

Pregão/Concorrência Eletrônica

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

Recurso Completo em PDF: <https://drive.google.com/file/d/1SXMY2TMbIOzoe8b7zCGxRXgMZRnoprB/view?usp=sharing>

ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CARIRI UFCA - JUAZEIRO DO NORTE - CE.

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 18/2022

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 23507.1952/2022-12

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA., com sede à Calçada Canopo, 11 - 2º Andar - Sala 03 - Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba/SP - CEP: 06541-078, e-mail: licitacao@primebeneficios.com.br, por intermédio de seu procurador subscrito in fine, vem, respeitosamente, nos termos do artigo 4º, inciso XVIII, da Lei Federal nº 10.520/02 c/c artigo 109, inciso I, alínea "b" da Lei nº 8.666/93, interpor RECURSO ADMINISTRATIVO contra a habilitação irregular da empresa GOLDI SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA., pelas razões de fato e de direito adiante articuladas:

I - DOS FATOS

Na data e horário previstos em edital, realizou-se a sessão pública referente ao Pregão Eletrônico nº 018/2022, promovido pela UNIVERSIDADE FEDERAL DO CARIRI UFCA - JUAZEIRO DO NORTE - CE.

O certame contou com a participação das empresas interessadas, constantes em Ata de sessão, sendo declarada vencedora a empresa GOLDI SERVIÇOS ADMINISTRAÇÃO LTDA, por ter supostamente atendido todas as exigências do edital.

No entanto, foram constadas irregularidades no curso da sessão, e durante a fase de habilitação, identificamos irregularidades insanáveis que comprometeram o adequado andamento do certame.

A empresa declarada vencedora não atende aos requisitos do edital no que tange à sua classificação e à sua habilitação em razão da existência de penalidade a ela imposta, bem como por não cumprir expressa cláusula editalícia.

Desse modo, a manutenção da habilitação da Empresa Recorrida no presente certame se trata de uma clara afronta aos princípios administrativos que norteiam os processos licitatórios, quais sejam, o da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia, do critério objetivo, bem como todos os demais, razão pela qual maneja-se o presente recurso, pugnando desde já, pelo seu integral provimento.

II - DAS RAZÕES

A empresa PRIME constatou que, dentre o conjunto de documentos apresentados pela licitante vencedora, estão presentes irregularidades que impedem a declaração da vencedora do certame, as quais não foram observadas no julgamento do certame.

Inicialmente, para participar do certame, a pretensa licitante deve atender às condições de participação, para, depois, atender às condições de habilitação. Portanto, para ser declarada vencedora, a licitante que presta os serviços licitados deve ofertar o menor preço/taxa, desde que exequível, bem como cumprir TODAS AS EXIGÊNCIAS do edital, para que se afira a habilitação no certame.

II.1 - DA SANÇÃO DE IMPEDIMENTO DE LICITAR APLICADA À VENCEDORA EM RAZÃO DA INEXECUÇÃO CONTRATUAL

Em respeito a seriedade do processo licitatório, na fase de habilitação da licitante detentora da proposta mais vantajosa, deveria o pregoeiro, observar a existência de sanção que impeça a participação no certame, conforme a cláusula 10.3.4 e 17.5 do edital:

(...)

10.3.4. Constatada a existência de sanção, o Pregoeiro reputará o licitante inabilitado, por falta de condição de participação

(...)

17.5. Previamente à contratação a Administração realizará consulta ao SICAF para identificar possível suspensão temporária de participação em licitação, no âmbito do órgão ou entidade, proibição de contratar com o Poder Público, bem como ocorrências impeditivas indiretas, observado o disposto no art. 29, da Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018, e nos termos do art. 6º, III, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, consulta prévia ao CADIN.

Em detida análise, a empresa GOLDI SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA. não poderia ter participado do presente certame, pois já foi punida pela Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes-DNIT no Estado de Minas Gerais, cuja penalidade perdurará até 28/06/2023, e outros entes da Administração.

A penalidade da empresa (vencedora do pregão eletrônico n. 00177/2021) mencionada no parágrafo anterior, decorreu em razão da inexecução das obrigações assumidas em decorrência da contratação, bem como por descumprimento do edital e do termo de referência, conforme decisão publicada no Diário Oficial da União seção 3, nº 120:

https://drive.google.com/file/d/12QdiOKZK6MIKmrbt3by_MW7mrIIOyvaN/view?usp=sharing

Não se trata de invenção de regras pela empresa PRIME, ora Recorrente, mas de regras criadas pelo pregoeiro e inseridas no edital, as quais devem ser seguidas, em prestígio aos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

Além da sanção mencionada, cumpre ressaltar que a empresa GOLDI já teve punição aplicada pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Paraná em razão da inexecução contratual, veja:

<https://drive.google.com/file/d/19Ii25j-T519bmEMH120BvZj7JCT5ACn9/view?usp=sharing>

Em um dos processos visando a reversão da punição, a Juíza Federal foi incisiva e detalhista ao citar que as circunstâncias e elementos demonstrativos de descumprimento contratual não desapareceram ao longo do curso processual, veja:

[...]Consta na decisão administrativa que a impetrante teria incorrido em duas condutas, para as quais foram definidos graus de infração 03 e 01: não executar ou executar com falha serviço e/ou fornecimento previsto, sem motivo justificado e atrasar a entrega, o início ou o término da prestação de serviços ou ainda não manter a rede credenciada mínima. Aplicando esses graus na Tabela 01, a sanção poderia ser aplicada até o máximo de dois anos, a critério da autoridade julgadora. Ou seja, a fixação da penalidade seguiu os parâmetros previstos no contrato. Não há fundamento para acolher a alegação da impetrante, de que seria obrigatória a aplicação do prazo mínimo, quando a cláusula contratual previu patamares mínimos e máximos.

"No caso em exame, não vislumbro desproporcionalidade na penalidade aplicada, pois ausente nos autos elementos que pudessem apontar abuso de direito por parte da autoridade coatora. A decisão administrativa fundamentou adequadamente os motivos pelos quais entendeu que teria havido inadimplemento contratual e seguiu exatamente os parâmetros previsto no contrato firmado entre as partes para a fixação da sanção.

É certo que o impedimento de licitar por 1 ano traz efeitos danosos à atividade da empresa, mas pelo que se observa no processo administrativo, a impetrante gerou danos consideráveis à Administração em face da extensão do inadimplemento contratual.

Ademais, pela análise da aplicação da sanção pela Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes-DNIT no Estado de Minas Gerais, resta evidente que a empresa GOLDI, vem, reiteradamente, descumprido suas obrigações com diversos órgãos públicos e, consequentemente, tem recebido as devidas punições com a suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar com a Administração.

A sua inaptidão para assumir contratos com a Administração Pública é evidente, mas, ainda assim, alguns locais têm feito vista grossa quanto à seriedade dos descumprimentos contratuais, e acabam por assumir altos riscos, mesmo quando advertidos.

Neste contexto, importante ressaltar que, ainda que a punição tenha sido aplicada por órgão da União, as vastas provas que a embasaram e a gravidade dos fatos devem ser aplicadas em favor de toda a Administração Pública que é UNA. Esse entendimento é esboçado pela corte superior, conforme jurisprudência:

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO. EMPRESA VENCEDORA COM REGISTRO DE PENALIDADE DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR (ART. 87, III, DA LEI N. 8.666 /1993) VIGENTE NA DATA DE ABERTURA DO CERTAME. PUNIÇÃO IMPOSTA POR ENTE MUNICIPAL, MAS QUE ALCANÇA TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À ANULAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO A PARTIR DA HABILITAÇÃO DA PARTICIPANTE IMPEDIDA. É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que "a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666 /1993 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública (MS 19.657/DF, rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013)" (STJ, Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.382.362/PR, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 7-3-2017). Assim, está impedida de participar de processo licitatório aberto por ente estadual a empresa a quem foi imposta a penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar, ainda que a punição tenha advindo de procedimento administrativo de âmbito municipal. SEGURANÇA CONCEDIDA (Mandado de Segurança n. 4019902-95.2018.8.24.0000, de Tribunal de Justiça Relator: Desembargador Odson Cardoso Filho, 06/12/2018).

Direito constitucional, administrativo e processual civil. Agravo de instrumento. Empresa penalizada com base na lei nº 8666 /93, art. 87, iii. Impedimento temporário de licitar e contratar decorrente de penalidade. Participação

em pregão eletrônico. Proposta desclassificada com fulcro no art. 7º da lei nº 10520 /02. Suspensão de direitos em licitação com toda a administração pública. Distinção entre administração e administração pública. Inexistência. Preponderância do interesse público resguardando os princípios constitucionais da moralidade e eficiência. Afastamento de novos prejuízos aos cofres públicos. Previsão expressa no edital de que estariam impedidas de contratar/licitar com a administração as empresas declaradas inidôneas ou punidas com suspensão do direito de licitar ou contratar com o poder público se a punição fosse aplicada por qualquer das esferas de governo. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada. 1. a limitação de contratar/licitar com empresa penalizada em contrato/licitação anterior, em qualquer esfera administrativa, visa proteger o interesse público ao afastar interessada que poderá acarretar, novamente, prejuízos aos cofres e interesses públicos em geral, conferindo força normativa aos princípios constitucionais da moralidade e eficiência que devem ser observados em todas as atividades da administração. Deve a administração prestigiar e fazer preponderar o interesse público, o qual precisa ser resguardado pelos princípios constitucionais da moralidade e eficiência. 2. A punição prevista no inciso iii do artigo 87 da lei nº 8.666 /93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a administração pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária. 3. é irrelevante a distinção entre os termos administração pública e administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. iii) e declaração de inidoneidade (inc. iv) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras. 4. A administração pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. A limitação dos efeitos da "suspensão de participação de licitação" não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a administração se estendem a qualquer órgão da administração pública. 5. Nos termos do item 2.3.1. do edital, não poderiam concorrer, direta ou indiretamente da licitação ou participar do contrato dela decorrente as empresas que se encontrem sob falência, concordata, recuperação judicial ou extrajudicial, concurso de credores, dissolução, liquidação, entidades empresariais que não tenham representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder, administrativa e judicialmente, nem aquelas que tenham sido declaradas inidôneas ou punidas com suspensão do direito de licitar ou contratar com o poder público aplicado por qualquer das esferas de governo. 6. salvo se o ato que impôs a penalidade de impedimento de contratar/licitar com a administração restringiu seus efeitos somente a determinada esfera administrativa e o edital impossibilitou de participar do certame apenas as sociedades empresárias impedidas de contratar/licitar com a entidade licitante, a sanção administrativa de impedimento de contratar/licitar com a administração é extensiva a todos os órgãos e entes públicos, e não somente ao impositor da penalidade, porquanto a administração é uma e a medida visa preservar o interesse público e resguardar os princípios da moralidade e da eficiência. 7. Não prospera a pretensão de que a penalidade fique restrita ao âmbito do órgão punitivo, pois, considerando que a administração pública é uma, os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a administração pública se estendem a qualquer de seus órgãos. precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Recurso conhecido e provido (Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal, TJDF, Agravo de Instrumento, 1 Turma Cível, Rel. Alfeu Machado).

Desta forma, a empresa GOLDI não PODERIA e nem pode participar da presente licitação, tendo em vista a existência de condição impeditiva prevista no item 10.3.4. Assim, manter o título dela como vencedora e apta a assinar contrato administrativo é inaceitável, pois, conforme apresentado, os descumprimentos contratuais são reiterados perante grandes órgãos públicos.

Embora a empresa tenha apresentado mais de 18 arquivos de atestado de capacidade técnica, há apenas 01 atualizado e posterior as punições mencionadas, demonstrando, portanto, a fragilidade de tais documentos.

Assim, antes da contratação deve ocorrer diligências por parte da Universidade com o fito de confirmação a execução dos contratos, e a veracidade das informações prestadas, para que não ocorra danos ao erário e a coletividade em razão de uma inexecução contratual.

Importante ressaltar também que, não há qualquer evidencia que justifique a contratação da Administração com empresas que constantemente são punidas em razão da inexecução contratual, mal prestação dos serviços, ou descumprimento dos termos do edital.

Neste sentido, questiona-se a insistência da Universidade em contratar com uma empresa que não detém de boa reputação no mercado e frequentemente é punida.

Sabe-se que, os requisitos para a habilitação devem permanecer durante o processo licitatório, mas sobretudo toda a execução contratual – sobretudo – durante a prestação do serviço, e ocorrendo a perda de qualquer um dos requisitos, a rescisão é medida que se impõe por descumprimento de cláusula legal obrigatória, nos termos do artigo 55, inciso XIII da Lei n. 8.666/93:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Ligada a essa imposição, temos:

Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

Ao que resulta, ainda que a penalidade seja suspensa – provisoriamente – a Administração está atraindo graves riscos à execução dos serviços que muito precisa, pois, quando da finalização do processo, a penalidade de impedimento surtirá efeitos – seja por quarenta e oito dias ou um ano.

Nessa margem, diante da imprescindível continuidade do serviço, a licitante perderá – ainda que provisoriamente – os requisitos exigidos durante todo o processo (licitatório e executório) e terá que ter o seu contrato rescindido (imposição legal).

Portanto, manter a habilitação da recorrida significa dizer que a Administração está assumindo os riscos (altos) de ter que rescindir o contrato com quem deixou de cumprir contrato celebrado com a União e Outros Órgãos

Públicos, como bem apurado nos processos administrativos que ocasionaram as punições.

Deste modo, não resta margem para outra interpretação, sob pena de quebra do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, devendo operar, ainda que de forma tardia, a inabilitação da licitante GOLDI.

II.2 – DA IMPOSSIBILIDADE DE OFERTA DE TAXA NEGATIVA NA SESSÃO E A LIMITAÇÃO DA COMPETITIVIDADE DA CONCORRÊNCIA NO CERTAME

No processo licitatório não pode haver subjetivismo, principalmente na redação do edital, pois, afronta a Lei n.º 8.666/93, aplicada subsidiariamente, principalmente no quesito julgamento objetivo:

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.

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.

§ 1º - É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

Ao redigir o presente edital, não constou qualquer vedação ao que se refere a oferta de taxa negativa, no entanto, durante o trâmite da sessão pública ocorreram limitações que impossibilitaram a oferta e a efetiva competitividade e isonomia na disputa.

Entende-se que, ao determinar o critério de julgamento como "MAIOR PREÇO GLOBAL", por analogia está incluindo a possibilidade de oferta de taxas negativas, mas, tal interpretação não foi realizada pelo Pregoeiro no momento da disputa.

Veja, o critério adotado para julgamento foi o de maior preço global que incluía todos os itens do lote, entretanto, restou vedado a possibilidade de qualquer desconto em relação aos itens individuais cadastrados ou de maneira global, podendo apenas ser ofertado lances no item 5 sob pena de desclassificação, conforme consta em ata: <https://drive.google.com/file/d/10afORSh7n0H5Xb-OYDJuU05IIAFgdDP2/view?usp=sharing>
Foram cadastrados 5 itens no portal de disputa e não somente 1 como determina o edital, fato este que ocasionou em um certo tumulto na sessão durante a fase de lances como verificado anteriormente.

O Edital no item 13.4, realizou a previsão de que somente poderia ser ofertado desconto de R\$ 17.633,05 referente ao valor máximo a ser cobrada de taxa de administração, que corresponde a 2,66% do valor total da contratação, sendo este o valor referencial máximo, e, portanto, inicial. Ou seja, as licitantes apenas poderiam ofertar taxas entre 2,66% até 0%, sendo impossível a oferta de taxas negativas.

Neste sentido, necessário destacar que somente os lances referentes a taxa de administração do gerenciamento foram aceitos pelo pregoeiro, veja:

(Obs: lances com * na frente indicam que foram excluídos)

https://drive.google.com/file/d/1_rjhhTXAwmcbvWxv1LZoSOu9-khoCg/view?usp=sharing

<https://drive.google.com/file/d/1BYw1FNE-wn9CribU9QQewXjcbqibpWANn/view?usp=sharing>

Se tratando de critério de maior preço global, deveria o edital possibilitar a oferta das taxas com base no montante licitado (incluindo todos os itens), sendo o desconto aplicado sobre os valores dos combustíveis, e não somente no valor fixo da taxa de administração estipulada pelo Órgão, pois, isso viola não só o caráter competitivo, como também limita o número de participantes na disputa.

Ao limitar a taxa máxima sem prever a possibilidade ou vedação da taxa negativa, além do edital contrariar as orientações legislativas e doutrinárias, ocasionou na restrição de oferta de lances e consequentemente na escolha de proposta mais vantajosa, pois, caso o "desconto" chegasse a zero, o fator limitante imposto pelo pregoeiro não possibilitaria a oferta da taxa negativa, como é de costume nas licitações.

Importante ressaltar que a taxa negativa é modo que atuam as administradoras de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível. Nesses casos, a empresa cobra uma taxa ou comissão sobre o valor total das operações intermediadas.

Os exemplos citados são considerados serviços comuns, logo são licitados na modalidade pregão, a qual permite a redução dos preços na fase de lances.

Ocorre que, em certas circunstâncias, as taxas de administração propostas podem ter valor nulo ou, até mesmo, negativo. Considerando que o art. 44, §3º, da lei n.º 8.666/93 não admite propostas com preço irrisório ou de valor zero, poderia o pregoeiro aceitar uma oferta de taxa de administração nula ou negativa?

A resposta à indagação é positiva. A proposta da administradora poderia ser aceita em razão da forma como esse serviço é executado. Isso porque a renda dos particulares prestadores de tal serviço decorre de três principais fontes: da contratante, de aplicações financeiras e dos estabelecimentos credenciados. Esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, expresso na decisão 38/1996 - plenário.

Deixe-se assente que, no que é pertinente às licitações destinadas ao gerenciamento do fornecimento de combustíveis, a admissão de ofertas de taxas negativas ou de valor zero, por parte da Administração Pública, não

implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital;

O entendimento já está pacificado na Corte de Contas Federal:

Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, encaminhada pelo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão e formulada pela empresa Trivale Administração Ltda., sobre possíveis irregularidades no pregão presencial 53/2011 – CSL, conduzido pela Universidade Estadual do Maranhão – Uema para contratação de empresa para implantação e operacionalização de sistema de gerenciamento da frota de veículos, com utilização de tecnologia de cartão micro processado com chip, via web, para fornecimento de combustíveis, lubrificantes e produtos afins e, ainda, lavagem de veículos em rede própria ou credenciada, com valor estimado de R\$ 140.213,08 até 31/12/2011.

9.2. dar ciência à Universidade Estadual do Maranhão de que, no pregão presencial 53/2011 – CSL, verificou-se não aceitação de proposta de taxa de administração com percentual igual ou inferior a zero, assinalada na letra d.2 do subitem 5.1 do edital, não obstante este Tribunal tenha jurisprudência no sentido de que em processos licitatórios custeados com recursos federais para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, deve ser avaliado, no caso concreto, se a admissão de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital, conforme decisão 38/1996-Plenário; (AC-1556-11/14-2 Número do Acórdão: 1556 Processo: 033.083/2013-4)

Outro meio da empresa obter remuneração são as aplicações no mercado financeiro do montante recebido do contratante para emissão dos vales. Tal atividade é chamada de operação de crédito antecipado. Nela, a administradora recebe do contratante o valor para emissão dos vales e o aplica no mercado financeiro. Isso é possível porque existe um intervalo entre a data em que a administradora é paga e a data em que o valor é repassado para os estabelecimentos credenciados. Nesse interstício, as aplicações do valor recebido geram renda para a empresa.

Por fim, ainda há a possibilidade de a administradora cobrar, pelo credenciamento, uma mensalidade para mantê-lo ou um desconto sobre cada vale recebido.

Aceitar vales é vantajoso para o empresário, porque o recebimento de tais atrai consumidores. Por isso, os estabelecimentos optam por pagar pelo credenciamento.

Portanto, ainda que a taxa de administração oferecida no certame seja nula ou negativa, a empresa tem como executar o contrato e o seu preço não pode ser considerado inexequível.

Uma forma de se estabelecer um critério de exequibilidade da proposta é através de consulta às taxas praticadas no mercado e no âmbito da própria Administração em outros órgãos e entidades.

E novamente trazemos a lume o julgado do Proc. TCM nº 08060/14 do TCM da Bahia que acompanha o TCU, vejamos:

Também se revelou desarrazoada a inadmissibilidade, pelo Edital (item "do julgamento das propostas - cláusula 7.1.3.1 - d), da Taxa Administrativa Negativa. O fato de o §3º do art. 44 da Lei nº 8.666 proibir preços irrisórios ou incompatíveis com o mercado não pode, por si só, servir de amparo à vedação editalícia, posto que tal apuração há de ser feita em função do caso concreto, para verificação da obtenção, pelo particular, de recursos por outras vias. (...)

Assim, propostas que consignem taxas de administração de valor zero ou negativas não deveriam, por pressuposto, ser tidas por inexequíveis, pois podem corresponder, na prática, a um desconto a ser concedido sobre o valor de face dos vales, "devendo ser averiguada a compatibilidade em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente definidos no edital" (cf. consta do Acórdão nº 38/1996 – Pleno do TCU).

Entendimento diverso obsta a busca pela maior economicidade, outro ponto a se considerar é que sua manutenção frustrará a competitividade do certame, vez que certamente todas as empresas ofertarão a taxa mínima aceita, logo, não haverá a fase de lances, devendo a empresa vencedora ser conhecida no sorteio.

Vejamos as possibilidades de ganho das administradoras de cartão:

Exemplo 01:

A empresa pode receber um percentual sobre o montante de transações intermediadas. Assim, se ela recebe R\$ 100.000,00 para a emissão de vales-combustíveis e a taxa de administração praticada é de 1%, a administradora receberá um total de R\$ 101.000,00 do contratante.

Exemplo 02:

Outro meio da empresa obter remuneração são as aplicações no mercado financeiro do montante recebido do contratante para emissão dos vales. Tal atividade é chamada de operação de crédito antecipado. Nela, a administradora recebe do contratante o valor para emissão dos vales e o aplica no mercado financeiro. Isso é possível porque existe um intervalo entre a data em que a administradora é paga e a data em que o valor é repassado para os estabelecimentos credenciados. Nesse interstício, as aplicações do valor recebido geram renda para a empresa.

Exemplo 03:

Por fim, ainda há a possibilidade de a administradora cobrar, pelo credenciamento, uma mensalidade para mantê-lo ou um desconto sobre cada vale recebido. Aceitar vales é vantajoso para o empresário, porque o recebimento de tais atrai consumidores. Por isso, os estabelecimentos optam por pagar pelo credenciamento.

Dos exemplos acima apontados, verifica-se que o simples fato de a taxa de administração oferecida no certame ser nula ou negativa, não implica em proposta inexequível, afinal, a empresa tem como executar o contrato e o seu

preço de forma lucrativa nestes casos.

Caso a taxa seja negativa, o contratante receberá um desconto sobre o valor dos abastecimentos. Então, se forem gastos R\$10.000,00 nos abastecimentos e a taxa de administração for de -1%, quem contrata a administradora terá de pagar a ela somente R\$9.900,00. Os outros R\$100,00 serão obtidos das aplicações no mercado financeiro ou dos estabelecimentos credenciados.

Convém sobrelevar ainda que inúmeros órgãos públicos permitem de forma clara em seus editais, a indicação de taxas zero e negativa, tais como Polícia Militar do DF, TCU, STF, entre outros.

Portanto, a grande maioria dos órgãos públicos indicam de forma clara em seus editais, a possibilidade de concessão de taxas negativas (descontos), neste caso, o intuito é fomentar a competitividade e consequentemente a busca pela proposta mais vantajosa, como preceitua o Art. 3º, da Lei 8.666/1993.

Caso não seja permitido a apresentação de lances com taxas negativas, somente existirá duas saídas a Administração:

a. Contratar empresa que tenha oferecido taxa positiva a Administração, ou seja, neste caso a Administração terá que pagar uma taxa mensal para utilizar o sistema da empresa vencedora, o que não aconteceria caso a taxa proposta fosse negativa, neste caso, seria concedido desconto à administração, ou

b. Contratar empresa que tenha sido escolhida via sorteio, uma vez que, sendo os licitantes impedidos de ofertar lances quando atingir taxa de 0,00% (zero por cento), a Administração deverá realizar sorteio, conforme prevê o Art. 45, § 2º, da Lei 8.666/1993, desta forma, estará corrompido o princípio básico da licitação que é a escolha da empresa que oferecer o melhor preço a Administração:

c. "§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo."

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, se firmam no sentido da fundamental importância da seleção da melhor proposta à Administração, afinal, essa a pedra fundamental do processo licitatório.

O Art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993, assim dispõe sobre o princípio da busca pela proposta mais vantajosa:

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.

Portanto, não resta dúvidas quanto ao caráter legal e vinculativo da seleção da proposta mais vantajosa, uma vez que existe previsão legal para tanto, e mais do que isso, trata-se de uma premissa básica da licitação que dever ser protegida, de forma diferente, estaria a Administração causando prejuízo a si mesma e consequentemente aos cofres públicos.

Desta forma, a proposta mais vantajosa certamente não será aquela escolhida via simples "sorteio", para onde caminha o processo licitatório em questão.

Neste sentido, o TCU, no Acórdão 818-09/08-2, entendeu que fixar desconto máximo (taxa 0%) equivale a fixação de preço mínimo, o que é vedado pela norma, veja-se:

GRUPO II – CLASSE VI – 2ª Câmara. TC 012.787/2006-2 (com 1 volume). Natureza: Representação. Unidade Jurisdicionada: Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado do Maranhão – Incra/MA. Interessado: Instituto Pobres Servos da Divina Providência (CNPJ 92.726.819/0012-01).

Sumário: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MAIOR DESCONTO. POSSIBILIDADE. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA PARCIALMENTE ACOLHIDAS. DETERMINAÇÕES.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de representação formulada pelo Instituto Pobres Servos da Divina Providência, com base no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, apontando supostas irregularidades no pregão eletrônico 01/2006, realizado pelo Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado do Maranhão – Incra/MA, objetivando a contratação de empresa para execução de serviços de manutenção preventiva e corretiva nos veículos da entidade, com fornecimento de peças e acessórios com garantia.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de 2ª Câmara, diante das razões expostas pelo relator, com fundamento nos arts. 237, inciso VII e parágrafo único, e 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. conhecer da presente representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 235 do Regimento Interno/TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. acatar em parte as razões de justificativa apresentadas por Raimundo Monteiro dos Santos, Leonísio Lopes da Silva Filho e Rodrigo Soares de Vasconcelos;

9.3. determinar ao Incra/MA que:

9.3.1. nas contratações destinadas à manutenção de veículos em que o menor preço for aferido pelo critério de maior desconto incidente sobre tabelas de preço predefinidas, abstenha-se de:

9.3.1.1. conceder reajustes pleiteados com base em eventual aumento de salário, salvo se decorrido prazo mínimo de um ano contado a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio

coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta;

9.3.1.2. estipular percentuais de desconto máximo, haja vista caracterizar fixação de preços mínimos, o que é vedado pelo art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993;

9.3.2. calcule o valor a ser gasto com cada item licitado, ainda que por estimativa, abstendo-se de realizar alterações em preços unitários com o simples objetivo de viabilizar a emissão de nota de empenho;

9.3.3. desclassifique, nas licitações, as propostas com preços manifestamente inexequíveis, de acordo com o disposto no art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1993;

9.3.4. apresente em seus editais de licitação, como critério para julgamento, disposições claras e parâmetros objetivos, que impeçam mais de uma interpretação, em respeito ao art. 40, inciso VII, da Lei 8.666/1993;

9.3.5. dê ampla publicidade a qualquer modificação feita em editais de pregão que altere a formulação das propostas, consoante disposição do art. 20 do Decreto 5.450/2005;

9.3.6. elabore e disponibilize orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários dos serviços a serem licitados, com base nos preços de mercado, conforme determina o art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993;

9.3.7. mantenha os processos administrativos licitatórios com a documentação em ordem e sem rasuras que comprometam sua fidedignidade;

9.3.8. obedeça à correta classificação orçamentária das despesas realizadas;

9.4. apensar o presente processo às contas do Incra/MA referentes ao exercício de 2006, para que as irregularidades não elididas nestes autos sejam avaliadas em conjunto com os demais atos de gestão dos responsáveis;

9.5. cientificar o Incra/MA e o Instituto Pobres Servos da Divina Providência acerca desta deliberação. (TC 012.787/2006-2, Ata nº 9/2008 – 2ª Câmara, Data da Sessão: 1º/4/2008 – Extraordinária, RELATOR Aroldo Cedraz).

Não aceitar taxa negativa fere o princípio do julgamento objetivo e o da seleção da proposta mais vantajosa, além de caminhar na contramão da doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Assim, deve ser informado objetivamente no edital a possibilidade de se ofertar taxa negativa, conforme entendimento dos Tribunais, para que seja possível a escolha da proposta mais vantajosa.

Portanto, considerando as nulidades apresentadas, caso não ocorra a inabilitação da empresa Goldi, deve ser anulada a sessão ocorrida no dia 03/10/2022, para que ocorra uma nova sessão que possibilite a oferta de taxa negativa.

III - DAS ALEGAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, resta claro o descumprimento de diversas regras do edital pela licitante GOLDI, fato que a impede de carregar o título de vencedora do certame, declarado ilegalmente pelo pregoeiro (a).

Neste sentido, o próprio instrumento convocatório determina que a não comprovação da habilitação gera, obrigatoriamente, a desclassificação e inabilitação do licitante, conforme as cláusulas abaixo transcritas:

(...)

10.3.4. Constatada a existência de sanção, o Pregoeiro reputará o licitante inabilitado, por falta de condição de participação

(...)

17.5. Previamente à contratação a Administração realizará consulta ao SICAF para identificar possível suspensão temporária de participação em licitação, no âmbito do órgão ou entidade, proibição de contratar com o Poder Público, bem como ocorrências impeditivas indiretas, observado o disposto no art. 29, da Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018, e nos termos do art. 6º, III, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, consulta prévia ao CADIN.

Os textos da lei e do edital são claros ao determinar a inabilitação de licitante que não atender às condições impostas para participação, como no presente caso.

A lei não concede ao administrador, servidor público, nesse incluído o sr. Pregoeiro, margem para interpretação, porquanto deve fazer somente o que a lei determina, e neste caso, a inabilitação da licitante que não apresentou todos os documentos exigidos no edital.

Para que o processo seja devidamente homologado, faz-se necessário a verificação não só dos atos da Administração Pública, mas se todos os procedimentos foram realizados dentro da legalidade e se todos os documentos da licitante declarada vencedora foram apresentados conforme exigido no edital.

Desta forma, amparada nos princípios que regem os atos da Administração Pública, espera-se pela inabilitação da licitante GOLDI, que desatende diversas cláusulas do edital mesmo tendo o processo voltado ao julgamento.

IV – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se do Nobre Pregoeiro da UNIVERSIDADE FEDERAL DO CARIRI UFCA, que receba o presente RECURSO, e que, considerando os seus termos, julgue-o procedente, de modo a:

1. DESCLASSIFICAR a licitante GOLDI SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA, que NÃO ESTÁ APTA PARA A FASE DE HABILITAÇÃO.

ou

2. ANULAR A FASE DE LANCES OCORRIDA PARA QUE A MESMA SEJA REALIZADA NOVAMENTE COM A POSSIBILIDADE DE SE OFERTAR TAXAS NEGATIVAS, RESPEITANDO, PORTANTO, OS PRINCÍPIOS DA COMPETITIVIDADE E ISONOMIA.

E, por fim, na remota e absurda hipótese de indeferimento do recurso apresentado pela Recorrente, desde já solicitamos cópias dos autos do processo licitatório, para que desse modo possam ser tomadas as medidas judiciais cabíveis e comunicar o ocorrido aos órgãos de fiscalização externos (Ministério Público e Tribunal de Contas).

Termos em que pede deferimento.

Santana de Parnaíba/SP, 07 de outubro de 2022.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.
Yan Elias – OAB/SP 478.626

Fechar