

**Excelentíssimo Senhor
Conselheiro Relator MAURICIO FARIA**

**Ref.: Análise de Representação.
Mídia Painéis Ltda.
Pregão Eletrônico nº 001/2020 – SPObras.**

1. INTRODUÇÃO

Tratam os presentes autos de Representação interposta por Mídia Painéis Ltda., em face do Pregão Eletrônico nº 001/2020 – São Paulo Obras, cujo objeto é a:

Contratação de empresa para prestação de serviços de manutenção corretiva dos abrigos metálicos de ônibus sob gestão da SPObras, através de Ata de Registro de Preços (Peça 3, p. 1).

Preliminarmente, deve-se registrar que houve determinação de Vossa Excelência para a suspensão do procedimento de assinatura da Ata de Registro de Preços, tendo em vista que já houve a homologação do resultado do certame, conforme publicado no DOC de 30.06.2020 (Peça 29, p. 6).

Após a emissão do Relatório Conclusivo de Análise de Representação, peça 50, no qual foi mantida a conclusão do Relatório Preliminar de Análise de Representação, houve a realização de Mesa Técnica em 16.02.2021, com a participação da SPObras, peça 64, onde foram discutidos diversos aspectos relacionados ao certame.

Na referida Mesa Técnica foi concluído pela necessidade de oportunizar à SPObras nova manifestação formal nos autos com vistas ao esclarecimento em relação aos apontamentos remanescentes.

Cumpridas as formalidades, a SPObras, por meio de manifestação da Sra. Pregoeira, apresentou novos esclarecimentos, peça 66, retornando os autos a esta Coordenadoria para manifestação sobre o acrescido, em atendimento à determinação contida na peça 68.

Em momento posterior, houve a juntada aos autos, por determinação de Vossa Excelência, de petição da licitante adjudicatária, Shop Signs Obras e Serviços Ltda., peça 70, apresentando seus

argumentos em relação aos apontamentos, e também de determinação para manifestação sobre essa defesa, peça 82.

Assim, na sequência serão analisadas as respostas da SPObras e da licitante adjudicatária aos pontos considerados procedentes da Representação.

2. ANÁLISE

2.1. Descumprimento da exigência do subitem 12.1.3 do Edital

Com base na fundamentação exposta no item 2, conclui-se, quanto ao mérito, que a Representação é:

- a) procedente quanto à não apresentação tempestiva, pela SHOP SIGNS Obras e Serviços Ltda., dos documentos exigidos no subitem 12.1.3 do Edital (subitem 2.1); (fl. 8 da peça 50).

Manifestação da SPObras

Inicialmente, a Pregoeira informa que, em função da pandemia, o desenvolvimento da instrução do processo foi integralmente eletrônico, prejudicando o desenvolvimento da instrução processual, admitindo que a juntada dos documentos de habilitação ocorreu em data posterior ao ato da adjudicação, fl. 3 da peça 66.

Alega ainda que os documentos de habilitação foram apresentados tempestivamente, o que afastaria a ilegalidade apontada. Ressalva, entretanto, que os documentos exigidos no subitem 12.1.3 do Edital não constam da Lei de Licitações, sendo essa exigência oriunda da Resolução nº 12/2019 deste Tribunal, cuja regularidade foi atestada tempestivamente durante a sessão do pregão, porém só foram juntados ao processo SEI em momento posterior.

Finaliza afirmando que se trata de um excesso de formalismo que não deve prejudicar o procedimento licitatório (fl. 4 da peça 66).

Manifestação da licitante adjudicatária:

Inicialmente, cumpre dizer o peticionante apresentou para a licitante todos os documentos de habilitação exigidos pela Lei n.º 8.666/93. Em outras palavras, todas as exigências do rol taxativo do artigo 27 da lei de licitações foram devidamente atendidas pelo peticionante. Também é verdade o fato de que a particular exigência deste E. Tribunal referente a consulta de penalidades também foi respeitada.

Nesse sentido, cumpre-nos a salientar que tal documento foi devidamente analisado e validado pela Pregoeira e a respectiva equipe de apoio, conforme manifestação da referida Pregoeira.

Cabe ainda lembrar que o item 5.1., alínea “c” do edital prevê:

Os documentos complementares, quando necessários, serão encaminhados pelo Licitante melhor classificado após o encerramento do envio de lances, sob pena de inabilitação, deverá encaminhar, no prazo de 02 (duas) horas

Logo, na eventual hipótese deste licitante ter deixado de apresentar algum certificado exigido no item 12.1.3, o que na realidade não ocorreu, certamente seria cientificado e ainda assim poderia sanar a suposta irregularidade.

Nesta mesma linha de raciocínio, importante ainda frisar que o item 12.2.9 do referido edital prevê ainda a possibilidade de verificação dos atendimentos às exigências de habilitação através de consultas em sítios oficiais de órgão e entidades emissores de certidões, assim como de fato ocorreu.

A consulta foi devidamente realizada, analisada e julgada, sendo certo que tal documento demonstrou a inexistência de qualquer irregularidade fiscal e/ou jurídica, razão pela qual, em conjunto com os demais documentos, ocorreu a habilitação do peticionante.

Com isso, não há dúvidas de que o item 12.1.3 foi integralmente cumprido, visto que todos os documentos exigidos para a habilitação estavam em posse do órgão licitante, e, também, tiveram a sua análise e julgamento, até mesmo aqueles previstos no item 12.1.3.

Prova disto é a Manifestação Prévia da SPObras (peça 45) onde em resposta ao ofício recebido foi informado que após este peticionante ser convocado a apresentar os documentos de habilitação, estes foram analisados um a um.

Ainda, foi informado que os documentos eram eletrônicos bem como comprovado, pela juntada o documento SEI nº 033972046, que foram analisados todos os documentos de habilitação exigidos, inclusive, seguindo a orientação contida na instrução n.º 02/2019 do TCM, durante a realização do Pregão, ou seja, previamente aos atos de adjudicação do objeto e homologação do certame.

Importante ainda esclarecer que assim como informado na Manifestação Prévia da SPObras (peça 45) este peticionante foi convocado a apresentar os documentos para a sua habilitação no dia 22/06/20, bem como assim o fez.

Ou seja, conforme se verifica todos os documentos exigidos no item 12.1.3 foram atendidos por este peticionante, e, caso algum documento tenha sido juntado posteriormente a adjudicação da licitação, ou ainda a homologação desta, tal fato não ocorreu por culpa deste peticionante, visto que, frisa-se, todos os documentos já estavam em posse do Núcleo de Licitações e Contratos da SPObras.

Vale ainda esclarecer que o peticionante foi vencedor do certame, e, por sua vez, foi realizada diligência para o fim de atender a Resolução 12/2019 deste Egrégio Tribunal, de modo que a Pregoeira conferiu imediatamente tais órgãos, tal como permitido no edital.

É válido ainda considerar que a própria pregoeira trouxe a peculiar situação de ter sido a primeira licitação por meio do teletrabalho, onde a pregoeira e a equipe de apoio trabalharam em locais distintos, situação esta que prejudicou o desenvolvimento da instrução do processo. Ressalta-se que tal fato prejudicou, mas em nenhum momento trouxe algum fato capaz de ensejar a sua anulação.

Nesse sentido, cumpre lembrar o entendimento da Ilustre professora Maria Sylvia Di Pietro, esta que em uma palestra ministrada no I Seminário de Direito Administrativo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, ensinou que os

vícios relativos à forma admitem convalidação. Isto porque eles podem ser supridos de modo eficaz.

Não é demais também ressaltar o fato de que o presente momento que vivenciamos é bastante delicado, já que a Pandemia do COVID-19 afetou a economia global e de maneira muito grave afetou o nosso país, de modo que afastar a proposta mais vantajosa por questões como a apresentadas na presente Representação, certamente configuram um excesso de formalismo, violando a proporcionalidade, razoabilidade, proposta mais vantajosa ao poder público, dentre outros.

Por fim, vale apenas concluir que este peticionante apresentou todos os documentos exigidos pela Lei de licitações, assim como aquele exigido para o fim de atender a orientação deste E. Tribunal de Contas, de modo que não há razões para o acolhimento da Representação da empresa Mídia Painéis, devendo, portanto, ser julgada improcedente a Representação, com o reconhecimento da regularidade do procedimento licitatório, com a consequente continuidade na contratação deste peticionante (fls. 4/8 da peça 70).

Análise

Ainda que a irregularidade seja formal, as alegações corroboram a procedência da Representação em relação ao ponto impugnado.

Eventuais considerações que convalidem o ato inserem-se na esfera de julgamento, razão pela qual se mantém o apontado.

2.2. Verificação da exequibilidade da proposta

O Representante alega que:

Com base na fundamentação exposta no item 2, conclui-se, quanto ao mérito, que a Representação é:

[...]

b) procedente quanto à não apresentação pela SHOP SIGNS Obras e Serviços Ltda. das composições de preços unitários dos serviços, com vistas à verificação da exequibilidade, completude e coerência da proposta, em função do desconto de 35,06% concedido (subitem 2.3); (fl. 8 da peça 50).

Manifestação da SPObras

Ainda que reconhecida a inexistência de obrigatoriedade de apresentação de CPUs, quer agora os órgãos da Corte de Contas julgar a conduta da Pregoeira, com base no que entende ser seus deveres, sim, trata-se aqui de posicionamento subjetivo, que tem o condão de desautorizar a Pregoeira, cujos atos práticos somente serão julgados lícitos, se praticados tal qual o entendimento da Auditoria e AJCE.

Pois bem, participam da licitação 11 (onze) licitantes, 9 (nove) deles com preços muito próximos entre si, inclusive, a Representante, cujo valor ofertado é apenas 5% (cinco por cento) maior do que o da licitante vencedora, logo, parece-nos que os preços ofertados são compatíveis com os praticados no mercado, e mais, o

percentual de desconto que tanto surpreendeu a Auditoria, não é nada diferente do que se vê nos resultados de licitações na modalidade Pregão, que em sua soma maioria podem atingir até 40%(quarenta por cento) de desconto.

Ora, diante deste cenário a Pregoeira e sua equipe de apoio, não vislumbraram a suposta inexecuibilidade ou ausência de completude ou coerência, sendo certo que, a preocupação da AJCE, quanto a transparência e militância em favor do demais licitantes, não parece ser correspondida pelos próprios participantes do certame, mas tão somente pelo Representante, que em busca de seu interesse privado, acabou por convencer essa Corte de Contas, que a Pregoeira falta com sua responsabilidade e compromisso com a Administração Pública, ainda que no exercício da função, por mais de vinte e cinco anos, na Administração Pública Estadual e Municipal, sem que nada lhe desabone.

Quanto a preocupação da Auditoria, de que a ausência de apresentação de CPUs prejudique a verificação do cumprimento dos ônus decorrentes das leis trabalhistas, previdenciários e encargos sociais, entendemos que esta pode ser tranquilamente afastada, já que o cumprimento destas obrigações serão fiscalizadas por ocasião do pagamento de cada medição, conforme previsão contida no subitem 5.3.4 do Anexo XV - Minuta de Contrato, parte integrante do Edital.

Ademais, não se pode olvidar que a licitação visa selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexecuibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida como faz, equivocadamente, a Fiscalização.

Ao contrário, inexecuibilidade deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada, ainda que enquadrada em alguma das hipóteses de inexecuibilidade, o que verdadeiramente não é o caso, pode ser, concretamente, executada pelo proponente.

Apenas para raciocinarmos, vamos imaginar que a proposta da empresa declarada vencedora fosse 70% inferior ao valor orçado pela SPObras, por cautela ressalva-se que este não é o caso, ainda assim à luz da doutrina e jurisprudencial atualizada não se poderia decretar de imediato a inexecuibilidade da proposta, visto que, como antedito, a inexecuibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida.

Neste sentido, vale lançar mão do entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, reconhecendo que não se pode presumir a inexecuibilidade de uma proposta, sem que haja oportunidade para o licitante demonstrar a viabilidade da sua proposta, proferiu o seguinte julgado:

"RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. ART. 48, 1 E II, § 1º, DA LEI 8.666/93. PRESUNÇÃO RELATIVA. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO PELO LICITANTE DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A questão controvertida consiste em saber se o não atendimento dos critérios objetivos previstos no art. 48, 1 e II, § 1º, a e b, da Lei 8.666/93 para fins de análise do caráter exequível/inexequível da proposta apresentada em procedimento licitatório gera presunção absoluta ou relativa de inexecuibilidade. 2. **A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexecuibilidade 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 inexecuibilidade, pode ser, concretamente,

executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexecutabilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível. 3. Nesse contexto, a proposta inferior a 70% do valor orçado pela Administração Pública (art. 48, § 1º, b, da Lei 8.666/93) pode ser considerada exequível, se houver comprovação de que o proponente pode realizar o objeto da licitação. [...] a vencedora do certame "demonstrou que seu preço não é deficitário (o preço ofertado cobre o seu custo), tendo inclusive comprovado uma margem de lucratividade". [...] (STJ - REsp: 965839 SP 2007/0152265-0, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 15/12/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2010).

Pois bem, apenas para traçarmos um parâmetro entre o julgado acima e o caso concreto do Pregão em análise, ora se não mais se admite avaliar de forma absoluta e rígida uma proposta 70% (setenta por cento) menor do que o orçamento da Administração como sendo inexecutável, o que dirá uma proposta com desconto de 35% (trinta e cinco por cento), ofertada num pregão eletrônico cujos demais licitantes mantiveram em suas ofertadas a margem dos 30% (trinta por cento).

A verdade, com todo respeito, é que a Fiscalização, sem nenhuma argumentação e/ou comprovação robusta, ou seja, baseado apenas em frágeis suposições, se rebela, sem nenhuma razão, contra um desconto de 35% (trinta e cinco por cento) ofertado pela vencedora do Pregão, que está dentro da margem dos 30% (por cento) ofertado pelos demais licitantes, o que comprova que a proposta vencedora reflete o preço de mercado, logo, nada tem de inexecutável (fls. 5/7 da peça 66, grifos no original).

Manifestação da licitante adjudicatária

Inicialmente cumpre esclarecer que a legislação pátria aplicável, assim como o Edital, não exigem a apresentação conjunta da Composição de Preços Unitários (CPU) com as propostas comerciais.

Não obstante, da leitura do instrumento convocatório, em específico dos itens 11.3 e 11.3.1, este previa que a apresentação de composição de preços unitários deveria ser apresentada **SE e QUANDO** a pregoeira bem como a área técnica competente entendesse pertinentes:

11.3. O Pregoeiro e Equipe de Apoio poderá solicitar parecer da área requisitante ou de técnicos pertencentes ao quadro de pessoal da SPObras, para orientar sua decisão ou ainda, visando apurar a exequibilidade das propostas apresentadas, **podrá ser solicitado às licitantes:**

11.3.1 Composição de Custos Unitários.

Ou seja, é possível concluir que a apresentação das CPU's poderia ser solicitada, entretanto, não era obrigatória.

Frisa-se, que tal documento poderia ser exigido, com enfoque a palavra "poderia". Aliás, conforme o dispositivo acima transcrito, tal documento apenas seria exigido se houvesse necessidade de se apurar a exequibilidade da proposta.

Não houve e não há qualquer evidência ou indício que poderia indicar a necessidade de apresentação das CPU's sob o fundamento da inexecutabilidade.

A análise dos autos traz a imediata conclusão de que não houve qualquer indício ou evidência de preços unitários inexecutáveis.

Nota-se que haviam 11 (onze) licitantes, e, por sua vez, 09 (nove) deles estavam com preços muito próximos entre si, variando, por exemplo, em 5% (cinco por cento) entre o preço do peticionante e o preço da empresa Mídia Painéis (empresa

que representou o certame junto a este E. Tribunal de Contas), com uma distância ainda menor entre outras concorrentes (diferença de 2%), ou seja, a proximidade de preços entre tantas empresas do mesmo ramo foi suficientemente capaz de comprovar que o preço ofertado pelo peticionante era o preço de mercado, ou seja, o preço era e é exequível.

Vale aqui lembrar que inexecuibilidade no entender do Ilustre Jurista Hely Lopes Meirelles pode ser compreendida da forma abaixo:

Essa inexecuibilidade se evidencia nos preços zero, simbólicos ou excessivamente baixos, nos prazos impraticáveis de entrega e nas condições irrealizáveis da execução diante da realidade do mercado, da situação efetiva do proponente e de outros fatores, preexistentes ou supervenientes verificados pela Administração”

De qualquer forma, é válido lembrar que o tema relativo à inexecuibilidade deve sempre ser analisado de forma segura, a fim de não ensejar prejuízo à administração, assim como não prejudicar aquele que legitimamente apresentou um preço executável.

Nesse sentido, a mera existência de diversas propostas de empresas no mesmo ramo de atividade com preços dentro da mesma faixa corrobora o entendimento de que o preço é totalmente executável, e, por sua vez, este entendimento lógico da Pregoeira não configura qualquer ilegalidade, muito pelo contrário, demonstra o escopo de se buscar a proposta mais vantajosa, dentro do universo de propostas exequíveis.

Aliás, neste sentido, a jurisprudência, tanto do judiciário como também dos tribunais de contas são pacíficas no sentido de que o critério da exequibilidade deve ser apurado casuisticamente.

Com isso, diante da ausência de necessidade de apresentação das CPU's, assim como também é evidente a exequibilidade do preço ofertado, o procedimento licitatório deve ser julgado regular, com a improcedência da representação e com a continuidade da contratação do peticionante.

(fls. 5/7 da peça 66, grifos no original).

Análise

A situação observada, com todos os licitantes apresentando descontos elevados sobre os preços de referência, o que, segundo a tese defendida pela SPObras e pela licitante adjudicatária, justificaria a aceitação dos preços, deve ser analisada também sob outros ângulos.

É fato que a situação de mercado pode levar a ofertas agressivas, com descontos elevados. Entretanto, também é fato que não é incomum a Administração enfrentar situações de descumprimento contratual por incapacidade dos licitantes em arcar com os compromissos assumidos, com os prejuízos ao interesse público daí decorrentes.

Não foi por outra razão que o legislador estabeleceu limites para o que pode ser considerado exequível, com vistas à proteção da Administração dessa hipótese, afastando eventuais “aventureiros” do certame.

Além disso, a jurisprudência do STJ citada não parece adequada à justificativa pretendida, na medida em que admite certa flexibilidade nas hipóteses de inexecutabilidade, com vistas à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, mas é taxativa ao afirmar que esta “[...] **deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada**, embora enquadrada em alguma das hipóteses de inexecutabilidade, **pode ser, concretamente, executada pelo proponente**” (grifos nossos).

Logo, ao contrário do que querem fazer crer as defesas, essa ressalva na decisão do STJ reforça a procedência do ponto impugnado, no sentido de que a verificação da executabilidade é uma condição necessária, não uma faculdade da Administração, notadamente no caso concreto, considerando os riscos de inadimplemento decorrentes dos altos descontos oferecidos.

Portanto, mantida a procedência da Representação em relação ao ponto impugnado.

3. CONCLUSÃO

Com base na fundamentação exposta no item **2**, conclui-se pela manutenção do quanto concluído no Relatório Conclusivo de Análise de Representação, fls. 7/8 da peça 50.

Diante do exposto, submete-se o presente à apreciação e deliberação de Vossa Excelência.

Em 22.03.2021.

ADRIANO MÜNCHEN
Agente de Fiscalização

De acordo,

ANTONIO DOS SANTOS SILVEIRA
Supervisor de Equipes de Fiscalização¹⁴

AYRTON NEIVA JR
Coordenador Chefe
Coordenadoria VII

Tramita em conjunto com o TC nº 008827/2020.