

ILMO. SR. PREGOEIRO DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DO MUNICÍPIO DE XANXERÊ - SC

Ref. Pregão Eletrônico nº 0019/2020

Objeto: contratação de empresa especializada para a prestação de serviços contínuos de mão-de-obra terceirizada em serviços de limpeza e conservação com serviços gerais, serviços com merendeira e serviços com zelador para atender as necessidades das secretarias municipais de acordo com os quantitativos e descrição das atividades a serem desenvolvidas, constantes dos anexos I e II, respectivamente, partes integrantes deste edital.

S M BUDNIAK & CIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 07.188.425/0001-15, estabelecida à Rua Prudente de Moraes, nº 230, na cidade de Porto União/SC e com endereço eletrônico: grupoagil@yahoo.com.br, neste ato representado pelo sócio-administrador, **SERGIO MIGUEL BUDNIAK**, brasileiro, casado, comerciante, residente e domiciliado à Rua Elias Niemann, 105, São Basílio Magno, na cidade de União da Vitória/PR e com endereço eletrônico: sergiobudi@bol.com.br, portador da carteira de identidade-RG nº 5.368.429-7-PR, inscrito no CPF sob nº 726.297.469-68, ora denominada **RECORRENTE**, inconformada com o resultado do certame, vem respeitosamente interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra a decisão do ilustre Pregoeiro que desclassificou a Recorrente, o que faz declinando os motivos de seu inconformismo nos tópicos adiante elencados.

I – DOS FATOS

Em atendimento ao instrumento convocatório publicado pelo Município de Xanxerê – SC, registrado sob o nº 0019/2020, a Recorrente apresentou sua proposta almejando ser contratada.

Após a interposição de recurso por parte da empresa Orbenk Administração e Serviços Ltda, o qual foi julgado procedente, culminou na desclassificação da ora Recorrente, bem como de outras duas empresas participantes, sagrando como vencedora a empresa Orbenk Administração e Serviços Ltda, sob o raso fundamento de que a ora Recorrente, S M BUDNIAK & CIA LTDA, por enquadrar-se no regime tributário do Simples Nacional, não apresenta liquidez em sua proposta, supostamente em afronta aos arts. 43 e 48 da lei 8666/93, mais especificamente em suas composições de preços e alíquotas, tendo supostamente apresentado “argumentos que não condizem com a realidade dos fatos”.

Grupo ÁGIL Serviços

Sérgio M. Budniak
Sócio-Gerente

Ocorre que a teratologia da presente decisão é patente, pois além de não se basear em fundamentos jurídicos e não apresentar provas do que alega, em grave violação ao princípio da motivação dos atos administrativos, também está em evidente descompasso às recentes decisões do TCU e de outros tribunais de Justiça que já enfrentaram matéria idêntica, conforme poderá ser adiante pormenorizadamente demonstrado.

II – DAS RAZÕES PARA REFORMA

A decisão que desqualificou a empresa ora Recorrente fere diretamente os princípios não só das licitações, mas do direito de forma geral, tamanho o descompromisso da municipalidade com a seriedade de suas decisões que são aparentemente, em um primeiro momento, motivadas, porém após detida análise, mostram-se rasas e sem fundamento técnico-jurídico.

A municipalidade ocupa-se em explicar em seu parecer jurídico as definições de cessão de mão de obra, trazendo entendimentos exarados pelo TCU de que empresas optantes pelo Simples Nacional não podem ter tolhido o seu direito de participar de um procedimento licitatório apenas com base no regime tributário escolhido, sendo de direito oportunizar-lhes que regularizem a situação perante a Receita Federal. Por fim, ainda, consigna que *“a empresa licitante estar enquadrada no simples não revela óbice à sua participação”*.

Tal entendimento está correto, de acordo com o entendimento do TCU, conforme trouxe a própria municipalidade, e também dos Tribunais de Justiça pátrios, como é o caso do TJPR, que recentemente exarou a seguinte decisão sobre tema idêntico:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO TERCEIRIZADO. TERCEIRIZAÇÃO QUE NÃO SE CONFUNDE COM CESSÃO DE MÃO DE OBRA. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO PROCESSO LICITATÓRIO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. RELATÓRIO: (T JPR - 5ª e.Cível - AC - 1602393-1 - Jacarezinho - Rei.: Carlos Mansur Arida - Unânime - - J. 21.02.2017) (TJ-PR - APL: 16023931 PR 1602393-1 (Acórdão), Relator: Carlos Mansur Arida, Data de Julgamento: 21/02/2017, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1984 08/03/2017) (grifei)

Porém, de forma a causar estranheza, assevera a municipalidade que a Recorrente não apresentou liquidez em suas propostas, supostamente afrontando de tal maneira os artigos 43 e 48 da lei 8666/93, tendo em vista que, conforme alega, em suas composições de preços e alíquotas tributárias, quando ofertada a possibilidade de apresentação de custos, foram apresentados argumentos que não condizem com a realidade dos fatos.

Grupo AGIL Serviços
Sérgio M. Busniak
Sócio-Gerente

Primeiramente, imperioso de se consignar que é pacífico no entendimento tanto do TCU¹, quanto da municipalidade em seu parecer, que o simples fato de a Recorrente estar enquadrada no regime tributário do Simples Nacional não é óbice para a sua participação no procedimento licitatório, em igualdade de condições com outras empresas, quaisquer que sejam suas peculiaridades.

Superado isso, contudo, logo de antemão há de se consignar que em relação à suposta violação dos arts. 43 e 48 da Lei 8666/93, razão não assiste à Recorrida tendo em vista que a mencionada legislação não se aplica de forma direta ao procedimento licitatório ora posto sob análise, tendo em vista se tratar de lei geral, cuja aplicação é preterida se posta frente à lei especial do **pregão** (lei nº 10520/2002). Em outras palavras, a lei 8666/93 é de aplicação **subsidiária**, utilizando-se apenas em casos de omissão da lei especial, o que não é o caso em tela, conforme se demonstrará.

O mencionado (**de forma genérica**) artigo 43 da Lei 8666/93, trata de procedimentos estranhos ao pregão, pois o próprio §4º deste artigo assim consigna:

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, ao concurso, ao leilão, à tomada de preços e ao convite.

Ou seja, tal artigo não se aplica à modalidade Pregão, motivo pelo qual além de a municipalidade não especificar qual inciso ou parágrafo do artigo foi violado, estamos diante de dispositivo legal que sequer disciplina a modalidade licitatória adotada para o presente certame, motivo pelo qual deve ser desconsiderado como fundamento para qualquer decisão aqui tomada.

Em relação ao mencionado (**também de forma genérica**) artigo 48, da Lei 8666/93, este contempla duas possibilidades para que uma proposta seja desclassificada. Vejamos:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente **inexequíveis**, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que

¹ Acórdão nº 2798/2010-Plenário TCU

comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

Supondo que a Recorrida tenha se utilizado do inciso II do mencionado artigo (pois a mesma não se deu ao trabalho de especificar), em momento algum fora trazido aos autos do procedimento licitatório a motivação que ensejou na desclassificação em virtude de “ausência de liquidez na proposta”, seja pela Controladoria Interna Municipal, seja pelo corpo jurídico da mesma.

Ademais, a legislação sobre o tema, seja na lei 8666/93, seja na lei 10.520/2002, **não há previsão do termo “liquidez na proposta”, muito menos “argumentos que não condizem com a realidade dos fatos”, o que demonstra a ausência de técnica com que o presente certame vem sendo conduzido, o que por si só, diante da ausência de amparo legal, bem como de motivação dos atos administrativos, a decisão de desclassificação deve ser anulada.**

Aliás, tais termos utilizados pela municipalidade **cerceiam diretamente o direito de defesa da Recorrente**, violando ainda diretamente o art. 5º da lei 10.520/2002, que prevê que: **“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.** (grifei)

Para que possamos ter um justo e amplo direito de defesa no presente caso, totalmente atípico, consideramos que o termo “ausência de liquidez na proposta” corresponda a um entendimento de que a proposta é inexequível por parte da Recorrente, o que, *prima facie*, corresponderia à previsão do art. 48, mais precisamente em seu inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

Consideraremos ainda o contido no documento “05/03/2020 - Resposta questionamento Via Nova PP 019_2020 [0,1MB]”² no qual foram respondidos os questionamentos da empresa Via Nova sobre o assunto “exequibilidade”. Vejamos o que respondeu a Recorrida acerca do tema:

² https://static.fecam.net.br/uploads/250/arquivos/1725793_Resposta_questionamento_Via_Nova_PP_019_2020.pdf



QUESTIONAMENTOS	RESPOSTAS
<p>1º Questionamento: - Será necessária a apresentação de planilha de composição de custos juntamente com a proposta de preços?</p> <p>2º Questionamento: Caso a resposta do questionamento 1 seja negativa, com que critérios será analisada a exequibilidade da proposta vencedora?</p>	<p>01) não é necessário apresentação de planilhas composição de custos.</p> <p>02) a exequibilidade segue os ditames da Lei 8.666/93</p>

Com base nisso, denota-se do instrumento convocatório, em seu item 9.3., que **“Para fins de aferição da exequibilidade dos preços propostos, será utilizado o critério definido no parágrafo 1º do artigo 48 da Lei nº 8.666/93;”**

Pois bem. O art. 48, §1º, da lei 8666/93, traz em seu bojo o seguinte:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou

b) valor orçado pela administração.

§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta.

Grupo ÁGIL Serviços

Sérgio M. Budniak
Sócio-Gerente

O que denota-se do §1º, do art. 48, da lei 8666/93 é que este aplica-se somente a obras e serviços de **ENGENHARIA** serviços estes que não são contemplados pela lei de pregão, tampouco são objeto do presente certame, tendo em vista que fogem ao conceito de bens e serviços comuns trazidos pelo art. 1º e pelo Parágrafo Único³ da Lei 10520/2002.

Tal artigo não se aplica ao presente certame, muito menos como possível fundamento para desclassificar a Recorrente!

Não suficiente, trazemos diversos entendimentos do Tribunal de Contas da União de que a Declaração de Inexequibilidade deve ser fundamentada, bem como deve ser oportunizada a oitiva prévia da empresa participante, para que esta que demonstre a efetiva exequibilidade da sua proposta, inclusive sendo tema de **SÚMULA**, registrada sob o nº 362, do órgão de controle externo:

Súmula TCU nº 262 - Inexequibilidade e necessidade de oitiva prévia

- Assunto: INEXEQUIBILIDADE. DOU de 08.12.2010, S. 1, ps. 110 e 111. Ementa: Súmula/TCU nº 262/2010, com a seguinte redação: "**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**" (TC-008.457/2009-5, Acórdão nº 3.240/2010-Plenário).

Declaração de inexequibilidade deve ser fundamentada

- Assunto: INEXEQUIBILIDADE. DOU de 26.05.2011, S. 1, p. 138. Ementa: alerta ao CONFEA no sentido de que, na condução de um pregão eletrônico de 2011, **foi identificada irregularidade caracterizada por declaração de inexequibilidade de propostas sem adequada fundamentação** (item 9.3.1, TC-005.686/2011-3, Acórdão nº 1.285/2011-Plenário).

- Assunto: INEXEQUIBILIDADE. DOU de 29.01.2010, S. 1, p. 185. Ementa: determinação ao Comando do Exército para que **se abstenha de efetuar desclassificação direta de licitantes** (Sic) pela apresentação de propostas **que contenham preços considerados inexequíveis, sem que antes lhes seja facultada a oportunidade de apresentar justificativas para os valores ofertados** (item 9.3.2, TC-025.149/2009-0, Acórdão nº 79/2010-Plenário).

³ Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. **Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado.**

- Assunto: INEXEQUIBILIDADE. DOU de 23.04.2010, S. 1, p. 164. Ementa: alerta ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional no sentido de que a **desclassificação de licitantes pela apresentação de propostas que contenham preços considerados inexequíveis, sem que antes lhe seja facultada a oportunidade de apresentar justificativas para os valores ofertados, vai de encontro ao contido no art. 48, inc. II, da Lei nº 8.666/1993,** e aos Acórdãos de nºs 612/2004-1ªC, 559/2009-1ªC e 1.100/2008-P (item 9.6.2, TC-017.287/2009-2, Acórdão nº 1.720/2010-2ª Câmara).

- Assunto: INEXEQUIBILIDADE. DOU de 25.08.2010, S. 1, p. 103. Ementa: alerta à Secretaria Federal de Agricultura no Estado do Maranhão (SFA/MA) no sentido de que atente para a **correta aplicação do critério de inexequibilidade das propostas, previsto no art. 48, inc. II, § 1º da Lei nº 8.666/1993, permitindo que as licitantes demonstrem a exequibilidade de suas propostas de preços, devendo sempre buscar a seleção da proposta mais vantajosa e, por consequência, do interesse público,** bem tutelado pelo procedimento licitatório (item 9.3, TC-027.479/2009-5, Acórdão nº 4.583/2010-2ª Câmara).

O entendimento exarado pela municipalidade vai de encontro a tal previsão legal, bem como ao entendimento Sumulado do TCU tendo em vista que, **com base em argumentos totalmente rasos e desprovidos de fundamentação ou mesmo de pareceres técnicos, ceifou a oportunidade de 3 (três) empresas participarem do certame sem a prévia oitiva das mesmas,** o que por si só não se pode admitir, sob pena de ferir o art. 37, XXI, da CF, bem como diversos princípios atrelados ao agir da administração, dentre eles o princípio da motivação do ato administrativo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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.

Conforme dito, igualmente ferido no ato administrativo está o princípio da motivação. Irene Patrícia Nohara define da seguinte maneira:

Grupo ÁGIL Serviços

Sérgio M. Budniak
Sócio-Gerente

"Motivação é o ato ou efeito de motivar, isto é, de justificar um ato ou medida tomada. Significa, em Direito Administrativo, explicitar os fatos e fundamentos jurídicos que levaram a Administração Pública a editar um ato ou tomar uma medida."⁴

Lucas Rocha Furtado⁵ complementa dizendo que: "***Ao motivar seus atos, deve o administrador explicitar as razões que o levam a decidir, os fins buscados por meio daquela solução administrativa e a fundamentação legal adotada***" (grifos nossos)

E não diferente é o entendimento do TCU, guardião da higidez dos atos praticados pela administração pública:

- Assunto: LICITAÇÕES. DOU de 05.04.2011, S. 1, p. 101. Ementa: alerta ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome para o fato de que **os atos administrativos praticados no âmbito do processo licitatório, sobretudo aqueles que acarretem prejuízo aos participantes, como foi o caso da desclassificação da representante, devam ser suficientemente fundamentados, em respeito ao princípio da motivação**, mencionado no art. 2º da Lei nº 9.784/1999 (item 1.7, TC-032.395/2010-8, Acórdão nº 1.835/2011-1ª Câmara).

Acerca da matéria, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina:

"A motivação integra a 'formalização' do ato, sendo requisito formalístico dele. É a exposição de motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou como base para editar o ato. Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como "causa" do ato administrativo [...]." (Curso de Direito Tributário, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p 400).

No caso concreto, não há provas sinalizando que a Administração Pública tenha, previamente e embasada em dados técnicos, exarado decisão, expondo os motivos que a levaram a desclassificar a proposta da Recorrente, o que sobeja de nulidade o certame sobre o qual recai a discussão.

⁴NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. Atlas: São Paulo, 2011. p. 100.

⁵FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Editora Fórum: São Paulo.2016 5a ed. p. 104.

É fácil notar da análise do ato administrativo ora impugnado que, além de não explicitar a motivação do ato (algo que por si só seria suficiente para invalidá-lo), **não poderia ser motivado pelo simples fato de não existir norma jurídica que sustente a decisão.**

Já a moralidade administrativa refere-se à conduta ética dos administradores no desempenho de suas funções. A violação à moralidade administrativa fica explícita quando levamos em conta todos os argumentos já expostos, um ato que é imotivado e ilegal não pode ser moral, são conceitos que caminham paralelamente e jamais se encontrarão.

Assim sendo, denota-se que o ato administrativo que desclassificou a empresa **S M BUDNIAK & CIA LTDA** está eivado de diversas máculas que o invalidam por completo, com base em todos os argumentos esposados, motivo pelo qual deve ser **ANULADO o certame**, sob pena de ofensa direta à legislação regente sobre o tema, as Súmulas e Orientações do TCU, os princípios norteadores da administração pública, e os princípios gerais do direito.

III – DO PEDIDO

Em face de todo o exposto, e tendo em vista que a Recorrente pode oferecer preços efetivamente menores que a 4ª (quarta) colocada, e, por conseguinte, os mais vantajosos para a Administração, requer-se o provimento do presente recurso, com efeito para:

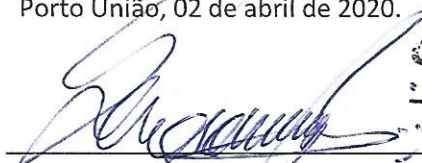
- a) com fundamento do art. 49, da Lei nº 8666/93, declarar-se **ANULADO** o procedimento licitatório ante a impossibilidade de alteração do edital convocatório, uma vez que eivado de nulidades insanáveis;
- b) caso não seja o entendimento, seja **ANULADO** o julgamento das propostas em todos os seus termos;
- c) determinar-se à Comissão de Licitação que profira tal julgamento, considerando a proposta da Recorrente para alcançar o competente resultado classificatório, o qual, por certo, resultará na adjudicação do objeto licitado à subscrevente, visto que os serviços ofertados apresentam alta eficiência e preços competitivos, dentro do praticado pelo mercado.

Outrossim, amparada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir à autoridade superior em consonância com o previsto no § 4º, do art. 109, da Lei

nº 8666/93, comunicando-se aos demais licitantes para as devidas impugnações, se assim o desejarem, conforme previsto no § 3º, do mesmo artigo da lei.

Nestes termos, pede deferimento.

Porto União, 02 de abril de 2020.



Grupo ÁGIL Serviços

Sérgio M. Budniak

Sócio-Gerente

S M BUDNIAK & CIA LTDA

Neste ato representado por

SERGIO MIGUEL BUDNIAK

ANDREY GUILHERME GARBIN

OAB/PR 67.011

AUGUSTO FAGUNDES REGINATTO

OAB/PR 65.875