

A SUA EXCELÊNCIA O SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.



FLEX SERVIÇOS GERAIS LTDA - ME, CNPJ nº 07.293.122/0001-62, Endereço SMAS Trecho 03, conjunto 03, bloco A, sala 414 – Brasília-DF, neste ato representado por seu sócio proprietário **SALVADOR GONÇALVES DA SILVA**, abaixo assinado, com fulcro nos arts. 74 §2º e 75, da Constituição Federal de 1988, assim como demais dispositivos legais vigentes (art. 113 da Lei nº 8666/93, c/c art. 45 da Lei nº 8443/92 e caput do art. 276 do Regimento Interno do TCU – RI/TCU, vem apresentar

REPRESENTAÇÃO

DENÚNCIA DE IRREGULARIDADES

COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

A serem objeto de investigação perfunctória por parte desse TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, através de seu Órgão de Controle Externo, na condução do Pregão Eletrônico nº 17/2016 (processo nº 46175.000071/2016-87, do MINISTÉRIO DO TRABALHO, contra ato do PREGOEIRO, do COORDENADOR-GERAL DE RECURSOS LOGÍSTICOS (a quem encontra-se subordinado) e do SUBSECRETÁRIO DE PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E ADMINISTRAÇÃO, que de forma açodada, sem respeitar as regras contidas no Edital de Licitação, desclassificaram a proposta do REPRESENTANTE, causando um prejuízo para a administração pública em mais de MEIO MILHÃO DE REAIS, conforme abaixo demonstrado:

DA LEGITIMIDADE

O denunciante é parte legítima para representar perante a Corte de Contas da União sobre ilegalidades perpetradas na condução de certames público, como no caso em tela.

O permissivo legal encontra-se disposto no art. 113, parágrafo 1º da Lei nº 8666/93, que dispõe:

"Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

Parágrafo 1º . Qualquer licitante, contratado, ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo."

Assim, demonstrada a legitimidade, justifica-se a presente Representação com pedido de medida cautelar, nos termos do capitulado no art. 237, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

DAS RAZÕES

Imperioso destacar que a presente representação tem o fito de resguardar direitos, garantir a legalidade do procedimento licitatório e evitar uma contratação irregular que dará um prejuízo aos cofres públicos na ordem de R\$ 127.000,00 (cento e vinte e sete mil, anual, totalizando mais de Meio Milhão de Rais do final de cinco anos de contratação).

Em 19/09/2016 a Coordenação Geral de Recursos Logísticos do Ministério do Trabalho realizou a abertura do Pregão Eletrônico nº 17/2016, do tipo menor preço, para contratar empresa especializada na prestação de serviços de limpeza e conservação, com fornecimento de materiais e equipamentos necessários à sua execução.

Esta representante foi quem apresentou a melhor proposta para a Administração Pública com o menor preço global de R\$ 1.950.000,00 (um milhão e novecentos e cinquenta mil reais).

Importantíssimo registrar que a representante era antes da data da licitação a atual executora do contrato, desde 2011 adotando a produtividade equivalente a que apresentou no atual pregão eletrônico. Durante 05 (cinco) anos executou o contrato de forma que atendesse os interesses do MINISTÉRIO DO TRABALHO, eis que não tem qualquer registro de inexecução parcial ou qualquer notificação que pudesse configurar a aplicação de qualquer penalidade prevista em lei.

Além disso a representante é detentora de vários atestados de capacidade técnica emitidos pela administração pública, atestando a satisfação,



a eficiência, a exequibilidade e a adequação da produtividade que vem sendo adotada ao longo desses cinco anos.

O Edital nº 17/2016, do MINISTÉRIO DO TRABALHO, veiculou uma produtividade MÍNIMA e em momento algum proibiu a sua modificação, muito pelo contrário, admitiu a adoção de produtividade diferenciada bastando para tanto justificá-la conforme está previsto na Instrução Normativa nº 02/2008.

Contudo a Pregoeira decidiu desclassificar a proposta desta empresa para contratar uma outra com valor muito superior, qual seja, 2.077.671,24 (dois milhões, setenta e sete mil, seiscentos e setenta e um reais e vinte e quatro centavos), ofertado pela empresa REAL JG SERVIÇOS.

Alegou para tanto, que o motivo da desclassificação seria a impossibilidade de modificação da produtividade que segundo o seu entendimento, teria sido estabelecida no momento das respostas às consultas e impugnações dos licitantes.

Ora, respostas às dúvidas, questionamento ou impugnações dos licitantes não tem o condão de alterar determinações positivas e formais contidas nos editais.

O Edital não sofreu modificações, tanto que não foi republicado. A pretensão de modificá-lo para efeito de julgamento das propostas é ato atentatório à lei que inclusive pode anular a licitação. A verdade dos fatos é que o edital permite de forma expressa a alteração da produtividade, assim como permite a lei que o fundamentou.

O fato da Pregoeira ter dissertado sobre o assunto às vésperas da licitação não modifica os termos previamente estabelecidos, se ela não tomou as providências que a lei exige para a alteração, como republicação e novo prazo de abertura do certame.

O fato é que o MINISTÉRIO DO TRABALHO não planejou a licitação de forma que pudesse ser realizada sem atropelos como aconteceu. Veja que a abertura do certame ocorreu no dia 19/09/2016 e o contrato que estava em vigor seria até o dia 04/10/2016, sem qualquer tempo hábil para análise mais aprofundada da proposta enviada, face os prazos recursais previstos em lei.

Além disso, resposta por resposta, exatamente direcionada à impugnação desta representante, a Pregoeira afirmou o inverso – que a alteração da produtividade era admitida sim, inclusive pela lei, tanto que a própria impugnante assim estava afirmando na peça impugnatória.

Existem os dois posicionamentos da Pregoeira, tanto pelo não quanto pelo sim, todos no momento dos questionamentos.

Todavia, sem qualquer sombra de dúvidas, o que prevalece mesmo é o EDITAL que se faz lei entre as partes e não pode ser modificado sob nenhum aspecto, principalmente quanto essa modificação tende a causar prejuízo público.

Sobre o assunto, o Tribunal de Contas da União tem o seguinte entendimento:

4. A adoção, na proposta da empresa licitante, de índice de produtividade diferente daquele previsto no edital somente é admissível se houver previsão explícita no instrumento convocatório.

Representação de empresa participante de pregão eletrônico promovido pelo Hospital das Forças Armadas (HFA) para contratação de serviços de limpeza especializada nas instalações daquela instituição hospitalar apontara, entre outras irregularidades, a desclassificação indevida da proposta da representante sob alegação de alteração dos índices de produtividade na proposta. Realizadas as oitivas regimentais após a suspensão cautelar do certame, a relatora anotou que a desclassificação da representante "foi acertada, pois adotou índice de produtividade superior ao previsto no edital". Acrescentou que, de acordo com o disposto na Instrução Normativa 2/2008, da SLTI/MPOG, a adoção de produtividade diferente daquela fixada no edital "só seria admissível se houvesse previsão explícita no instrumento convocatório". Nesse sentido, rejeitou a alegação da representante de que "as produtividades indicadas no edital eram apenas referenciais", ressaltando que se trata de "alteração fundamental na formulação da proposta comercial, pois impacta o dimensionamento da equipe a ser alocada aos trabalhos. Não corresponde a pequenas diferenças na composição do preço final que pudessem ser sanadas por meio de diligências e ajustes de planilha sem alteração do preço global ofertado". O Tribunal, seguindo o voto da relatora, considerou regular a desclassificação da representante. Acórdão 938/2014-Plenário, TC 012.718/2013-0, relatora Ministra Ana Arraes, 9.4.2014.

Portanto, somente pode haver produtividade diferente da fixada no edital, quando houver previsão explícita.

Veja o que consta nas observações do anexo IV do Termo de referência:

*Caso as produtividades mínimas adotadas seja diferentes, estes valores das planilhas deverão ser adequados à nova situação, bem como os coeficientes deles decorrentes (Ki e Ke)

Veja a divergência das respostas nos pedidos de esclarecimentos:

Esclarecimento 14/09/2016 11:50:23

5) A produtividade de referência do edital poderá ser alterada pelas licitantes?

Resp.: Não, a produtividade não deverá sofrer alterações.

Impugnação 16/09/2016 10:46:01

8) A produtividade poderá ser alterada?

Resposta 16/09/2016 10:46:01

Resp.: 5.4 A quantidade de serventes foi estimada a partir do arredondamento dos valores obtidos na tabela de dimensionamento da equipe estimada de serventes necessária para a execução de serviços, conforme QUADRO 02, e ainda, de acordo com os quantitativos e produtividades previstas na INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 2, DE 30 DE ABRIL DE 2008, artigo 44, incisos de I a V, bem como art. 20, inciso I

Ademais erros de dimensionamento na proposta não são motivos para desclassificação e não impedem a contratação, pois a lei obriga a contratada a responder pelos erros de dimensionamento de sua planilha, que se assim não

BS

corresponder, sobre a medida cabível, qual seja, uma penalidade administrativa ou até mesmo a rescisão contratual.

Ressalte-se que essa empresa declarou em sua proposta inicial – momento oportuno – que assumia todos os riscos da contratação, inclusive erros de dimensionamento, eis que era a atual executora dos serviços, portanto detém conhecimento prático das suas peculiaridades e apresentou o menor preço na licitação. Então, por qual razão supostos erros em sua planilha foram motivos para recusar a sua contratação se será a mais benéfica.

Conforme orientação do Tribunal de Contas da União:

A licitação não deve perder seu objetivo principal, que é obter a proposta mais vantajosa a Administração, mediante ampla competitividade, a teor do art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993.

Acórdão 1734/2009 Plenário (Sumário)

Ainda, conforme decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.190.793, a administração não deve afastar a real finalidade da licitação, in verbis:

“Não se deve exigir excesso de formalidades capazes de afastar a real finalidade da licitação, ou seja, a escolha da melhor proposta para a Administração em prol dos administrados.”

Ainda que se admitisse a adoção de uma produtividade diferente como uma possibilidade erro de dimensionamento, o que não é o caso, pois a alteração era permitida esta empresa é quem deveria arcar com seus erros de dimensionamento. Está e a regra.

A Pregoeira afirmou expressamente em resposta ao recurso desta empresa, que **“5. Conforme demonstramos acima, a alteração da produtividade estabelecida na IN 02/2008 é possível, desde que embasada e justificada, o que não ocorreu de forma satisfatória no decurso de certame”**.

Ora, em que momento a Pregoeira solicitou a esta empresa que justificasse a sua produtividade????? **EM NENHUM MOMENTO.**

Pediu sim, que alterasse, o que nem poderia ter feito. Porém, jamais lhe oportunizou justificar, conforme prevê a lei. Simplesmente pulou essa fase.

Ela própria transcreve o Artigo 22, da IN n.02, onde relaciona os meios pelos quais **deve diligenciar** para atestar a exequibilidade /produtividade das propostas, inclusive quanto ao dever da Administração de usar seus próprios contratos como parâmetro, nos termos do Art.43, Parágrafo Único da referida IN, buscando sempre fatores econômicos à administração pública. (vide julgamento do recurso anexo).

O que se verifica é uma verdadeira correria, com supressão das fases procedimentais legais e necessárias em total despeito do interesse público.

15

Não se trata de contratar qualquer proposta, mas de contratar a **melhor proposta**. E para tanto, o pregoeiro é obrigado a seguir todos os procedimentos legais, fazer diligências necessárias, oportunizar as justificativas previstas e garantidas, e só legalmente motivado afastar o menor preço.

Esta empresa não teve oportunidade de justificar seu ganho de produtividade. Entretanto, é cediço que o próprio contrato celebrado com o MINISTÉRIO DO TRABALHO já é atestado suficiente para justificar sua produtividade, nos termos do parágrafo único do artigo da 43 da IN n.02.

A Pregoeira simplesmente desclassificou a proposta, se negou a atender os propostos dessa empresa, não requereu nem oportunizou a entrega de justificativa de produtividade adotada, em total confronto à finalidade de licitação.

Basta observar o exímio tempo em que a Administração levou para julgar o recurso da empresa, submeter a análise da autoridade superior, que por sua vez analisou e julgou o recurso, adjudicou e homologou a licitação em poucas horas. Improvável a consideração dos fatores mais favoráveis para a Administração, observe:

Como já informado o contrato firmado com a representante encerraria no dia 04/10/2016, então:

- 1) O pregoeiro adjudicou o certame as 17:28' do dia 23/09/16.
- 2) O prazo para a interposição do recurso pela empresa foi de 26 a 28/09/16
- 3) O prazo para contra-razões foi de 29/09 a 03/10/16 (não houve)
- 4) O prazo para o Pregoeiro decidir seria de 04 a 10/10/16.

Pois bem, pasmem, toda a decisão administrativa, tanto do Pregoeiro como da autoridade competente ocorreu no dia 04/10/2016, a adjudicação ocorreu as 15:41 e a homologação as 15:42 e nesse mesmo dia a empresa contratada já encaminhou uma camiseta para os prestadores de serviço que assumiu o contrato no mesmo dia, não tendo essa empresa representante recebido qualquer notificação do MINISTÉRIO DO TRABALHO para que pudesse retirar prestadores de serviços e máquinas que fazem parte da execução do serviço de propriedade da empresa.

Restou claro a forma açodada como foi tratado o procedimento licitatório e por essa razão as inconsistências encontradas no julgamento do certame.

A afirmativa de que o recurso da ora recorrente se trata de uma tentativa frustrada de perturbar o andamento do processo é um verdadeiro absurdo, a questão aqui é de maior relevância e consequência – o afastamento de uma proposta exequível, válida, escoreita aos termos do edital, com supressão de fases essenciais do processo para realizar uma contratação com preços superiores, prejudiciais e contrários ao interesse público há de ser revista para apuração das devidas responsabilidades.

Equivoca-se ao apresentar a justificativa que o MINISTERIO DO TRABALHO tem como objetivo precípua a proteção do emprego e dos direitos

dos trabalhadores. Isso não se coaduna com a submissão a vontade dos licitantes.

Ora, a função do MINISTÉRIO DO TRABALHO como Ministério e Órgão Público, não se confunde com a função do Pregoeiro numa licitação, ato de responsabilidade sua, pelo qual deve responder ao se afastar dos objetivos, da formalidade e da legalidade a que está submetido. O Objetivo do pregoeiro é realizar a melhor contratação para o interesse público, evitando danos ao erário, evitando todo a qualquer juízo de pessoalidade.

Qual o fundamento legal válido para afastar uma produtividade já adotada a mais de 5 (cinco) anos pelo próprio MINISTÉRIO DO TRABALHO, exatamente quando há uma efetiva redução de área na atual licitação, se há contrato regular válido nos mesmos termos, executado pela mesma proponente, sem impeditivo para sua contratação, senão a vontade pessoal da então julgadora.

Em qual item do edital se fundamenta a desclassificação desta representante? Qual item editalício proibiu a alteração de produtividade? Neste contexto, como justificar o afastamento do menor preço para se assumir o risco de uma nova contratação mais cara e prejudicial aos cofres públicos.

O art.44, da Lei de Licitações, estabelece: *ipsis literis*,

“Art.44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por essa lei.

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

§ 2º Não considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite. Inclusive financeiramente subsidiado ou a fundo perdido. nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

A representante demonstra na presente peça, de forma clara e inequívoca, que o ato representado fere os princípios mais fundamentais da Administração Pública, ao deixar de contratar propostas mais vantajosas desmotivadamente, objetivando uma contratação com valor superior.

Vossa Excelência pode verificar no item 5. Do projeto básico do edital, que a produtividade ali contida tratava-se de uma mera estimativa e teto MÍNIMO, vinculando também a Administração que não poderia realizar julgamento fora da previsão.



A realidade defendida pela Pregoeira é ilegal e traz graves prejuízos ao erário. Constata-se nas regras de julgamento, no item 7 do edital, que o julgamento haveria de ter seguido os preceitos do Artigo 29 da IN n.2. que autoriza a adoção de produtividade diferenciada.

No entanto, a pregoeira se utilizou do item 5.2 do projeto Básico para amparar a desclassificação. E o pior, é que referido item se declara apenas estimativo, e prevê nos subitens seguintes (5.3 a 5.5) a tal permissão para alteração da produtividade.

DO DIREITO

Disso posto, tem-se que a desclassificação da proposta desta empresa foi ilegal, fere os direitos desta licitante, além de causar significativos prejuízos aos cofres públicos.

Nesse diapasão, revela-se necessário invocar o princípio basilar das licitações de **VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, norma-princípio disposta no art. 41, caput, da lei nº 8666/93:

“A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao que se acha estritamente vinculada.”

O edital nesse caso, torna-se lei entre as partes. Este mesmo princípio da origem a outro que lhe é afeto, o **da inalterabilidade do instrumento convocatório**.

De fato, a regra que se impõe é que, após publicado o edital não deve mais a Administração promover-lhe alterações, salvo se assim o exigir o interesse público. Trata-se de garantia à moralidade e impessoalidade administrativa, bem como ao primado da segurança jurídica.

Ora, a licitação é um procedimento administrativo que destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para o ente público, preservando e garantindo tratamento isonômico a todos que demonstrem condições de participar do certame e tenham interesse em disputar o objeto contratual oferecido.

Tratando-se de procedimento administrativo há de se ter como pressuposto necessário a existência de uma série de atos praticados de forma sequencial, alguns de competência da própria Administração, outros de responsabilidade dos participantes.

Assim, tanto a Administração, quanto os licitantes deverão respeitar os princípios norteadores do sistema jurídico, inclusive, para não violarem direitos e garantias individuais.

Da mesma forma, os licitantes estão adstritos às formalidades e limites impostos pela Lei Federal nº 8666/93, bem como assim pelo próprio Edital.

Tendo em vista o vasto rol de irregularidades e inconsistências verificadas com relação à desclassificação da representante, arroladas no recurso administrativo, a autoridade superior manteve a decisão do Pregoeiro, em flagrante prejuízo ao interesse público e a desvinculação do instrumento convocatório;

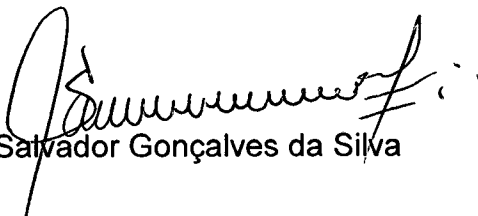
DO PEDIDO

Ex positis. Requer-se o pleno conhecimento da presente Representação, determinando, como providência de urgência a imediata apuração do teor das graves denúncias apresentadas, como forma de proteger o patrimônio Público e o erário.

Ante o exposto requer:

- a) Recebida a presente representação seja concedido a medida liminar, suspendendo todo e qualquer ato da licitação referente ao Pregão Eletrônico nº 17/2016, na fase que se encontrar, abstendo-se o MINISTÉRIO DO TRABALHO de praticar qualquer ato referente à presente licitação;
- b) Seja determinado AUDITORIA e INVESTIGAÇÃO da DENÚNCIA ora apresentada, suspendendo, *inaudita altera pars*, a celebração do contrato administrativo, paralisando-se o processo administrativo até o julgamento de mérito, ou, caso já tenha havido a assinatura do contrato, seja determinado o sobrestamento da sua execução até o julgamento do mérito;
- c) Que as decisões tomadas relativas à presente REPRESENTAÇÃO, sejam devidamente encaminhadas ao representante no endereço constante na qualificação.
- d) No mérito que seja julgada procedente a presente representação, anulando a decisão administrativa que adjudicou e homologou o certame licitatório em favor da empresa REAL JG SERVIÇOS GERAIS EIRELI, determinado a volta da fase licitatória visando o deferimento do recurso administrativo impetrado pela representante e consequentemente sua contratação, como forma de inteira JUSTIÇA,

Nestes Termos,
Pede Deferimento.



Salvador Gonçalves da Silva

ANEXOS

CONTRATO SOCIAL
EDITAL DE CONVOCAÇÃO
DECLARAÇÕES DOS LICITANTES
ESCLARECIMENTOS
IMPUGNAÇÕES
ATA DO PREGÃO ELETRÔNICO
ANEXOS (PROPOSTA DA EMPRESA)
ADJUDICAÇÃO DO CERTAME
RECURSO DA REPRESENTANTE
DECISÃO DO PREGOEIRO
DECISÃO DA AUTORIDADE SUPERIOR
ADJUDICAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO DA AUTORIDADE SUPERIOR