



12687140



08004.000150/2020-47



Ministério da Justiça e Segurança Pública
Secretaria-Executiva
Divisão de Licitações

NOTA TÉCNICA Nº 113/2020/DILIC/COPLI/CGL/SAA/SE/MJ

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08004.000150/2020-47

INTERESSADO: CGDS

1. INTRODUÇÃO

1.1. Trata-se de realização de consulta em sede de diligência ao corpo técnico jurídico do Ministério da Justiça e Segurança Pública, visando subsidiar decisão do Pregoeiro acerca da análise de propostas relativas ao Pregão nº 16/2020, cujo objeto é a contratação de empresa para prestação de serviço continuado de manutenção preventiva e corretiva em todos os sistemas de ar condicionado, chiller, fan-coils, self-contained, splits, multi-splits, VRF, aparelhos de ar condicionado de janela, do tipo portátil, geladeiras, frigobares, filtros e cortinas de ar no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública - MJSP em Brasília, incluindo o fornecimento de todos os insumos, materiais, peças, componentes e acessórios, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste instrumento e seus anexos.

2. HISTÓRICO

2.1. Participaram do pregão 22 empresas, o valor estimado para a contratação perfazia a monta de R\$ 1.133.761,90. Encerrada a etapa de lances, foi dado início à convocação da empresa vencedora.

2.2. As duas primeiras empresas não apresentaram a proposta ajustada aos valores dos últimos lances. Os valores de suas propostas rondavam na casa dos R\$ 527.000,00 e R\$ 545.000,00, respectivamente.

2.3. A terceira empresa, quando convocada, apresentou a proposta de preços (R\$ 647.511,14), mas verificamos que o Acordo Coletivo por ela apresentado havia expirado em 30/04/2020. Em sede de diligência, via chat, realizou-se o questionamento se a empresa teria algum termo aditivo do Acordo Coletivo, mas ela informou que não em virtude dos Sindicatos não terem se reunido.

2.4. Assim, após realizar consultas sobre a matéria, incluindo o que prevê a nova redação do § 3º do art. 614 da CLT, que sacramentou no plano legislativo a vedação à ultratividade, entendeu-se ser inviável a análise de proposta elaborada com base em convenção não vigente. Isto porque não haveria como se averiguar a vantajosidade da proposta frente aos demais concorrentes que oportunamente pudessem ter ofertado suas propostas de acordo com normas coletivas ajustadas ao exercício e possíveis custeios mais onerosos.

2.5. Por esses motivos, a proposta da licitante foi recusada, por entender que não seria juridicamente viável a realização de diligência tendente a sanear irregularidade essencial de determinado documento, alterar a substância das propostas ou documentos de habilitação ou, ainda, acarretar na juntada de documento ou informação que, originalmente, deveria constar da proposta.

2.6. Nessa toada, prosseguimos com a convocação das licitantes remanescentes. Assim, tivemos mais duas empresas que não apresentaram a proposta quando convocadas e duas outras empresas que apresentaram as propostas, mas não atenderam aos requisitos exigidos para fins de habilitação técnica.

2.7. Assim, chegamos ao cenário atual, cuja convocação da empresa **AIRTEMP CENTRAL DE SERVICOS E COMERCIO DE REFRIGERACAO, CNPJ: 01.978.473/0001-20**, oitava classificada, com o valor de sua proposta em R\$ 864.892,32, quando convocada, apresentou a sua proposta com base em Convenção Coletiva do estado de São Paulo. Nas pesquisas que realizamos, ficou claro que a norma coletiva a ser utilizada é a do local da prestação dos serviços (Distrito Federal).

3. DA DILIGÊNCIA

3.1. Conforme análise acima, observou-se a utilização de norma coletiva não abrangente ao território da prestação do serviço. Em sede de diligencia nos contratos da própria empresa, nos termos do que estabelece o item 8.8 do Edital, apuramos que recentemente ela foi ganhadora de uma licitação no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e analisando a Ata de Realização do Pregão nº 02/2019 (UASG 303001), verificamos que a empresa agiu da mesma forma, utilizando-se de norma coletiva vigente cuja abrangência era restrita ao Estado de São Paulo, local de onde encontra-se sediada.

3.2. Ocorre que, no mencionado Pregão, a ela foi concedida a possibilidade de alteração do Acordo/Convenção, ajustando-se a proposta mediante realização de diligência, enquanto nosso entendimento era o de que uma alteração de CCT após a juntada dos documentos em ato de convocação pelo Pregoeiro se enquadraria mais em erro substancial do que erro formal ou material. Nessa toada, fizemos questionamento ao corpo técnico jurídico do Ministério da Justiça e Segurança Pública (CONJUR), visando subsidiar a tomada de decisão do Pregoeiro.

3.3. Segue a manifestação do posicionamento jurídico:

1 - Diante desses fatos, solicito auxílio quanto ao entendimento jurídico **do que poderia ser passível de realização de diligencia no âmbito do pregão, mormente em relação à indicação da norma coletiva?**

Sobre a realização de diligência no procedimento licitatório dispõe o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 que “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**”.

Também o Decreto nº 10.024/2019 em seu art. 47 determinou que “**O pregoeiro poderá, no julgamento da habilitação e das propostas, sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, e lhes atribuirá validade e eficácia para fins de habilitação e classificação**, observado o disposto na [Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999](#).”

Ante o acima exposto pode-se concluir que as diligências têm como finalidade: 1) esclarecer dúvidas; 2) obter informações complementares, e; 3) sanar falhas (vícios e/ou erros).

Desse modo, cabe pontuar que a abertura para a possibilidade de realização de diligência foi a forma encontrada pela norma para proporcionar ao pregoeiro, a comissão ou a autoridade competente reunir todas as informações necessárias para a tomada da melhor decisão em termos de segurança e adequação.

Registre-se que pelo disposto na Lei Geral de Licitações nos termos precitados a diligência pode ser realizada em qualquer fase ou etapa da licitação, ainda, sua realização sendo destinada a esclarecer dúvidas ou a obter informações complementares independe de previsão em edital sendo corolário dos princípios que regem a Administração Pública.

Nesse ponto, importante trazer à baila o Acórdão 2159/2016 do Plenário do TCU que esclareceu quanto à finalidade da diligência no sentido “... de suprir lacuna quanto às informações constantes das propostas, medida simples que privilegia a obtenção da

proposta mais vantajosa e evita a desclassificação indevida de propostas”. Assim, a decisão pela realização da diligência deve estar fundamentada na busca da proposta mais vantajosa, na ampliação da competitividade resultando, assim, na observância do interesse público.

Por outro lado, sem sombra de dúvidas deve-se primar pelo cuidado ao se decidir pela realização de diligência para que não resulte em violação aos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.

Atenta ao que foi supramencionado foi que a Lei direcionou comando no sentido de que não é possível a inclusão de documentação que deveria ter sido originariamente apresentada, sob pena de configurar tratamento anti-isonômico entre os concorrentes.

Forçoso concluir, então, que caso a diligência promovida resultar na produção de documento que materialize uma situação já existente ao tempo da sessão de apresentação das propostas não haverá ilegalidade ou irregularidade.

Estabelecidas as premissas lançadas até este momento cabe a seguinte indagação: **Haverá inclusão de nova proposta pela licitante resultando na majoração do preço global?**

Pelo que foi narrado no e-mail pelo órgão assessorado “Quanto à possibilidade ou não de oportunizar ao licitante que ele se adequasse, nossa interpretação foi a de que não caberia a permuta por uma nova CCT (mesmo que não alterasse o valor da proposta final)” possivelmente não haverá mudança na proposta ofertada pela empresa, com isso, o eventual envio de nova planilha não iria representar alteração no preço global, nem mudança na classificação.

Seguindo, outra arguição também merece ser feita: O órgão licitante poderia ter um custo muito maior com a contratação por não ter efetuado a reconvocação da empresa para saneamento da eventual falha?

Atenta ao que foi estabelecido no e-mail possivelmente sim.

Ante o exposto, a diligência: 1) é um recurso indispensável para aproveitamento de boas propostas; 2) possibilita que os erros, falhas ou omissões possam ser sanados **ou, mesmo, esclarecidos**; 3) não possibilita a violação ao princípio da isonomia entre os licitantes; 4) não é considerada simples faculdade ou direito da administração (poder-dever do gestor público - não é ato discricionário se ela for cabível).

Em vista disso, uma coisa é a observância à necessidade de abertura da diligência e outra é a possibilidade ou não em ser aceito e substituído o documento em questão.

A meu ver deveria ter sido aberta a diligência em homenagem ao formalismo moderado, a razoabilidade, a busca pela eficiência e a proposta mais vantajosa para a Administração, o que possibilitaria a apresentação do documento ou não o que resultaria na análise quanto ao enquadramento em erro formal, material ou substancial e, conseqüentemente, o fundamento para a possibilidade ou não de saneamento do ato seria encontrado. Sendo assim, em não sendo apresentado Acordo/Convenção vigente e válido pela empresa a decisão pela desclassificação seria a mais acertada.

2 – Caso o entendimento seja da possibilidade de alteração de norma coletiva para que resulte em ajuste de proposta, os atos de desclassificação da proposta da terceira colocada (R\$ 647.511,14) deverão ser revistos antes de possibilitar o mesmo direito à empresa oitava colocada (R\$ 864.892,32)?

De acordo com a resposta acima (pergunta 1) a diligência deve ser aberta tanto para a terceira colocada, quanto para a oitava. Apresentados os documentos deverá ser feita a análise quanto à possibilidade ou não em sanear o ato.

Considerações Finais

- A empresa tem direito de usar a CCT de sua atividade preponderante, exceto se for profissão regulamentada e o segmento da empresa tenha participado de negociação coletiva dessa profissão.

- A CCT usada na pesquisa de preços é apenas referência. A polêmica sobre qual usar surge se houver mais de uma possível. De qualquer forma, não obriga o fornecedor, se ele estiver vinculado a outro instrumento coletivo.
- **Acórdão 1.097/2019-TCU Plenário:**
Na elaboração de sua planilha de formação de preços, o licitante pode utilizar norma coletiva de trabalho diversa daquela adotada pelo órgão ou entidade como parâmetro para o orçamento estimado da contratação, tendo em vista que o enquadramento sindical do empregador é definido por sua atividade econômica preponderante, e não em função da atividade desenvolvida pela categoria profissional que prestará os serviços mediante cessão de mão de obra (art. 581, § 2º, da CLT e art. 8º, inciso II, da Constituição Federal).
- Verifique na IN nº 05/2017 no Anexo VII-A o item 9.4.

4. ANÁLISE DO PREGOEIRO

- 4.1. Diante do exposto, o registro que prospera é a possibilidade de alteração de indicação de norma coletiva para fins de ajustes de proposta.
- 4.2. Nesse entendimento, verifica-se que direito idêntico deverá ser concedido ao licitante que tenha sido desclassificado anteriormente por razões semelhantes.
- 4.3. Por oportuno, cabe assentar que a empresa Tafa Engenharia Ltda, CNPJ nº 12.859.652/0001-65, terceira classificada, foi desclassificada *"por apresentar valores referências realizados em Acordo Coletivo cuja data de validade encontra-se expirada desde maio/2020, sendo certo que é vedada a ultratividade da norma coletiva, Lei nº 13.467/2017, parágrafo 3º do art. 614 da CLT, o que impossibilita a aferição da proposta mais vantajosa"*.
- 4.4. Em ato contínuo, o que se verifica é a necessidade de se rever o ato de desclassificação da empresa Tafa Engenharia Ltda (terceira colocada), possibilitando a ela o direito de alteração de norma coletiva para fins de ajuste de proposta, antes que se proceda direito idêntico à empresa ora analisada, Airtemp Central de Serviços e Comércio, CNPJ 01.978.473/0001-20.
- 4.5. De acordo com o princípio da autotutela, a Administração Pública exerce controle sobre seus próprios atos, tendo a possibilidade de anular os ilegais e de revogar os inoportunos. Isso ocorre pois a Administração está vinculada à lei, podendo exercer o controle da legalidade de seus atos.
- 4.6. Nesse sentido, dispõe a Súmula 346, do Supremo Tribunal Federal: "a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos". No mesmo rumo é a Súmula 473, também da Suprema Corte, "a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

5. CONCLUSÃO

- 5.1. Da análise empreendida, este pregoeiro manifesta-se pelo sobrestamento da análise da Empresa Airtemp Central de Serviços e Comércio, CNPJ 01.978.473/0001-20 (oitava colocada), para que se proceda o direito à Empresa Tafa Engenharia Ltda (terceira colocada), CNPJ nº 12.859.652/0001-65, visando possibilitar a adequação à norma coletiva para fins de ajuste de proposta, nos termos do entendimento jurídico desta pasta.



Documento assinado eletronicamente por **EDUARDO DE OLIVEIRA DA ROSA, Pregoeiro(a)**, em 21/09/2020, às 13:55, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.autentica.mj.gov.br> informando o código verificador **12687140** e o código CRC **39F74734**

O trâmite deste documento pode ser acompanhado pelo site <http://www.justica.gov.br/acesso-a-sistemas/protocolo> e tem validade de prova de registro de protocolo no Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Referência: Processo nº 08004.000150/2020-47

SEI nº 12687140