

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRARRAZÃO :

ILMO. SR. PREGOEIRO RESPONSÁVEL PELA REALIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO 11/2023 – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA.

Ref.: Pregão Eletrônico nº 11/2023 (Processo Administrativo 08084.005021/2023-45)

GENERAL CONTRACTOR CONSTRUTORA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº. 73.509.440/0001-42, com sede na Avenida João Cabral de Melo Neto, nº. 850, sala 925, bloco 2, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro – RJ, apresentar

CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO

interposto pela empresa RCS TECNOLOGIA S/A, nos autos do processo administrativo referente à licitação supramencionada, o qual visa a declaração de inabilitação da ora Recorrida e a desclassificação de sua proposta, e o faz nos seguintes termos:

Como se depreende da leitura do instrumento convocatório, a presente licitação tem por objeto o Registro de Preços para “contratação de empresa para prestação de serviços continuados de apoio administrativo, com execução realizada mediante alocação pela contratada de empregados em regime de mão de obra com dedicação exclusiva, para os cargos de recepcionista, apoio administrativo nível 1, almoxarifes, carregadores e encarregados (grupo 01) e assistente administrativo, secretário executivo, secretário executivo bilíngue, técnico em secretariado e motoristas executivos (grupo 02), na cidade de Brasília/DF, com disponibilidade de solução tecnológica para fiscalização e gestão contratual”.

A empresa Recorrida fora inicialmente desclassificada em virtude da suposta ausência de apresentação de documentos que comprovassem sua qualificação técnica, conforme os critérios estabelecidos no item 23.3 e subitens do Termo de Referência.

Em seguida, houve a convocação da Recorrente para análise dos requisitos de habilitação e de sua proposta, tendo sido declarada habilitada e vencedora do certame.

A ora Recorrida, então, interpôs recurso administrativo contra a decisão do Pregoeiro, com vistas a reverter a decisão que a desclassificou, argumentando, em apertada síntese, que não lhe foi oportunizado o direito ao diligenciamento para comprovação do preenchimento dos requisitos de habilitação técnica para a prestação dos serviços objeto do edital.

Após análise das razões recursais, o Pregoeiro conheceu do recurso e, no mérito, concedeu-lhe provimento para reconsiderar a decisão que inabilitou a ora Recorrida, retornando-se à fase de habilitação nos GRUPOS 1 e 2 do certame, para que se analisasse a Proposta Comercial e documentos de habilitação da GENERAL CONTRACTOR.

Em decorrência do provimento do recurso, a Recorrida, no GRUPO 2, foi considerada habilitada e, posteriormente, declarada vencedora do certame.

Inconformada com a acertada decisão proferida pelo Pregoeiro, interpôs, a Recorrente, o presente Recurso Administrativo que, conforme se demonstrará, não merece provimento.

DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DA RECORRIDA DO ATENDIMENTO AO EXIGIDO NO ITEM 10.11.1.1 DO EDITAL

A Recorrente afirma que o Atestado de Capacidade Técnica relativo à Prefeitura de Maricá, apresentado pela Recorrida, é imprestável à comprovação do atendimento à exigência do requisito de qualificação técnica, previsto no item 10.11.1.1 do Edital, uma vez que se trata de mera Ata de Registro de Preço, inapta a atestar a prestação de serviços contínuos.

Tal argumento não merece acolhimento.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o Atestado de Capacidade Técnica apresentado pela Recorrida não se trata de ou faz referência à Ata de Registro de Preço, mas, sim, a contrato administrativo firmado com o Município de Maricá, registrado sob o nº 137/2020, conforme consta do próprio documento comprobatório da capacitação técnica.

A propósito, o próprio Pregoeiro, na decisão que reconsiderou a inabilitação da Recorrida, mediante análise dos documentos exigidos e acostados mediante solicitação de diligência, reconheceu que o atestado apresentado pela Recorrida era válido e se relacionava ao supramencionado contrato administrativo. Confira-se:

(...)

Atestado de Capacidade Técnica emitido pela Prefeitura do Município de Maricá, relacionado ao Contrato nº137/2020:

Conforme Termo Aditivo nº 04, ficou evidenciado que o contrato nº 137/2020 foi prorrogado até março/2024. Dessa forma, considerou-se que o atestado comprova a execução de serviços de março/2020 a novembro/2023(data da abertura da sessão do PE 11/2023), totalizando 44 meses de execução com a alocação de 256 postos de trabalho.

(...)

O que se vê, na realidade, é tentativa do Recorrente de emprestar aos fatos interpretação que melhor lhe compraze.

Vejam os dispostos no item 10.11.1 e 10.11.1.1 do Edital:

10.11.1. Comprovação que já executou contrato(s) com um mínimo de 50% (cinquenta por cento) do número de postos de trabalho a serem contratados.

(...)

10.11.1.1. Será aceito o somatório de atestados que comprovem que o licitante gerencia ou gerenciou serviços de terceirização compatíveis com o objeto licitado por período não inferior a 3 (três) anos, referentes a períodos sucessivos não contínuos, não havendo obrigatoriedade de os três anos serem ininterruptos.

Como se vê, o atestado relativo Município de Maricá atende ao disposto no instrumento convocatório, porque comprova a prestação, pela Recorrida, de serviço continuado e que está estritamente relacionado com o objeto ora licitado, pelo período indicado no instrumento convocatório.

Veja-se que a comprovação do fornecimento de mão-de-obra de 256 (duzentos e cinquenta e seis) postos é mais do que suficiente para atender ao necessário exigido REFERENTE AO GRUPO 2, lembrando que, a documentação comprobatória foi complementada, também, em razão de diligências realizadas pelo Pregoeiro, após prover o recurso interposto pela Recorrida em face de sua incorreta inabilitação.

Destaca-se que o GRUPO 2 (termo de referência 1.1) estipula a contratação de 435 (quatrocentos e trinta e cinco) postos de trabalho, portanto, ao considerar o quantitativo exigido de 50% (cinquenta por cento) determinado no item editalício acima mencionado, inquestionável o regular atendimento ao instrumento convocatório pela ora Recorrida.

Portanto, assim restaram os postos comprovados pela Recorrida que demonstram o regular atendimento a relevância técnica determinada no Edital:

Contratante Quantidade de postos Início de Vigência Fim da Vigência Total de Meses
Pref. Carapebus 107 02/08/2010 01/01/2016 65 meses
FINEP 24 28/05/2013 28/05/2014 12 meses
Pref. Maricá 256 03/03/2020 02/11/2023 44 meses
TOTAL 387 POSTOS DE TRABALHO 121 MESES

Importante consignar que a Recorrida acostou documentação complementar mediante requerimento de diligência pelo Pregoeiro, relativa ao atestado ora impugnado, que ratificou o fornecimento de 256 (duzentos e cinquenta e seis) postos de trabalho pelo período 03/03/2020 até 03/03/2023 (36 meses = 3 anos).

Indene a dúvidas que os atestados utilizados para fins de comprovação de capacidade técnica referem-se a contratos firmados, sendo impossível prosperar o recurso manejado pela Recorrente, eis que funda-se em premissa equivocada.

De acordo com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que é decorrente do princípio da legalidade, a Administração Pública e os licitantes devem observar estritamente as normas estabelecidas no edital de forma objetiva, prestigiando-se, por consequência, o princípio da competitividade.

E no caso que aqui se cuida, o que se viu tanto por parte do Pregoeiro, quanto à ora Recorrida, foi a estrita observância ao Edital, na medida em que esta apresentou atestado de capacitação técnica que atende às exigências do certame, e aquele, em análise puramente objetiva, reconheceu sua validade, confirmando a

capacitação técnica para a prestação do serviço licitado.

Portanto, não há que se falar em imprestabilidade do atestado de capacidade técnica apresentado pela Recorrida, ao que deve ser mantida a decisão do Pregoeiro que a considerou vencedora do certame.

DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA

A Recorrente argumenta que a proposta de preço apresentada pela Recorrida é inexequível, já que nas planilhas de custos e formação de preços apresentadas, a carga tributária indicada gerará custos indiretos que representarão lucro negativo, o que não seria permitido pela legislação e pelo Tribunal de Contas da União.

Tais argumentos são facilmente refutáveis.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que a Corte Superior de Contas já pacificou entendimento no sentido de que o lucro negativo ou a proposta sem margem de lucro não torna a proposta inexequível.

Isto porque, de acordo com a Corte de Contas, a desclassificação por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados e após ser concedida oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta, vejamos:

Representação de empresa participante de pregão eletrônico conduzido pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), destinado à contratação de serviços terceirizados e continuados de limpeza, asseio e conservação, apontara a desclassificação indevida da proposta da representante, sob alegação de inexequibilidade de preços, fundamentada "apenas na informação de que a sua margem de lucro seria de 0,1%". Realizadas as oitivas regimentais após a suspensão cautelar do certame, o relator, alinhado à unidade técnica, rejeitou as justificativas apresentadas, destacando a Súmula-TCU 262 segundo a qual "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". Mencionou ainda outras deliberações do Tribunal no sentido de que "a desclassificação de proposta por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados" (grifos do relator). Sobre a questão da margem de lucro, o relator lembrou o Acórdão 325/2007-Plenário que, no seu entendimento, poderia ser aplicado para a contratação de serviços continuados: "Dependendo da escolha da estratégia comercial, a empresa pode ser bem agressiva na proposta de preços, relegando a segundo plano o retorno do investimento considerado para o contrato ... As motivações para perseguir o sucesso em uma licitação em detrimento da remuneração possível pela execução da obra variam: a empresa pode estar interessada na obra específica por sinergia com suas atuais atividades; pode haver interesse em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado ...; pode haver interesse em incrementar o portfólio de execução de obras da empresa; pode haver interesse na formação de um novo fluxo de caixa advindo do contrato ... Esses exemplos podem traduzir ganhos indiretos atuais para empresa ou mesmo ganho futuro, na ótica de longo prazo para o mercado. Assim, é possível que empresas atuem com margem de lucro mínima em propostas para concorrer nas contratações ..., desde que bem estimados os custos diretos e indiretos.". Por fim, destacou o relator, "não há norma que fixe ou limite o percentual de lucro das empresas", de forma que "atuar sem margem de lucro ou com margem mínima não encontra vedação legal, depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecução da proposta". O Tribunal, seguindo o voto da relatoria, considerou procedente a Representação e fixou prazo para a anulação do ato de desclassificação da proposta da representante. (Acórdão 3092/2014-Plenário, TC 020.363/2014-1, relator Ministro Bruno Dantas, 12.11.2014).

Como se vê, ainda que a margem de lucro da ora Recorrida fosse zerada ou mínima – o que não é o caso – não haveria fundamento para desclassificação de sua proposta por inexequibilidade.

Noutro giro, a Recorrente argumenta que a Recorrida, em sua planilha de composição de custos, não considerou que as despesas indiretas de 4,8% (quatro vírgula oito por cento) para o Impostos de Renda sobre Pessoas Jurídicas (IRPJ) e 1,0% (um por cento) da Contribuição Social Sobre Lucro Líquido (CSLL) e que isso repercutia em sua margem de lucro, tornando sua proposta, igualmente, inexequível.

Contudo, os percentuais de BDI presentes na proposta são exequíveis e positivos. Nesse quesito, ressalta-se o ACÓRDÃO 906/2020 – PLENÁRIO do TCU: Divergências entre as planilhas de composição de custos e formação de preços da licitante e as da Administração, inclusive relativas à cotação de lucro zero ou negativo, não são, em princípio, motivo de desclassificação, devendo para tanto haver o exame da exequibilidade da proposta, uma vez que as planilhas possuem caráter subsidiário e instrumental.

Os custos indiretos de uma empresa não estão calculados somente na rubrica específica do contrato. Trata-se de um rateio geral do negócio entre todos os contratos vigentes. Ou seja, as despesas operacionais administrativas ou "Custos Indiretos" de uma empresa representam o rateio dos gastos de ordem geral referentes à administração do negócio entre os contratos vigentes da licitante.

Quanto ao percentual aplicado na proposta para o aviso prévio trabalhado, para a cotação dos valores foram consideradas as orientações oriundas do Acórdão nº 1586/2018 do Tribunal de Contas da União, que estabelece que o percentual do aviso prévio trabalhado de 1,94% É O PERCENTUAL MÁXIMO E NÃO OBRIGATÓRIO.

Ora, como é de conhecimento, não existe norma legal que fixe esse percentual como obrigatório, uma vez que cada licitante tem autonomia e liberalidade para dimensionar este tipo de encargo conforme a prática e dia a dia da empresa, haja vista que essa rubrica se trata de mera estimativa apresentada pelas licitantes, de forma que eventuais divergências entre o apresentado e o efetivamente ocorrido devem ser considerados como inerente aos riscos do negócio.

Vale ressaltar que a jurisprudência do TCU (Tribunal de Contas da União) é firme no sentido de considerar indevida a fixação, nos editais de licitação, de percentual para encargos sociais, ainda que mínimo, principalmente para os que não possuem previsão legal.

O TCU, ao enfrentar situação idêntica, assinalou "que os valores correspondentes aos encargos incorridos são meras estimativas apresentadas pela licitante, de forma que eventuais divergências entre o apresentado e o efetivamente ocorrido devem ser considerados como inerente aos riscos do negócio, impactando positivamente ou negativamente o lucro da contratada (Acórdãos 963/2014 – Relator: Ministro Marcos Vileça e 1.186/2017 – Relator: Ministro- Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, ambos do Plenário)."

Logo, considerando que a planilha de formação de custos e preços apresentada pela Recorrida encontra-se dentro dos padrões previstos tanto no edital quanto no termo de referência e foi devidamente aprovada pelo Pregoeiro, não há que se falar em desclassificação pela inexecuibilidade da proposta, eis que regularmente apresentada pela Recorrida.

DO DIREITO DA EMPRESA À DESONERAÇÃO DECORRENTE DO SEU FATURAMENTO

Alega a Recorrente que a Recorrida não se qualificaria para usufruir do benefício da desoneração da folha de pagamento pelo fato dos seus contratos de mão de obra representarem um faturamento total de 77,13% (setenta e sete vírgula treze por cento) do faturamento da empresa, enquanto apenas 22,87% (vinte e dois vírgula oitenta e sete por cento) se relacionarem à construção civil.

Melhor sorte não assiste ao Recorrente. Explica-se: a Recorrida observou todos os requisitos instituídos pela norma e pela jurisprudência para utilizar o benefício da desoneração da folha de pagamento, em especial, no que se refere ao seu faturamento, não havendo nenhuma ilegalidade ou infração contratual na utilização do citado benefício.

Isso porque, inexistindo vedação legal, cabe às empresas utilizarem o regime tributário que lhe seja mais benéfico, sendo que é comum e até salutar as empresas do mesmo segmento terem custos diferentes quando há possibilidade de utilizar mais de um regime tributário. Cada qual pode e deve escolher o regime que, além de trazer menor custo tributário, melhor se encaixe no perfil de sua empresa.

O que concede à Recorrida a utilização do citado benefício é a atividade econômica enquadrada nas normas da desoneração pelo código CNAE, devendo ser considerado para fins de cálculo, o CNAE relativo à sua atividade principal, assim considerada aquela de maior receita auferida ou esperada conforme previsto no §§ 9º e 10º do artigo 9º da citada Lei, abaixo transcritos:

Artigo 9º (...)

§ 9º As empresas para as quais a substituição da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento pela contribuição sobre a receita bruta estiver vinculada ao seu enquadramento no CNAE deverão considerar apenas o CNAE relativo a sua atividade principal, assim considerada aquela de maior receita auferida ou esperada, não lhes sendo aplicado o disposto no § 1º.

§ 10. Para fins do disposto no § 9º, a base de cálculo da contribuição a que se referem o caput do art. 7º e o caput do art. 8º será a receita bruta da empresa relativa a todas as suas atividades.

Na forma acima, a atividade principal da empresa, para fins de enquadramento ao CPRB, não é, necessariamente, aquela assim classificada no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). O enquadramento da empresa deve ser realizado a partir da receita auferida no ano-calendário anterior.

Esse é entendimento do TCU (Tribunal de Contas da União) no acórdão proferido nº 2456/2019, que determina que, para fins de auferir a condição de beneficiária da desoneração, apenas deve ser considerada a CNAE relativa à sua atividade principal, sendo esta atividade assim considerada a de maior receita auferida ou esperada.

Ou seja: para se perquirir acerca da condição da empresa fazer uso da desoneração, o que lhe autoriza não é o objeto do contrato em si, mas, sim, dentre as atividades exercidas pela empresa, aquelas que representem a maior receita auferida. Isto é, se a maior receita da empresa advém de atividades que autorizam a utilização do benefício, a empresa pode se valer do mesmo, ainda que o objeto de um contrato específico não faça parte daquela atividade.

Ratificando, ainda, a submissão da empresa GENERAL CONTRACTOR CONSTRUTORA LTDA. ao regime desonerado, restou apresentado em seus documentos de habilitação a declaração indicando todos os contratos firmados pela empresa e que o faturamento decorrente de contratos de construção civil é superior ao de contratos de

disponibilização de mão de obra, o que por si só, já seria hábil a comprovar a opção pelo respectivo regime.

Em tempo, ainda que não haja qualquer obrigatoriedade na medida, destaca-se que a ora Recorrida se dispõe a apresentar nova declaração atualizada do presente ano, uma vez que sua condição de direito a desoneração se mantém.

Assim, por qualquer ótica que se analise a utilização do benefício da desoneração, quer seja pelo objeto do contrato, quer seja pelo cálculo da maior receita auferida, a empresa se enquadra nas hipóteses legais do benefício estipulado, inexistindo violação às diretrizes editalícias e contratuais.

PRINCÍPIO DE VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO:
ARTIGO 41 DA LEI 8.666/93

Pelo exposto acima, é possível extrair a seguinte ilação: a Recorrente busca, com a interposição do presente recurso, violar frontalmente o princípio de vinculação ao instrumento convocatório e, por conseguinte, os artigos 3º e 41 da Lei de Licitações.

Segundo o eminente doutrinador Jessé Torres Pereira Júnior, o referido princípio acarreta pelos menos cinco consequências importantes, dentre elas:

(a) a discricionariedade da Administração para estabelecer o conteúdo do edital transmuda-se em vinculação uma vez este publicado, passando a obrigar tanto o administrador quanto os competidores;
(...)
(destacou-se)

No mesmo sentido, são os ensinamentos dos ilustres administrativistas Hely Lopes Meirelles e Jessé Torres Pereira Júnior, respectivamente:

"O edital fixa e estabiliza as condições da licitação, tornadas estáticas daí por diante, para que os interessados possam organizar a documentação solicitada e apresentar as propostas nos termos desejados pela Administração. Se se admitissem exigências diferentes das fixadas no edital, jamais os proponentes teriam segurança na documentação a ser exibida e nas propostas a serem apresentadas, como também o órgão licitador não teria padrão legal para o julgamento da documentação e as ofertas, transmudando o procedimento vinculado da licitação em ato arbitrário da Administração".

"Quanto aos princípios nomeados na Lei 8.666/93, consigne-se, por ora que:

(d) o da vinculação ao instrumento convocatório faz do edital ou do convite a lei interna de cada licitação, impondo-se observância de suas regras à Administração Pública e aos licitantes, estes em face dela e em face uns dos outros, nada podendo ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém de suas cláusulas e condições;"

É uníssono, tanto na doutrina como na jurisprudência afetas ao tema que, uma vez publicado o edital todos se encontram a este vinculados, sendo vedado a qualquer um, que se afastem daquilo que está ali instituído.

Uma vez publicado o instrumento convocatório, conforme determina a lei, deve este nortear todo o certame, não podendo a Administração se distanciar daquilo ali disposto, devendo, pois, ser mantida a inabilitação da Recorrente.

O instrumento convocatório, dentro de um certame seletivo público, é fundamento de validade dos atos ali praticados, sendo que, qualquer ato administrativo que deixar de observá-lo é considerado inválido, nulo de pleno direito.

Consagrando o posicionamento acima, mister a transcrição de alguns julgados:

"A Administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do edital [art. 37, XXI da CB/88 e arts. 3º, 41 e 43, V, da Lei 8.666/93], sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto". (MS-AgR nº. 24.555/DF, 1ª T., rel. Min. Eros Grau, j. em 21.06.2006, DJ de 31.03.2006)

"Consoante dispõe o art. 41 da Lei 8.666/93, a Administração encontra-se estritamente vinculada ao edital de licitação, não podendo descumprir as normas e condições dele constantes. É o instrumento convocatório que dá validade aos atos administrativos praticados no curso da licitação, de modo que o descumprimento às suas regras deverá ser reprimido. Não pode a Administração ignorar tais regras sob o argumento de que seriam viciadas ou inadequadas.

Caso assim entenda, deverá refazer o edital, com o reinício do procedimento licitatório, jamais ignorá-las". (MS nº. 13.005/DF, 1ª S., rel. Min. Denise Arruda, j. em 10.10.2007, DJe 17.11.2008)

"1. É certo que o edital é a 'lei interna da concorrência e da tomada de preços', conforme afirma Hely Lopes Meirelles, citado por José dos Santos Carvalho Filho. 'O edital traduz uma verdadeira lei porque subordina administradores e administrados às regras que estabelece. Para a Administração, desse modo, o edital é ato vinculado e não pode desrespeitado por seus agentes' (Carvalho Filho, José dos Santos. 'Manual de Direito Administrativo', 14ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 226).

2. No entanto, no caso concreto, há meras alegações acerca da inobservância das regras contidas no edital por parte da empresa que venceu o certame". (RMS nº. 22.647/SC, 1ª T., rel. Min. Denise Arruda, j. em 10.04.2007, DJ de 3.05.2007)

"A concorrência pública deve obedecer aos requisitos previamente estabelecidos, especialmente no que toca à qualidade e condição dos concorrentes, além das especificações aos serviços e preços." (TJSP – "In" RDA 57:309)

"... observância estrita dos termos do edital, que não dá ensejo à admissão de critérios outros, mesmo que mais vantajosos à administração." (TJSP - "In" RJTJESP 103:157)

Por todo exposto, demonstra-se a total correção da decisão do Pregoeiro que inabilitou a Recorrente devendo esta ser mantida em sua integralidade.

CONCLUSÃO

Assim, por todo exposto acima, requer seja mantida por esta Comissão a decisão que considerou a Recorrida habilitada e vencedora, por se tratar de medida que atende à lei e aos princípios administrativos aplicáveis às licitações.

P. Deferimento.

Rio de Janeiro, 11 de março de 2024.

GENERAL CONTRACTOR CONSTRUTORA LTDA

Fechar