

Pregão Eletrônico

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

Prezado Sr. Pregoeiro, em razão da limitação do presente campo para envio do recurso, encaminhamos para o e-mail informado no edital (editais@antt.gov.br), nosso recurso completo que conta com algumas informações gráficas, além dos anexos, sem os quais a compreensão dos argumentos trazidos a baila poderá ficar prejudicada. A seguir, nosso recurso:

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

Ref. PREGÃO ELETRÔNICO Nº 02/2020

STRATA ENGENHARIA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ-MF sob o nº 38.743.357/0001-32, com sede na Rua Castelo de Sintra, 24, Bairro Castelo, Belo Horizonte – MG, CEP: 31.330-200, registrada na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais sob o NIRE nº 3160028451-0, vem, por seu representante legal abaixo assinado, à presença de Vossa Senhoria, com fulcro no art. 4º, XVIII, da Lei n.º 10.520/02, apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra decisão contida na ata da sessão destinada ao julgamento do Pregão Eletrônico 02/2020, em face da aceitação da proposta e habilitação da proponente LBR ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA, inscrita sob o CNPJ n. 01.573.246/0001-15, em observância ao edital em apreço, às normas e princípios norteadores dos ramos administrativo e constitucional do direito pátrio, com base nos fatos e fundamentos doravante aduzidos.

1. TEMPESTIVIDADE

A aceitação e habilitação da proposta ora recorrida foi comunicada em 17 de agosto de 2020 (segunda-feira).

O prazo de três dias úteis para apresentação do recurso se iniciou no dia 18 de julho (terça-feira), e se encerra em 20 de agosto (quinta-feira).

Portanto, tempestivo o presente recurso.

2. SÍNTESE FÁTICA

A AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT está promovendo o Pregão Eletrônico nº 02/2020, do tipo menor preço, com a finalidade de obter a proposta mais vantajosa para a contratação de serviços técnicos especializados de apoio em engenharia consultiva, gerenciamento e operação das demandas dos empreendimentos de ampliação de infraestrutura e logística e programas governamentais previstos nas rodovias federais outorgadas à exploração da iniciativa privada, no âmbito da Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária.

O Edital e seu Termo de Referência são claros ao estabelecer regras que deverão ser observadas tanto pelas proponentes quanto pela Administração ao conduzir o certame. Dentre essas regras se destacam aquelas contidas nos itens 23.2.3 e 23.2.4 do Termo de Referência, ao determinarem que a definição da faixa salarial obedecerá aos percentuais de diferenças entre os níveis de experiência, com base na metodologia estabelecida pelo DNIT:

23.2.3. Considerando a necessidade de uma equipe multidisciplinar, com níveis diversos de experiência, a Contratada para a definição das faixas salariais de todos os profissionais abrangidos por este Termo de Referência, deverá obedecer aos percentuais de diferenças entre os níveis de experiência contemplados nos postos conforme a seguir: (...)

23.2.4. Profissionais da Engenharia e profissional técnico – deverão ser obedecidos os percentuais conforme metodologia disposta na Tabela de Consultoria do DNIT

Por desconformidade com as regras estabelecidas nos subitens 23.2.4 e 23.2.5 do Termo de Referência, Anexo I do Edital, foram desclassificadas duas licitantes antes de classificar a LBR (recorrida):

Após a desclassificação da CONTECNICA e da GEOSISTEMAS, o Pregoeiro também chamou para ajustes a proposta da recorrida quanto a valores em desacordo com os subitens 23.2.4 e 23.2.5, os mesmo que desclassificaram as licitantes anteriores.

Ocorre que, conforme será demonstrado, mesmo após diligências, estes subitens se mantiveram em desacordo com o Edital e resultaram numa série de outras irregularidades. O que resultou em diversas violações editalícias, legais e principiológicas, as quais devem ser reparadas sob pena de nulidade do presente certame.

Desde já, requer que o equívoco cometido na classificação e habilitação da recorrida LRB seja sanado tempestivamente, de maneira a evitar uma contratação inexequível e que fere a vinculação ao edital e a isonomia entre as licitantes. Vejamos.

3. RAZÕES DE REFORMA

3.1. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DO INTERESSE PÚBLICO E AO ITEM 23.8 DO EDITAL

O item 23.8 do Edital disciplina que a interpretação das normas editalícias não podem comprometer o interesse da Administração, em especial o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação:

23.8. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

Sob o manto do princípio da isonomia, instrumento regulador das normas para que todos os destinatários de determinada lei recebam tratamento equivalente, é obrigação da administração pública não somente buscar a proposta mais vantajosa, mas também demonstrar que concedeu a todos os concorrentes aptos as mesmas oportunidades.

Observa-se, no entanto, uma quebra desse princípio durante a condução deste pregão, em benefício (indevido e exclusivo) da LBR.

Antes da classificação da recorrida, foram desclassificadas duas licitantes por terem apresentado propostas em desconformidade com as regras estabelecidas nos subitens 23.2.4 e 23.2.5 do Termo de Referência, Anexo I do Edital:

Ocorre que o Pregoeiro também chamou para ajustes a proposta da recorrida em face aos valores em desacordo com os subitens 23.2.4 e 23.2.5,

os mesmo que desclassificaram as licitantes anteriores:

No entanto, o Pregoeiro, aos diligenciar a recorrida para adequação dos subitens 23.2.4 e 23.2.5 com a instrução específica para os valores que seriam aceitáveis, agiu de forma inovadora e, portanto, desigual em relação às licitantes já desclassificadas. Explica-se.

Ao diligenciar e determinar a alteração dos valores integrantes da proposta, o Pregoeiro detalhou os salários mínimos aceitáveis pela comissão. Ou seja, o Pregoeiro forneceu à recorrida informações que não tinham sido fornecidas às demais licitantes, a exemplo daquelas que foram desclassificadas pelo mesmo "equivoco" cometido pela LBR.

Logo, se o Edital já trazia todas as informações necessárias à formulação das propostas, não cabia ao Pregoeiro mudar as condições de formulação de proposta em benefício de apenas uma das licitantes. Em outras palavras, se não havia sido fornecida nenhuma informação adicional às duas primeiras licitantes, o único caminho possível para o julgamento da terceira, já que se tratava do mesmo problema, seria manter as condições impostas e determinar sua desclassificação.

E destaque-se que tal conduta não é justificável, pois ainda que seja dever do gesto público condutor do certame buscar a proposta mais vantajosa, tal persecução não pode se dar alterando as condições entre as licitantes e quebrando a isonomia.

E mesmo que a isonomia não objetive a proibição completa de qualquer diferenciação entre os candidatos, não há competitividade e, notadamente interesse público, quando os competidores em situação de igualdade são tratados de maneira desigual, como o ocorrido no presente caso.

A isonomia deve ser pilar de todo o processo licitatório que é aberto a todos, dentre os quais serão selecionados os que se enquadram nas características necessárias, sendo que o julgamento das propostas deve ser feito baseado nos critérios objetivos delimitados no ato convocatório, sem qualquer influência subjetiva, ou preferência dos julgadores também nessa fase.

Ademais, o ato administrativo, vinculado no presente caso, também visa garantir o interesse público. O interesse público em licitação se estabelece com um processo onde as empresas que cumpram os requisitos legais e editalícios sejam admitidas em todas as fases do certame, sucessivamente, até a final declaração da vencedora segundo seus próprios méritos. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

"no Direito Público, o que há de menos relevante é a vontade do administrador. Seus desejos, suas ambições, seus programas, seus atos não têm eficácia administrativa, nem validade jurídica, se não tiverem alicerçados no Direito e na Lei. Não é a chancela da autoridade que valida o ato e o torna respeitável e obrigatório. É a legalidade a pedra de toque de todo ato administrativo".

Dessa forma, em situações iguais, as oportunidades devem ser iguais para todos os concorrentes, não podendo, ante esse ou aquele motivo, serem ignoradas as normas e os procedimentos legais ou concedidos para uns poucos.

No julgamento do TCU - RP: 03682020180-PL, o Relator Aroldo Cedraz explicou:

16.No caso concreto, ao conceder à empresa Henry uma vantagem não prevista e não extensiva às demais participantes, violou o princípio da isonomia entre as licitantes e o da publicidade dos atos e decisões administrativas, impedindo o exercício do direito dos demais licitantes interessados de acompanhar essa etapa do processo licitatório, em afronta à jurisprudência consolidada deste Tribunal (Acórdãos-TCU 1.823/2017-Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, e 1.984/2008-Plenário, Relator Ministro Aroldo Cedraz).

Ainda, em face da quebra da isonomia, se perpetua a violação ao Edital, que é a lei interna do certame e vincula as partes. Como ensina Diógenes Gasparini:

"(...) estabelecidas as regras de certa licitação, tornam elas inalteráveis a partir da publicação do instrumento convocatório e durante todo o procedimento." (GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 13ª edição. Editora Saraiva. 2008, p. 487).

A somar, o entendimento do Tribunal de Contas da União - TCU é claro ao refutar os casos em que a Administração Pública não obedece às diretrizes traçadas no Edital. Vejamos:

Pedido de reexame. Representação. Violação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Negativa de provimento] [VOTO] 4. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expresso no caput do art. 41 da Lei nº 8.666/1993, dispõe: "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada.

5. O edital torna-se lei entre as partes, assemelhando-se a um contrato de adesão cujas cláusulas são elaboradas unilateralmente pelo Estado. Em sendo lei, o edital e os seus termos atrelam tanto a Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, quanto as licitantes - sabedoras do inteiro teor do certame.

6. Somente em situações atípicas o edital pode ser modificado depois de publicado, observado o procedimento adequado para tanto. É o princípio da inalterabilidade do instrumento convocatório.

7. Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola vários princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: da legalidade, da moralidade e da isonomia, além dos já citados anteriormente. AC-2367-34/10-P Sessão: 15/09/10 Grupo: I Classe: I Relator: Ministro VALMIR CAMPELO - Fiscalização.

Cientes de que a declaração da LBR como vencedora decorreu, ainda que indiretamente, de ato anti-isonômico, atraindo-se a reforma da decisão recorrida.

3.2. OFENSAS AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL

Não há competitividade quando os princípios da legalidade, da igualdade, do julgamento objetivo, da vinculação ao edital e da moralidade administrativa são ignorados para garantir que empresas que não lograram êxito na habilitação permaneçam no certame. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles :

no Direito Público, o que há de menos relevante é a vontade do administrador. Seus desejos, suas ambições, seus programas, seus atos não têm eficácia administrativa, nem validade jurídica, se não tiverem alicerçados no Direito e na Lei. Não é a chancela da autoridade que valida o ato e o torna respeitável e obrigatório. É a legalidade a pedra de toque de todo ato administrativo.

O artigo 3º da Lei de Licitações determina que tanto a Administração Pública como os interessados ficam obrigados à observância dos termos e condições previstos no Edital:

Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Assim, será demonstrado que tanto a proposta original da recorrida, quanto aquela reformulada seguindo as orientações do Pregoeiro, não observaram as exigências dos subitens 23.2..2, 23.2..3 e 23.2..4, em descumprimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

3.3. VIOLAÇÃO AOS SUBITENS 23.2..2, 23.2..3 E 23.2..4

Conforme subitem 23.2..3, a licitante deverá obedecer aos percentuais de diferenças entre os níveis de experiência contemplados nos postos. E de acordo com o subitem 23.2..4, para os Profissionais de Engenharia e técnico, os percentuais deverão observar a metodologia disposta na Tabela de Consultoria do DNIT:

23.2..3. Considerando a necessidade de uma equipe multidisciplinar, com níveis diversos de experiência, a Contratada para a definição das faixas salariais de todos os profissionais abrangidos por este Termo de Referência, deverá obedecer aos percentuais de diferenças entre os níveis de

experiência contemplados nos postos conforme a seguir:

23.2..4. Profissionais da Engenharia e profissional técnico – deverão ser obedecidos os percentuais conforme metodologia disposta na Tabela de Consultoria do DNIT.

Ocorre que os valores apresentados pela recorrida, mesmo após diligências, não obedecem a esses subitens, pois não seguem a metodologia disposta na Tabela de Consultoria do DNIT.

De acordo com a tabela a seguir (também anexa), os valores apresentados na proposta da recorrida estão em desacordo com a tabela de Consultoria do DNIT e seus respectivos percentuais de escalada (ANEXO 4) em referência aos profissionais Engenheiro Civil (Coordenador) - CBO 2142-05, Engenheiro Civil (Engenheiro Pleno) - CBO 2142-05, Contador (Profissional Pleno) - CBO 2522-10, Auxiliar de Escritório (Técnico Sênior) - CBO 4110-05 e Auxiliar de Escritório (Técnico Pleno) - CBO 4110-05,

Veja-se que na Coluna Azul - TAB DNIT - estão os valores de acordo com a Tabela do DNIT (parâmetro a ser seguido) e, a seguir, o respectivo percentual de escalada - ESCALADA DIF. DNIT-. Assim, os valores exigidos pelo edital (coluna EDITAL) são os que constam na coluna "VALORES MÍNIMOS PARA PROPOSTA". Para se chegar aos valores do EDITAL pega-se o ponto de partida "Engenheiro Auxiliar" e "Técnico Auxiliar" (destacados em vermelho) os quais apresentam os seus respectivos pisos salariais. Dessa forma, os demais salários, acima destes, estão condicionados à aplicação dos percentuais da escala.

No entanto, conforme as colunas "VALORES DA PROPOSTA INICIAL DA LBR" e "VALORES DA PROPOSTA FINAL DA LBR", diversos salários apresentados pela recorrida estão abaixo do mínimo exigido. Vejamos quais.

3.3.1. COORDENADOR GERAL e ENGENHEIRO CIVIL PLENO

Diferentemente do relatado pelo Pregoeiro no trecho abaixo destacado do pregão, nem na proposta inicial, nem na proposta final da recorrida, estavam corretos os valores do Coordenador Geral e do Engenheiro Civil Pleno:

Isso porque, o valor mínimo apresentado para Coordenador deveria ser de R\$18.313,67, mas foram apresentados pela recorrida os valores de R\$ 17.474,98 e R\$ 16.726,75 (proposta inicial e final, respectivamente).

E o valor mínimo apresentado para Engenheiro Civil Pleno deveria ser de R\$ 11.289,32, mas foram apresentados pela recorrida os valores de R\$ 10.773,41 e R\$ 10.311,075 (proposta inicial e final, respectivamente).

Portanto, ambos os valores estão em desacordo com a regra estabelecida no subitem 23.2..4. do Termo de Referência.

3.3.2. CONTADOR

Além disso, os valores apresentados pela recorrida a título de Profissional Pleno - Contador se mantiveram inadequados mesmo após diligência.

Embora o Pregoeiro tenha aceitado o valor da recorrida de R\$ 6.535,11 para Contador Profissional Pleno, em realidade, de acordo com a Tabela de Consultoria do DNIT, o valor mínimo para esse profissional seria de R\$11.289,32:

Isso porque, embora o Contador não seja Engenheiro, o orçamento do edital coloca-o com exatamente o mesmo salário do Engenheiro Civil Pleno (11.289,32), diferentemente dos demais profissionais que não são engenheiros (Advogados, Economista, Administrador), o que reflete na constatação de uma vinculação dentro da regra da proporção do DNIT.

Ainda, o item 23.2.5 do Termo de Referência não lista o Contador como profissionais vinculados à pesquisa de mercado:

23.2..5. Profissionais cujos valores foram obtidos por meio de pesquisa de mercado (Economista, Supervisor Administrativo, Advogado Sênior, Advogado Auxiliar, Administrador e Assistente Administrativo), deverão ter seus salários propostos a partir dos valores estabelecidos como referenciais.

Portanto, o valor está em desacordo com a regra estabelecida no subitem 23.2..4. do Termo de Referência.

3.3.3. TÉCNICO SÊNIOR E TÉCNICO PLENO

Observa-se que os valores apresentados pela recorrida a título de Auxiliar de Escritório (Técnico Sênior) - CBO 4110-05 e Auxiliar de Escritório (Técnico Pleno) - CBO 4110-05 também estão abaixo do patamar mínimo.

Ainda que estes tenham diferença pequena, também não podem ser aceitos porque violam diretamente regra editalícia e isso também reflete na quebra da isonomia.

Portanto, os valores também estão em desacordo com a regra estabelecida no subitem 23.2..4. do Termo de Referência.

Destaca-se que os valores apresentados na tabela acima (ANEXO 4) são os corretos de acordo os salários base do DNIT para cada categoria e que o Pregoeiro, ao relatar para a recorrida durante a sessão do pregão os salários mínimos, considerando as regras do Termo de Referência, cometeu um EQUÍVOCO, pois os referidos valores não estão conforme Tabela de Consultoria do DNIT.

Isso implica numa série de outras violações ao Edital, vejamos.

3.4. IRREGULARIDADES NA DECLARAÇÃO DA LBR COMO VENCEDORA - VIOLAÇÃO AOS ITENS 8.4 e 8.4.1

De acordo com o item 8.4. e 8.4.1 será desclassificada a proposta ou o lance vencedor que não estiver em conformidade com os requisitos estabelecidos neste edital:

8.4. Será desclassificada a proposta ou o lance vencedor, nos termos do item 9.1 do Anexo VII-A da IN SEGES/MP n. 5/2017, que:

8.4.1. não estiver em conformidade com os requisitos estabelecidos neste edital;

8.4.2. contenha vício insanável ou ilegalidade;

8.4.3. não apresente as especificações técnicas exigidas pelo Termo de Referência;

8.4.4. apresentar preço final superior ao preço máximo fixado (Acórdão no 1455/2018 -TCU - Plenário), ou que apresentar preço manifestamente inexequível.

Assim é notório ao não apresentar proposta adequada aos subitens 23.2..2, 23.2..3 e 23.2..4, a proposta está em desconformidade com o edital e deveria ter sido desclassificada, o que implica violação ao item 8.4.1.

Veja-se que se trata de vício insanável, pois mesmo que a recorrida viesse a adequar seus preços aos valores corretos acima citados, ainda assim esbarraria no item 8.14 do edital que prevê que "a planilha poderá ser ajustada pelo licitante, no prazo indicado pelo Pregoeiro, desde que não haja majoração do preço".

E conforme será amplamente demonstrado, seria totalmente inviável a manutenção do valor da proposta sem majoração do preço, razão pela qual a recorrida deveria também ser sido desclassificada por preço inexequível nos termos do item 8.4.4. Vejamos a inexequibilidade de acordo com o edital.

3.5. VIOLAÇÃO AO ITEM 8.4.4.1. DO EDITAL

De acordo com o item 8.4.4.1. e subitem 8.4.4.1.1, será considerada inexequível a proposta de preços ou menor lance que for insuficiente para a cobertura dos custos da contratação:

8.4.4.1. Quando o licitante não conseguir comprovar que possui ou possuirá recursos suficientes para executar a contento o objeto, será considerada inexecutável a proposta de preços ou menor lance que:

8.4.4.1.1. for insuficiente para a cobertura dos custos da contratação, 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.

Como a recorrida não poderia aumentar seu valor global (item 8.13) os valores apresentados por ela, mesmo se fossem adequados à tabela do DNIT, tornariam o preço inexecutável. Isso pois diante a impossibilidade de alterar o valor global, o que evidenciaria a impropriedade da proposta original, a recorrida acaba por ter que transferir a inexecutabilidade para outros elementos de composição de custo.

Para ilustrar o raciocínio a Recorrente traz em anexo 3 planilhas:

- a) Planilha da primeira proposta da LBR, para consulta (ANEXO 1);
- b) Planilha da diligência da LBR, corrigida após indicações do Pregoeiro (ANEXO 2);
- c) Planilha da Diligência da LBR ajustada com os valores corretos e taxas todas zeradas (para demonstrar que é impossível que o seu valor global proposto atenda à regra do edital) - (ANEXO 3).

Veja-se que a planilha "a" traz os valores propostos pela LBR, conforme consulta à licitação. A planilha "b" traz a proposta da LBR após diligências.

PLANILHA "a":

PLANILHA "b":

Já a planilha "c" traz uma hipotética planilha da LBR adequada aos valores corretos da Tabela no DNIT, nos termos do 23.2..2, 23.2..3 e 23.2..4. Pela qual observa-se que, na tentativa de manter o valor global originalmente proposto, a recorrida "ZEROU" diversos elementos de formação de preço, INCLUSIVE O LUCRO (o que, conforme será visto, é conduta tida como inaceitável pelo TCU):

PLANILHA "c":

A despeito desse "esforço" para manter os elementos apresentados pela recorrida e atender às disposições objetivas dos itens 23.2..3 e 23.2..4, mesmo zerando diversas rubricas, chegar-se-ia no valor de R\$ 8.282.537,16, ainda acima do valor global proposto pela recorrida.

Portanto, não há dúvidas de que, sob as regras editalícias, as propostas apresentadas pela LBR são inexecutáveis. Portanto, latente a violação ao item 8.4.4.1.1. do edital, uma vez que a proposta apresentada é insuficiente para a cobertura dos custos da contratação, pois apresentou valores em desconformidade com o edital e incompatíveis com os preços dos salários de mercado.

3.6. VIOLAÇÃO AO ITEM 8.7. DO EDITAL

De acordo com item 8.7 do Edital, "a inexecutabilidade dos valores referentes a itens isolados da Planilha de Custos e Formação de Preços não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta, desde que não contrariem exigências legais."

Ocorre que a despeito de poder se alegar que tal inexecutabilidade seria específica a determinadas rubricas, por ser a vinculação ao edital uma exigência legal, nos termos da Lei 8.666/93 83 (Art. 3º), a inobservância dos percentuais estabelecidos em metodologia do DNIT caracteriza motivo suficiente por desatender a regra imposta.

O que deve ser reparado sob pena de nulidade do certame.

3.7. VIOLAÇÃO AO ITEM 8.13 DO EDITAL

De acordo com item 8.13, "o Pregoeiro analisará a compatibilidade dos preços unitários apresentados na Planilha de Custos e Formação de Preços com aqueles praticados no mercado em relação aos insumos e também quanto aos salários das categorias envolvidas na contratação."

Assim, conforme amplamente demonstrado, tanto os valores propostos originalmente pela recorrida como aqueles adequados após informação do Pregoeiro estão em desacordo com os percentuais da metodologia disposta na Tabela de Consultoria do DNIT. Não tendo o Pregoeiro analisado tal compatibilidade, ainda que por erro meramente material, há nova violação ao Edital.

Dessa forma, a violação ao item 8.13 também configura motivo para desclassificação da recorrida.

3.8. VEDAÇÃO AO "JOGO DE PLANILHA"

Conforme exposto, a proposta apresentada pela recorrida, mesmo após diligências, não se adequou aos valores mínimos exigidos no Edital. Conforme a Planilha "C" apresentada (ANEXO 3), mesmo se a recorrida alterasse sua proposta com os valores mínimos aos exigidos para figurarem de acordo com o edital, ainda assim não conseguiria manter seu preço global, mesmo zerando diversas taxas, bem como zerando seu LUCRO.

Isso demonstra que não existe cenário em que há preservação da isonomia, da vinculação ao edital e da manutenção do preço global de maneira que o preço da recorrida se torne exequível.

Ao deixar de observar tal situação ao declarar a validade de tal proposta, esta Administração, além de incorrer no já demonstrado descumprimento dos diversos itens enumerados do Edital, também incorrerá em uma futura contratação cujas provisões serão potencialmente insuficientes para cobrir todos os custos do contrato, prejudicial à saúde financeira da execução dos serviços necessária para evitar problemas futuros (como a interrupção dos serviços ou a responsabilidade subsidiária da ANTT) e a competição predatória.

O que por sua vez causa impactos que não podem ser ignorados por esta Administração Pública, os quais fundamentam a reforma da decisão que classificou e habilitou a licitante LBR como vencedora do presente processo licitatório.

Ressalta-se ser inviável a alteração substancial de elementos dentre as diferentes possíveis planilhas para se alcançar um determinado valor global, pois isso constitui o "jogo de planilha". Em outras palavras, o "jogo de planilha" ocorre quando uma proposta orçamentária contém itens com valores acima e abaixo do preço de mercado simultaneamente, que no somatório da planilha se compensam, totalizando um valor global abaixo do valor de mercado, atendendo momentaneamente ao interesse público. Porém, essa proposta pode se tornar onerosa para o contratante uma vez que resultarão na inexecutabilidade do contrato, atraindo assim não só os ônus decorrentes da interrupção como também da responsabilização decorrente do inadimplemento das obrigações de ordem trabalhistas; ou demandarão a alteração subsequente à contratação para manutenção dos serviços, o que por sua vez evidenciará o superveniente "sobrepço" na contratação.

Essa conduta é rechaçada pelo TCU, ao ponto deste determinar que ao selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, a Administração precisa verificar se o preço global e os custos unitários são compatíveis com os preços praticados no mercado, de modo a evitar o jogo de planilhas, sob pena de responsabilização dos envolvidos:

4. A alteração das cotações de itens individuais em pregão eletrônico visando o ajuste do valor total configura conduta inaceitável em pregões cujo

o valor global é formado pelos lances individuais de cada item, pois confere vantagem indevida ao licitante que trabalha os lances de todos os itens sem a pressão dos concorrentes (seja por estarem muito acima ou muito abaixo do preço de mercado) e implica em desvantagem para as outras licitantes, frustrando os princípios norteadores das licitações públicas, além de aumentar o risco de ocorrência de jogo de planilha.

(...)

(TCU, ACÓRDÃO Nº 834/2015 – Plenário, Min. BRUNO DANTAS)

(...)

6. Destaco que o entendimento pacífico nesta Corte de Contas é o de que, ainda que haja compatibilidade do preço global, há que se ter a adequabilidade dos custos unitários de modo a coibir o famigerado 'jogo de planilhas'. Assim, em licitações para obras e serviços, especialmente, sob o regime de empreitada por preço global, os responsáveis pela licitação, ao selecionar a proposta mais vantajosa para Administração, deverão efetuar análise individual dos preços unitários. Verificada a ocorrência de itens com preços manifestamente superiores aos praticados no mercado, o agente público deve negociar com o licitante vencedor do certame novas bases condizentes com os custos de mercado, envolvidos na formulação dos preços, e com os valores do projeto básico e da planilha de formação de preços.

7. Dessa forma, não releva demonstrar a existência no mercado de proposta mais vantajosa que aquela apresentada no âmbito do pregão sub examine. A verificação da inadequação dos custos unitários é suficiente para macular a proposta do licitante aceita pela pregoeira, ora embargante. (TCU, Acórdão 3524/2007-Segunda Câmara, Rel. Min. BENJAMIN ZYMLER)

(...) Ora, é certo que, em todas as circunstâncias, independente do equívoco no formato da licitação estar no desrespeito ao art. 40, inciso X, ou ao art. 7º, § 4º, da Lei, a responsabilização chega até a empresa contratada quando houver prática que possa ser classificada como jogo de planilha.

(...)

Além disso, considero injustificável, implausível e legalmente inaceitável que as irregularidades observadas na execução do contrato 9/2006 do MMA tenham ensejado o enriquecimento sem causa da empresa contratada, em desfavor dos cofres públicos.

Nos termos do art. 16, § 2º, alínea "b", da Lei 8.443/92, em caso de dano ao erário decorrente de ato de gestão antieconômico, o Tribunal deve fixar a responsabilidade solidária do terceiro que, como parte interessada na prática de tal ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

Destarte, as contrarrazões oferecidas a título de memorial pela Gráfica [contratada] se mostram insuficientes para afastar sua responsabilidade, motivo pelo qual mantenho minha conclusão anterior de rejeitar suas alegações de defesa, condenando-a solidariamente ao ressarcimento do débito apurado e aplicando-lhe a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92.(...)

9.3. condenar os Srs. [gestor administrativo e pregoeiro], [coordenador-geral] e [...], e a Gráfica [contratada], solidariamente, ao pagamento do débito abaixo discriminado [...]:Data de origem Valor original (R\$) 01/08/2006 406.856,52; 23/10/2006 165.311,79; 26/10/2006 47.400,52; 13/11/2006 92.480,42; 01/12/2006 144.161,80;

(TCU, Acórdão 8117/2011-Primeira Câmara, Rel. WALTON ALENCAR RODRIGUES)

Frise-se que esse tipo de defeito não é sanável. Afinal, para evitar a ocorrência de jogo de planilha, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do sistema de referência utilizado não poderá ser alterada, seja nesta fase licitatória ou em futuros aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária. (TCU, Acórdão 1514/2015-Plenário, Min. BRUNO DANTAS).

Nesse sentido, fixa o edital:

8.14. Erros no preenchimento da planilha não constituem motivo para a desclassificação da proposta. A planilha poderá ser ajustada pelo licitante, no prazo indicado pelo Pregoeiro, desde que não haja majoração do preço.

8.14.1. O ajuste de que trata este dispositivo se limita a sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas.

Logo, em face do valor global apresentado, qualquer alteração para adequação ao edital ou às condições mínimas para execução conforme determinado resultaria em "jogo de planilha", o que por si só atrai a desclassificação da proposta. Desse modo, a declaração da LBR como vencedor não só ofende ao princípio da vinculação ao edital, da legalidade, da moralidade e do melhor interesse público, bem como resultará na inexorável inexecuibilidade do contrato, cujos efeitos não podem ser ignorados por esta Administração.

3.9. EFEITOS DA ACEITAÇÃO DE PROPOSTA LEGALMENTE INEXEQUÍVEL. INACEITABILIDADE DE PROPOSTA COM LUCRO "ZERO".

Veja-se que uma proposta inexecuível em razão das condições impostas a todas as licitantes no edital gera uma vantagem desleal e ilegal no julgamento das propostas. Afinal, não há competitividade quando os princípios da legalidade, da igualdade, do julgamento objetivo, da vinculação ao edital e da moralidade administrativa são ignorados para garantir que a persecução de proposta mais barata seja alcançada.

Porém, a simples busca pelo menor preço não pode justificar ofensa aos princípios que pautam a atuação da Administração Pública e de seus administrados. Ofensa ratificada pela manutenção da ATIVA no certame. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles: "no Direito Público, o que há de menos relevante é a vontade do administrador (...) seus desejos, suas ambições, seus programas, seus atos não têm eficácia administrativa, nem validade jurídica, se não tiverem alicerçados no Direito e na Lei". Ou seja, um ato de aceitação e habilitação da proposta (viciada) não é válido sem a observância de princípios como o da legalidade.

Frente à ampla e objetiva demonstração de que o preço proposto pela recorrida não corresponde à realidade dos elementos de custo que o compõem, não há dúvidas de que a proposta da referida empresa é inexecuível.

Como efeito, não há como a proposta vencedora ser declarada vencedora, pois tanto a Lei 8.666/93 quanto o instrumento convocatório são claros ao determinarem que propostas inexecuíveis devem ser desclassificadas:

Lei. 8.666/93

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.

Edital

8.4. Será desclassificada a proposta ou o lance vencedor, nos termos do item 9.1 do Anexo VII-A da IN SEGES/MP n. 5/2017, que:

8.4.1. não estiver em conformidade com os requisitos estabelecidos neste edital;

8.4.2. contenha vício insanável ou ilegalidade;

8.4.3. não apresente as especificações técnicas exigidas pelo Termo de Referência;

8.4.4. apresentar preço final superior ao preço máximo fixado (Acórdão no 1455/2018 -TCU - Plenário), ou que apresentar preço manifestamente inexecuível.

8.4.4.1. Quando o licitante não conseguir comprovar que possui ou possuirá recursos suficientes para executar a contento o objeto, será considerada inexecuível a proposta de preços ou menor lance que:

8.4.4.1.1. for insuficiente para a cobertura dos custos da contratação, 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.

8.4.4.1.2. apresentar um ou mais valores da planilha de custo que sejam inferiores àqueles fixados em instrumentos de caráter normativo obrigatório, tais como leis, medidas provisórias e convenções coletivas de trabalho vigentes.

8.7. A inexecuibilidade dos valores referentes a itens isolados da Planilha de Custos e Formação de Preços não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação da proposta, desde que não contrariem exigências legais.

De modo que o primeiro efeito da proposta demonstradamente inexecuível é a desclassificação da empresa proponente, uma vez que não há como tolerar tal proposta. Mesmo que a formação de determinada planilha, em ulterior análise, seja uma faculdade da empresa, sob a ótica do direito financeiro e da proteção à concorrência, é inaceitável a ideia de que uma empresa pode atuar a despeito do lucro:

Preço inviável é aquele que sequer cobre o custo do produto, da obra ou do serviço. Inaceitável que empresa privada (que almeja sempre o lucro) possa cotar preço abaixo do custo, o que a levaria a arcar com prejuízo se saísse vencedora do certame, adjudicando-lhe o respectivo objeto. Tal fato, por incongruente com a razão de existir de todo empreendimento comercial ou industrial (o lucro), conduz, necessariamente, à presunção de

que a empresa que assim age está a abusar do poder econômico, com o fim de ganhar mercado ilegitimamente, inclusive asfixiando competidores de menor porte. São hipóteses previstas na Lei nº 4.137, de 10.09.62, que regula a repressão ao abuso do poder econômico. (PEREIRA JÚNIOR, Jesse Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.p. 557-558)

E conforme amplamente demonstrado, os valores propostos pela recorrida, para serem compatibilizados com os exigidos pelo edital e manterem o preço global, tornariam inviável o lucro.

Os doutrinadores têm se mostrado bastante atentos e rechaçam o argumento de que empresas (mesmo as de maior porte) suportam trabalhar com a assunção de prejuízos, por muito ou relativo tempo. Certamente o fato de ter um ou outro contrato deficitário não implicará no perecimento da empresa de grande porte. Todavia, quando se veda a adoção de preços inexequíveis não se busca proteger tão-somente a Administração da ação de aventureiros, mas proteger o mercado (fonte eterna da Administração Pública) da ação predatória de empresas em determinados setores que buscam asfixiar empresas de pequeno e médio porte.

Assim, a Administração Pública deve questionar qual a intenção por trás de comportamento que vai contra a essência da atividade econômica empresarial.

Do observado no caso concreto, não há dúvidas de que ao assumir esse prejuízo em detrimento da saúde financeira do contrato e das demais proponentes, a ATIVA valeu-se de "dumping", agindo com dolo e abuso de poder econômico para obtenção de vantagem ilegal.

Comportamento que é vedado pelo art. 173, §4º da Constituição Federal:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

O "dumping" é prática comercial lesiva à economia, pois acaba por criar monopólios quando extirpa a concorrência. O que é vedado pelo princípio da ampla competitividade.

Dessa forma, inexistente vantagem na contratação de empresa quando a contratação é possível apenas quando feita contra a lei. O que gera, como segundo efeito, a nulidade do ato administrativo, pela ausência de um dos seus mais consagrados requisitos: o da legalidade.

Como terceiro efeito da aceitação de proposta inexequível tem-se a ofensa ao interesse público.

O objetivo da licitação não é alcançar somente o menor preço, mas o menor preço do serviço executável. Os elementos aqui expostos denotam que este processo licitatório se encaminha para eventual frustração de seu objeto. Uma tragédia anunciada, seja pelo abandono do contrato pela empresa contratada, seja pelo descumprimento dos deveres trabalhistas a ela impostos por forma da norma coletiva.

Ora, o preço inexequível não acarreta vantagem à Administração, na medida em que o vencedor não conseguirá executar todas as obrigações contratuais. Nessa hipótese, a Administração terá, no mínimo, atraso nos seus cronogramas e a realização de nova licitação. Ou, na hipótese de continuidade dos serviços, eventualmente teria que arcar com os custos da responsabilidade subsidiária pelos valores deixados em aberto por empresa aventureira.

O quarto efeito é a ofensa à competitividade e à isonomia.

Por fim, cumpre lembrar que a aceitação de proposta manifestamente inexequível constitui falha na fiscalização.

E é justamente a falha na fiscalização que acarreta a responsabilização subsidiária da Administração e de seus gestores, vide raciocínio da recente decisão da SDI-TST nos autos do E-RR 925-07.2016.5.05.0281, há muito replicado nos TRTs conforme precedente abaixo:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ADC Nº 16.

A decisão proferida pelo C.STF no julgamento do ADC 16 não impede a responsabilização da Administração Pública nos casos de terceirização de serviços, quando evidenciada a sua culpa, na modalidade in vigilando, porque a adoção do procedimento licitatório não a exime de fiscalizar a correta execução do contrato, inclusive quanto ao cumprimento das normas trabalhistas. Aplicação do inciso V da Súmula 331 do C. TST. (TRT18, RO-0010265-91.2017.5.18.0017, Rel. DESEMBARGADORA ROSA NAIR DA SILVA NOGUEIRA REIS, DJ 21/12/2018)

Logo, não restam dúvidas de que os vícios que maculam a declaração da proponente LBR como vencedora do presente processo licitatório só resultarão em prejuízos. O que atrai o dever de desclassificá-la.

3.10. DA NECESSÁRIA DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA LBR

Demonstradas todas as violações que acomete a proposta apresentada pela LBR, resta evidente que a sua desclassificação é medida inexorável.

Além da violação aos princípios da vinculação ao edital e da isonomia, o artigo 44 da Lei de Licitações e o Edital, impõem a desclassificação de proposta inexequível.

O fundamento para o Estado recusar em receber proposta excessivamente "vantajosa" encontra amparo no direito constitucional, no direito administrativo, no direito concorrencial, no direito penal. Ainda mais quando a conduta questionada se encaixa perfeitamente no conceito de "Conduta Anticompetitiva" e "Preços Predatórios":

O que é uma conduta anticompetitiva?

Uma conduta anticompetitiva é qualquer prática adotada por um agente econômico que possa, ainda que potencialmente, causar danos à livre concorrência, mesmo que o infrator não tenha tido intenção de prejudicar o mercado.

(...)

O artigo 36 da Lei 12.529/11 elenca algumas condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica, na medida em que tenham por objeto ou possam produzir efeitos anticoncorrenciais (§3º).

(...)

Entre as condutas exemplificativas do artigo 36, podemos citar, dentre outras:

(...)

Preços predatórios;

O que é preço predatório?

É a prática deliberada de preços abaixo do custo visando eliminar concorrentes para, posteriormente, explorar o poder de mercado angariado com a prática predatória.

Como a venda de produtos abaixo do custo significa prejuízo para a empresa que adota preços predatórios, do ponto de vista econômico essa prática só faz sentido se a empresa puder recuperar tal prejuízo em um segundo momento, ou seja, se ele tiver como obter lucros no médio/longo prazo. A conduta ocorre se essa obtenção de lucro decorrer da eliminação de seus concorrentes.

(<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica> . Acesso em 20 de maio de 2019)

Ante a clara demonstração de que o preço ofertado não constitui em eliminar (ou zerar) o campo de "lucro", mas em verdadeiro prejuízo inexplicável e injustificável, é evidente a ofensa à ordem econômica e à competitividade. Prática que encontra barreira não só na Constituição Federal (no já transcrito artigo 170 da CF), mas também na legislação:

Lei 12.529/2011

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.
(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
(...)

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;
(...)

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
(...)

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
(...)

Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:
(...)

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;
(Todos os destaques são nossos)

Sendo cediço que Administração Pública e seus agentes estão submetidos ao princípio da legalidade, a inobservância da vasta legislação aplicável ao caso, que aponta para a necessidade de correção das extensas violações, em especial ante o claro alerta constituído na forma deste recurso, constitui erro grosseiro. O que, segundo a norma ultra normativa instituída na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, pode ensejar a responsabilização dos agentes públicos envolvidos:

LINDB

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Dessa forma, demonstrado que a recorrida LBR não cumpriu o que o edital dispôs, ela não pode prosseguir no certame.

Decidir pelo contrário não apenas desrespeitaria a vinculação ao instrumento convocatório, como também a vários outros princípios, inclusive o da moralidade. Sendo evidente que a habilitação da recorrida configura afronta ao princípio da legalidade.

Por fim, também não há como conferir à recorrida nova oportunidade de reparar a imperfeição contida em sua proposta, sob pena de novamente desrespeitar o princípio da isonomia e vinculação ao edital. Afinal, no procedimento licitatório existe um momento exato para todos os atos, e mitigar as regras contidas no edital é desrespeitar estes princípios.

Portanto, é imperativa a reforma da decisão que declarou a recorrida como a vencedora do presente certame, sob pena de nulidade do negócio jurídico, assunção de danos pela Administração Pública e responsabilização dos respectivos gestores.

4. REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer o conhecimento e provimento do presente recurso para reformar a decisão que aceitou e habilitou a proposta apresentada pela empresa LBR ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA., nos autos do Pregão Eletrônico nº 02/2020, em face das inúmeras violações ao edital e às normas, à isonomia e da sua manifesta inexecuibilidade, atraindo a consequente desclassificação da referida licitante.

Termos em que pede deferimento.

Brasília-DF, 20 de agosto de 2020.

Fechar