposta apresentada** pela referida empresa, ora Recorrida, apresenta-se **inexequível**, como adiante será demonstrado.*

(...)

*No caso em apreço, **a proposta oferecida** pela empresa TAC MANUTENÇÃO E SERVIÇOS LTDA apresenta-se, no mínimo, com **sérios indícios de inexequibilidade**. Como facilmente se observa da planilha apresentada os preços praticados pela Recorrida, **notadamente quanto ao fornecimento de uniformes**, apresentam-se **dissociados da realidade dos preços do mercado**.*

(...)

*A proposta da Recorrida não é caso de proposta vantajosa para a Administração, mas sim de proposta que em si **contém elementos de inexequibilidade**. Novamente apoiado na lição de Niebuhr, pode-se afirmar que “O que importa à Administração Pública é que a licitação e o contrato lhe propiciem resultado concreto. Para tanto, é imprescindível avaliar se as propostas lançadas pelos licitantes possuem condições concretas de ser executadas (se são exequíveis). Não basta selecionar a proposta com o menor preço ou com a melhor técnica; **é imperioso verificar se ela pode ser mantida, ou seja, se o licitante tem meios de adimplir a obrigação a ser assumida**”*

(...)

***O preço oferecido pela licitante Recorrida somente se justificaria** em casos que demonstrasse – provasse – **possuir estoque do qual necessitasse se desfazer ou que comprovadamente tivesse comprado os insumos com antecedência**, antes de aumento de preços, ou até mesmo quando se tratasse de aplicação de tecnologia nova. Com efeito, a licitante Recorrida não provou, especialmente mediante notas fiscais, controles de estoque ou qualquer outro documento que possua condições de fornecer os uniformes a preços bem abaixo dos de mercado.*

(...)

Em razão da flagrante inexecutabilidade da proposta da Recorrida, TAC MANUTENÇÃO E SERVIÇOS LTDA, requer sua desclassificação, salvo se devidamente demonstrada a viabilidade da proposta mediante a apresentação de documentos convincentes.” (grifos nossos)

A Recorrente afirma, em síntese, que o preço cotado pela empresa TAC para o item UNIFORME, qual seja, de R\$ 12,47 para cada profissional, **“apresenta-se dissociado da realidade dos preços do mercado”,** e que **“somente se justificaria em casos que demonstrasse – provasse – possuir estoque do qual necessitasse se desfazer ou que comprovadamente tivesse comprado os insumos com antecedência, antes de aumento de preços, ou até mesmo quando se tratasse de aplicação de tecnologia nova”,** cuja análise remetia ao §3º, do artigo 44, da Lei de Licitações, transcrito abaixo. (grifamos)

No que se refere à **irrisoriedade de preços**, vejamos a seguir o que dispõe a Lei de Licitações e Contratos:

Lei nº 8666/93:

“(…) Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.
(…)

§3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração. (…)” (grifamos)

Da leitura do dispositivo do Estatuto de Licitações, depreende-se que a **eventual irrisoriedade** no preço ofertado não resultará na desclassificação quando esse valor irrisório **“se referir a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração”.** (grifamos)

Nesse diapasão, é oportuno trazer à baila alguns excertos das contrarrazões da empresa Recorrida TAC, conforme transcrevo abaixo:

“(…) No tocante ao preço unitário de uniforme presente na proposta da empresa Recorrida, não há se falar em inexecutabilidade, posto que a Recorrida possui grande estoque e possui contatos com fabricantes que lhe vendem com preços muito melhores daqueles praticados no mercado.

Vale pontuar que é perfeitamente possível que uma empresa apresente redução de custo não prevista pela Administração. O fato de uma empresa apresentar preços muito melhores que de um determinado concorrente, que a primeira vista pareçam serem irrisórios e inexecutáveis, não significa que a empresa licitante não possua reais condições de executar o contrato.
(…)

Embora tenha o Recorrente citado doutrina de Marçal Justen Filho, para corroborar com suas razões, tem-se que o atual entendimento do citado doutrinador é no sentido exposto pela Recorrida, senão vejamos:

“Discorda-se do entendimento de que todas as hipóteses de inexecutabilidade comportam tratamento jurídico idêntico. Ao contrário, deve impor-se uma diferenciação fundamental, destinada a averiguar se a proposta pode ou não ser executada pela licitante, ainda que seu valor seja deficitário. 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. A formulação desse juízo envolve uma avaliação da capacidade patrimonial do licitante. Se ele dispuser de recursos suficientes e resolver incorrer em prejuízo, essa será uma decisão empresarial privada.(...)” (grifos nossos)

É igualmente importante destacar que as ponderações apresentadas nas contrarrazões acima estão em consonância com o entendimento já sedimentado no âmbito do Tribunal de Contas da União, constante de Acórdão proferido em 2007 (trecho transcrito abaixo), o qual vem sendo repetidas vezes utilizado pela própria Corte de Contas nos exames que envolvem a questão de preços irrisórios.

Deliberações do TCU

“(...)”

17.3.29 (...). A representante **justifica os preços irrisórios** apresentados **em face da sua infra-estrutura**, a qual permitiria a **diluição dos custos**. Logicamente, dadas as **peculiaridades da empresa**, **é possível a referida diluição**. (...). É o que dispõe a **Lei de Licitações**, quando a **vedação de cotação de preços irrisórios ou simbólicos é excepcionada apenas para materiais e instalações de propriedade do licitante(...)** (Acórdão 1.700/2007 – Plenário) (grifos nossos)

Contudo, ainda que tivesse ocorrido a fixação de preço irrisório **para o item UNIFORME** – fato este que no entender da área técnica não ocorreu, conforme será disposto posteriormente – há que se ponderar que **o deslinde da questão passa, sem dúvida, pela avaliação da inexecutabilidade da proposta**, que, no presente caso, não poderá ser efetivada sem se levar em consideração dois pontos vitais: a) o **critério de julgamento** utilizado foi o **MENOR VALOR GLOBAL**; e b) o **objeto do recurso** administrativo se refere a **um único item da planilha de custos e de formação do preço**.

Quanto a esse aspecto, analisemos as disposições da Instrução Normativa nº 02/2008, bem como algumas decisões exaradas pelo Tribunal de Contas da União – TCU, as quais também foram utilizadas para fundamentar as razões para a aceitação da proposta de preços apresentadas pela Recorrida:

IN nº 02/2008 – SLTI/MPOG:

“(...) Art. 29. **Serão desclassificadas as propostas que:**

(...)”

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 **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.

§ 3º Se houver indícios de inexeqüibilidade 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 exeqüibilidade**, 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 inexeqüibilidade;

(...)

VI - verificação de **outros contratos que o proponente mantenha com a Administração ou com a iniciativa privada**:(...)” (grifos nossos)

Deliberações do Tribunal de Contas da União - TCU

“(…) 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 inexeqüibilidade, seja esclarecido junto ao licitante acerca de sua capacidade de cumprimento do objeto** no preço ofertado; (Acórdão TCU nº 1.159/2007 – 2ª. Câmara) (grifamos)

(…) 18. Destaco que o entendimento acima coaduna-se com a jurisprudência consolidada desta Corte de Contas no sentido de que **não cabe à Comissão de Licitação ou ao Pregoeiro declarar a inexeqüibilidade da proposta da licitante**, devendo facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exeqüibilidade de suas ofertas (ex vi dos Acórdãos nº 2.093/2009-Plenário, 559/2009-1ª Câmara, 1.079/2009-2ª Câmara, 141/2008-Plenário, 1.616/2008-Plenário, 1679/2008-Plenário, 2.705/2008-Plenário e 1.100/2008-Plenário, dentre outros).

(...)

20. Cabe destacar, por fim, que o posicionamento ora adotado encontra respaldo na Instrução Normativa nº 2/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que, em seu artigo 29, § 2º, estabelece que **"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"**. (Acórdão TCU nº 1.092/2010 – 2ª. Câmara)” (grifamos)

Importante também reproduzir alguns trechos da avaliação realizada pela área técnica, durante a fase de exame das propostas, acerca das planilhas apresentadas pela Recorrida.

Despacho da área técnica:

“(…)

c) **Uniformes**: ainda que à primeira vista possa alegar que o custo fixado pela licitante está abaixo do praticado no mercado, cumpre destacar que: a) **inexiste normativo/CCT que fixe um valor/parâmetro para tal item**; b) **tal valor encontra-se num mesmo patamar e até acima de outros insertos em contratos firmados por órgãos públicos**, consultados durante a pesquisa de mercado; c) **a definição de tal valor varia de empresa para empresa**, pois vários fatores como a **existência do material em estoque ou o número de contratos firmados (conforme se confirmou em consulta ao SIAFI)** que impacta diretamente no número de funcionários e, conseqüentemente, na demanda de confecção de uniforme, o que pode acarretar um ganho de escala; e d) **em caso de eventual erro no dimensionamento desse custo, haveria a possibilidade de absorção pela parcela de lucro**. Além disso, **não se consubstanciaria como razoável o exame de tal custo de forma isolada**, e, com base tão somente nesse parâmetro, considerar a proposta como inexecutável, já que **tal prática é severamente condenada pelo TCU em diversas decisões e também, em razão desse entendimento sedimentado no âmbito da Corte de Contas, expressamente proibida pela IN SLTI/MP nº 02/2008**, que em seu art. 29, § 2º, reza que “**A inexecutabilidade 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.**”

(...)

e) **Despesas Administrativas/Operacionais e Lucro**: conforme já relatado, houve redução no percentual de “Despesas Operacionais/administrativas” (de 1% para 0,80%) e o do “Lucro” permaneceu 1%, percentuais esses compatíveis, inclusive, com os praticados pela atual empresa prestadora dos serviços para a CGU-PR. Na mesma linha do que já foi ponderado quando da avaliação do item “uniforme”, **não caberia à área técnica analisá-los de forma isolada, e, com base tão somente nesse parâmetro, considerar a proposta como inexecutável, já que tal prática é condenada pelo TCU em inúmeros acórdãos e também, e também face a proibição expressa inserta na IN SLTI/MP nº 02/2008, em seu art. 29, § 2º. O TCU também já se manifestou inúmeras vezes acerca das questões que envolvem a definição do percentual do lucro e deixou assente seu entendimento de que cabe aos proponentes estabelecerem seus próprios limites, por sua conta e risco, computando seus custos e a margem de lucro e não ao pregoeiro ou qualquer agente público. Diante de tal entendimento, e considerando a previsão inserta na IN SLTI/MP nº 02/2008, em seu art. 29, § 3º, quanto à possibilidade de se adotar algumas medidas visando resguardar a administração da ocorrência de problemas durante a execução, foram efetivadas pesquisas nos Sistemas SIAFI (fls. 1031 a 1061) e SIASG (fl. 1062), por meio das quais se verificou que a licitante é parte em várias contratações celebradas com outros órgãos da administração pública federal, durante os exercícios de 2010 e 2011, cujos objetos também envolvem a prestação de serviços terceirizados. Os valores envolvidos em tais contratações, e os pagamentos registrados no SIAFI, bem como a ausência de registros de ocorrência atrelados à má execução dos serviços nos permite ter um razoável grau de certeza quanto à capacidade da licitante em honrar seus compromissos, sendo que eventual inexecutabilidade dos itens “Despesas Operacionais/administrativas” e de “Lucro” poderiam ser absorvidas pelos lucros das demais contratações.(...)” (grifamos).**

Destarte, resta cristalino que a área técnica, para fins de aceitação da proposta, **não se furtou da análise quanto à irrisoriedade** do valor do item UNIFORME, e, tampouco à **inexecutabilidade da proposta**.

Face ao disposto anteriormente, **em especial as ponderações encontradas na doutrina e jurisprudência pátrias**, percebe-se que o **entendimento firmado** é no sentido de que a **eventual irrisoriedade** no valor referente a **item isolado da planilha de custos**, desde que não

contrarie instrumentos legais, não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta e que a inexecução de uma proposta de preços deve ser comprovada, e não apenas presumida.

Assim, em virtude do recurso ora analisado, para corroborar a análise da área técnica e demonstrar a possibilidade de se praticar o valor para o item UNIFORME e as margens de lucro praticadas pela Recorrida, solicitou-se à empresa TAC o encaminhamento das cópias dos contratos **vigentes** firmados com outros órgãos públicos, juntados às fls. 1.188 a 1.436 dos autos, dos quais citamos os que seguem:

- Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – Contrato nº 16/2010 – posto de Recepcionista – **valor mensal Uniforme de R\$ 7,50 e margem de lucro de 0,80%** (fls. 1.188 a 1.206);

- Delegacia da Receita Federal do Brasil em Caxias do Sul – Contrato DRF/CXL nº 05/2010 – posto de Copeira – **valor mensal Uniforme de R\$ 4,94 e margem de lucro de 1%** (fls. 1.207 a 1.246);

- Agência Nacional de Transportes Terrestres – Contrato nº 69/2010 – posto de Recepcionista e de Motorista – valores mensais respectivos para **Uniforme de R\$ 12,50 e R\$ 25,31**, e **margem de lucro de 2,20%** (fls. 1.247 a 1.272);

- Agência Nacional de Transportes Terrestres – Contrato nº 103/2010 – dois postos de motorista – valores mensais respectivos para **Uniforme de R\$ 20,00 e R\$ 7,50**, e margem de **lucro de 8% e 5%** respectivamente (fls. 1.273 a 1.295);

- Instituto Federal de Educação, ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro – Contrato nº 03/2011 – posto de Recepcionista – valor mensal **Uniforme de R\$ 14,17 e margem de lucro de 0,70%** (fls. 1.296 a 1.332);

- Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Contrato nº 01/2011 – posto de Motorista D – valor mensal **Uniforme de R\$ 16,67 e margem de lucro de 2,66%** (fls. 1.333 a 1.350);

- Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul Rio-Grandense – Contrato nº 06/2011 – posto de Recepcionista – valor mensal **Uniforme de R\$ 10,06 e margem de lucro de 0,40%** (fls. 1.351 a 1.368);

- Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Brasília – Contrato nº 79/2010 – posto de auxiliar de serviços gerais e manutenção predial – valor mensal **Uniforme de R\$ 21,01 e margem de lucro de 0,80%** (fls. 1.371 a 1.421);

- Superintendências Regionais da Receita Federal – 9ª Região Fiscal – Pregão Eletrônico homologado nº 03/2011 – posto de telefonista – valor mensal **Uniforme de R\$ 19,18 e margem de lucro de 2%** (fls. 1.422 a 1.426);

- Escola Agrotécnica Federal do Rio do Sul – Pregão Eletrônico homologado nº 11/2011 – posto de recepcionista – valor mensal **Uniforme de R\$ 24,15 e margem de lucro de 4,50%** (fls. 1.427 a 1.431);

- Superintendências Regionais da Receita Federal – 10ª Região Fiscal – Pregão Eletrônico homologado nº 13/2011 – postos de auxiliar administrativo – valor mensal **Uniforme de R\$ 13,38 e margem de lucro de 1%** (fls. 1.432 a 1.436).

Ademais, conforme já relatado pela área técnica, **na própria pesquisa de mercado realizada por esta CGU-PR**, com a consulta a outros órgãos da Administração Pública que mantêm contratos **vigentes** de serviços de terceirização, **identificaram-se valores para o item UNIFORME semelhantes aos praticados pela Recorrida**, quais sejam:

- Agência Nacional de Transportes Terrestres – Pregão nº 48/2010 – postos de Recepcionista e Motorista – **valores mensais de R\$ 10,00**;

- Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Pregão nº 16/2007 – posto Encarregado – **valor mensal de R\$ 8,92**;

- Departamento Nacional de Produção Mineral – Pregão nº 09/2009 – posto de carregador – **valor mensal de R\$ 12,00**;

- Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Pregão nº 28/2010 – postos de carregador e encarregado – **valores mensais de R\$ 5,00**;

- Ministério da Defesa – Pregão nº 03/2008 – posto de auxiliar administrativo – **valor mensal de R\$ 5,12**.

Por fim, para ratificar a adequação da análise realizada pela área técnica à época da fase de exame da proposta, bem como a presente em razão do recurso apresentado, seguem abaixo manifestações do TCU e da doutrina dominante sobre o assunto.

Deliberações do TCU

“(…) A desclassificação de propostas em razão de preço tem por objetivo evitar que a administração contrate bens ou serviços por preços excessivos, desvantajosos em relação à contratação direta no mercado, ou inexecutáveis/irrisórios, que comprometam a satisfação do objeto almejado com conseqüências danosas à administração.

No que se refere à inexecutabilidade, entendo que a compreensão deve ser sempre no sentido de que a busca é pela satisfação do interesse público em condições que, além de vantajosas para a administração, contemplem preços que possam ser suportados pelo contratado sem o comprometimento da regular prestação contratada. Não é objetivo do Estado espoliar o particular, tampouco imiscuir-se em decisões de ordem estratégica ou econômica das empresas. Por outro lado, cabe ao próprio interessado a decisão acerca do preço mínimo que ele pode suportar.

(…)

Nessas circunstâncias, caberá à administração examinar a viabilidade dos preços propostos, tão-somente como forma de assegurar a satisfação do interesse público, que é o bem tutelado pelo procedimento licitatório. (Acórdão 141/2008 – Plenário)” (grifamos)

“(…) 3. O primeiro fato que causa espécie neste certame é a desqualificação sumária das propostas mais baixas. Acredito que o juízo de inexecutabilidade seja uma das faculdades postas à disposição da Administração cujo o exercício demanda a máxima cautela e comedimento. Afinal, é preciso um conhecimento muito profundo do objeto contratado, seus custos e métodos de produção para que se possa afirmar, com razoável grau de certeza, que certo produto ou serviço não pode ser fornecido por aquele

preço. A questão se torna mais delicada quando verificamos que **o valor com que uma empresa consegue oferecer um bem no mercado depende, muitas vezes, de particularidades inerentes àquele negócio, como por exemplo, a existência de estoques antigos, a disponibilidade imediata do produto, a economia de escala, etc.** Nestes casos **pode existir um descolamento dos preços praticados por determinado fornecedor em relação aos dos demais concorrentes, sem que isso implique sua inexequibilidade.** (Acórdão 284/2008 – Plenário)” (grifamos)

“(…) 13. (...). É claro que **um particular pode dispor de meios que lhe permitam executar o objeto por preço inferior ao orçado inicialmente.** Não obstante, **não há como impor limites mínimos de variação em relação ao orçamento adotado** aplicáveis a todas as hipóteses.

14. Logo, **a apuração da inexequibilidade dos preços, com exceção da situação prevista nos §§ 1º e 2º do artigo 48 da Lei nº 8.666/93, acaba por ser feita caso a caso, diante das peculiaridades de cada procedimento licitatório.**” (Acórdão 1.092/2010 – 2ª. Câmara)” (grifamos)

Doutrina

“(…) 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 inexequibilidade 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 inexequibilidade 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) (grifamos)

“(…) 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. (…)
O núcleo da concepção ora adotada reside na **impossibilidade de o Estado transforma-se em fiscal da lucratividade privada** e na **plena admissibilidade de propostas deficitárias.**

(…)

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.**

(…) Se ele **dispuser de recursos suficientes e resolver incorrer em prejuízo, essa é uma decisão empresarial privada.** Não cabe à Administração a tarefa de fiscalização da lucratividade empresarial privada. Sob esse ângulo, chega a ser paradoxal a recusa da Administração em receber proposta excessivamente vantajosa.

(…) 5.2) (…)
Se um particular dispuser-se a aplicar seus recursos para auxiliar o Estado, auferindo remuneração irrisória, isso não pode ser vedado por dispositivo infraconstitucional.

(...) 5.5) A questão da competição desleal

Nem se afigura relevante o problema da competição desleal e do risco dos preços predatórios. Mais precisamente, o tema não interessa à Comissão de Licitação, a quem não foram atribuídas competências para defesa da ordem econômica.(...)

Logo, se um dos licitantes reputar que a oferta realizada no curso do certame caracteriza prática reprovável e abuso do poder econômico, a solução não reside em obter a desclassificação por inexecutabilidade.(...)

5.6) (...) Aliás, observe-se que **a eliminação de ofertas de valor reduzido pode configurar, por si só, uma ofensa aos princípios da competição leal.** (...).

Insista-se em que a prática de preços inferiores aos custos não configura ato ilícito em si mesmo. Se um particular dispuser-se a atuar com prejuízo, isso não configura automaticamente infração à atividade econômica.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, pgs. 455 e 456).

Diante do que foi exposto, considerando as determinações/orientações do Tribunal de Contas da União e da doutrina e as disposições legais afetas ao assunto, e tendo em vista que a **análise da proposta apresentada pela empresa TAC considerou a planilha de preços como um todo, e não somente itens isolados, além de considerar o contexto geral em que a empresa está inserida**, a fim de resguardar esta Controladoria-Geral da União na futura execução contratual, foram consideradas **improcedentes as alegações da Recorrente AFG CONSTRUÇÕES.**

2) DOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA APRESENTADOS

A Recorrente AFG também **aduz a imprestabilidade dos atestados de capacidade técnico-operacional** apresentados pela empresa TAC, na fase de habilitação do Pregão Eletrônico nº 16/2011, senão vejamos:

(...) **houve a apresentação de vários atestados de capacidade técnica que não refletem a exigência do Edital, in verbis:**

(...)

9.4.1.1. 01 (um) atestado, no mínimo, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, o qual comprove que a licitante prestou, de forma satisfatória, **serviços compatíveis com o objeto do Termo de Referência (Anexo I deste Edital), equivalentes em quantidades e características iguais ou superiores.**

O atestado de capacidade técnica fornecido pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA, datado de 21/06/2011, **apesar de indicar qual serviço a licitante desenvolve não indica a quantidade, sendo este inservível** (...)

Outro ponto a ser destacado dos atestados de capacidade técnica apresentados pela Recorrida diz respeito a **nenhum deles ser equivalente ao objeto da licitação em quantidade, nem mesmo em características.** Com efeito, **inexiste em todos eles a comprovação para a função de motorista (veículo médio porte)** (...)

Inexiste também nos atestados de capacidade técnica fornecidos pela empresa ora Recorrida a demonstração de que já tenha fornecidos serviços para a função de operador de áudio(...)

*(...) alguns dos atestados **padecem do vício de sequer possuir a correta indicação da pessoa jurídica que o forneceu, isto é, sem a indicação do respectivo CNPJ da pessoa jurídica(...)***

*(...) **requer seja o presente recurso conhecido e provido, para desclassificar a proposta da Recorrida, em razão de sua inexequibilidade dando-se, ao final, prosseguimento ao certame (...)***

A Recorrente AFG aduz que os atestados de capacidade técnica da Recorrida TAC **não apresentam quantidades de postos equivalentes ao objeto do Pregão em tela, nem contemplam todos os profissionais** previstos no Termo de Referência, devendo, portanto, se proceder à inabilitação da empresa.

Primeiramente, é importante ressaltar que, **em decorrência de pedido de impugnação interposto em relação ao Edital do Pregão em tela, cuja resposta foi devidamente publicada no COMPRASNET e no sítio da CGU-PR, a interpretação do subitem 9.4.1.1 do Edital passou a ser a seguinte: “esta CGU-PR considerará como serviços compatíveis, para fins de apresentação de Atestado(s) de Capacidade Técnica, aqueles cujas características e quantidades sejam similares as do objeto do Pregão”.**

Diferentemente do que alega a Recorrente, de que a empresa Recorrida deveria ser inabilitada pelo fato de seus atestados **não serem equivalentes em quantidade** com o objeto da licitação, **o Tribunal de Contas da União veda expressamente a exigência de apresentação de atestados com quantidade de profissionais alocados em volume igual ou superior, salvo situações excepcionálissimas, justificadas tecnicamente**, conforme disposto no Acórdão nº 112/2011 do Plenário: “(...) 4. De fato, a exigência de **comprovação de prestação de serviços em volume igual ou superior ao licitado extrapola os requisitos definidos nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993, bem como contraria a jurisprudência do tribunal acerca do assunto** (acórdãos 170/2007, 1.390/2005, 1.094/2004 e 1.937/2003 do Plenário e acórdão 2.309/2007 da 2ª Câmara). **Configura-se, assim, restrição à competitividade do certame, com infração ao inciso I do art. 3º do Estatuto das Licitações.(...)”**

Também cumpre transcrever abaixo outras disposições inseridas no Edital do citado Pregão, afetas à matéria ora tratada.

*“(...) **9.4.1. Para fins de comprovação da Capacidade Técnico-operacional, as empresas licitantes deverão apresentar os seguintes documentos:***

(...)

9.4.1.5. Será aceito o somatório de atestados para comprovar o cumprimento das exigências previstas no subitem 9.4.1.1.

9.4.1.6. Não há obrigatoriedade de que as nomenclaturas constantes do atestado sejam idênticas à utilizada na definição dos cargos ora tratados, contudo as informações neles inseridas deverão ser suficientes para que a área técnica da CGU/PR faça a aferição da compatibilidade dos profissionais/serviços com aquele exigido no Termo de Referência.”

Assim, procedeu-se à análise dos atestados apresentados, **considerando-se a soma das quantidades dispostas em cada um deles para fins de avaliação**. O somatório de postos contemplados nos atestados **totaliza 284 profissionais alocados, quantitativo bem superior ao**

número de postos previstos no item 01 (168 profissionais), o que foi considerado satisfatório pela área técnica.

Com relação à **ausência dos postos de operador de áudio e de motorista** de veículo de médio porte nos atestados, **as áreas técnicas envolvidas**, desde a elaboração do Termo de Referência e do Edital, **não tinham como objetivo que todos os postos de trabalho objeto do Pregão estivessem contemplados nos contratos já executados** pelas licitantes, já que **tal exigência se consubstanciaria em afronta à legislação e aos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários vigentes**. Se alguns dos postos previstos para o item 01 não constavam nos atestados, **tal situação, por si só, não poderia ser considerada motivo de desclassificação sumária da empresa**. A licitação não é um fim em si mesma, mas sim um meio de a Administração obter a proposta mais vantajosa.

Por outra ótica, **tal alegação não merece prosperar**, porque a **análise da capacidade técnica de uma empresa para a prestação de serviços terceirizados deve-se pautar pela avaliação da experiência da Recorrida na execução de serviços de locação de mão-de-obra** que possam **demonstrar sua capacidade de gerenciamento do objeto** constante da licitação em tela. As **exigências de habilitação técnica visam a prover a Administração de elementos técnicos suficientes para garantir a satisfatoriedade da futura execução contratual do serviço de terceirização, e não devem se prestar a frustrar o caráter competitivo do certame**. Assim esclarece o Doutrinador Marçal Justen Filho, em “*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*” (São Paulo: Dialética. 11 ed. pp. 304, 322, 336 e 337):

(...)

Vale insistir acerca **da inconstitucionalidade de exigências excessivas, no tocante à qualificação técnica**. Observe-se que a natureza do requisito é incompatível com disciplina precisa, minuciosa e exaustiva por parte da Lei. **É impossível deixar de remeter à avaliação da Administração a fixação de requisitos de habilitação técnica**. Essa competência discricionária **não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso a licitantes**, tal como já exposto acima. A Administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de **objeto similar**. Vale dizer, sequer se autoriza exigência de **objeto idêntico**. (...)

(...)

Também **não se admitem requisitos que, restritivos à participação no certame, sejam irrelevantes para a execução do objeto licitado. Deve-se considerar a atividade principal e essencial a ser executada, sem maiores referências a especificações ou detalhamentos. Isso não significa afirmar que tais peculiaridades sejam irrelevantes. São significativas para a execução do objeto, mas não para a habilitação.**

“Não cabe à Administração ir além do mínimo necessário à garantia do princípio da República. Logo, não se validam exigências que, ultrapassando o mínimo, destinam-se a manter a Administração em situação ‘confortável’. A CF/88 proibiu essa alternativa”

(...)

A Lei nº 8.666 disciplinou de modo minucioso a matéria da qualificação técnica. Um dos caracteres mais marcantes da Lei nº 8.666 foi a **redução da margem de liberdade da Administração Pública nesse campo e a limitação do âmbito das exigências**. Buscou **evitar que exigências formais e desnecessárias** acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumentos de **indevida restrição à liberdade de participação em licitação**. (...). A legislação vigente **não proíbe as exigências de qualificação técnica, mas reprime as exigências desnecessárias e meramente formais**” (grifos nossos)

Além disso, não se pode perder de vista a **jurisprudência do Tribunal de Contas da União que veda, como requisito de habilitação técnica, a exigência de que a licitante tenha executado serviço no mínimo igual ao do objeto do Pregão**, por **“impor às interessadas condição que extrapola os critérios razoáveis de seleção, invadindo e ferindo a competitividade do certame”** (Acórdão nº 410/2006 – Plenário) (grifos nossos).

Abaixo, transcrevo parte de Acórdão recente da Corte de Contas, a fim de respaldar a análise.

Acórdão nº 1852/2010 - TCU - Segunda Câmara

“(...)

Voto do Ministro Relator

5.4. A diretriz geral quanto às licitações, seus princípios e finalidade encontra-se na Constituição da República, art. 37, XXI, onde se lê:

*“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual **somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**”*

5.5. A Lei nº 10.520/2002, que rege as licitações públicas na modalidade pregão, estabelece o seguinte quanto à verificação das condições de habilitação:

“Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

*XIII - a **habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;**”*

5.6. Em seu art. 9º, a citada Lei prevê para a modalidade de pregão a aplicação subsidiária das normas previstas na Lei nº 8.666/1993. Esta, por seu turno, estabelece a seguinte regra na seção relativa à habilitação:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

*II - comprovação de **aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;**”*

5.7. O conjunto normativo mencionado busca garantir à Administração a contratação da proposta mais vantajosa possível associada a garantias mínimas de que o objeto será cumprido de maneira satisfatória.

5.8. A **economicidade do certame é consequência direta do maior número possível de participantes**, ou seja, da menor restrição à competitividade que se possa ter.

5.9. O outro aspecto - segurança quanto ao cumprimento satisfatório do objeto - deve ser alcançado por meio de **exigências mínimas de qualificação técnica**.

(...)

5.15. **Quanto à qualidade dos atestados, doutrina e jurisprudência defendem que a comprovação deve se dar por meio de objetos similares, e não necessariamente idênticos, visto que o objetivo da medida prevista na legislação é unicamente aferir se a licitante possui experiência anterior na produção e/ou fornecimento de bens da mesma natureza daqueles que estão sendo contratados. Ou seja, a finalidade é apenas afastar eventuais interessados que não detenham capacidade mínima de atender à Administração.(...)**” (grifos nossos)

No que se refere ao atestado fornecido pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, **tal alegação da Recorrente de que o documento seria “inservível” por não apresentar a quantidade de postos contratada não se sustenta**, haja vista que **uma simples diligência poderia ser realizada a fim de complementar tal informação**. Conforme consulta ao Portal Comprasnet, constante dos autos à fl. 1.081, a **quantidade contratada pelo MAPA, referente ao atestado apresentado, é de 6 (seis) postos**.

Por fim, cabe destacar que, à época da avaliação dos documentos de habilitação, com a finalidade de **subsidiar a análise realizada pela área técnica e comprovar a veracidade das informações constantes dos atestados apresentados**, foram encaminhadas diligências à empresa Recorrida, solicitando o **envio de documentos como cópias de contratos e/ou notas fiscais** referentes às contratações. Em resposta à diligência, a licitante, conforme despacho de habilitação da proposta às fls. 1.100 e 1.100-v, **“remeteu as Notas Fiscais juntadas às fls. 1087 a 1099, as quais demonstram se referirem aos atestados apresentados, inclusive no tocante aos quantitativos de funcionários alocados na execução dos serviços”**.

De posse das Notas fiscais encaminhadas pela Recorrida, **comprovou-se a efetiva prestação dos serviços pela TAC, especialmente no que se refere aos atestados emitidos por empresas privadas**. Assim, a alegação da Recorrente que **“alguns dos atestados padecem do vício de sequer possuir a correta indicação da pessoa jurídica que o forneceu, isto é, sem a indicação do respectivo CNPJ da pessoa jurídica”** não pôde se sustentar, haja vista que a informação a respeito do CNPJ foi obtida com a apresentação das notas fiscais.

3) DA DECISÃO DO PREGOEIRO

Assim, em face das razões expendidas acima **INDEFIRO** os pedidos formulados pela Recorrente, **mantendo o posicionamento inicial** no sentido de **DECLARAR VENCEDORA** do certame a empresa **TAC MANUTENÇÃO E SERVIÇOS LTDA**.

À consideração superior.

Em de agosto de 2011.

WALLACE SOUSA CIRCUNCISÃO
Pregoeiro

BRUNA DE ALMEIDA LEITE
Pregoeira

JEFFERSON DE FREITAS MARTINS
Assessor Técnico
CGRL/DGI/CGU-PR

De acordo.

Encaminhe-se o processo à Sra. Diretora de Gestão Interna - Substituta, para análise e, se for o caso, para os registros de **adjudicação e homologação**, referentes ao Pregão Eletrônico nº 16/2011.

Em de agosto de 2011.

CRISTIANE DOS SANTOS NERY DE OLIVEIRA
Coordenadora-Geral de Recursos Logísticos - Substituta

Acompanho o posicionamento do Pregoeiro, declarando como vencedora do item 01 do Pregão Eletrônico nº 16/2011 a empresa TAC MANUTENÇÃO E SERVIÇOS LTDA.

Tendo em vista a **adjudicação e a homologação** do Pregão Eletrônico nº 16/2011, restituam-se os autos à COLIC/CGRL para prosseguimento.

Em de agosto de 2011.

CARLA BAKSYS PINTO
Diretora de Gestão Interna - Substituta