

Processo: 11/341-M

Interessado: Gerência Administrativa

Assunto: Contratação de empresa especializada para prestação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial, com o fornecimento de mão-de-obra, saneantes domissanitários, materiais e equipamentos, visando a obtenção de adequadas condições de salubridade e higiene para o Edifício Sede da FAPESP.

Referência: Apreciação de Recurso Administrativo – Pregão Eletrônico nº 02/2012

Senhor Gerente de Licitações, Patrimônio e Suprimentos,

A empresa **MULT FUNCIONAL MAO DE OBRA TERCEIRIZADA LTDA.**, ora denominada Recorrente, por intermédio de seu representante legal, inconformada com a r. decisão deste Pregoeiro que declarou vencedora do certame a empresa **CONSTRUPOPP DE PRUDENTE SERVIÇOS LTDA - ME**, conforme consignado na Ata de Sessão Pública de 06/03/2012, manifestou intenção de interpor recurso conforme a seguir aduzido.

Em conformidade ao **artigo 4º, inciso XVIII**, “declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;” da Lei Federal nº. 10.520/02, a Recorrente manifestou sua intenção em recorrer, consignando por escrito que:

“Manifestamos intenção de recurso, pois no sentimos prejudicados, devido instabilidade no sistema BEC, o qual nos impossibilitou de efetuarmos lances, e solicitamos vistas e cópias da Planilha de Custos referente à comprovação da exequibilidade dos preços ofertados e documentação da empresa vencedora, em especial, os Atestados de Capacidade Técnica, para que assim, possamos fazer maior fundamentação das razões recursais.”

A Recorrente teve vistas dos autos e nas razões de recurso apresentadas diretamente no sistema da Bolsa Eletrônica de Compras do Estado de São Paulo no dia 09/03/2012, alegou concisamente que:

“A recorrida apresentou sua Planilha conforme solicitado, porém em desacordo com o Edital, pois não se atentou ao ANEXO VII “PLANILHA DE PROPOSTA DE PREÇOS”, onde a mesma mencionou conforme podemos verificar nas folhas 610 / 611, dos autos do Processo Licitatório, a quantidade de 12 (doze) funcionários quando do envio da Proposta de Preços para participar do certame. Porém, a recorrida apresentou custos para 11 (onze) funcionários (...)”

Ressaltou que:

“Sr. Pregoeiro, está claro que, a recorrida não comprovou a exequibilidade de sua oferta, pois caso tivesse apresentado os custos para os 09 funcionários, teria elevado o valor de sua proposta para R\$ 24.809,38 (vinte e quatro mil oitocentos e nove reais e trinta e oito centavos) mês.”

Ao final, requer que seu **recurso seja provido** para o fim de desclassificar/inabilitar a recorrida **CONSTRUPOPP DE PRUDENTE SERVIÇOS LTDA - ME**, bem como para que o certame seja revogado e aberta uma nova licitação.

Concedido o prazo legal, a empresa vencedora apresentou suas contrarrazões, alegando:

“A ilegalidade em comento é injustificado, o que por si só se verifica ainda que a impetrante apresentou apenas uma proposta e bem distante da vencedora e tenta agora inutilmente tumultuar um processo licitatório legítimo e legal utilizando-se deste remédio constitucional, o que no momento e na situação atual não se aplica e nem se justifica. Não há, e nem houve, portanto, ausência de legalidade de agir e muito menos impossibilidade dos concorrentes apresentarem melhor proposta.”

Ressaltou que:

“Ademais, Senhor Pregoeiro, o agente público demonstrou conduta regular nesse certame ao adjudicar a licitante Construpopp de Prudente Serviços Ltda-ME, ao observar e fazer cumprir o que determina o item 8 da III – Proposta no edital que claramente aduz (...)”

Ao final, requer que seja **negado provimento ao recurso** interposto pela empresa **MULT FUNCIONAL MAO DE OBRA TERCEIRIZADA LTDA.** e a manutenção da decisão da FAPESP que declarou vencedora do certame a licitante **CONSTRUPOPP DE PRUDENTE SERVIÇOS LTDA ME** .

É o breve relatório.

O Pregoeiro, em face do recurso apresentado, entende que deva ser o mesmo **CONHECIDO**, vez que presentes os pressupostos de admissibilidade, contudo, **em seu mérito, NEGADO PROVIMENTO**, pelos motivos de fato e de direito relacionados a seguir.

A declaração de vencedora do certame para a empresa **CONSTRUPOP DE PRUDENTE SERVIÇOS LTDA ME.**, ocorreu em virtude da Proposta e Documentação apresentadas estarem em conformidade com o solicitado no Edital e seus Anexos, e contemplar o menor valor para Administração.

Com base no recurso e nas cotarrrazões apresentadas passamos a análise dos argumentos expostos.

A Recorrente tem como fundamento de seus Memoriais que a licitante vencedora teria apresentado a Planilha de Composição de Custos com irregularidades, bem como que a proposta final apresentada seria inexecutável.

Em contrarrazões, a licitante vencedora reforça a validade de sua proposta, bem como sua exequibilidade e, em paralelo, admite o erro em sua planilha de composição de custos unitários quanto aos valores dos vales refeição e indica que não há qualquer irregularidade ao passo que a correção a maior dos valores dos vales refeição não implica em aumento preço final ofertado, uma vez que a empresa reduz proporcionalmente seu BDI.

No que se refere a indicação incorreta dos valores dos vales refeição pela licitante vencedora, o fato foi esclarecido e sanado nas contrarrazões ofertadas pela mesma. O erro material constante das planilhas de composição de custos unitários da licitante vencedora não tem o condão de invalidar sua Planilha de Proposta Preços apresentada com base no preço final obtido no certame (realinhamento).

Com relação à questão do número de empregados indicados para a execução dos serviços, foi realizado um pedido de esclarecimento acerca deste tópico, sendo que foi respondido o seguinte:

“A indicação do número de funcionários por função é apenas uma questão de referência. Nenhuma empresa terá a proposta de preços desclassificada em virtude deste tópico da proposta.

Ressalte-se que não consta do Edital e seus Anexos qualquer exigência relativa à número mínimo de profissionais envolvidos na prestação de serviços. A prestação dos serviços será avaliada de acordo com os critérios indicados no Anexo X do Edital.”

No mesmo sentido é a posição dos gestores do CADTERC (<http://www.cadterc.sp.gov.br/sis/faq.php?c=41&c2=3>):

“Os estudos desenvolvidos para serviços de limpeza, asseio e conservação – predial, hospitalar e de ambientes escolares consideram que o resultado pretendido na contratação desses serviços é o ambiente limpo, higienizado e isento de sujidades. A unidade de medida adotada é o m² de área quantificada de cada um dos ambientes envolvidos. Em terceirização não se contrata na unidade de medida horas, homem hora ou homem mês, isto é, não se contrata número de profissionais de limpeza e sim a área limpa. Mesmo porque a quantidade de funcionários não implica necessariamente em qualidade de serviço.

Para tanto, não se recomenda que conste, no ato convocatório, a exigência de indicação da quantidade de profissionais que a licitante deverá alocar na futura prestação dos serviços. Essa precaução também deve ser tomada na gestão do contrato, pois não se pode efetuar a exigência de presença de quantidade determinada de profissionais na execução dos serviços, pois caracterizaria o controle de frequência, além de subordinação e vinculação hierárquica, configurando claramente locação de mão-de-obra, que é ilegal.

Em terceirização de serviços, não nos cabe gerenciar a mão-de-obra da contratada, mas apenas avaliar os seus resultados. A gestão dos recursos humanos a serem utilizados é da prestadora de serviços, cabendo a essa o dimensionamento das necessidades de profissionais de limpeza necessários e suficientes para a execução dos serviços, gerenciando eventuais faltas/reposições, que constitui o seu negócio. A contratada, no fiel cumprimento das cláusulas contratuais, deverá executar as atividades com presteza, qualidade e pontualidade, estabelecendo com a contratante a programação das rotinas de atividades a serem desenvolvidas, Essa é a razão da exigência de visitas aos locais de prestação dos serviços, de forma que os serviços possam ser desenvolvidos em horários que não interfiram nas rotinas normais da contratante.

Cabe à Contratante a gestão contratual, observar o atendimento à qualidade dos serviços prestados e exigindo da contratada a apresentação de comprovantes de recolhimentos de encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários, efetuando-se glosas de medições por serviços não prestados ou prestados inadequadamente. Para tanto, a contratante, que conhece detalhadamente as especificidades dos serviços necessários para fazer frente às atividades, a elaboração do projeto básico / memorial descritivo, contendo, entre outros, as especificações técnicas, a descrição das atividades, os ambientes e as metragens das áreas envolvidas, os critérios de medição dos serviços executados.”

Nestes termos, os argumentos de irregularidade da proposta em virtude do número de postos de trabalho indicados não merece prosperar. No mesmo sentido, a exequibilidade da proposta não pode ser aferida apenas com base no número de empregados alocados na prestação dos serviços.

Os critérios de avaliação dos serviços são bem claros (anexo X do Edital), sendo certo que caberá a Administração avaliar a execução do contrato com base nos parâmetros lá fixados.

Ainda sobre o tema da inexecuibilidade vale a pena destacar alguns pontos do trabalho realizado por este Pregoeiro dentro deste tema conforme segue:

“O tema da inexecuibilidade da proposta nas licitações públicas é realmente tormentoso, mesmo apenas no âmbito da Lei nº 8.666/93 e, com maior razão, a luz da lei que instituiu o pregão.

De fato, aqui se contrapõem exigências absolutamente opostas: de um lado, a eterna busca da Administração Pública pelo preço mais baixo, nas obras, serviços e bens que adquire, e de outro a necessidade de obter a contratação mais segura e apta ao atendimento do interesse público.

Nesse sentido, o professor Adilson de Abreu Dallari, ao examinar essa matéria, na obra Aspectos jurídicos da licitação¹, ensina que: “É importante considerar que a proposta para ser séria deve ser perfeitamente exequível, pois ninguém pode pretender manter uma proposta cujo cumprimento seja impossível, nem deve a Administração aceitar proposta cujo cumprimento seja fortemente improvável, uma vez que o interesse público não pode servir nem ao aventureirismo nem a experiências de resultados duvidosos.”

A proposta inexecuível é, segundo Joel de Menezes Niebur², “Aquele que não se reveste de condições de ser cumprida, porquanto gera ao seu autor mais ônus do que vantagens. Frequentemente, a proposta inexecuível é apurada mediante a constatação de que o preço ofertado não cobre os custos necessários à sua execução. Por isso, diz-se ‘inexecuível’, isto é, sem condições de ser executada.”

A inexecuibilidade pode não decorrer apenas de preços exageradamente baixos, como bem destacado por acórdão proferido em 03.06.1992 pela 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, nos autos da Apelação Cível nº 12602500, sob relatório do Desembargador Wilson Reback, do qual impende destacar o seguinte trecho: “A inexecuibilidade manifesta da proposta evidenciada comumente nos preços excessivamente baixos, nos prazos impraticáveis de entrega, na inviabilidade técnica da oferta nas condições irrealizáveis de execução diante da realidade de mercado, da situação efetiva da proponente e de outros fatores, equipara-se à desconformidade com o edital.” Ou seja, pressupõe-se que se a proposta é inviável, é bem provável que o contratado não consiga cumpri-la.

Encontrar esse ponto de convergência entre menor preço e maior segurança é tarefa das mais complicadas, como adverte, acerca do tema, Dora Maria de Oliveira Ramos⁷, “É preciso uma enorme dose de bom senso para que se apure, caso a caso, o que pode ser relevado e aquilo que constitui verdadeira infringência às regras do certame”.

A regra geral será a aceitabilidade das propostas, sendo a exceção (naturalmente fundamentada) será a desclassificação.

Mas uma vez provada a inexecuibilidade, é dever do Administrador desclassificá-la, conforme recorrente lição de Hely Lopes Meirelles⁸, que importa aqui colacionar: “Desde que o órgão julgador demonstre a inexecuibilidade da proposta é legítima a sua desclassificação, pois inútil e prejudicial seria à administração contratar com quem, a toda evidência, não pode cumprir o prometido. Não se trata de uma mera faculdade discricionária da Administração, mas de um poder vinculado às condições objetivas da proposta, que, em confronto com dados concretos da realidade demonstra a inexecuibilidade da oferta.”

Uma segunda baliza para enfrentamento do problema foi introduzida na Lei de licitações pela Lei nº 9.648/98, ao qual dedicamos o próximo item.

Ferramenta indispensável para essa averiguação consiste no orçamento detalhado feito pela Administração Pública licitante, anexo indispensável do edital. Esse orçamento não se resume apenas a levantamentos de valores de mercado para os custos da contratação, mas em se tratando de obra e serviço é de rigor que haja os coeficientes de produtividade dos trabalhadores empregados na execução do contrato, na esteira da parte final do artigo 48, II, da lei de licitações.

Se o particular provar a compatibilidade dos seus custos e despesas com os de mercado, e observar o coeficiente de produtividade estabelecido no edital, sua proposta poderá ser considerada, em princípio, exequível, ainda que o seu preço destoe bastante daquele ofertado pelos concorrentes.

É que não podem ser descartadas, de plano, hipóteses como as elencadas, a título exemplificativo, por Joel de Menezes Niebur¹⁵: **(a)** os licitantes precisam desfazer-se de estoques; **(b)** compraram insumos com antecedência, antes de aumento de preço; **(c)** possuem tecnologia avançada; etc.”

Todas essas situações devem ser analisadas pela Administração, desde que devidamente comprovadas pelo particular. Isso porque cabe ao particular a disposição plena de seu patrimônio, e, comprometendo-o excessivamente, deverá arcar com o insucesso correspondente. O que não se admite, unicamente, é o comprometimento do interesse público.

Assim, sendo a proposta executável, independentemente de seu valor, não poderá ser desclassificada, ou seja, a análise da exequibilidade deve estar restrita à possibilidade de atendimento ao interesse público, e não à lucratividade do particular, que dela pode abrir mão¹⁶.

Logo se vê que a aferição desses aspectos, na prática, é complexa e trabalhosa.

Toda essa dificuldade decorre da impossibilidade de fixação de valores mínimos para as licitações. Nesse sentido, a professora Yara Darcy Police Monteiro, ao discorrer sobre a matéria da desclassificação por inexecuibilidade de preços e as cautelas indispensáveis para fazê-lo, pontificou que¹⁷: “O que se pretende sublinhar em suma é que a fixação pura e simples de um patamar de valor mínimo para as propostas não se afina com a natureza da

licitação de menor preço, vez que implica o alijamento, in limine, de eventual proponente em condições de realizar a prestação por preço inferior ao estimado pela entidade licitadora. Ora, se por meio desse tipo de certame busca-se a obtenção da proposta de menor preço, assenta-se como inconcebível a autoproibição, através de disposição em edital, de se aferir às causas que motivaram a composição dos preços questionados.”

Assim, retomando o título deste item, verifica-se que a inexecuibilidade baseada na aferição, caso a caso, de documentos exibidos pelo licitante (notadamente em resposta a diligência realizada pelo poder público) é ope iudicis. Isso porque não há um critério fixo baseado na lei, para a maioria dos casos.

Se o problema da inexecuibilidade das propostas já é por demais espinhoso em qualquer licitação pública, no âmbito do pregão essa dificuldade sobressai particularmente sensível, tudo em decorrência do procedimento do pregão. Afinal, como sabido, essa modalidade licitatória notabiliza-se justamente pela sua fase de lances orais, que sucede a apresentação de propostas escritas.

Trata-se, portanto, de uma modalidade em que os particulares selecionados para a fase de lances (autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% superiores àquela) poderão fazer novos lances verbais sucessivos, até a proclamação do vencedor. A especificidade do pregão enseja uma situação freqüentemente observada na prática, em que os particulares ofertam lances de valores muito abaixo daqueles cotados pela Administração, inúmeras vezes insuscetíveis de cumprimento em caso de contratação.

Essa particularidade foi aguçadamente sintetizada por Marçal Justen Filho¹⁹, que assevera que: “Outro problema sério é o da inexecuibilidade de propostas e lances. O problema se agrava quanto a estes últimos. A natureza do processo de oferta de lances pode produzir uma ausência de controle efetivo por parte da Administração acerca de preços inexecuíveis. Os interessados, no afã de obter a contratação, acabariam por ultrapassar o limite de exequibilidade, reduzindo seus preços a montantes inferiores aos plausíveis.”

A mesma constatação resulta da análise empreendida por Vera Scarpinella: “A importância do tema está relacionada à existência da sessão de lances no pregão, o que acentua a possibilidade de oferta de propostas inviáveis. É evidente que a Administração deve sempre buscar o melhor negócio; mas – como ressalva Floriano Azevedo Marques Neto – a Administração não deve correr o risco de firmar contrato que não será adimplido”.²⁰

Em suma, no calor da fase de lances (presencial ou eletronicamente realizada), pode haver uma tendência maior do concorrente em lançar seus preços abaixo do patamar de exequibilidade para não perder o certame. Se a proposta escrita é normalmente precedida de um estudo de formação de preços, a proposta verba não o é.

Restaria saber se as normas da Lei nº 8.666/93 que excluem as propostas inexecuíveis das licitações, aplicar-se-iam ao pregão.

Para situar o problema, algumas constatações básicas são de rigor:

A primeira é a de que o pregão é modalidade de licitação destinada a “bens e serviços comuns” (art.1º da Lei nº. 10.520/2001), de maneira que a formação de preço tende a se mostrar mais simples o que, em tese, minimiza o problema, mas não elimina.

A segunda, na esteira do que foi dito anteriormente, é a de que as obras e serviços de engenharia ficam de fora do pregão, por não se enquadrarem como “comuns”. Afinal, “serviço comum”, para o fim de se aplicar o pregão, é aquele em que se verifica “padronização de sua configuração, viabilizada pela ausência de necessidade especial a ser atendida pela experiência e tradição no mercado”, conforme leciona Marçal Justen Filho²¹.

Desse modo, aliando-se a corrente praticamente unívoca que exclui a aplicação dos §§ 1º e 2º do artigo 48 d Lei nº 8.666/93 a outros serviços que não os de engenharia, com a constatação de que esses não podem ser licitados por pregão, resulta que na órbita dessa particular modalidade licitatória não se aplica o critério ope legis de inexequibilidade.

Chegando à mesma conclusão, Vera Scarpinella afirma que “nenhuma proposta será, de antemão, (é dizer: simplesmente por seu valor inferior a certo piso) considerada inexequível, pois essa avaliação será obrigatoriamente feita a partir dos dados oferecidos pelo próprio licitante, na demonstração de exequibilidade anexa à proposta”.²²

Cumpre-nos, então, indagar: e a inexequibilidade pelo critério ope iudicis?

Que a Lei nº 8.666/93 aplica-se subsidiariamente ao pregão, não existe nenhuma dúvida, tão claro é o artigo 9º da Lei nº 10.520/2001. A propósito, Vera Scarpinella realça que “O papel das normas da Lei 8.666 no pregão é preencher eventuais lacunas procedimentais da norma geral do pregão.”²³

A conclusão a que chegamos, inevitavelmente, é a de que existe enorme dificuldade para aferição da exequibilidade de preços em qualquer licitação e, no pregão, não é diferente.

A análise é casuística e caberá ao pregoeiro empreendê-la com razoabilidade, necessariamente fundamentando sua decisão.” (Michel Andrade Pereira, 2007, FGV, São Paulo)

Quanto a suposta instabilidade do sistema, não houve qualquer comunicado da BEC a esse respeito que pudesse invalidar a sessão público e, conforme subitem 6, do item XIV do Edital 6, as questões relativas ao sistema serão solucionadas pelo Departamento de Controle de Contratações Eletrônicas – DCC, não sendo de competência do Pregoeiro.

Assim, não há o que se reformar vez que restou claro o cumprimento às exigências editalícias e aos preceitos legais reguladores da matéria.

Posto isto, e consubstanciado que uma decisão em contrário irá ferir os princípios da legalidade, isonomia, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, o Pregoeiro **CONHECE** do recurso interposto, porém

NEGANDO-LHE PROVIMENTO, matém a r. decisão que declarou vencedora a empresa **CONSTRUPOPP DE PRUDENTE SERVIÇOS LTDA - ME.**

Desta forma, em atendimento à legislação pertinente, submetemos à apreciação da autoridade superior a presente manifestação, que propõem a manutenção da decisão deste Pregoeiro referente à DECLARAÇÃO DE VENCEDORA DO CERTAME a empresa **CONSTRUPOPP DE PRUDENTE SERVIÇOS LTDA - ME**, sugerindo o não provimento da manifestação de recurso interposta.

São Paulo, 16 de março de 2012.

Michel Andrade Pereira
Pregoeiro

Processo: 11/341-M

Interessado: Gerência Administrativa

Assunto: Contratação de empresa especializada para prestação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial, com o fornecimento de mão-de-obra, saneantes domissanitários, materiais e equipamentos, visando a obtenção de adequadas condições de salubridade e higiene para o Edifício Sede da FAPESP.

Referência: Apreciação de Recurso Administrativo – Pregão Eletrônico nº 02/2012

DESPACHO

Diante das razões de fato e de direito expostas pelo Ilustre Pregoeiro, em sua manifestação, a qual acolho, **CONHEÇO** do recurso administrativo interposto pela empresa **MULT FUNCIONAL MAO DE OBRA TERCEIRIZADA LTDA.**, pois presentes os requisitos de admissibilidade, e **NEGO-LHE PROVIMENTO**, mantendo-se a r. decisão que declarou vencedora do certame a empresa **CONSTRUPOPP DE PRUDENTE SERVIÇOS LTDA – ME** por seus próprios fundamentos.

Intime-se e publique-se no sítio eletrônico da Bolsa Eletrônica do Estado de São Paulo.

São Paulo, 16 de março de 2012.

Wagner Vieira
Autoridade Competente