Pregão Eletrônico

- **Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões**

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) OFICIAL DA PREFEITURA MUNICIPAL DE FRANCISCO BELTRÃO – ESTADO DO PARANÁ.

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 103/2020

ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, devidamente qualificada no processo licitatório em epígrafe, vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, por meio de sua representante legal, interpor RECURSO ADMINISTRATIVO, contra o julgamento que declarou vencedora do LOTE 01 a empresa DIRETIVA PATRIMONIAL LTDA; do LOTE 02 a empresa PREVER SISTEMAS DE MONITORAMENTO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA; do LOTE 03 a empresa L.H.C SCHNEIDER HIGIENIZAÇÃO E LIMPEZA LIMITADA; do LOTE 04 a empresa NELSON FERRARI EIRELLI; e do LOTE 06 a empresa PREVER SISTEMAS DE MONITORAMENTO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA, com fulcro no art. 4º, inciso XVIII da Lei 10.520/2002, pelos fundamentos expostos a seguir.

Requer-se, desde já, caso ultrapassado o juízo de retratação, o recebimento das presentes razões de recurso, na forma prevista em lei, com seu encaminhamento, devidamente informado, à autoridade competente para a devida apreciação, requerendo a total e completa procedência.

I – DA TEMPESTIVIDADE

De pronto, urge registrar a tempestividade do presente recurso administrativo, tendo em vista que o prazo recursal, devidamente registrado em ata pelo Sr. Pregoeiro Oficial, é o dia 14/09/2020. Assim, resta cumprido o prazo de 03 (três) dias, previsto no art. 4º, inciso XVIII da Lei 10.520/2002 e no art. 44 do Decreto nº 10.024/2019.
II – DOS FATOS

A Prefeitura Municipal de Bento Gonçalves instaurou o Pregão Eletrônico nº 103/2020, destinado à Contratação de empresa especializada em fornecimento/cessão de mão de obra de Coletor de Lixo, Servente de Limpeza de Áreas Públicas, servente de limpeza geral, Auxiliar de Cozinha e Auxiliar Multifuncional, para atendimento das demandas das Secretarias Municipais.

Decorrida a etapa competitiva de lances, foram declaradas vencedoras as seguintes empresas:

LOTE 01: DIRETIVA PATRIMONIAL LTDA;

LOTE 02 e 06: PREVER SISTEMAS DE MONITORAMENTO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA;

LOTE 03: L.H.C SCHNEIDER HIGIENIZAÇÃO E LIMPEZA LIMITADA;

LOTE 04: NELSON FERRARI EIRELLI;

Entretanto, as propostas apresentadas pelas empresas contém irregularidades materiais que representam sério risco para a Administração Pública, visto que deixam de observar a legislação tributária e trabalhista, bem como o próprio instrumento convocatório.

Desta feita, inconformada com o julgamento proferido em frontal desacordo com a realidade fática que se apresenta nos autos e em flagrante conflito com o instrumento convocatório e legislação aplicável, alternativa não restou à Recorrente, que não a apresentação do presente recurso, com vistas a garantir a prevalência da legalidade e a obediência aos princípios que os processos licitatórios.

III – DO DIREITO

DO LOTE 01:

DIRETIVA PATRIMONIAL LTDA;

NÃO INCLUSÃO DE VALE ALIMENTAÇÃO NAS FÉRIAS

DA DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA

Conforme se depreende da planilha de custos apresentada pela empresa, DURANTE O PERÍODO DE FÉRIAS a empresa deixou de incluir o custo com Vale Alimentação, o que representa ofensa às disposições legais e convencionais aplicáveis à espécie.

A Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2022, SEAC/PR, é bastante clara ao estabelecer a obrigatoriedade de pagamento do Vale Alimentação INCLUSIVE DURANTE AS FÉRIAS, conforme segue:

PARÁGRAFO OITAVO - AO EMPREGADO QUE NÃO COMETER QUALQUER FALTA AO SERVIÇO, JUSTIFICADAS OU NÃO, O EMPREGADOR DEVERÁ FORNECER O VALE ALIMENTAÇÃO NO VALOR DE R$ 414,00, QUANDO DO GOZO DAS FÉRIAS CORRESPONDENTES AO PERÍODO AQUISITIVO INICIADO A PARTIR DE 01.02.19; ao empregado que

cometer de 1 a 3 faltas ao serviço, justificadas ou não, o empregador deverá fornecer o vale alimentação no valor de R$ 372,60; ao empregado que cometer de 4 a 5 faltas ao serviço, justificadas ou não, o empregador deverá fornecer o vale alimentação no valor de R$ 331,20; aos empregados com 6 ou mais faltas ao serviço, não farão jus à concessão do vale alimentação durante a fruição das férias. O benefício concedido nas férias não terá natureza salarial a qualquer fim. Já ao empregado regido pelo parágrafo 5º, desde que atendido o requisito de falta ao serviço, fará jus ao vale alimentação durante as férias, respectivamente, nos valores de R$ 227,00, R$ 204,30 e R$ 181,60, nas mesmas condições.

Neste contexto, a Recorrida descumpre obrigação trabalhista, alterando negativamente o preço final de sua proposta, com a obtenção de vantagem indevida em sua classificação, motivo suficiente para sua desclassificação.

A classificação da empresa, assim, seria completamente ilegal, por ofensa aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, isonomia e competitividade entre os licitantes, moralidade e legalidade.

O edital é bastante didático quando da exigência de observância às disposições legais e convencionais aplicáveis à atividade a ser contratada, litteris:

7.1.2. No preço proposto deverão estar inclusas todas as despesas com salários, encargos, TRABALHISTAS, seguros, impostos, taxas, contribuições, vale transporte, VALE ALIMENTAÇÃO, despesas administrativas, lucros e DEMAIS CUSTOS NECESSÁRIOS À SUA COMPOSIÇÃO, EM CONCORDÂNCIA COM A CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO 2020/2022 – NÚMERO DE REGISTRO NO MTE: PR000539/2020, sendo desclassificadas as propostas que apresentem em sua composição de preços valores inferiores ao piso de cada cargo estabelecido na CCT PR000539/2020 e conforme item 1.5 - DETALHAMENTO DOS CARGOS DO ANEXO I DESTE EDITAL. (Original sem grifo).

Assim, tendo em vista que a minoração de custo essencial interfere frontalmente em outras rubricas, e que o Edital veda a alteração sob alegação de erro, omissão ou qualquer outro pretexto, insta que a empresa seja desclassificada, reestabelecendo a Justiça no âmbito do Pregão Eletrônico n. 103/2020.

INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS MINORADAS IRREGULARMENTE

Da planilha de custos apresentada pela diretiva, denota-se que o valor dos tributos constantes do módulo 5, não correspondem aos percentuais por ela apontados. Ou seja, há indicação de uma alíquota, mas o valor reflete uma alíquota menor, MINORANDO O PREÇO DE FORMA ARTIFICIAL.

A título de exemplo, o COFINS e o ISS (ambos com indicação de 3,0%), deveriam incidir sobre o VALOR TOTAL DO POSTO (R$3.773,62), pois o módulo 06 também é base de cálculo para incidência desses tributos.

Além disso, como é cediço, tais tributos compõem as suas próprias bases de cálculo (o chamado cálculo por dentro), pelo que devem ser calculados sobre o montante final, já incluindo os próprios tributos em suas bases de cálculo, e não sobre o montante parcial, excluindo o módulo 06 das incidências tributárias (ambos constantes do quadro resumo do custo por empregado).

Em outras palavras, o cálculo realizado pela empresa aplicou as alíquotas tributárias apenas sobre o subtotal (A+B+C+D), deixando de considerar o valor total do posto, excluindo assim o Pis/Cofins e o ISS na base de cálculo, o que acabou por diminuir seu preço de final de forma artificial e ilegal, POIS NÃO OBSERVA A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA APLICÁVEL.

Desta feita, além de diminuir seu preço com a exclusão do Vale Alimentação previsto expressamente na CCT/2020/2022, A EMPRESA SE UTILIZA DE ALÍQUOTAS TRIBUTÁRIAS MINORADAS IRREGULARMENTE PELA EXCLUSÃO INDEVIDA DE CUSTOS DE SUAS BASES DE CÁLCULO.

Destaca-se, inicialmente, que os artigos 48, inciso II, e 44, § 3º, da Lei 8.666/93, proíbem expressamente esse tipo de prática, nos seguintes termos:

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. (Original sem grifo).

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
§ 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 remunera. (Original sem grifo).

Nem se alegue que seria o caso de possibilitar a correção da planilha por parte da licitante. Conforme decisão do Tribunal de Contas da União, a não indicação em proposta de preço de item extremamente relevante, como é o caso do Vale Alimentação e alíquotas tributárias, não deve ser considerada mero erro formal, verbis:

A FALTA DE APRESENTAÇÃO PELA LICITANTE DE ITEM RELEVANTE DO CUSTO DO SERVIÇO A SER CONTRATADO, EXIGÊNCIA ESSA CONTIDA EM EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO, NÃO MERECE SER CONSIDERADA FALHA FORMAL PASSÍVEL DE CORREÇÃO E JUSTIFICA A DESCLASSIFICAÇÃO DA RESPECTIVA PROPOSTA. Representação formulada por empresa apontou suposta irregularidade no Pregão Eletrônico 11/2011, promovido pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), que teve por objeto a contratação da prestação continuada de serviços auxiliares operacionais nos grupos de recepção, transporte, reprografia, cargos extintos e

informática e serviços técnicos especializados para fiscalização de contratos da entidade. O pregão foi composto por 36 itens e a autora da representante ofertou lance para o item 9 do edital, que consistia na prestação de serviços de apoio administrativo no Distrito Federal. Tal empresa teve sua proposta desclassificada, sob o fundamento de não conter todos os dados necessários para análise, especificamente por ter omitido o custo do funcionário ausente, o que teria violado as cláusulas contidas nos subitens 2.22.4.3.10 e 2.22.4.3.10.1, que impunham a apresentação de planilhas contendo informações analíticas sobre os custos dos serviços a serem prestados. Alegou fundamentalmente que: a) as informações prestadas teriam respeitado o modelo de planilha previsto no edital e que teria apresentado todas as informações requeridas; b) não fora concedida a ela a mesma possibilidade de correção de erros formais na planilha como fez a pregoeira para as demais licitantes, o que teria afrontado o princípio da isonomia. A unidade técnica registrou que a representante não demonstrou ter apresentado proposta que contivesse todos os elementos exigidos pelo edital. Considerou, também, correta a decisão da pregoeira de não admitir a retificação de sua proposta, por entender que a omissão identificada não poderia ser considerada falha formal. O relator, por sua vez, endossou essas conclusões e a respectiva proposta de encaminhamento. O Tribunal, então, decidiu conhecer a representação e, no mérito, considerá-la improcedente. (Acórdão n.º 2.079/2012-Primeira Câmara, TC 000.537/2012-8, rel. Min. Weder de Oliveira, 17.4.2012).

A desclassificação da empresa, nesse contexto, é medida justa e oportuna. É cediço que a Administração Pública deve buscar proposta de preços mais vantajosa, contudo, não é cabível que o diploma seja interpretado de maneira obscura, pessoal e arbitrária.

É necessário que as licitantes concorram em iguais condições e que o julgamento das propostas seja proferido de maneira objetiva, de modo a não permitir a perpetuação de atos ilegais e descabidos. Assim dispõe o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, in verbis:

Art. 37, 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.

A jurisprudência é pacífica quanto ao cabimento de desclassificação de propostas irregulares:

ADMINISTRAÇÃO. LICITAÇÃO. DEMONSTRADA A INCORREÇÃO DA PROPOSTA VENCEDORA É LEGÍTIMA A DESCLASSIFICAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA. RECURSO IMPROVIDO.” (TRF - 4ª R. Proc. 0408300, Apelação em mandado de segurança. DJ de 24.04.93. Pág. 9819. Rel. Juiz Wolkmer Castilho).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA, TIPO MENOR PREÇO. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE. DESCUMPRIMENTO DE NORMA EDITALÍCIA ALUSIVA AO PREÇO UNITÁRIO DOS ITENS COMPONENTES DA OBRA. PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IRRELEVÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE, DA EFICIÊNCIA, DA ISONOMIA, E DO JULGAMENTO OBJETIVO. LIMINAR DEFERIDA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA, SUSPENDENDO A OBRA JÁ INICIADA. REVOGAÇÃO QUE SE IMPÕE. AGRAVO PROVIDO. (...). O acolhimento de propostas que violam as exigências do edital e da lei ofenderia, a um só tempo, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da vinculação ao instrumento convocatório; da isonomia, porque as demais concorrentes, em respeito às normas do certame, não puderam fazer o mesmo que a autora; e do julgamento objetivo, dado o reconhecimento particularizado de uma situação que não poderia ter sido acolhida; conspurcando-se a igualdade de tratamento aos participantes, com o risco de contratação de quem possa vir a executar mal os serviços licitados ou empregar materiais de baixa qualidade, em prejuízo da solidez, da segurança e da eficiência da obra.[...]" (AC n. 2007.048276-0, rel. Des. Jaime Ramos, j. 17.4.2008) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.000364-3, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 15-06-2010). (original sem grifo).

Pertinente trazer a lição do eminente jurista ADILSON DE ABREU DALARI:

A Administração Pública não pode meter-se em contratações aventurosas; não é dado ao agente público arriscar a contratação (...), pois ele tem o dever de zelar pela segurança e pela regularidade das ações administrativas. (...)
Na fase de classificação, contrariamente, deve ser feito um rigoroso e amplo exame da proposta, tendo em vista que tudo aquilo que nela contém vai afetar sensivelmente o futuro contrato. Em síntese, o exame da idoneidade da proposta deve ser muito mais severo do que o exame da idoneidade do proponente. (...). Isso já demonstra, de maneira implícita, que a comissão de julgamento pode e deve ir além do exame daquilo que consta expressamente dos autos do processo licitatório.” (Aspectos Jurídicos da Licitação. 4 ed. Saraiva, 1997, p. 131).

Destarte, além da obrigação da vencedora em atender às exigências contidas no edital, conforme determina o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, disciplinado pelo artigo 41, da Lei 8.666/93, há de se atentar ao fato de que a omissão ou minoração de itens obrigatórios, acarreta minoração artificial do seu preço, pois tais rubricas refletem em outras obrigações tributárias e trabalhistas, podendo acarretar sério prejuízo para o erário público, devido à responsabilidade solidária.

Nesse ponto, cabe frisar que o edital estabelece que a licitante deverá consignar o preço global mensal da proposta, devendo observar todas as despesas diretas e indiretas, verbis:

(...).
7.9 Nos valores propostos deverão estar inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais, tributos, fretes e carretos, inclusive ICMS e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente no fornecimento dos bens ou da prestação de serviços, de forma que o objeto do certame não tenha ônus para o Município de Francisco Beltrão.

Dessa forma, tendo em vista o interesse público, cabe à Administração Pública analisar os vícios contidos nas propostas das licitantes, não podendo admitir a contratação de empresas que desrespeitem à legislação e as exigências contidas no edital, cujos termos vinculam a atuação das licitantes e da própria Administração Pública.

Isso porque, apesar de não estarem previstos na planilha de custos da DIRETIVA, itens como VA deverão ser disponibilizados pela vencedora, sob pena de descumprimento do edital ou da legislação trabalhista.

Nesse contexto, deixando de incluir custos trabalhistas, a DIRETIVA busca induzir este respeitável órgão a erro, pois a proposta vencedora, na verdade, esconde custos e despesas que invariavelmente se concretizarão e, assim, tornarão o contrato deficitário e, portanto, inexequível.

Desta feita, a não apresentação da proposta com base na Lei e na Convenção Coletiva de Trabalho, sendo este somente um exemplo de legalidade a ser vislumbrada pela Administração, além de desrespeitar as exigências expressamente previstas no edital da licitação, igualmente desconsidera uma série de fatores que compõem os custos que envolvem a prestação de serviços, o que não pode ser admitido.

Ato contínuo, se a licitante não preenche requisitos dessa natureza, por óbvio, não poderá assegurar a regular prestação dos serviços e a regular contratação dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços objeto da presente licitação.

Nesse ponto, não se pode olvidar quanto aos riscos da má contratação, já que a Administração responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas (Súmula 331 TST) e solidariamente pelos encargos previdenciários (Art. 71, §2º, da L. 8666/93 c/c Art. 9º L. 10520/02). Logo, não sendo pagos os encargos trabalhistas devidos pela Recorrida, há de se responsabilizar a Administração pela inobservância das determinações legais por parte da empresa contratada.

Manter referida empresa sem desclassifica-la representaria ofensa ao princípio da isonomia e da competividade entre os licitantes (art. 3º da Lei 8.666/93) ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 41 da Lei 8.666/93) e ao julgamento objetivo (art. 44 §1º da Lei 8.666/93).

LOTE 02 e 06:

PREVER SISTEMAS DE MONITORAMENTO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA;

UTILIZAÇÃO INDEVIDA E NÃO AUTORIZADA DA LOGOMARCA ORBENK

Inicialmente, cumpre asseverar que a empresa PREVER SISTEMAS DE MONITORAMENTO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA, ao apresentar suas planilhas de custos, utilizou indevidamente a logomarca da ORBENK, pois NÃO POSSUI AUTORIZAÇÃO PARA TANTO.

A Lei de Propriedade Industrial (LPI - 9.279/96), no capítulo III do título V, determina as penalidades previstas contra o uso indevido de marcas, que podem ser de detenção de três meses a um ano ou pagamento de multa.

Por ora, no âmbito do presente certame, cumpre apenas salientar que não HÁ QUALQUER RELAÇÃO COMERCIAL OU SOCIETÁRIA ENTRE AS EMPRESAS. Dessa forma, a prática desrespeita direito de Propriedade Intelectual, além de configurar utilização indevida de marca registrada.

COMPOSIÇÃO DE CUSTOS COM BASE NO SIMPLES NACIONAL

Depreende-se da proposta ofertada pela Recorrida que a composição de custos, tanto para o Lote 02 quanto para o Lote 06, foi elaborada de acordo com o regime tributário do Simples Nacional, conforme se comprova pela análise de sua planilha de custos, na qual TODAS AS INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS ESTÃO ABAIXO DO DEFINIDO PELA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, ou simplesmente não foram cotadas, a exemplo das incidências do Sistema S.

Não se desconhece que as empresas optantes pelo regime tributário do Simples Nacional, podem participar de processos licitatórios que envolvam a cessão/locação de mão de obra e que, caso sejam declaradas vencedoras, precisarão solicitar o seu imediato desenquadramento.

No entanto, é pacífico o entendimento de que AS PROPOSTAS ELABORADAS PELAS EMPRESAS OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL, PARA LICITAÇÃO QUE ENVOLVA LOCAÇÃO/CESSÃO DE MÃO DE OBRA, DEVERÃO COMPOR O CUSTO COM BASE NO REGIME DE COMUM, sob pena de afronta ao princípio da isonomia entre os licitantes.

O próprio edital licitatório é bastante claro nesse sentido:

(...)
3.5. Para a formação do custo unitário por posto de trabalho e dos respectivos valores de horas extras e adicional noturno se utilizou planilha de custos e formação de preços nos moldes do anexo VII-D da Instrução Normativa nº 05/2017, considerando para todos os casos deste termo o regime de tributação pelo lucro real, não inviabilizando, porém, a participação de empresas optantes pelo regime de tributação pelo lucro presumido, devendo esta apenas fazer os devidos ajustes de alíquotas a serem demostrados em suas planilhas. Por outro lado não há a possibilidade de participação de empresas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), uma vez que empresas optantes por esse regime estão impedidas de fazer a cessão de mão de obra deste objeto conforme estabelecido na Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, inciso XII, exceto para os cargos de Servente de Limpeza de Áreas Públicas, Auxiliar Geral de Conservação, que configura exceção nos §§ 5ºB a 5ºE do art. 18 desta Lei Complementar. (...).

De acordo com a legislação previdenciária nos termos do regulamento da previdência social no §1º do artigo 219 do Decreto nº.3.048 de 06 de maio de 1999, conceitua-se assim mão de obra:

[...] entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

Com relação ao conceito de cessão de mão-de-obra no que diz respeito a legislação tributária, vale transcrever definição dada pela Receita Federal, por meio da Instrução Normativa nº 971/2009:

"Art. 115. Cessão de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 1974." (g.n.)

Além disso, a Lei 8.212/91 deixa bastante claro o conceito, ao definir no Art. 31, §3º, que: "§ 3º. Para os fins desta Lei, ENTENDE-SE COMO CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA A COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO CONTRATANTE, EM SUAS DEPENDÊNCIAS OU NAS DE TERCEIROS, DE SEGURADOS QUE REALIZEM SERVIÇOS CONTÍNUOS, RELACIONADOS OU NÃO COM A ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA, QUAISQUER QUE SEJAM A NATUREZA E A FORMA DE CONTRATAÇÃO. (original sem grifo).

Destarte, tal hipótese é expressamente vedada aos optantes pelo Simples Nacional, consoante determinação do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:
XII – que realize cessão ou locação de mão-de-obra;
§ 1o As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5o-B a 5o-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo. (g.n.)"

O posicionamento no sentido de que a prestação de serviços terceirizados envolve concessão de mão de obra vem sendo brilhantemente acolhido em inúmeros julgados, a exemplo da sentença proferida pela Sra. Juíza Soraia Tullio, da 4ª Vara Federal de Curitiba, no mandado de segurança nº 2009.70.00.030677-5/PR, interposto pela Agravante, abrangendo OS MESMOS FATOS que ora se aplicam no caso em exame:

"O conceito de cessão de mão-de-obra vem expresso no art. 31, § 2º da Lei nº 8212/91:
Art. 31. (...) § 2° Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação, à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos cujas características impossibilitem a plena identificação dos fatos geradores das contribuições, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros assemelhados especificados no regulamento, independentemente da natureza e da forma de contratação.
Sobre o conceito de cessão de mão-de-obra o Eg. TRF4 no AG 2008.04.00.021643-3, Segunda Turma, Relator Eloy Bernst Justo, D.E. 03/07/2008, decidiu que:
Cessão de mão-de-obra é figura própria do Direito do Trabalho, significando, em termos práticos, a contratação indireta da mão-de-obra por intermédio de empresa interposta. Essa contratação indireta vem crescendo enormemente, rebatizada de "terceirização". É adotada principalmente para serviços periféricos das empresas, não vinculados às suas finalidades institucionais, como limpeza e conservação, segurança, vigilância e outros assemelhados. Em torno desses serviços vicejaram empresas "prestadoras de serviços" que, na verdade, "alugam" trabalhadores para as empresas-clientes.
O que identifica tais contratos é que a exploração da mão-de-obra, captada pela empresa intermediária, é feita direta ou indiretamente pela empresa contratante. Embora possa haver uma certa especialização (limpeza, segurança, etc), o determinante é a mão-de-obra em si, mais que o resultado do trabalho: não se contrata a vigilância, e sim vigilantes; não se contrata a limpeza, e sim faxineiros. São contratos de lavor, e não de obra, embora muitas vezes se disfarce a merchandage sob as vestes da empreitada ou de outra figura jurídica. Foi exatamente esse o conceito de cessão de mão-de-obra adotado pelo § 3º do art. 31 da Lei 8.212/91.
O conceito de cessão de mão-de-obra exige a colocação dos trabalhadores à disposição do contratante. Ficar à disposição significa ficar sujeita às ordens, ao controle, à vontade do contratante.
Verifica-se, assim, que há a necessidade de existência de serviço contínuo perpetrado por trabalhador que fica à disposição da tomadora, sob sua fiscalização".

No mesmo diapasão, nos termos do que orienta o Tribunal de Contas da União, o licitante optante pelo regime simples nacional pode participar de processo licitatório cujo objeto envolva outras atividades além de limpeza e vigilância e que haja concessão de mão de obra, todavia, deve o licitante comprovar que em sua proposta de preços NÃO FORAM CONSIDERADOS OS BENEFÍCIOS DA LEI 123/06:

A condição de optante pelo Simples Nacional não constitui óbice à participação de empresa em licitação para a prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização, desde que comprovada a não utilização dos benefícios tributários desse regime diferenciado na proposta de preços (art. 17, inciso XII, da LC 123/2006). (...)
b) "consoante jurisprudência desta Corte (Acórdãos 2798/2010, 1627/2011, 2510/2012, 1914/2012 e 341/2012, todos do Plenário), à luz do disposto no art. 17, XI [XII], da Lei Complementar 123/2006, É VEDADA À LICITANTE, OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, A UTILIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS DO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO NA PROPOSTA DE PREÇOS E NA EXECUÇÃO CONTRATUAL (COM RELAÇÃO AO RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS), ESTANDO ELA SUJEITA, EM CASO DE CONTRATAÇÃO, À EXCLUSÃO OBRIGATÓRIA DESSE REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO A CONTAR DO MÊS SEGUINTE AO DA ASSINATURA DO CONTRATO, nos termos do art. 31, inciso II, da referida lei complementar". (TCU - Acórdão 1113/2018 Plenário, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas. (original sem grifo).

Dessa forma, diante do Poder de Vigilância a ser exercido pelo Órgão Licitante sobre a conduta funcional do outro, necessário se faz observar o respectivo controle administrativo que deve ser desempenhado pelos órgãos da administração, tendo em vista que este controle almeja a boa destinação do dinheiro público sendo assim indispensável para que tal objetivo seja atingido e preservando o tratamento igualitário no julgamento das propostas.

Considerando que a empresa terá que se desenquadrar logo após a assinatura do contrato, é correto afirmar que

AS INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS SERÃO MUITO SUPERIORES ÀS APRESENTADAS, o que evidencia que o preço praticado pela vencedora é irregular e inexequível, representando risco a lisura e segurança contratual.

Por conseguinte, TENDO EM VISTA QUE A PREVER FOI DECLARADA VENCEDORA DOS LOTES 02 E 06, SE UTILIZANDO INDEVIDAMENTE DOS BENEFÍCIOS DO SIMPLES NACIONAL, é obrigação do órgão licitante fazer com que sejam cumpridas as determinações contidas no art. 17, inc. XII, da LC 123/2006, devendo observá-las no julgamento das propostas, seja por expressa previsão editalícia, ou por aplicação tácita da lei, não podendo jamais convalidar com as ilegalidades apontadas, vez que só lhe é autorizado agir dentro do que está determinado em lei.

AUSÊNCIA DE COTAÇÃO DOS EPI'S

Conforme se verificar na planilha de composição de custos, tanto no Lote 02 quanto no Lote 06, a PREVER DEIXOU DE INCLUIR EM SEUS CUSTOS OS VALORES RELATIVOS AOS EPI'S, o que configura desrespeito ao edital licitatório e à legislação laboral aplicável à espécie. Diz o edital, litteris:
3.10. Todos os materiais e equipamentos serão fornecidos pela contratante, FICANDO APENAS A CARGO DA CONTRATADA O FORNECIMENTO DE UNIFORMES E EPI'S. Dessa forma torna-se dispensável a consulta de preços em empresas prestadoras de serviço, uma vez que todas estão sujeitas aos mesmos regimes tributários e sobre a abrangência das mesmas convenções coletivas. Com relação a custos relativos à uniforme, seguro de vida utilizou-se valores praticados pela Administração Municipal para provimento desses itens aos seus servidores. (original sem grifo).

Desta feita, sendo de responsabilidade da contratada o fornecimento de Equipamento de Proteção Individual, caberia a ela incluir em seus custos o custo de aquisição ou manutenção de estoque, nos termos do item 7.1.2 do edital, verbis:

7.1.2. No preço proposto deverão estar inclusas todas as despesas com salários, encargos, trabalhistas, seguros, impostos, taxas, contribuições, vale transporte, vale alimentação, despesas administrativas, lucros e demais custos necessários à sua composição, em concordância com a Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2022 – Número de Registro no MTE: PR000539/2020, SENDO DESCLASSIFICADAS as propostas que apresentem em sua composição de preços valores inferiores ao piso de cada cargo estabelecido na CCT PR000539/2020 e conforme item 1.5 - DETALHAMENTO DOS CARGOS do ANEXO I deste edital.

Considerando ainda as demais irregularidades já mencionadas, a desclassificação é medida justa e oportuna, sob pena de incorrer em decisão ilegal, com a consequente judicialização do certame.

SALÁRIO BASE DO LOTE 06 – ABAIXO DO EXIGIDO PELO EDITAL

Além das irregularidades apontadas acima, a empresa PREVER, no que se refere ao LOTE 06, cotou salário abaixo do exigido expressamente no edital, com base na CCT da Categoria. Segue tabela contida no Termo de Referência para melhor visualização:

1.6. DETALHAMENTO DOS CARGOS:

CARGO Convenção Coletiva Trabalhista - CCT REM. BÁSICA ADICIONAL DE INSALUBRIDADE CARGA HORÁRIA SEMANAL
Coletor de lixo domiciliar – Tipo 3 REGISTRO MTE PR000539/2020 R$ 1.343,80 40% 44 horas
Servente de Limpeza de Áreas Públicas – Tipo 2 REGISTRO MTE PR000539/2020 R$ 1.221,63 20% 40 horas
Servente de Limpeza de Áreas Públicas – Tipo 3 REGISTRO MTE PR000539/2020 R$ 1.343,80 40% 44 horas
Servente de limpeza geral - Tipo 1 REGISTRO MTE PR000539/2020 R$ 1.154,55 40 horas
Auxiliar Multifuncional – Tipo 2 REGISTRO MTE PR000539/2020 R$ 1.346,96 20% 40 horas
Auxiliar de Cozinha - Tipo 1 REGISTRO MTE PR000539/2020 R$ 1.192,05 40 horas

Com isso, é correto afirmar que TODAS AS RUBRICAS FORAM COTADAS DE FORMA ILEGAL, pois o salário base serve de base de cálculo para definição de quase todas as incidências tributárias e trabalhistas, justificando sua desclassificação com base nas disposições editalícias:

7.1.2. No preço proposto deverão estar inclusas todas as despesas com salários, encargos, trabalhistas, seguros, impostos, taxas, contribuições, vale transporte, vale alimentação, despesas administrativas, lucros e demais custos necessários à sua composição, em concordância com a Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2022 – Número de Registro no MTE: PR000539/2020, SENDO DESCLASSIFICADAS as propostas que apresentem em sua composição de preços valores inferiores ao piso de cada cargo estabelecido na CCT PR000539/2020 e conforme item 1.5 - DETALHAMENTO DOS CARGOS do ANEXO I deste edital.

Destaca-se, inicialmente, que os artigos 48, inciso II, e 44, § 3º, da Lei 8.666/93, proíbem expressamente esse tipo de prática, nos seguintes termos:

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. (Original sem grifo).

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
§ 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 remunera. (Original sem grifo).

Nem se alegue que seria o caso de possibilitar a correção da planilha por parte da licitante. Conforme decisão do Tribunal de Contas da União, a não indicação em proposta de preço de item extremamente relevante, como é o caso do EPI, SALÁRIO BASE, INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS, não deve ser considerada mero erro formal, verbis:

A FALTA DE APRESENTAÇÃO PELA LICITANTE DE ITEM RELEVANTE DO CUSTO DO SERVIÇO A SER CONTRATADO, EXIGÊNCIA ESSA CONTIDA EM EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO, NÃO MERECE SER CONSIDERADA FALHA FORMAL PASSÍVEL DE CORREÇÃO E JUSTIFICA A DESCLASSIFICAÇÃO DA RESPECTIVA PROPOSTA. Representação formulada por empresa apontou suposta irregularidade no Pregão Eletrônico 11/2011, promovido pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), que teve por objeto a contratação da prestação continuada de serviços auxiliares operacionais nos grupos de recepção, transporte, reprografia, cargos extintos e informática e serviços técnicos especializados para fiscalização de contratos da entidade. O pregão foi composto por 36 itens e a autora da representante ofertou lance para o item 9 do edital, que consistia na prestação de serviços de apoio administrativo no Distrito Federal. Tal empresa teve sua proposta desclassificada, sob o fundamento de não conter todos os dados necessários para análise, especificamente por ter omitido o custo do funcionário ausente, o que teria violado as cláusulas contidas nos subitens 2.22.4.3.10 e 2.22.4.3.10.1, que impunham a apresentação de planilhas contendo informações analíticas sobre os custos dos serviços a serem prestados. Alegou fundamentalmente que: a) as informações prestadas teriam respeitado o modelo de planilha previsto no edital e que teria apresentado todas as informações requeridas; b) não fora concedida a ela a mesma possibilidade de correção de erros formais na planilha como fez a pregoeira para as demais licitantes, o que teria afrontado o princípio da isonomia. A unidade técnica registrou que a representante não demonstrou ter apresentado proposta que contivesse todos os elementos exigidos pelo edital. Considerou, também, correta a decisão da pregoeira de não admitir a retificação de sua proposta, por entender que a omissão identificada não poderia ser considerada falha formal. O relator, por sua vez, endossou essas conclusões e a respectiva proposta de encaminhamento. O Tribunal, então, decidiu conhecer a representação e, no mérito, considerá-la improcedente. (Acórdão n.º 2.079/2012-Primeira Câmara, TC 000.537/2012-8, rel. Min. Weder de Oliveira, 17.4.2012).

A desclassificação da empresa, nesse contexto, é medida justa e oportuna. É cediço que a Administração Pública deve buscar proposta de preços mais vantajosa, contudo, não é cabível que o diploma seja interpretado de maneira obscura, pessoal e arbitrária.

É necessário que as licitantes concorram em iguais condições e que o julgamento das propostas seja proferido de maneira objetiva, de modo a não permitir a perpetuação de atos ilegais e descabidos. Assim dispõe o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, in verbis:

Art. 37, 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.

A jurisprudência é pacífica quanto ao cabimento de desclassificação de propostas irregulares:

ADMINISTRAÇÃO. LICITAÇÃO. DEMONSTRADA A INCORREÇÃO DA PROPOSTA VENCEDORA É LEGÍTIMA A DESCLASSIFICAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA. RECURSO IMPROVIDO.” (TRF - 4ª R. Proc. 0408300, Apelação em mandado de segurança. DJ de 24.04.93. Pág. 9819. Rel. Juiz Wolkmer Castilho).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA, TIPO MENOR PREÇO. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE. DESCUMPRIMENTO DE NORMA EDITALÍCIA ALUSIVA AO PREÇO UNITÁRIO DOS ITENS COMPONENTES DA OBRA. PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IRRELEVÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE, DA EFICIÊNCIA, DA ISONOMIA, E DO JULGAMENTO OBJETIVO. LIMINAR DEFERIDA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA, SUSPENDENDO A OBRA JÁ INICIADA. REVOGAÇÃO QUE SE IMPÕE. AGRAVO PROVIDO. (...). O acolhimento de propostas que violam as exigências do edital e da lei ofenderia, a um só tempo, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da vinculação ao instrumento convocatório; da isonomia, porque as demais concorrentes, em respeito às normas do certame, não puderam fazer o mesmo que a autora; e do julgamento objetivo, dado o reconhecimento particularizado de uma situação que não poderia ter sido acolhida; conspurcando-se a igualdade de tratamento aos participantes, com o risco de contratação de quem possa vir a executar mal os serviços licitados ou empregar materiais de baixa qualidade, em prejuízo da solidez, da segurança e da eficiência da obra.[...]" (AC n. 2007.048276-0, rel. Des. Jaime Ramos, j. 17.4.2008) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.000364-3, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 15-06-2010). (original sem grifo).

Pertinente trazer a lição do eminente jurista ADILSON DE ABREU DALARI:

A Administração Pública não pode meter-se em contratações aventurosas; não é dado ao agente público arriscar a contratação (...), pois ele tem o dever de zelar pela segurança e pela regularidade das ações administrativas. (...)
Na fase de classificação, contrariamente, deve ser feito um rigoroso e amplo exame da proposta, tendo em vista que tudo aquilo que nela contém vai afetar sensivelmente o futuro contrato. Em síntese, o exame da idoneidade da proposta deve ser muito mais severo do que o exame da idoneidade do proponente. (...). Isso já demonstra, de maneira implícita, que a comissão de julgamento pode e deve ir além do exame daquilo que consta expressamente dos autos do processo licitatório.” (Aspectos Jurídicos da Licitação. 4 ed. Saraiva, 1997, p. 131).

Destarte, além da obrigação da vencedora em atender às exigências contidas no edital, conforme determina o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, disciplinado pelo artigo 41, da Lei 8.666/93, há de se atentar ao fato de que a omissão ou minoração de itens obrigatórios, acarreta minoração artificial do seu preço, pois tais rubricas refletem em outras obrigações tributárias e trabalhistas, podendo acarretar sério prejuízo para o erário público, devido à responsabilidade solidária.

Nesse ponto, cabe frisar que o edital estabelece que a licitante deverá consignar o preço global mensal da proposta, devendo observar todas as despesas diretas e indiretas, verbis:

(...).
7.9 Nos valores propostos deverão estar inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais, tributos, fretes e carretos, inclusive ICMS e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente no fornecimento dos bens ou da prestação de serviços, de forma que o objeto do certame não tenha ônus para o Município de Francisco Beltrão.

Dessa forma, tendo em vista o interesse público, cabe à Administração Pública analisar os vícios contidos nas propostas das licitantes, não podendo admitir a contratação de empresas que desrespeitem à legislação e as exigências contidas no edital, cujos termos vinculam a atuação das licitantes e da própria Administração Pública.

Isso porque, apesar de não estarem previstos na planilha de custos da PREVER, itens como EPI e incidências tributárias, deverão ser disponibilizados pela vencedora, sob pena de descumprimento do edital ou da legislação de regência.

Nesse contexto, deixando de incluir custos trabalhistas e tributários, a Recorrida busca induzir este respeitável órgão a erro, pois a proposta vencedora, na verdade, esconde custos e despesas que invariavelmente se concretizarão e, assim, tornarão o contrato deficitário e, portanto, inexequível.

Desta feita, a não apresentação da proposta com base na Lei e na Convenção Coletiva de Trabalho, sendo este somente um exemplo de legalidade a ser vislumbrada pela Administração, além de desrespeitar as exigências expressamente previstas no edital da licitação, igualmente desconsidera uma série de fatores que compõem os custos que envolvem a prestação de serviços, o que não pode ser admitido.

Ato contínuo, se a licitante não preenche requisitos dessa natureza, por óbvio, não poderá assegurar a regular prestação dos serviços e a regular contratação dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços objeto da presente licitação.

Nesse ponto, não se pode olvidar quanto aos riscos da má contratação, já que a Administração responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas (Súmula 331 TST) e solidariamente pelos encargos previdenciários (Art. 71, §2º, da L. 8666/93 c/c Art. 9º L. 10520/02). Logo, não sendo pagos os encargos trabalhistas devidos pela Recorrida, há de se responsabilizar a Administração pela inobservância das determinações legais por parte da empresa contratada.

Manter referida empresa sem desclassifica-la representaria ofensa ao princípio da isonomia e da competividade entre os licitantes (art. 3º da Lei 8.666/93) ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 41 da Lei 8.666/93) e ao julgamento objetivo (art. 44 §1º da Lei 8.666/93).

LOTE 03:

L.H.C SCHNEIDER HIGIENIZAÇÃO E LIMPEZA LIMITADA;

DA DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA

COMPOSIÇÃO DE CUSTOS COM BASE NO SIMPLES NACIONAL

Depreende-se da proposta ofertada pela L.H.C que a sua composição de custos para o Lote 03 foi elaborada de acordo com o regime tributário do Simples Nacional, conforme se comprova pela análise de sua planilha de custos, na qual TODAS AS INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS ESTÃO ABAIXO DO DEFINIDO PELA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, ou simplesmente não foram cotadas, a exemplo das incidências do Sistema S.

Não se desconhece que as empresas optantes pelo regime tributário do Simples Nacional, podem participar de processos licitatórios que envolvam a cessão/locação de mão de obra e que, caso sejam declaradas vencedoras, precisarão solicitar o seu imediato desenquadramento.

No entanto, é pacífico o entendimento de que AS PROPOSTAS ELABORADAS PELAS EMPRESAS OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL, PARA LICITAÇÃO QUE ENVOLVA LOCAÇÃO/CESSÃO DE MÃO DE OBRA, DEVERÃO COMPOR O CUSTO COM BASE NO REGIME DE COMUM, sob pena de afronta ao princípio da isonomia entre os licitantes.

O próprio edital licitatório é bastante claro nesse sentido:

(...)
3.5. Para a formação do custo unitário por posto de trabalho e dos respectivos valores de horas extras e adicional noturno se utilizou planilha de custos e formação de preços nos moldes do anexo VII-D da Instrução Normativa nº 05/2017, considerando para todos os casos deste termo o regime de tributação pelo lucro real, não inviabilizando, porém, a participação de empresas optantes pelo regime de tributação pelo lucro presumido, devendo esta apenas fazer os devidos ajustes de alíquotas a serem demostrados em suas planilhas. Por outro lado não há a possibilidade de participação de empresas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), uma vez que empresas optantes por esse regime estão impedidas de fazer a cessão de mão de obra deste objeto conforme estabelecido na Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, inciso XII, exceto para os cargos de Servente de Limpeza de Áreas Públicas, Auxiliar Geral de Conservação, que configura exceção nos §§ 5ºB a 5ºE do art. 18 desta Lei Complementar. (...).

De acordo com a legislação previdenciária nos termos do regulamento da previdência social no §1º do artigo 219 do Decreto nº.3.048 de 06 de maio de 1999, conceitua-se assim mão de obra:

[...] entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou

nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

Com relação ao conceito de cessão de mão-de-obra no que diz respeito a legislação tributária, vale transcrever definição dada pela Receita Federal, por meio da Instrução Normativa nº 971/2009:

"Art. 115. Cessão de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 1974." (g.n.)

Além disso, a Lei 8.212/91 deixa bastante claro o conceito, ao definir no Art. 31, §3º, que: "§ 3º. Para os fins desta Lei, ENTENDE-SE COMO CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA A COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO CONTRATANTE, EM SUAS DEPENDÊNCIAS OU NAS DE TERCEIROS, DE SEGURADOS QUE REALIZEM SERVIÇOS CONTÍNUOS, RELACIONADOS OU NÃO COM A ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA, QUAISQUER QUE SEJAM A NATUREZA E A FORMA DE CONTRATAÇÃO. (Original sem grifo).

Destarte, tal hipótese é expressamente vedada aos optantes pelo Simples Nacional, consoante determinação do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:
XII – que realize cessão ou locação de mão-de-obra;
§ 1o As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5o-B a 5o-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo. (g.n.)"

O posicionamento no sentido de que a prestação de serviços terceirizados envolve concessão de mão de obra vem sendo brilhantemente acolhido em inúmeros julgados, a exemplo da sentença proferida pela Sra. Juíza Soraia Tullio, da 4ª Vara Federal de Curitiba, no mandado de segurança nº 2009.70.00.030677-5/PR, interposto pela Agravante, abrangendo OS MESMOS FATOS que ora se aplicam no caso em exame:

"O conceito de cessão de mão-de-obra vem expresso no art. 31, § 2º da Lei nº 8212/91:
Art. 31. (...) § 2° Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação, à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos cujas características impossibilitem a plena identificação dos fatos geradores das contribuições, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros assemelhados especificados no regulamento, independentemente da natureza e da forma de contratação.
Sobre o conceito de cessão de mão-de-obra o Eg. TRF4 no AG 2008.04.00.021643-3, Segunda Turma, Relator Eloy Bernst Justo, D.E. 03/07/2008, decidiu que:
Cessão de mão-de-obra é figura própria do Direito do Trabalho, significando, em termos práticos, a contratação indireta da mão-de-obra por intermédio de empresa interposta. Essa contratação indireta vem crescendo enormemente, rebatizada de "terceirização". É adotada principalmente para serviços periféricos das empresas, não vinculados às suas finalidades institucionais, como limpeza e conservação, segurança, vigilância e outros assemelhados. Em torno desses serviços vicejaram empresas "prestadoras de serviços" que, na verdade, "alugam" trabalhadores para as empresas-clientes.
O que identifica tais contratos é que a exploração da mão-de-obra, captada pela empresa intermediária, é feita direta ou indiretamente pela empresa contratante. Embora possa haver uma certa especialização (limpeza, segurança, etc), o determinante é a mão-de-obra em si, mais que o resultado do trabalho: não se contrata a vigilância, e sim vigilantes; não se contrata a limpeza, e sim faxineiros. São contratos de lavor, e não de obra, embora muitas vezes se disfarce a merchandage sob as vestes da empreitada ou de outra figura jurídica. Foi exatamente esse o conceito de cessão de mão-de-obra adotado pelo § 3º do art. 31 da Lei 8.212/91.
O conceito de cessão de mão-de-obra exige a colocação dos trabalhadores à disposição do contratante. Ficar à disposição significa ficar sujeita às ordens, ao controle, à vontade do contratante.
Verifica-se, assim, que há a necessidade de existência de serviço contínuo perpetrado por trabalhador que fica à disposição da tomadora, sob sua fiscalização".

No mesmo diapasão, nos termos do que orienta o Tribunal de Contas da União, o licitante optante pelo regime simples nacional pode participar de processo licitatório cujo objeto envolva outras atividades além de limpeza e vigilância e que haja concessão de mão de obra, todavia, deve o licitante comprovar que em sua proposta de preços NÃO FORAM CONSIDERADOS OS BENEFÍCIOS DA LEI 123/06:

A condição de optante pelo Simples Nacional não constitui óbice à participação de empresa em licitação para a prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização, desde que comprovada a não utilização dos benefícios tributários desse regime diferenciado na proposta de preços (art. 17, inciso XII, da LC 123/2006). (...)
b) "consoante jurisprudência desta Corte (Acórdãos 2798/2010, 1627/2011, 2510/2012, 1914/2012 e 341/2012, todos do Plenário), à luz do disposto no art. 17, XI [XII], da Lei Complementar 123/2006, É VEDADA À LICITANTE, OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, A UTILIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS DO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO NA PROPOSTA DE PREÇOS E NA EXECUÇÃO CONTRATUAL (COM RELAÇÃO AO RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS), ESTANDO ELA SUJEITA, EM CASO DE CONTRATAÇÃO, À EXCLUSÃO OBRIGATÓRIA DESSE REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO A CONTAR DO MÊS SEGUINTE AO DA ASSINATURA DO CONTRATO, nos termos do art. 31, inciso II, da referida lei complementar". (TCU - Acórdão 1113/2018 Plenário, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas. (original sem grifo).

Dessa forma, diante do Poder de Vigilância a ser exercido pelo Órgão Licitante sobre a conduta funcional do outro, necessário se faz observar o respectivo controle administrativo que deve ser desempenhado pelos órgãos da administração, tendo em vista que este controle almeja a boa destinação do dinheiro público sendo assim indispensável para que tal objetivo seja atingido e preservando o tratamento igualitário no julgamento das

propostas.

Considerando que a L.H.C terá que se desenquadrar logo após a assinatura do contrato, é correto afirmar que AS INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS SERÃO MUITO SUPERIORES ÀS APRESENTADAS, o que evidencia que o preço praticado pela vencedora é irregular e inexequível, representando risco a lisura e segurança contratual.

Por conseguinte, TENDO EM VISTA QUE A PREVER FOI DECLARADA VENCEDORA DOS LOTES 02 E 06, SE UTILIZANDO INDEVIDAMENTE DOS BENEFÍCIOS DO SIMPLES NACIONAL, é obrigação do órgão licitante fazer com que sejam cumpridas as determinações contidas no art. 17, inc. XII, da LC 123/2006, devendo observá-las no julgamento das propostas, seja por expressa previsão editalícia, ou por aplicação tácita da lei, não podendo jamais convalidar com as ilegalidades apontadas, vez que só lhe é autorizado agir dentro do que está determinado em lei.

NÃO INCLUSÃO DE VALE ALIMENTAÇÃO NAS FÉRIAS

Conforme se depreende da planilha de custos apresentada pela LHC, para o período de férias a empresa deixou de incluir o custo com Vale Alimentação, o que representa OFENSA ÀS DISPOSIÇÕES LEGAIS E CONVENCIONAIS APLICÁVEIS À ESPÉCIE.

A Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2022, SEAC/PR, é bastante clara ao estabelecer a obrigatoriedade de pagamento do Vale Alimentação INCLUSIVE DURANTE AS FÉRIAS, conforme segue:

PARÁGRAFO OITAVO - AO EMPREGADO QUE NÃO COMETER QUALQUER FALTA AO SERVIÇO, JUSTIFICADAS OU NÃO, O EMPREGADOR DEVERÁ FORNECER O VALE ALIMENTAÇÃO NO VALOR DE R$ 414,00, QUANDO DO GOZO DAS FÉRIAS CORRESPONDENTES AO PERÍODO AQUISITIVO INICIADO A PARTIR DE 01.02.19; ao empregado que cometer de 1 a 3 faltas ao serviço, justificadas ou não, o empregador deverá fornecer o vale alimentação no valor de R$ 372,60; ao empregado que cometer de 4 a 5 faltas ao serviço, justificadas ou não, o empregador deverá fornecer o vale alimentação no valor de R$ 331,20; aos empregados com 6 ou mais faltas ao serviço, não farão jus à concessão do vale alimentação durante a fruição das férias. O benefício concedido nas férias não terá natureza salarial a qualquer fim. Já ao empregado regido pelo parágrafo 5º, desde que atendido o requisito de falta ao serviço, fará jus ao vale alimentação durante as férias, respectivamente, nos valores de R$ 227,00, R$ 204,30 e R$ 181,60, nas mesmas condições.

Neste contexto, a Recorrida descumpre obrigação trabalhista, alterando negativamente o preço final de sua proposta, com a obtenção de vantagem indevida em sua classificação, motivo suficiente para sua desclassificação.

A classificação da empresa, assim, seria completamente ilegal, por ofensa aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, isonomia e competitividade entre os licitantes, moralidade e legalidade.

O edital é bastante didático quando da exigência de observância às disposições legais e convencionais aplicáveis à atividade a ser contratada, litteris:

7.1.2. No preço proposto deverão estar inclusas todas as despesas com salários, encargos, TRABALHISTAS, seguros, impostos, taxas, contribuições, vale transporte, VALE ALIMENTAÇÃO, despesas administrativas, lucros e DEMAIS CUSTOS NECESSÁRIOS À SUA COMPOSIÇÃO, EM CONCORDÂNCIA COM A CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO 2020/2022 – NÚMERO DE REGISTRO NO MTE: PR000539/2020, sendo desclassificadas as propostas que apresentem em sua composição de preços valores inferiores ao piso de cada cargo estabelecido na CCT PR000539/2020 e conforme item 1.5 - DETALHAMENTO DOS CARGOS DO ANEXO I DESTE EDITAL. (Original sem grifo).

Assim, tendo em vista que a minoração de custo essencial interfere frontalmente em outras rubricas, e que o Edital veda a alteração sob alegação de erro, omissão ou qualquer outro pretexto, insta que a L.H.C seja desclassificada, reestabelecendo a Justiça no âmbito do Pregão Eletrônico n. 103/2020.

AUSÊNCIA DE COTAÇÃO DOS EPI'S

Conforme se verificar na planilha de composição de custos para o Lote 03, a L.H.C DEIXOU DE INCLUIR EM SEUS CUSTOS OS VALORES RELATIVOS AOS EPI'S, o que configura desrespeito ao edital licitatório e à legislação laboral aplicável à espécie. Diz o edital, litteris:

3.10. Todos os materiais e equipamentos serão fornecidos pela contratante, FICANDO APENAS A CARGO DA CONTRATADA O FORNECIMENTO DE UNIFORMES E EPI'S. Dessa forma torna-se dispensável a consulta de preços em empresas prestadoras de serviço, uma vez que todas estão sujeitas aos mesmos regimes tributários e sobre a abrangência das mesmas convenções coletivas. Com relação a custos relativos à uniforme, seguro de vida utilizou-se valores praticados pela Administração Municipal para provimento desses itens aos seus servidores. (original sem grifo).

Desta feita, sendo de responsabilidade da contratada o fornecimento de Equipamento de Proteção Individual, caberia a ela incluir em seus custos o custo de aquisição ou manutenção de estoque, nos termos do item 7.1.2 do edital, verbis:

7.1.2. No preço proposto deverão estar inclusas todas as despesas com salários, encargos, trabalhistas, seguros, impostos, taxas, contribuições, vale transporte, vale alimentação, despesas administrativas, lucros e demais custos necessários à sua composição, em concordância com a Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2022 – Número de Registro no MTE: PR000539/2020, SENDO DESCLASSIFICADAS as propostas que apresentem em sua composição de preços valores inferiores ao piso de cada cargo estabelecido na CCT PR000539/2020 e conforme item 1.5 - DETALHAMENTO DOS CARGOS do ANEXO I deste edital.

Considerando ainda as demais irregularidades já mencionadas, a desclassificação é medida justa e oportuna, sob pena de incorrer em decisão ilegal, com a consequente judicialização do certame.

Destaca-se, por oportuno que os artigos 48, inciso II, e 44, § 3º, da Lei 8.666/93, proíbem expressamente esse tipo de prática, nos seguintes termos:

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. (Original sem grifo).

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
§ 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 remunera. (Original sem grifo).

Nem se alegue que seria o caso de possibilitar a correção da planilha por parte da licitante. Conforme decisão do Tribunal de Contas da União, a não indicação em proposta de preço de item extremamente relevante, como é o caso do EPI, Vale alimentação e INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS, não deve ser considerada mero erro formal, verbis:

A FALTA DE APRESENTAÇÃO PELA LICITANTE DE ITEM RELEVANTE DO CUSTO DO SERVIÇO A SER CONTRATADO, EXIGÊNCIA ESSA CONTIDA EM EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO, NÃO MERECE SER CONSIDERADA FALHA FORMAL PASSÍVEL DE CORREÇÃO E JUSTIFICA A DESCLASSIFICAÇÃO DA RESPECTIVA PROPOSTA. Representação formulada por empresa apontou suposta irregularidade no Pregão Eletrônico 11/2011, promovido pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), que teve por objeto a contratação da prestação continuada de serviços auxiliares operacionais nos grupos de recepção, transporte, reprografia, cargos extintos e informática e serviços técnicos especializados para fiscalização de contratos da entidade. O pregão foi composto por 36 itens e a autora da representante ofertou lance para o item 9 do edital, que consistia na prestação de serviços de apoio administrativo no Distrito Federal. Tal empresa teve sua proposta desclassificada, sob o fundamento de não conter todos os dados necessários para análise, especificamente por ter omitido o custo do funcionário ausente, o que teria violado as cláusulas contidas nos subitens 2.22.4.3.10 e 2.22.4.3.10.1, que impunham a apresentação de planilhas contendo informações analíticas sobre os custos dos serviços a serem prestados. Alegou fundamentalmente que: a) as informações prestadas teriam respeitado o modelo de planilha previsto no edital e que teria apresentado todas as informações requeridas; b) não fora concedida a ela a mesma possibilidade de correção de erros formais na planilha como fez a pregoeira para as demais licitantes, o que teria afrontado o princípio da isonomia. A unidade técnica registrou que a representante não demonstrou ter apresentado proposta que contivesse todos os elementos exigidos pelo edital. Considerou, também, correta a decisão da pregoeira de não admitir a retificação de sua proposta, por entender que a omissão identificada não poderia ser considerada falha formal. O relator, por sua vez, endossou essas conclusões e a respectiva proposta de encaminhamento. O Tribunal, então, decidiu conhecer a representação e, no mérito, considerá-la improcedente. (Acórdão n.º 2.079/2012-Primeira Câmara, TC 000.537/2012-8, rel. Min. Weder de Oliveira, 17.4.2012).

A desclassificação da empresa, nesse contexto, é medida justa e oportuna. É cediço que a Administração Pública deve buscar proposta de preços mais vantajosa, contudo, não é cabível que o diploma seja interpretado de maneira obscura, pessoal e arbitrária.

É necessário que as licitantes concorram em iguais condições e que o julgamento das propostas seja proferido de maneira objetiva, de modo a não permitir a perpetuação de atos ilegais e descabidos. Assim dispõe o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, in verbis:

Art. 37, 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.

A jurisprudência é pacífica quanto ao cabimento de desclassificação de propostas irregulares:

ADMINISTRAÇÃO. LICITAÇÃO. DEMONSTRADA A INCORREÇÃO DA PROPOSTA VENCEDORA É LEGÍTIMA A DESCLASSIFICAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA. RECURSO IMPROVIDO.” (TRF - 4ª R. Proc. 0408300, Apelação em mandado de segurança. DJ de 24.04.93. Pág. 9819. Rel. Juiz Wolkmer Castilho).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA, TIPO MENOR PREÇO. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE. DESCUMPRIMENTO DE NORMA EDITALÍCIA ALUSIVA AO PREÇO UNITÁRIO DOS ITENS COMPONENTES DA OBRA. PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IRRELEVÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE, DA EFICIÊNCIA, DA ISONOMIA, E DO JULGAMENTO OBJETIVO. LIMINAR DEFERIDA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA, SUSPENDENDO A OBRA JÁ INICIADA. REVOGAÇÃO QUE SE IMPÕE. AGRAVO PROVIDO. (...). O acolhimento de propostas que violam as exigências do edital e da lei ofenderia, a um só tempo, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da vinculação ao instrumento convocatório; da isonomia, porque as demais concorrentes, em respeito às normas do certame, não puderam fazer o mesmo que a autora; e do julgamento objetivo, dado o reconhecimento particularizado de uma situação que não poderia ter sido acolhida; conspurcando-se a igualdade de tratamento aos participantes, com o risco de contratação de quem possa vir a executar mal os serviços licitados ou empregar materiais de baixa qualidade, em prejuízo da solidez, da segurança e da eficiência da obra.[...]" (AC n. 2007.048276-0, rel. Des. Jaime Ramos, j. 17.4.2008) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.000364-3, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 15-06-2010). (original sem grifo).

Pertinente trazer a lição do eminente jurista ADILSON DE ABREU DALARI:

A Administração Pública não pode meter-se em contratações aventurosas; não é dado ao agente público arriscar a contratação (...), pois ele tem o dever de zelar pela segurança e pela regularidade das ações administrativas. (...)
Na fase de classificação, contrariamente, deve ser feito um rigoroso e amplo exame da proposta, tendo em vista que tudo aquilo que nela contém vai afetar sensivelmente o futuro contrato. Em síntese, o exame da idoneidade da proposta deve ser muito mais severo do que o exame da idoneidade do proponente. (...). Isso já demonstra, de maneira implícita, que a comissão de julgamento pode e deve ir além do exame daquilo que consta expressamente dos autos do processo licitatório." (Aspectos Jurídicos da Licitação. 4 ed. Saraiva, 1997, p. 131).

Destarte, além da obrigação da vencedora em atender às exigências contidas no edital, conforme determina o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, disciplinado pelo artigo 41, da Lei 8.666/93, há de se atentar ao fato de que a omissão ou minoração de itens obrigatórios, acarreta minoração artificial do seu preço, pois tais rubricas refletem em outras obrigações tributárias e trabalhistas, podendo acarretar sério prejuízo para o erário público, devido à responsabilidade solidária.

Nesse ponto, cabe frisar que o edital estabelece que a licitante deverá consignar o preço global mensal da proposta, devendo observar todas as despesas diretas e indiretas, verbis:

(...).
7.9 Nos valores propostos deverão estar inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais, tributos, fretes e carretos, inclusive ICMS e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente no fornecimento dos bens ou da prestação de serviços, de forma que o objeto do certame não tenha ônus para o Município de Francisco Beltrão.

Dessa forma, tendo em vista o interesse público, cabe à Administração Pública analisar os vícios contidos nas propostas das licitantes, não podendo admitir a contratação de empresas que desrespeitem à legislação e as exigências contidas no edital, cujos termos vinculam a atuação das licitantes e da própria Administração Pública.

Isso porque, apesar de não estarem previstos na planilha de custos da L.H.C, itens como EPI, VA nas Férias e incidências tributárias não previstas no Simples Nacional, deverão ser disponibilizados pela vencedora, sob pena de descumprimento do edital ou da legislação de regência.

Nesse contexto, deixando de incluir custos trabalhistas e tributários, a Recorrida busca induzir este respeitável órgão a erro, pois, na verdade, esconde custos e despesas que invariavelmente se concretizarão e, assim, tornarão o contrato deficitário e, portanto, inexequível.

Desta feita, a não apresentação da proposta com base na Lei e na Convenção Coletiva de Trabalho, sendo este somente um exemplo de legalidade a ser vislumbrada pela Administração, além de desrespeitar as exigências expressamente previstas no edital da licitação, igualmente desconsidera uma série de fatores que compõem os custos que envolvem a prestação de serviços, o que não pode ser admitido.

Ato contínuo, se a licitante não preenche requisitos dessa natureza, por óbvio, não poderá assegurar a regular prestação dos serviços e a regular contratação dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços objeto da presente licitação.

Nesse ponto, não se pode olvidar quanto aos riscos da má contratação, já que a Administração responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas (Súmula 331 TST) e solidariamente pelos encargos previdenciários (Art. 71, §2º, da L. 8666/93 c/c Art. 9º L. 10520/02). Logo, não sendo pagos os encargos trabalhistas devidos pela Recorrida, há de se responsabilizar a Administração pela inobservância das determinações legais por parte da empresa contratada.

Manter referida empresa sem desclassifica-la representaria ofensa ao princípio da isonomia e da competividade entre os licitantes (art. 3º da Lei 8.666/93) ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 41 da Lei 8.666/93) e ao julgamento objetivo (art. 44 §1º da Lei 8.666/93).

LOTE 04:

NELSON FERRARI EIRELLI

COMPOSIÇÃO DE CUSTOS COM BASE NO SIMPLES NACIONAL

Depreende-se da proposta ofertada pela NELSON FERRARI que a sua composição de custos para o Lote 04 foi elaborada de acordo com o regime tributário do Simples Nacional, conforme se comprova pela análise de sua planilha de custos, na qual TODAS AS INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS ESTÃO ABAIXO DO DEFINIDO PELA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, ou simplesmente não foram cotadas, a exemplo das incidências do Sistema S.

Não se desconhece que as empresas optantes pelo regime tributário do Simples Nacional, podem participar de processos licitatórios que envolvam a cessão/locação de mão de obra e que, caso sejam declaradas vencedoras, precisarão solicitar o seu imediato desenquadramento.

No entanto, é pacífico o entendimento de que AS PROPOSTAS ELABORADAS PELAS EMPRESAS OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL, PARA LICITAÇÃO QUE ENVOLVA LOCAÇÃO/CESSÃO DE MÃO DE OBRA, DEVERÃO COMPOR O CUSTO COM BASE NO REGIME DE COMUM, sob pena de afronta ao princípio da isonomia entre os licitantes.

O próprio edital licitatório é bastante claro nesse sentido:

(...)
3.5. Para a formação do custo unitário por posto de trabalho e dos respectivos valores de horas extras e adicional noturno se utilizou planilha de custos e formação de preços nos moldes do anexo VII-D da Instrução Normativa nº 05/2017, considerando para todos os casos deste termo o regime de tributação pelo lucro real, não inviabilizando,

porém, a participação de empresas optantes pelo regime de tributação pelo lucro presumido, devendo esta apenas fazer os devidos ajustes de alíquotas a serem demostrados em suas planilhas. Por outro lado não há a possibilidade de participação de empresas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), uma vez que empresas optantes por esse regime estão impedidas de fazer a cessão de mão de obra deste objeto conforme estabelecido na Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, inciso XII, exceto para os cargos de Servente de Limpeza de Áreas Públicas, Auxiliar Geral de Conservação, que configura exceção nos §§ 5ºB a 5ºE do art. 18 desta Lei Complementar. (...).

De acordo com a legislação previdenciária nos termos do regulamento da previdência social no §1º do artigo 219 do Decreto nº.3.048 de 06 de maio de 1999, conceitua-se assim mão de obra:

[...] entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

Com relação ao conceito de cessão de mão-de-obra no que diz respeito a legislação tributária, vale transcrever definição dada pela Receita Federal, por meio da Instrução Normativa nº 971/2009:

"Art. 115. Cessão de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 1974." (g.n.)

Além disso, a Lei 8.212/91 deixa bastante claro o conceito, ao definir no Art. 31, §3º, que: "§ 3º. Para os fins desta Lei, ENTENDE-SE COMO CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA A COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO CONTRATANTE, EM SUAS DEPENDÊNCIAS OU NAS DE TERCEIROS, DE SEGURADOS QUE REALIZEM SERVIÇOS CONTÍNUOS, RELACIONADOS OU NÃO COM A ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA, QUAISQUER QUE SEJAM A NATUREZA E A FORMA DE CONTRATAÇÃO. (Original sem grifo).

Destarte, tal hipótese é expressamente vedada aos optantes pelo Simples Nacional, consoante determinação do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:
XII – que realize cessão ou locação de mão-de-obra;
§ 1o As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5o-B a 5o-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo. (g.n.)"

O posicionamento no sentido de que a prestação de serviços terceirizados envolve concessão de mão de obra vem sendo brilhantemente acolhido em inúmeros julgados, a exemplo da sentença proferida pela Sra. Juíza Soraia Tullio, da 4ª Vara Federal de Curitiba, no mandado de segurança nº 2009.70.00.030677-5/PR, interposto pela Agravante, abrangendo OS MESMOS FATOS que ora se aplicam no caso em exame:

"O conceito de cessão de mão-de-obra vem expresso no art. 31, § 2º da Lei nº 8212/91:
Art. 31. (...) § 2° Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação, à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos cujas características impossibilitem a plena identificação dos fatos geradores das contribuições, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros assemelhados especificados no regulamento, independentemente da natureza e da forma de contratação.
Sobre o conceito de cessão de mão-de-obra o Eg. TRF4 no AG 2008.04.00.021643-3, Segunda Turma, Relator Eloy Bernst Justo, D.E. 03/07/2008, decidiu que:
Cessão de mão-de-obra é figura própria do Direito do Trabalho, significando, em termos práticos, a contratação indireta da mão-de-obra por intermédio de empresa interposta. Essa contratação indireta vem crescendo enormemente, rebatizada de "terceirização". É adotada principalmente para serviços periféricos das empresas, não vinculados às suas finalidades institucionais, como limpeza e conservação, segurança, vigilância e outros assemelhados. Em torno desses serviços vicejaram empresas "prestadoras de serviços" que, na verdade, "alugam" trabalhadores para as empresas-clientes.
O que identifica tais contratos é que a exploração da mão-de-obra, captada pela empresa intermediária, é feita direta ou indiretamente pela empresa contratante. Embora possa haver uma certa especialização (limpeza, segurança, etc), o determinante é a mão-de-obra em si, mais que o resultado do trabalho: não se contrata a vigilância, e sim vigilantes; não se contrata a limpeza, e sim faxineiros. São contratos de lavor, e não de obra, embora muitas vezes se disfarce a merchandage sob as vestes da empreitada ou de outra figura jurídica. Foi exatamente esse o conceito de cessão de mão-de-obra adotado pelo § 3º do art. 31 da Lei 8.212/91.
O conceito de cessão de mão-de-obra exige a colocação dos trabalhadores à disposição do contratante. Ficar à disposição significa ficar sujeita às ordens, ao controle, à vontade do contratante.
Verifica-se, assim, que há a necessidade de existência de serviço contínuo perpetrado por trabalhador que fica à disposição da tomadora, sob sua fiscalização".

No mesmo diapasão, nos termos do que orienta o Tribunal de Contas da União, o licitante optante pelo regime simples nacional pode participar de processo licitatório cujo objeto envolva outras atividades além de limpeza e vigilância e que haja concessão de mão de obra, todavia, deve o licitante comprovar que em sua proposta de preços NÃO FORAM CONSIDERADOS OS BENEFÍCIOS DA LEI 123/06:

A condição de optante pelo Simples Nacional não constitui óbice à participação de empresa em licitação para a prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização, desde que comprovada a não utilização dos benefícios tributários desse regime diferenciado na proposta de preços (art. 17, inciso XII, da LC 123/2006). (...)

b) "consoante jurisprudência desta Corte (Acórdãos 2798/2010, 1627/2011, 2510/2012, 1914/2012 e 341/2012, todos do Plenário), à luz do disposto no art. 17, XI [XII], da Lei Complementar 123/2006, É VEDADA À LICITANTE, OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, A UTILIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS DO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO NA PROPOSTA DE PREÇOS E NA EXECUÇÃO CONTRATUAL (COM RELAÇÃO AO RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS), ESTANDO ELA SUJEITA, EM CASO DE CONTRATAÇÃO, À EXCLUSÃO OBRIGATÓRIA DESSE REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO A CONTAR DO MÊS SEGUINTE AO DA ASSINATURA DO CONTRATO, nos termos do art. 31, inciso II, da referida lei complementar". (TCU - Acórdão 1113/2018 Plenário, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas. (Original sem grifo).

Dessa forma, diante do Poder de Vigilância a ser exercido pelo Órgão Licitante sobre a conduta funcional do outro, necessário se faz observar o respectivo controle administrativo que deve ser desempenhado pelos órgãos da administração, tendo em vista que este controle almeja a boa destinação do dinheiro público sendo assim indispensável para que tal objetivo seja atingido e preservando o tratamento igualitário no julgamento das propostas.

Considerando que a NELSON FERRARI terá que se desenquadrar logo após a assinatura do contrato, é correto afirmar que AS INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS SERÃO MUITO SUPERIORES ÀS APRESENTADAS, o que evidencia que o preço praticado pela vencedora é irregular e inexequível, representando risco a lisura e segurança contratual.

Por conseguinte, TENDO EM VISTA QUE A NELSON FERRARI FOI VENCEDORA DO LOTE 04, UTILIZANDO UTILIZANDO-SE INDEVIDAMENTE DOS BENEFÍCIOS DO SIMPLES NACIONAL, é obrigação do órgão licitante fazer com que sejam cumpridas as determinações contidas no art. 17, inc. XII, da LC 123/2006, devendo observá-las no julgamento das propostas, seja por expressa previsão editalícia, ou por aplicação tácita da lei, não podendo jamais convalidar com as ilegalidades apontadas, vez que só lhe é autorizado agir dentro do que está determinado em lei.

AUSÊNCIA DE COTAÇÃO DOS EPI'S

Conforme se verificar na planilha de composição de custos, A NELSON FERRARI DEIXOU DE INCLUIR EM SEUS CUSTOS OS VALORES RELATIVOS AOS EPI'S, o que configura desrespeito ao edital licitatório e à legislação laboral aplicável à espécie. Diz o edital, litteris:

3.10. Todos os materiais e equipamentos serão fornecidos pela contratante, FICANDO APENAS A CARGO DA CONTRATADA O FORNECIMENTO DE UNIFORMES E EPI'S. Dessa forma torna-se dispensável a consulta de preços em empresas prestadoras de serviço, uma vez que todas estão sujeitas aos mesmos regimes tributários e sobre a abrangência das mesmas convenções coletivas. Com relação a custos relativos à uniforme, seguro de vida utilizou-se valores praticados pela Administração Municipal para provimento desses itens aos seus servidores. (original sem grifo).

Desta feita, sendo de responsabilidade da contratada o fornecimento de Equipamento de Proteção Individual, caberia a ela incluir em seus custos o custo de aquisição ou manutenção de estoque, nos termos do item 7.1.2 do edital, verbis:

7.1.2. No preço proposto deverão estar inclusas todas as despesas com salários, encargos, trabalhistas, seguros, impostos, taxas, contribuições, vale transporte, vale alimentação, despesas administrativas, lucros e demais custos necessários à sua composição, em concordância com a Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2022 – Número de Registro no MTE: PR000539/2020, SENDO DESCLASSIFICADAS as propostas que apresentem em sua composição de preços valores inferiores ao piso de cada cargo estabelecido na CCT PR000539/2020 e conforme item 1.5 - DETALHAMENTO DOS CARGOS do ANEXO I deste edital.

Considerando ainda as demais irregularidades já mencionadas, a desclassificação é medida justa e oportuna, sob pena de incorrer em decisão ilegal, com a consequente judicialização do certame.

NÃO INCLUSÃO DE VALE ALIMENTAÇÃO NAS FÉRIAS

Conforme se depreende da planilha de custos apresentada pela NELSON FERRARI, DURANTE O PERÍODO DE FÉRIAS a empresa deixou de incluir o custo com Vale Alimentação, o que representa ofensa às disposições legais e convencionais aplicáveis à espécie.

A Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2022, SEAC/PR, é bastante clara ao estabelecer a obrigatoriedade de pagamento do Vale Alimentação INCLUSIVE DURANTE AS FÉRIAS, conforme segue:

PARÁGRAFO OITAVO - AO EMPREGADO QUE NÃO COMETER QUALQUER FALTA AO SERVIÇO, JUSTIFICADAS OU NÃO, O EMPREGADOR DEVERÁ FORNECER O VALE ALIMENTAÇÃO NO VALOR DE R$ 414,00, QUANDO DO GOZO DAS FÉRIAS CORRESPONDENTES AO PERÍODO AQUISITIVO INICIADO A PARTIR DE 01.02.19; ao empregado que cometer de 1 a 3 faltas ao serviço, justificadas ou não, o empregador deverá fornecer o vale alimentação no valor de R$ 372,60; ao empregado que cometer de 4 a 5 faltas ao serviço, justificadas ou não, o empregador deverá fornecer o vale alimentação no valor de R$ 331,20; aos empregados com 6 ou mais faltas ao serviço, não farão jus à concessão do vale alimentação durante a fruição das férias. O benefício concedido nas férias não terá natureza salarial a qualquer fim. Já ao empregado regido pelo parágrafo 5º, desde que atendido o requisito de falta ao serviço, fará jus ao vale alimentação durante as férias, respectivamente, nos valores de R$ 227,00, R$ 204,30 e R$ 181,60, nas mesmas condições.

Neste contexto, a Recorrida descumpre obrigação trabalhista, alterando negativamente o preço final de sua proposta, com a obtenção de vantagem indevida em sua classificação, motivo suficiente para sua desclassificação.

A classificação da empresa, assim, seria completamente ilegal, por ofensa aos princípios da VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, ISONOMIA E COMPETITIVIDADE ENTRE OS LICITANTES, MORALIDADE E LEGALIDADE.

O edital é bastante didático quando da exigência de observância às disposições legais e convencionais aplicáveis à

atividade a ser contratada, litteris:

7.1.2. No preço proposto deverão estar inclusas todas as despesas com salários, encargos, TRABALHISTAS, seguros, impostos, taxas, contribuições, vale transporte, VALE ALIMENTAÇÃO, despesas administrativas, lucros e DEMAIS CUSTOS NECESSÁRIOS À SUA COMPOSIÇÃO, EM CONCORDÂNCIA COM A CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO 2020/2022 – NÚMERO DE REGISTRO NO MTE: PR000539/2020, sendo desclassificadas as propostas que apresentem em sua composição de preços valores inferiores ao piso de cada cargo estabelecido na CCT PR000539/2020 e conforme item 1.5 - DETALHAMENTO DOS CARGOS DO ANEXO I DESTE EDITAL. (Original sem grifo).

Assim, tendo em vista que a minoração de custo essencial interfere frontalmente em outras rubricas, e que o Edital veda a alteração sob alegação de erro, omissão ou qualquer outro pretexto, insta que a empresa seja desclassificada, reestabelecendo a Justiça no âmbito do Pregão Eletrônico n. 103/2020.

Considerando ainda as demais irregularidades já mencionadas (tributação pelo Simples, ausência de VA no período de férias e ausência de cotação de EPI's), a desclassificação é medida justa e oportuna, sob pena de incorrer em decisão ilegal, com a consequente judicialização do certame.

Destaca-se, por oportuno que os artigos 48, inciso II, e 44, § 3º, da Lei 8.666/93, proíbem expressamente esse tipo de prática, nos seguintes termos:

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. (Original sem grifo).

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
§ 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 remunera. (Original sem grifo).

Nem se alegue que seria o caso de possibilitar a correção da planilha por parte da licitante. Conforme decisão do Tribunal de Contas da União, a não indicação em proposta de preço de item extremamente relevante, como é o caso do EPI, Vale alimentação e INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS, não deve ser considerada mero erro formal, verbis:

A FALTA DE APRESENTAÇÃO PELA LICITANTE DE ITEM RELEVANTE DO CUSTO DO SERVIÇO A SER CONTRATADO, EXIGÊNCIA ESSA CONTIDA EM EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO, NÃO MERECE SER CONSIDERADA FALHA FORMAL PASSÍVEL DE CORREÇÃO E JUSTIFICA A DESCLASSIFICAÇÃO DA RESPECTIVA PROPOSTA. Representação formulada por empresa apontou suposta irregularidade no Pregão Eletrônico 11/2011, promovido pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), que teve por objeto a contratação da prestação continuada de serviços auxiliares operacionais nos grupos de recepção, transporte, reprografia, cargos extintos e informática e serviços técnicos especializados para fiscalização de contratos da entidade. O pregão foi composto por 36 itens e a autora da representante ofertou lance para o item 9 do edital, que consistia na prestação de serviços de apoio administrativo no Distrito Federal. Tal empresa teve sua proposta desclassificada, sob o fundamento de não conter todos os dados necessários para análise, especificamente por ter omitido o custo do funcionário ausente, o que teria violado as cláusulas contidas nos subitens 2.22.4.3.10 e 2.22.4.3.10.1, que impunham a apresentação de planilhas contendo informações analíticas sobre os custos dos serviços a serem prestados. Alegou fundamentalmente que: a) as informações prestadas teriam respeitado o modelo de planilha previsto no edital e que teria apresentado todas as informações requeridas; b) não fora concedida a ela a mesma possibilidade de correção de erros formais na planilha como fez a pregoeira para as demais licitantes, o que teria afrontado o princípio da isonomia. A unidade técnica registrou que a representante não demonstrou ter apresentado proposta que contivesse todos os elementos exigidos pelo edital. Considerou, também, correta a decisão da pregoeira de não admitir a retificação de sua proposta, por entender que a omissão identificada não poderia ser considerada falha formal. O relator, por sua vez, endossou essas conclusões e a respectiva proposta de encaminhamento. O Tribunal, então, decidiu conhecer a representação e, no mérito, considerá-la improcedente. (Acórdão n.º 2.079/2012-Primeira Câmara, TC 000.537/2012-8, rel. Min. Weder de Oliveira, 17.4.2012).

A desclassificação da empresa, nesse contexto, é medida justa e oportuna. É cediço que a Administração Pública deve buscar proposta de preços mais vantajosa, contudo, não é cabível que o diploma seja interpretado de maneira obscura, pessoal e arbitrária.

É necessário que as licitantes concorram em iguais condições e que o julgamento das propostas seja proferido de maneira objetiva, de modo a não permitir a perpetuação de atos ilegais e descabidos. Assim dispõe o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, in verbis:

Art. 37, 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.

A jurisprudência é pacífica quanto ao cabimento de desclassificação de propostas irregulares:

ADMINISTRAÇÃO. LICITAÇÃO. DEMONSTRADA A INCORREÇÃO DA PROPOSTA VENCEDORA É LEGÍTIMA A DESCLASSIFICAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA. RECURSO IMPROVIDO." (TRF - 4ª R. Proc. 0408300, Apelação em

mandado de segurança. DJ de 24.04.93. Pág. 9819. Rel. Juiz Wolkmer Castilho).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA, TIPO MENOR PREÇO. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE. DESCUMPRIMENTO DE NORMA EDITALÍCIA ALUSIVA AO PREÇO UNITÁRIO DOS ITENS COMPONENTES DA OBRA. PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IRRELEVÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE, DA EFICIÊNCIA, DA ISONOMIA, E DO JULGAMENTO OBJETIVO. LIMINAR DEFERIDA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA, SUSPENDENDO A OBRA JÁ INICIADA. REVOGAÇÃO QUE SE IMPÕE. AGRAVO PROVIDO. (...). O acolhimento de propostas que violam as exigências do edital e da lei ofenderia, a um só tempo, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da vinculação ao instrumento convocatório; da isonomia, porque as demais concorrentes, em respeito às normas do certame, não puderam fazer o mesmo que a autora; e do julgamento objetivo, dado o reconhecimento particularizado de uma situação que não poderia ter sido acolhida; conspurcando-se a igualdade de tratamento aos participantes, com o risco de contratação de quem possa vir a executar mal os serviços licitados ou empregar materiais de baixa qualidade, em prejuízo da solidez, da segurança e da eficiência da obra.[...]" (AC n. 2007.048276-0, rel. Des. Jaime Ramos, j. 17.4.2008) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.000364-3, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 15-06-2010). (Original sem grifo).

Pertinente trazer a lição do eminente jurista ADILSON DE ABREU DALARI:

A Administração Pública não pode meter-se em contratações aventurosas; não é dado ao agente público arriscar a contratação (...), pois ele tem o dever de zelar pela segurança e pela regularidade das ações administrativas. (...). Na fase de classificação, contrariamente, deve ser feito um rigoroso e amplo exame da proposta, tendo em vista que tudo aquilo que nela contém vai afetar sensivelmente o futuro contrato. Em síntese, o exame da idoneidade da proposta deve ser muito mais severo do que o exame da idoneidade do proponente. (...). Isso já demonstra, de maneira implícita, que a comissão de julgamento pode e deve ir além do exame daquilo que consta expressamente dos autos do processo licitatório." (Aspectos Jurídicos da Licitação. 4 ed. Saraiva, 1997, p. 131).

Destarte, além da obrigação da vencedora em atender às exigências contidas no edital, conforme determina o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, disciplinado pelo artigo 41, da Lei 8.666/93, há de se atentar ao fato de que a omissão ou minoração de itens obrigatórios, acarreta minoração artificial do seu preço, pois tais rubricas refletem em outras obrigações tributárias e trabalhistas, podendo acarretar sério prejuízo para o erário público, devido à responsabilidade solidária.

Nesse ponto, cabe frisar que o edital estabelece que a licitante deverá consignar o preço global mensal da proposta, devendo observar todas as despesas diretas e indiretas, verbis:

(...).
7.9 Nos valores propostos deverão estar inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais, tributos, fretes e carretos, inclusive ICMS e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente no fornecimento dos bens ou da prestação de serviços, de forma que o objeto do certame não tenha ônus para o Município de Francisco Beltrão.

Dessa forma, tendo em vista o interesse público, cabe à Administração Pública analisar os vícios contidos nas propostas das licitantes, não podendo admitir a contratação de empresas que desrespeitem à legislação e as exigências contidas no edital, cujos termos vinculam a atuação das licitantes e da própria Administração Pública.

Isso porque, apesar de não estarem previstos na planilha de custos da Nelson Ferrari, itens como EPI, VA nas Férias e incidências tributárias não previstas no Simples Nacional, deverão ser disponibilizados pela vencedora, sob pena de descumprimento do edital ou da legislação de regência.

Nesse contexto, deixando de incluir custos trabalhistas e tributários, a Recorrida busca induzir este respeitável órgão a erro, pois, na verdade, esconde custos e despesas que invariavelmente se concretizarão e, assim, tornarão o contrato deficitário e, portanto, inexequível.

Desta feita, a não apresentação da proposta com base na Lei e na Convenção Coletiva de Trabalho, sendo este somente um exemplo de legalidade a ser vislumbrada pela Administração, além de desrespeitar as exigências expressamente previstas no edital da licitação, igualmente desconsidera uma série de fatores que compõem os custos que envolvem a prestação de serviços, o que não pode ser admitido.

Ato contínuo, se a licitante não preenche requisitos dessa natureza, por óbvio, não poderá assegurar a regular prestação dos serviços e a regular contratação dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços objeto da presente licitação.

Nesse ponto, não se pode olvidar quanto aos riscos da má contratação, já que a Administração responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas (Súmula 331 TST) e solidariamente pelos encargos previdenciários (Art. 71, §2º, da L. 8666/93 c/c Art. 9º L. 10520/02). Logo, não sendo pagos os encargos trabalhistas devidos pela Recorrida, há de se responsabilizar a Administração pela inobservância das determinações legais por parte da empresa contratada.

Manter referida empresa sem desclassifica-la representaria ofensa ao princípio da isonomia e da competividade entre os licitantes (art. 3º da Lei 8.666/93) ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 41 da Lei 8.666/93) e ao julgamento objetivo (art. 44 §1º da Lei 8.666/93).

V – DOS PEDIDOS

DIANTE DO EXPOSTO, para que não se consolide uma decisão equivocada no âmbito do presente Pregão Eletrônico, REQUER o recebimento e o provimento do presente recurso administrativo, deferindo-se integralmente os pedidos para declarar a desclassificação das seguintes empresas:

a) DIRETIVA PATRIMONIAL LTDA, referente ao LOTE 01;

b) PREVER SISTEMAS DE MONITORAMENTO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA, referente ao LOTE 02 e 06;

c) L.H.C SCHNEIDER HIGIENIZAÇÃO E LIMPEZA LIMITADA, referente ao LOTE 03;

d) NELSON FERRARI EIRELLI, referente ao LOTE 04, forte nos argumentos fáticos e jurídicos ventilados acima;

À derradeira, caso seja julgado improcedente, o que não se espera, requer seja o presente recurso administrativo encaminhado para a instância superior, para juízo final em sede de recurso hierárquico.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Joinville/SC, 14 de setembro de 2020.

Gilson Antonio de Souza
OAB/SC 29.193

Fechar