

TC/015722/2023

Objeto: Representação em face do Pregão Eletrônico 34/23 - Expediente 209/23 - CET, cujo objeto é a prestação de serviços administrativos (telefonista, copeira, controlador de acesso, ajudante de carga e descarga e encarregado de equipe)

Interessados: Companhia de Engenharia de Tráfego (*), E-Service Comércio e Serviços Eireli

Relator: Ricardo Torres

Competência: PLENO

SENHORA SECRETÁRIA-GERAL

Trata o presente de Representação interposta pela empresa E-SERVICE COMÉRCIO E SERVIÇOS (**Peça 1**), em face do **Edital de Pregão Eletrônico nº 034/2023**, promovida pela Companhia de Engenharia e Tráfego (CET), cujo objeto é prestação de serviços administrativos de telefonista, copeira, controlador de acesso, ajudante de carga e descarga e encarregado de equipe (Peças 01 a 11), por meio da qual requer, após invocar a existência de supostas ilegalidades, o seguinte:

“DOS PEDIDOS

Pelo exposto, requer seja recebida a presente representação e

- 1) Seja concedida a tutela de urgência, determinado a imediata suspensão do pregão e de todos os atos inerentes ao procedimento
- 2) Sejam os pedidos julgados procedentes para que haja a revogação e anulação da decisão do pregoeiro que declarou vencedora a licitante JMP, ante a constatada irregularidade e afronta aos princípios da isonomia, legalidade e moralidade.
- 3) Seja o Ministério Público intimado para se manifestar, caso entenda necessário”.

À **Peça 4**, foi determinado pelo Sr. Conselheiro Relator a expedição de Ofício dirigido à Origem *“para que tenha conhecimento e se manifeste previamente a respeito do contido na peça 01, no prazo de 15 (quinze) dias”*, o que ocorreu, após o requerimento de dilação de prazo pela Origem, às **peças 48/49**.

Na sequência, foram estes autos eletrônicos enviados para a Auditoria (**Peça 50**) que expediu, de plano, seu Relatório Conclusivo à **Peça 53**, no qual assim concluiu:

“3. CONCLUSÃO

Após a análise da Representação interposta por E-Service Comércio e Serviços Eireli, em face do Pregão Eletrônico 34/23 da CET, bem como da Manifestação Prévia da Companhia de Engenharia de Tráfego, conclui-se, em sede de Relatório Conclusivo, pela improcedência da Representação, sem prejuízo da possibilidade de encaminhamento das informações ao Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), para apuração da alegada conduta irregular indicada pela Representante em certames de outros entes federativos (item 2.2), nos termos do art. 71, XI, da CF/88.

Destaque-se, por oportuno, que sessão abertura foi realizada em 29.11.2023, e o procedimento licitatório foi homologado em 21.03.2024, sendo autorizada a contratação da empresa JMP Serviços Terceirizados Especializados Ltda. (publicação no DOC em 22.03.2024, SEI 100313456)

Na sequência, a representante peticionou nos autos, reforçando o requerimento de tutela de urgência, em razão da demora da Origem em se manifestar perante esta Corte de Contas, enquanto paralelamente o procedimento licitatório se desenvolve, para fim de se determinar a suspensão do Pregão nº 043/2023 e de todos os atos dele decorrentes, até a conclusão final do feito (Peças 54 a 56).

Em sede de cautelar, o Exmo. Sr. Conselheiro Relator exarou decisão determinado à Origem que não promovesse a adjudicação do certame, bem como a consequente assinatura do contrato até que justificados e esclarecidos os apontamentos da representação, bem como despachou no sentido de que se manifestasse acerca do alcançado, no prazo de 05 dias úteis (Peça 57), dando-lhe ciência e à Pregoeira responsável, bem como à Controladoria Geral do Município (Peças 58 a 65).

Na 3.316ª S.O., realizada em 17/04/2024, o Egrégio Plenário, à unanimidade, referendou as medidas determinadas pelo Exmo. Conselheiro Relator (Peça 67). Na sequência a CET apresentou esclarecimentos às peças 68 a 70 desses autos, o que levou ao referendo da revogação da medida cautelar de suspensão do Pregão Eletrônico nº 034/2023, autorizando o prosseguimento do certame, pelo E. Plenário, à unanimidade, na 3.317ª S.O., em 24/04/2024, fundamentado na *“inconsistência das alegações trazidas pela Representante”* e à determinação de *“que seja oficiado o órgão de classe ao qual pertence a signatária da petição em epígrafe, no caso a OAB-SP, para conhecimento e apuração de eventual descumprimento dos deveres contidos no Código de Ética e Disciplina da OAB”* (Peça 71).

Foram expedidos ofícios à CET e à Ordem dos Advogados do Brasil (Peças 74 a 78) para ciência acerca da decisão alcançada. Também foi oficiada a CET para ciência e manifestação acerca do alcançado no Relatório Conclusivo, no prazo assinalado (Peças 81 a 83).

Transcorrido in albis o prazo assinalado (Peça 89), foram os autos para manifestação da Assessoria Jurídica (Peça 90), a qual concluiu nos seguintes termos (peça 91), tendo sido acompanhada pela sua Chefia (Peça 92):

“IV – Conclusão

25. Diante do acima exposto, opina-se pelo conhecimento da representação, diante do preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 55 do RITCMSP, e, no que diz respeito ao mérito, no sentido da total improcedência da representação”.

Após, por determinação do Exmo. Conselheiro Relator, foram os autos à PFM para manifestação (**Peça 93**), na qual concluiu:

“6. Diante dos elementos colacionados aos autos, esta Procuradoria se permite acompanhar os posicionamentos dos Órgãos Técnicos desse E. Tribunal requerendo a total improcedência da presente Representação.”.

Por fim, vieram os autos para manifestação dessa Secretaria Geral (peça 96).

É o relatório.

De início, quanto à **ADMISSIBILIDADE**, tendo em vista a fase da instrução processual em que se encontra, reputo vencido o juízo de admissibilidade da presente **Representação**.

Em relação ao **MÉRITO**, a representante apontou supostas irregularidades na classificação da empresa JMP Serviços Terceirizados Especializados Ltda. no PE 34/23, tratados na presente instrução processual, sobre os quais passo a me manifestar.

2.1 Da irregularidade no atestado de Capacidade Técnica – Megaquímica Embalagens

Com relação a este item trazido pela Representante, após realizar diligência independente, segundo alega, encontrou indícios de irregularidades no atestado fornecido pela JMP, tendo como contratante a Megaquímica, todos rebatidos pela minuciosa análise da Auditoria que constatou ora derivarem de consulta informal e não declarada, registrada e nem endossada pela Megaquímica (item “a”), ora embasada em documentos distintos dos apresentados no certame pela licitante JMP (item b), ora sequer configurarem irregularidades (item “c”), ora carecerem de comprovação (item “d”), ora por afirmarem existência de “diferença grafotécnica, visível a olho nu” sem demonstrá-la devidamente (item “e”), ora improcedentes por constatação em diligências feitas (itens “f” e “g”), de modo que restou evidenciado nos autos que as alegações de irregularidades relativas ao atestado de capacidade técnica da “Megaquímica Embalagens” não se sustentam, sendo improcedente o alegado.

2.2 Da irregularidade no atestado de Capacidade Técnica – Flores de Helena

A Representante aponta suposta irregularidade em documentos (notas fiscais) que teriam sido emitidos no Município de São Caetano do Sul, e apresentados em licitação da Secretaria de Esportes do Estado de São Paulo (OC 410101000012023OC00057) cujo nexu sugerido pela Representante residiria no fato de que tais documentos se refeririam ao mesmo contrato apresentado como evidência de prestação do serviço atual.

Contudo, tais documentos (notas fiscais) não foram exigidos no Edital e nem apresentados no Pregão 34/23. Ademais, demonstrou a CET ter realizado diligências para aferir provas adicionais a respeito da efetiva prestação do serviço relatado no contrato com a empresa Flores de Helena (peça 49, fls. 9/21), por meio das quais não se verifica possibilidade de conclusão pela invalidade da prova de qualificação técnica realizada, ainda que fossem teoricamente comprovados os fatos narrados pela Representante. Isso porque eventual invalidade, irregularidade ou mesmo inexistência das notas fiscais não significa, necessariamente, ausência de prestação dos serviços, já que irregularidades tributárias podem ocorrer ainda que os serviços tenham sido prestados. A prestação efetiva dos serviços, fato a respeito do qual se deve fazer prova para fins de qualificação técnica, pode ser comprovada de variadas formas, e não apenas por notas fiscais, como bem ponderou a Auditoria (peça 53)

Válido destacar também que, a despeito do alegado pela Representante, não foram apresentadas evidências de que a empresa JMP tenha sido condenada pelo Município de São Caetano do Sul, ou declarada inidônea ou impedida de participar de licitações pelo Estado de São Paulo. Adicionalmente, não foram apresentadas evidências de que os documentos em questão tenham sido formalmente declarados como falsos.

Do exposto, concluiu AUD pela improcedência deste ponto da Representação, sem prejuízo da possibilidade de encaminhamento das informações ao Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), para apuração da alegada conduta irregular indicada pela Representante em certames de outros entes federativos, nos termos do art. 71, XI, da CF/88.

2.3 Da não apresentação da Planilha Unitária de Custos

Com relação ao presente item, constatou a Auditoria a procedência dos esclarecimentos prestados pela Origem, sendo certo que, dentre as 7 empresas desclassificadas, 3 não apresentaram proposta comercial (Miner, MN RAMC, e BK), 2 apresentaram proposta em formato diferente ou com dados alterados (TR2 e MGS Clean), 1 foi desclassificada por inércia diante de questionamentos do pregoeiro (Agil) e 1 foi desclassificada por não comprovar qualificação técnica e por inexecutabilidade da proposta negociada (AT&Santos), ou seja, 5 empresas (Miner, MN RAMC, BK, TR2 e MGS Clean) foram desclassificadas por falha insanável nas propostas, e outras duas por motivos diversos (inércia e qualificação técnica), para os quais não haveria que se falar em eventual concessão de oportunidade de adequação das propostas para essas licitantes (Peça 53, fls. 17).

Quanto à JMP, constata-se que sua proposta comercial seguiu o modelo padrão do Edital, porém, de acordo com a Origem (peça 49, fl. 24) a composição de custo apresentada estava em desacordo com o regramento do Edital, mas a Comissão entendeu que a falha poderia ser sanada após a fase de negociações, justificativa esta considerada pertinente pela Auditoria.

Destarte, não se configura no caso o alegado tratamento não isonômico dado à licitante “JMP” frente às concorrentes, razão pela qual improcedente a Representação nesse ponto.

2.4 Da não previsão, na proposta, do custo referente a Intrajornada

Alega, ainda, a Representante que a licitante, quando apresentou seus custos unitários, deixou de prever valor de intrajornada, custo este que seria também de previsão obrigatória.

A CET informou que, de fato, quando ainda na fase externa da licitação, analisou os termos do recurso impetrado pela E-Service relatando, quanto ao item “*previsão de custo intrajornada*”, que após consultar o Departamento de Análise de Preços e Produtos – DPP, responsável pela análise da CPU, este informou que na CPU da JML não foi observada a intrajornada, o que levou-a à solicitar esclarecimentos sobre ou a apresentação de planilhas de custo unitário retificadas (peça 49, fl. 41) pela JMP que apresentou novas planilhas de custos, acerca das quais a Comissão de Licitação concluiu no sentido da regularidade dos valores ofertados e, pelo atendimento aos termos do Edital (peça 49, fl. 52), destacando, ainda:

- (i) que não houve majoração de preços unitários entre a primeira proposta e a proposta após negociação;
- (ii) que os preços da nova proposta estavam abaixo dos valores referenciais; e
- (iii) que, nas duas ocasiões em que houve ajuste das planilhas de composição de custos, houve redução do valor global (Peça 49, fls. 52).

A Auditoria, por sua vez, constatou no sistema Comprasnet as planilhas de composição de custo da JMP, ajustadas ao valor negociado, sem aumentar o valor de sua proposta, acrescendo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União que abaixo reproduzo (Peça 53, fls. 21):

“Não restando configurada a lesão à obtenção da melhor proposta, não se configura a nulidade do ato. Erro no preenchimento da planilha de formação de preço do licitante não constitui motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado”. (TCU, Acórdão 1811/2014 - Plenário)

“A mera existência de erro material ou de omissão na planilha de custos e de formação de preços da licitante não enseja, necessariamente, a desclassificação antecipada da sua proposta, devendo a Administração promover diligência junto ao interessado para a correção das falhas, sem permitir, contudo, a alteração do valor global originalmente proposto”. (TCU, Acórdão 370/2020 - Plenário)

Diante do exposto, afigura-se improcedente a representação no ponto.

2.5 Da Inexequibilidade da proposta – BDI

Acerca deste item trazido na Representação, a Origem esclareceu que a licitante “JMP” apresentou inicialmente o BDI em sua planilha inicial, que se encontrava em desconformidade com o Edital, mas que foi saneada na etapa de análise da proposta (Peça 49, fls. 32/33).

Esclareceu, ainda, quanto à análise da inexequibilidade da proposta da licitante “JMP”, diante dos valores de lucros e de despesas indiretas baixos, que não lhe cabe imiscuir-se em tais valores, na linha de entendimento de que esses valores dependem da estratégia comercial das empresas, citando o Acórdão do TCU nº 839/2020-1ª Câmara, e Acórdãos do TCU nº 325/07, nº 2.528/12 e nº 1.092/13, todos do Plenário. Por fim, m relação aos riscos de inexecução contratual diante dos valores considerados baixos, argumentou a CET que os índices da “JMP” relativos à qualificação econômico-financeira foram superiores ao exigido no Edital, que sua experiência prévia foi comprovada mediante atestados emitidos por órgãos públicos e, quando da análise dos preços propostos, que quatro dos seis itens possuem valor acima do preço atualizado contratado executado pela representante (à época, prestadora dos serviços na CET); entendendo, em última análise, que os preços são compatíveis com o de mercado (Peça 46, fls. 48/49).

Diante do exposto, acompanho a análise da Assessoria Jurídica com opinião pela improcedência, exarada à p. 09 da peça 91, no sentido de que *“em que pesem os valores baixos apurados, quanto à análise da inexequibilidade da proposta da licitante “JMP”, alinhado ao entendimento de que a estipulação desses valores depende da estratégia comercial das empresas, em relação aos quais, nada obstante, a Administração deve buscar outros meios de se acautelar diante dos riscos de inexecução contratual (a título de exemplo, como no caso desses autos, através da verificação positiva do atendimento dos requisitos de qualificação técnica e econômica de licitante que tenha apresentado itens sobre cujos valores recaiam suspeita fundada de inexequibilidade), os esclarecimentos trazidos pela CET, salvo melhor juízo, parecem sinalizar para a correção da decisão administrativa atinente à proposta da licitante “JMS”, por não restar objetivamente demonstrada a levantada inexequibilidade, com base em critérios previamente estabelecidos no instrumento convocatório, o que ora se eleva para apreciação superior”*.

2.6 Da petição posteriormente juntada pela E-Service (peças 39/41)

Como bem observado pela AJ, em que pese a petição de peças 39/41 ter sido juntada aos autos após a intimação da Origem, convém observar que foram oportunizadas ciência e manifestação da CET e do Pregoeiro responsável acerca do alcançado (Peças 57 a 65), o mesmo ocorrendo em relação à petição de peças 54 a 56 (Peças 80 a 93), em atenção ao contraditório e à ampla defesa. De toda sorte, em ambas oportunidades, avalia-se que nada se acrescentou de fatos novos ou informações que pudessem alterar o entendimento já alcançado nesses autos, tratando-se basicamente de peticionamentos da representante reforçando o requerimento de tutela de urgência.

Ante o exposto, opino pelo conhecimento da presente Representação e, no mérito, pela sua total **improcedência**.

É o meu parecer que submeto à apreciação de Vossa Senhoria.

São Paulo, 18 de setembro de 2024.

KARINA HOUAT HARB
Assessora de Controle Externo
OAB/SP nº 161.900