Processo nº: 3893/2021

Recorrentes:

FLEX ADMINITRADORA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA (fls. 2078/2118)

BOREL EMPREENDIMENTOS LTDA (fls. 2121/2145)

Assunto: Recurso administrativo interposto em procedimento licitatório.

I – Relatório

Trata-se de procedimento administrativo licitatório para contratação de empresa especializada na prestação de serviços de limpeza, conservação predial e higienização, portaria, preparo de merenda escolar, copeiragem e recepção, para atender as necessidades das diversas secretarias municipais.

Na ata de realização do pregão presencial nº 09/2023 (fls. 1978/1983), consta que foi habilitada e declarada vencedora a empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.

A empresa FLEX ADMINISTRADORA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA às fls. 2078/2118 apresentou recurso tempestivo, argumentando que as planilhas apresentadas pela empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, demonstram a inexequibilidade da proposta por: a) prever quantidade incorreta de trabalhadores para o posto de porteiro em escala de 12x36; b) alteração da planilha modelo fornecida pela Prefeitura Municipal; c) cotação de itens com valores irrisórios para previsão de multa sobre o saldo do FGTS, encargos referentes a auxilio doença, acidente de trabalho, faltas legais, aviso prévio ao final do contrato, aviso prévio indenizado e indenização adicional.

A empresa Borel Empreendimentos LTDA às fls. 2121/2145 apresentou recurso intempestivo, argumentando: a) que foi impedida de oferecer "lance intermediário"; b) que não lhe foi oportunizada, na condição de ME/EPP o direito de cobrir a oferta em caso de empate ficto; c) insurge ainda quanto a ausência de previsão editalícia que autorize a oferta de lance intermediário, tal como ocorre no RDC – Regime Diferenciado de Contratação; d) argumenta inexequibilidade do valor correspondente ao Lote 2, sem adentrar nos

JENNIFER MARTINS BONFANTI
Assinado digitalmente por JENNIFER MARTINS BONFANTI
Data: 2023.06.05

fundamentos para tal alegação, arguindo apenas que não fora apresentada convenção coletiva para o cargo de auxiliar de creche.

Ambos os recursos pedem a revisão da decisão da Pregoeira, de forma a desclassificar a proposta da empresa arrematante ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.

Às fls. 2160/2180, foi juntado aos autos as contrarrazões.

É o relatório, passo a opinar.

II – Fundamentação de fato e de direito

Inicialmente, cabe destacar que a presente análise se restringe à parte jurídica, não alcançando aspectos puramente técnicos relativos à outra área do conhecimento, sendo assim, o objetivo da presente manifestação jurídica é assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados.

Finalmente, cabe registrar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada, a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações.

Dito isto, passamos à análise do caso em tela.

Conforme entendimento do Tribunal de Contas da União, a exclusão do certame de proposta passível de demonstração de exequibilidade constitui falta grave, visto que os fatores externos que oneram a produção incidem de maneira diferente sob cada empresa, a depender da situação empresarial, facilidades ou dificuldades que permeiam as negociações

> 18. Não bastasse essa grave falha, verificou-se que não foi dada ao licitante desclassificado por inexequibilidade a oportunidade de demonstrar a viabilidade de sua oferta. Essa impropriedade também se afigura grave porque, como firmado na doutrina afeta à matéria e na jurisprudência desta Corte (vide relatório supra), o juízo de inexequibilidade de uma proposta não é absoluto, mas admite demonstração em contrário. Isso, porque não se pode

JENNIFER MARTINS BONFANTI
Assinado digitalmente por JENNIFER MARTINS BONFANTI
Data: 2023.06.05

> descartar a possibilidade de que o licitante seja detentor de uma situação peculiar que lhe permita ofertar preço inferior ao limite de exequibilidade estimado pelo contratante. Por exemplo, é perfeitamente possível que uma empresa, em especial de maior porte, partilhe custos – como infraestrutura, pessoal etc., entre os diversos clientes, resultando em redução nos preços de seus serviços. Também não se pode descartar que, muitas vezes, a estimação da exequibilidade pelo contratante possa apresentar deficiências, visto que sua visão de mercado não tem abrangência e precisão comparáveis às da empresa que atua no ramo. 19. Em vista dessas ocorrências, restou prejudicado o contratante que poderia ter obtido melhor preço e, consequentemente, uma proposta mais vantajosa. (Acórdão 1.248/2009 Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

Neste sentido, nos reportamos aos entendimentos jurisprudenciais, vejamos:

> MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO, NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA. MENOR PREÇO GLOBAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO de SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DE EDIFICAÇÕES PÚBLICAS. LICITANTE QUE APRESENTA PROPOSTA INFERIOR AO VALOR MÍNIMO ESTIPULADO PELO EDITAL. MANDAMUS QUE IMPUGNA ATO ADMINISTRATIVO QUE OPORTUNIZOU À LICITANTE A DEMONSTRAÇÃO DE EXIQUIBILIDADE DA PROPOSTA, COMO CONDIÇÃO PARA SUA DECLARAÇÃO COMO VENCEDORA DO OBJETO LICITADO. POSSIBILIDADE. exegese dos ARTS 48, §§ 1º E 2º E 43, § 3º, DA LEI N. 8.666/93. precedentes. "A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexequibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida. Ao contrário, deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada, embora enquadrada em alguma das hipóteses de inexequibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexequibilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da demonstração, pelo licitante que apresenta

JENNIFER MARTINS BONFANTI
Assinado digitalmente por JENNIFER MARTINS BONFANTI
Data: 2023.06.05

> a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível." (REsp 965.839/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010) (TJSC, Mandado de Segurança n. 4002466-89.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 14-05-2019). SEGURANÇA DENEGADA. (TJ-SC - MS: 50056743020208240000 TJSC 5005674-30.2020.8.24.0000, Relator: VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI, Data de Julgamento: 03/09/2020, 4ª Câmara de Direito Público)

Como disciplina Marçal Justen Filho:

> [...] "a desclassificação por inexequibilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipóteses muito restritas. O núcleo da concepção ora adotada reside na impossibilidade de o Estado transformar-se em fiscal da lucravidade privada e na plena admissibilidade de propostas deficitárias... A questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais ínfimo que o seja o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª ed. São Paulo: Dialéca, 2010, p. 653).

Conforme exposto, a inexequibilidade não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida, devendo ser avaliada, por meio de demonstração que o proponente poderá executá-la.

Outra questão é a responsabilidade do licitante pela proposta que ofertar ao Poder Público, uma vez que o contratado é obrigado a arcar com as consequências das imprecisões na composição dos seus custos, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União:

> Acórdão TCU nº 963/2004 – Plenário
>
> "(...) 52. Inicialmente, cabe esclarecer que alguns dos elementos integrantes da planilha de custos são variáveis, e dependem da característica e estrutura de custos de cada organização. Outros são decorrentes de lei ou acordos coletivos, sendo responsabilidade da licitante informá-los corretamente. Caso a planilha apresentada pelo licitante esteja dissonante do previsto em lei, e ainda assim, for considerada exequível e aceita pela Administração, caberá ao

JENNIFER MARTINS BONFANT
Assinado digitalmen por JENNIFER MARTINS BONFAN
Data: 2023.06.05 15:50:02 -0300

licitante suportar o ônus do seu erro.

(...) Voto do Ministro Relator (...)

6. Sobre a desnecessidade de detalhamento dos itens que compõem os encargos sociais e trabalhistas na planilha de preços utilizada como modelo no edital, penso que a presumida omissão não traz problemas para o órgão contratante, pois, segundo explicado pela unidade técnica, o contratado é obrigado a arcar com as consequências das imprecisões na composição dos seus custos."

No caso em comento, analisando os questionamentos levantados pela recorrente **FLEX ADMINITRADORA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA (fls. 2078/2118)**, temos que a suposta inexequibilidade da proposta foi sustentada sobre o argumento de que a empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, previu valores irrisórios pra alguns encargos de ordem trabalhista (aviso prévio indenizado, multa sobre o saldo do FGTS, auxílio doença, faltas legais, licença maternidade/paternidade, etc.), valores estes que estão sujeitos a variação e fogem do controle das partes contratantes. Dessa forma, entendemos que os valores correspondentes aos encargos são meras estimativas apresentadas pela licitante, de forma que eventuais divergências entre o apresentado e o efetivamente ocorrido devem ser considerados como inerentes aos riscos do negócio, impactando positivamente ou negativamente sobre o lucro da contratada.

Não é demais lembrar que a Administração não pagará diretamente pelos encargos trabalhistas indicados na planilha, pois são eles de responsabilidade da contratada. Não interessa para a contratante, por exemplo, se em determinado mês a contratada está tendo gastos adicionais porque muitos empregados estão em gozo de faltas legais, auxílio doença, etc. À contratante interessa que haja a prestação de serviços de acordo com o pactuado. Ou seja, a planilha de formação de custos de mão de obra constitui um útil ferramental para a análise do preço global ofertado, mas não constitui em indicativos de serviços unitários a serem pagos de acordo com a sua execução, como quando ocorre com os serviços indicados no projeto básico de uma obra pública, os quais são pagos de acordo com o fornecimento de cada item unitário. Aliás, nem poderia ser diferente, pois a contratação prevê um pagamento fixo mensal.

JENNIFER MARTINS BONFANTI
Assinado digitalmente por JENNIFER MARTINS BONFANTI
Data: 2023.06.05

Argumentou ainda a recorrente que a empresa ORBENK alterou a planilha modelo fornecida pela Prefeitura Municipal e previu quantidade incorreta de trabalhadores para o posto de porteiro em escala 12x36.

Quanto ao argumento ventilado, temos que a planilha disponibilizada pelo Município possui o caráter de MODELO/SUGESTÃO, não estando o prestador vinculado aos estritos termos ali dispostos. Todas as menções à planilha no edital, remetem à informação de que o documento não é vinculado e sim sugestivo, devendo o licitante compor os custos da execução do futuro contrato.

Nessa esteira, entendo que a planilha apresentada pela empresa ORBENK, levou como referência a unidade do serviço tal como descrita no Edital (Anexo 01-B-Lotes, fls. 1258/1259), onde dispõe claramente que "cada unidade de serviço/mês equivale a 01 (um) empregado trabalhando por mês, durante o período de 12 (doze) meses [...]". Em momento algum a administração solicitou que os valores fossem ofertados considerando assim o custo do posto de trabalho, e sim o custo individual da mão de obra, o que foi prontamente atendido pela empresa ORBENK. Tal informação está clara no edital, não assistindo razão ao recorrente.

Ademais, em relação à liberdade concorrencial, sob a máxima de que não cabe à Administração a fiscalização do lucro do empresário, mas tão somente a exigência de comprovação da capacidade de execução do contrato. Assim, é de se afastar a alegação de inexequibilidade, quando o licitante consegue comprovar que cumprirá com o contratado, principalmente por apresentar durante a fase de habilitação do certame os atestados de capacidade técnica que comprovam que o licitante já executou serviços semelhantes ao objeto do certame.

Quanto aos questionamentos levantados pela empresa **BOREL EMPREENDIMENTOS LTDA (fls. 2121/2145)**, ainda que o recurso tenha sido apresentado de forma intempestiva, passaremos a análise do seu mérito.

Argumenta a empresa BOREL EMPREENDIMENTOS, **quanto ao Lote 01**, que foi impedida de oferecer "lance intermediário", não sendo ainda oportunizado, na condição na condição de ME/EPP, o direito de cobrir a oferta em caso de empate ficto.

JENNIFER MARTINS BONFANTE
Assinado digitalmente por JENNIFER MARTINS BONFANTE
Data: 2023.06.05 15:50:29 -0300

2262

A respeito da etapa de lances, dispõe o edital que:

> 8.5. Ordenadas as propostas, apenas o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superior àquela poderão fazer novos **lances orais e sucessivos**, até que se proclame o vencedor.
>
> [...]
>
> 8.5.2. **A Pregoeira convidará individualmente os licitantes com as propostas admitidas à etapa de lances, sequencialmente, a apresentar lances orais, a partir do autor da proposta classificada de maior preço e, sucessivamente, os demais em ordem decrescente de valor.**
>
> 8.5.3. **Os valores dos lances deverão ser decrescentes e distintos.**
>
> 8.5.4. A desistência em apresentar lance verbal, quando convidado pela Pregoeira, **implicará a exclusão do licitante da etapa de lances orais e a manutenção do último preço apresentado pelo licitante, para efeito de ordenação das propostas.**

Dispõe ainda a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão):

> Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
>
> [...]
>
> VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos **lances verbais e sucessivos**, até a proclamação do vencedor;
>
> [...]
>
> X - **para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço**, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade

JENNIFER MARTINS BONFANT
Assinado digitalmente por JENNIFER MARTINS BONFANT
Data: 2023.06.05

2263

definidos no edital;

[...]

XII - **encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;**

Sendo assim, não existe a possibilidade de registro de lance intermediário no Pregão. Os lances são registrados de forma decrescente, **tal como previsto no edital e na Lei do Pregão**. Dessa forma, sendo a formalidade a essência do procedimento licitatório, que demanda uma sucessão de atos procedimentais que visam antes de tudo conferir segurança jurídica tanto à entidade pública quanto a pessoa jurídica que manifestar o desejo de contratar com a administração, a vinculação ao instrumento convocatório é medida que se impõe, e, acertada, portanto, a atuação da Senhora Pregoeira.

Sobre a alegação de existência de empate ficto, temos que a Lei Complementar 123/2006, prevê:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

No caso em tela, o empate ficto é identificado na etapa de lances, situação em que, deverá a autoridade administrativa adotar as providências do artigo 45 da LC 123/2006.

No caso em tela, não houve a ocorrência de empate ficto, eis que, findada a etapa de lances, restou como vencedora a empresa PROSSERVE TERCEIRIZAÇÃO LTDA-ME, logo, para

JENNIFER MARTINS BONFANTI
Assinado digitalmente por JENNIFER MARTINS BONFANTI
Data: 2023.06.05

se valer das benesses do art. 45 da LC 123/2006, necessário seria que a oferta inicial não tivesse sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte (§2º, inciso III, art. 45 da LC 123/2006), o que não é o caso, pois a empresa PROSSERVE também se enquadra como Microempresa.

Ainda assim, mesmo não se tratando de hipótese de empate ficto, prevê o edital que:

> [...] 8.9.2. Caso a melhor proposta não seja classificada, proceder-se-á ao exame da aceitabilidade das propostas subsequentes, **para o que, se preciso**, poder-se-á utilizar do procedimento previsto no item 8.6.1.
>
> > 8.6. Encerrada a fase de lances, e concluída a negociação, se a melhor proposta não for de microempresa ou empresa de pequeno porte – previamente identificadas no credenciamento –, a Pregoeira lhes franqueará a possibilidade de cobrir a então melhor oferta, desde que suas propostas sejam até cinco por cento superiores, seguidos os seguintes critérios:
> >
> > 8.6.1. A microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada será convidada a apresentar proposta de preço inferior à então melhor oferta, e, se assim fizer, sua proposta será declarada vencedora;
> >
> > 8.6.2. Caso a primeira microempresa ou empresa de pequeno porte convidada na forma do subitem anterior não cobrir o preço, serão convidadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese desse mesmo item (8.6), na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;
> >
> > 8.6.3. Em caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem na situação do item 8.6, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

JENNIFER MARTINS BONFANTE
Assinado digitalmente por JENNIFER MARTINS BONFANTE
Data: 2023.06.05

> 8.7. A microempresa ou empresa de pequeno porte enquadrada na situação do item 8.6 terá o prazo máximo de cinco minutos para exercer a faculdade lá estabelecida, contados do convite feito pela Pregoeira.
>
> 8.8. Na hipótese da não-contratação nos termos previstos nos incisos do item 8.6, será declarada vencedora a melhor proposta ofertada por licitante que não seja microempresa ou empresa de pequeno porte.

> 8.10. Classificada a melhor proposta, a Pregoeira abrirá o envelope de habilitação do respectivo licitante.
>
> 8.10.1. Se o licitante que apresentou a melhor proposta classificável não for habilitado, abrir-se-á o envelope de habilitação do segundo colocado observado o item 8.6 e respectivos subitens, a fim de analisar os respectivos documentos.
>
> 8.10.2. O procedimento do item 8.10.1 se repetirá até que se identifique licitante que tenha formulado proposta aceitável e que tenha condições de ser habilitado, para que se defina o vencedor.

Logo, embora o caso em análise não se enquadre na hipótese de empate ficto, ainda assim, tal como prevê o Edital, encerrada a fase de lances, e, caso a melhor proposta não seja classificável, procederá com a análise das propostas subsequentes utilizando-se dos procedimentos previstos no item 8.6.1., ou seja:

> 8.6.1. A microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada será convidada a apresentar proposta de preço inferior à então melhor oferta, e, se assim fizer, sua proposta será declarada vencedora;

JENNIFER MARTINS BONFANTI
Assinado digitalmente por JENNIFER MARTINS BONFANTI
Data: 2023.06.05 15:51:35 -0300

Sendo assim, deverá a Senhora Pregoeira, oportunizar à todas as licitantes enquadradas na condição de ME ou EPP, cujos lances estejam na condição prevista no art. 45, inciso II, da LC nº 123/2006, a oportunidade de cobrir a melhor proposta oferecendo preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado, verificada as condições de habilitação.

Somente se não existirem outras licitantes enquadradas na condição de ME ou EPP, aptas a exercerem o direito de preferência, é que a pregoeira promoverá a negociação com a licitante de grande porte, inicialmente classificada em 2º lugar, partindo então para o exame das condições de habilitação.

Sendo assim, entendo que este ato deverá ser revisto para os fins de aplicar o artigo 45, inciso II da LC 123/2006.

A Empresa BOREL EMPREENDIMENTOS LTDA, alegou ainda a inexequibilidade dos valores ofertados pela empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA em relação ao **Lote 02**, alegando a existência de erros no preenchimento da planilha, sem, contudo, discorrer ou apontar os mesmos. Limitou-se a argumentar que não foi utilizada pela empresa ORBENK a convenção estabelecida pelo edital para o cargo de auxiliar de creche.

Sendo uma obrigação da empresa recorrente apontar os fatos constitutivos do seu direito, o que, em definitivo não o fez na sua peça recursal, a matéria ventilada não poderá ser apreciada, por inépcia.

Quanto à alegação de que fora utilizada convenção diversa da estabelecida para o cargo de auxiliar de creche, trazemos o entendimento do Tribunal de Contas da União, através do informativo de Licitações e Contratos nº 369 de 2019 que trata do enquadramento sindical na elaboração de planilha de formação de preços, senão vejamos:

> 1. **Na elaboração de sua planilha de formação de preços, o licitante pode utilizar norma coletiva de trabalho diversa daquela adotada pelo órgão ou entidade como parâmetro para o orçamento estimado da contratação, tendo em vista que o enquadramento sindical do empregador é definido por sua atividade econômica preponderante, e não em função da atividade desenvolvida pela categoria profissional que prestará os serviços mediante**

JENNIFER MARTINS BONFANTE
Assinado digitalmen por JENNIFER MARTINS BONFANT
Data: 2023.06.0 15:51:49 -

cessão de mão de obra (art. 581, § 2º, da CLT e art. 8º, inciso II, da Constituição Federal). Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 30/2018, promovido pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), cujo objeto era a "prestação de serviços, com dedicação exclusiva de mão de obra, com alocação de postos de trabalho de Apoio Administrativo Níveis I e II e Coordenador Administrativo". **Entre as irregularidades suscitadas, mereceu destaque a indevida desclassificação da empresa representante, após vencer a fase de disputa, sob a alegação de que teria ela utilizado convenção coletiva de trabalho (CCT) que não representaria a categoria profissional envolvida no objeto da contratação. A representante teria formulado sua proposta com base em CCT celebrada entre o Sindicato Interestadual dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Materiais Elétricos e Eletrônicos do DF, GO e TO e o Sindicato das Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Materiais Elétricos e Eletrônicos do DF, tendo em vista que o ramo de instalações e manutenção elétrica seria sua atividade econômica preponderante.** Em seu voto, o relator destacou que, apesar de o instrumento convocatório não fixar a CCT a ser utilizada pelos licitantes na formação de seus preços, o pregoeiro desclassificou a proposta da empresa sob o argumento da inaplicabilidade da CCT por ela adotada. Para a ANTT, a aceitação da proposta representaria sérios riscos de responsabilização subsidiária da Administração, além de violar o princípio da isonomia, pois das quatro empresas convocadas na fase de habilitação, apenas a representante teria utilizado CCT diversa da celebrada entre o Seac/DF e o Sindserviços/DF, o que consistiria em vantagem na composição de custos. Para o relator, no entanto, a decisão do pregoeiro "não encontra amparo nas normas de regência do certame tampouco na legislação do pregão". Segundo ele, a IN 5/2017, editada pela Secretaria de Gestão (Seges) do extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, exige que o ato convocatório do certame preveja regra de elaboração da proposta, consistente na indicação, pelo licitante, dos acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que regem as categorias profissionais que executarão o serviço e as respectivas datas-bases e vigências, e a própria Administração, ao planejar a contratação e elaborar o orçamento estimado, deve também definir a norma

JENNIFER MARTINS BONFANTE
Assinado digitalmente por JENNIFER MARTINS BONFANT
Data: 2023.06.0 15:52:05 -0300

2268

coletiva de trabalho da qual extrairá as informações quanto a direitos e benefícios devidos aos trabalhadores cujas categorias serão empregadas na execução dos serviços. No caso concreto, a questão residiria, então, em identificar qual CCT deveria ser utilizada na formação dos preços pelos proponentes: se aquela pactuada por entidade sindical representativa do segmento do negócio vinculado à atividade econômica preponderante do licitante, ou aquela efetuada por sindicato que melhor representa a categoria profissional objeto da contratação. **O relator deixou assente que o enquadramento sindical no Brasil é definido, via de regra, pela atividade econômica preponderante do empregador, e não em função da atividade desenvolvida pelo empregado (art. 511, § 2º, da CLT). Ao enfatizar que "um empregador não pode ser obrigado a observar uma norma coletiva do trabalho de cuja formação não tenha participado, seja diretamente (acordo coletivo) ou por sua entidade de classe (convenção coletiva)", ele concluiu que a desclassificação da empresa representante foi irregular. Assim, nos termos propostos pelo relator, o Plenário decidiu considerar procedente a representação e, entre outras deliberações, dar ciência à ANTT, com vistas à prevenção de ocorrências semelhantes, que, no âmbito do Pregão Eletrônico 30/2018, houve a desclassificação indevida de licitante em razão da "utilização na planilha de formação de preços de norma coletiva do trabalho diversa da utilizada pela Agência para a elaboração do orçamento estimado da contratação, tendo em vista que o enquadramento sindical é aquele relacionado à atividade principal da empresa licitante e não da categoria profissional a ser contratada, em atenção aos artigos 570, 577 e 581, § 2º da CLT e ao art. 8º, II, da Constituição Federal".** Acórdão 1097/2019 Plenário, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas.

Diante do exposto, as razões sobre os últimos fatos apontados deverão ser afastadas, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União[1].

III – Conclusão

[1] file:///D:/Users/Procuradoria12/Downloads/idSisdoc_17022580v2-44%20-%20LC_PUBLICACAO_369_2019_6_11.pdf acesso em 05/06/2023 às 18h30m

JENNIFER MARTINS BONFANTI

Assinado digitalmente por JENNIFER MARTINS BONFANTI
Data: 2023.06.05 15:52:23 -0300

Diante do exposto, opina-se pelo recebimento do recurso interposto pela empresa **FLEX ADMINITRADORA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA**, mas em relação ao mérito **opina-se pelo indeferimento do recurso** e pela manutenção da decisão da Pregoeira.

Quanto ao recurso interposto pela empresa **BOREL EMPREENDIMENTOS LTDA,** ainda que intempestivo, entendemos pelo seu **deferimento parcial**, no sentido de recomendar à Senhora Pregoeira que reveja o ato de declarar como vencedora a Empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTD, em relação ao **lote 01**, e adote as providências necessárias no sentido de **oportunizar à todas as licitantes enquadradas na condição de ME ou EPP, cujos lances estejam na condição prevista no art. 45, inciso II, da LC nº 123/2006, a oportunidade de cobrir a melhor proposta oferecendo preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado, verificada as condições de habilitação.**

Somente se não existirem outras licitantes enquadradas na condição de ME ou EPP, aptas a exercerem o direito de preferência, é que a pregoeira promoverá a negociação com a licitante de grande porte, inicialmente classificada em 2º lugar, partindo então para o exame das condições de habilitação.

Saliente-se, que a orientação promovida por este Órgão Consultivo é quanto ao controle de legalidade da Administração, não implicando, necessariamente, a deliberação, que é prerrogativa do gestor.

É o parecer, s.m.j.

Iúna/ES, 05 de junho de 2023.

JENNIFER MARTINS BONFANTE

Assinado digitalmente por JENNIFER MARTINS BONFANTE
Data: 2023.06.05 15:52:37 -0300

JENNIFER MARTINS BONFANTE
PROCURADORA-GERAL DO MUNICÍPIO

DECISÃO

PROCESSO Nº: 3893/2021

PREGÃO PRESENCIAL Nº: 09/2023

OBJETO: Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de limpeza, conservação predial e higieniczação. Portaria, preparo de merenda escolar, copeiragem e recepção.

Conforme se verifica nos autos, a Procuradoria Geral do Município elaborou parecer adentrando juridicamente a questão levantada pelas recorrentes.

Nos termos da Súmula nº 473 do STF:

> A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, apreciação judicial.

Desse modo, decido por anular a decisão que declarou a empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA como vencedora do lote 01, tornando-a sem efeito. Assim, convoco todas as empresas participantes para nova sessão que será realizada dia 14 de junho de 2023 às 08h00min, com a finalidade de oportunizar à todas as licitantes enquadradas na condição de ME ou EPP, cujos lances estejam na condição prevista no art. 45, inciso II, da LC nº 123/2006, a oportunidade de cobrir a melhor proposta oferecendo preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado, verificada as condições de habilitação. O não comparecimento será interpretado como renúncia.

Iúna/ES, 06 de junho de 2023.

Caroline Henriques de Amorim
Pregoeira

227

Iúna-ES, 06 de junho de 2023.

Processo: nº 003893/2021

Detalhamento: Recurso Administrativo

DECISÃO

Acompanho na íntegra o parecer jurídico de fls. 2256/2269, **indefiro** o recurso interposto por FLEX ADMINISTRADORA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA e **defiro parcialmente** o recurso interposto por BOREL EMPREENDIMENTOS LTDA, para em relação ao lote 01 *"oportunizar a todas licitantes enquadradas na condição de ME ou EPP, cujos lances estejam na condição de prevista no art. 45, inciso II, da LC nº 123/2006, a oportunidade de cobrir a melhor proposta oferecendo preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado, verificada as condições de habilitação."*

Ratifico a decisão de fls. 2271.

Devolva-se os autos.

VINÍCIO RODRIGUES LOBATO
Secretário de Gestão, Planejamento e Finanças