

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREFEITO DO MUNICÍPIO DE XAXIM – SANTA CATARINA**

**REF.: Ref. Pregão Presencial nº. 001/2019 – Processo Licitatório nº. 003/2019**

**ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA** já qualificada nos autos em epígrafe, vem mui respeitosamente perante vossa senhoria, através de seu representante legal, na forma do que prevê a segunda parte do §4º do artigo 109 da Lei 8.666/93, e subsidiariamente na forma do inciso III, artigo 109 da Lei nº 8.666/1993 c/c artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da Constituição Federal e a Súmula 473 do STF, apresentar **RECURSO HIERÁRQUICO com pedido de efeito suspensivo**, diante decisão administrativa publicada pela Comissão de Licitações nos autos do processo em epígrafe no dia 11 de abril de 2019.

Nestes termos,

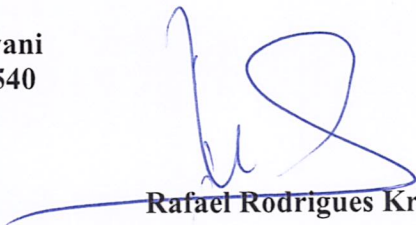
Pede e espera deferimento.

Joinville/SC, 16 de abril de 2019

**ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA**  
RONALDO BENKENDORF  
Representante Legal

**Raphael Galvani**  
OAB/SC 19.540

**Alexandre do Vale Pereira**  
OAB/SC 30.208

  
**Rafael Rodrigues Kreusch**  
Representante Credenciado

16.04.19  
Ediane G. de Almeida  
EDIANE G. DE ALMEIDA  
Diretora de Licitação  
CPF: 042.257

**ILMA. AUTORIDADE SUPERIOR, EXCELENTÍSSIMO PREFEITO**  
**RAZÕES DE REPRESENTAÇÃO DA EMPRESA ORBENK ADMINISTRAÇÃO**

**I – PRELIMINARMENTE**

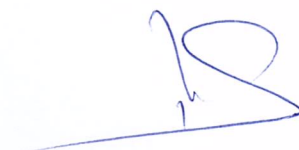
**I.1 – DO RECURSO HIERÁRQUICO E DO DIREITO AO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO E/OU PETIÇÃO**

No caso, por se tratar de decisão administrativa que revê o ato de desclassificação das empresas DCS FORNECEDORA DE SERVIÇOS E PRODUTOS LTDA-ME, COSTA OESTE SERVIÇOS DE LIMPEZA e BARREIRAS PRESTADORA DE SERVIÇOS EIRELI decorrente de procedência de recurso administrativo o processo não passa pelo crivo da Autoridade Competente, que convalida os atos administrativos quando da homologação do certame.

Em verdade, portanto, como houve reconsideração por parte da Comissão quanto a classificação das empresas supracitadas cabe nessa hipótese a apresentação de Recurso Hierárquico com fundamento na segunda parte do §4º da Lei 8.666/93, sob pena de supressão do princípio do duplo grau de jurisdição.

Exatamente nesse sentido é que orienta a consultoria Zênite:

*Reconsiderando sua decisão, com fundamento no art. 109, § 4º, primeira parte, da Lei nº 8.666/93, estará a comissão de licitação, em verdade, proferindo uma nova decisão, isto é, expedindo um novo ato administrativo. Nesse caso, o recurso não chega a ser submetido à apreciação da autoridade superior. Vale dizer, não houve o duplo grau de jurisdição que se realiza, em vigor, com o julgamento pela instância superior àquela responsável pela decisão recorrida. Portanto, valendo a reconsideração como uma nova decisão, abre-se aos licitantes novo prazo recursal, propiciando-se aos licitantes eventualmente inconformados com a referida decisão questioná-la da forma mais ampla possível, mesmo porque essa nova decisão poderá estar informada com argumentos novos, desenvolvidos pela própria*



*comissão, e a respeito dos quais os licitantes que haviam impugnado o primeiro recurso interposto nada poderiam ter dito, obviamente.<sup>1</sup>*

Convém pôr em relevo que por ser uma derivação do Recurso Administrativo, o Recurso Hierárquico possui efeito suspensivo:

*Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:*

*I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:*

*a) habilitação ou inabilitação do licitante;*

*b) julgamento das propostas;*

*[...]*

*§ 2o O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.*

*[...]*

*§ 4o O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade. (grifo nosso).*

De outro norte, ainda quanto ao conhecimento da presente peça e de modo a não ver precluso seu direito, observa-se que de acordo com o inciso II, do artigo 109, da Lei nº 8.666/1993, resta assegurado ao interessado, em face dos atos da administração, o direito de representação para os recursos em que não caiba recurso hierárquico:

---

<sup>1</sup> Orientação objetiva. Recursos Administrativos. Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC, Curitiba: Zênite, n. 48, p. 129-135, fev. 1998.



*II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;*

Ademais, ainda que negadas as referidas manifestações, cabe ainda apresentação de pedido de reconsideração, no prazo de 10 (dez) dias úteis, contra decisão que não caiba recurso hierárquico.

Assim dispõe a norma, *in verbis*:

*Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:*

*[...]*

*II - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.* (Grifamos).

De outro norte, a Constituição Federal assegura a todos o direito de petição aos poderes públicos, conforme a seguir:

*Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]*

*XXXIV. são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*

*a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;* (Grifamos).

Sobre a matéria, o Ilustre doutrinador José Afonso da Silva pondera:

*É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a que é dirigido escusar-se de pronunciar sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação.* (Direito Constitucional Positivo, ed. 1.989, p. 382) (Grifamos)



Assim, nos termos da Constituição Federal e legislação ordinária confere ao particular, sempre que na possibilidade de dano ou ofensa ao seu direito, o direito de provocar a Administração, de modo a garantir a legalidade e os princípios que regem o direito administrativo, porquanto, tal direito é garantido ainda, pela redação expressa na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

*Súmula 473 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, a apreciação judicial.*

Por derradeiro, resta demonstrado o dever da Administração Pública de corrigir seus próprios atos, especialmente quando provocada.

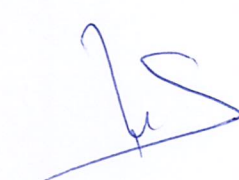
## **II – DO PEDIDO DE REANÁLISE DO JULGAMENTO ADMINISTRATIVO**

Trata-se de Recurso Hierárquico por intermédio do que se requer a revisão da decisão administrativa publicada pela Comissão de Licitações, em que reconsidera a desclassificação das empresas DCS FORNECEDORA DE SERVIÇOS E PRODUTOS LTDA-ME, COSTA OESTE SERVIÇOS DE LIMPEZA e BARREIRAS PRESTADORA DE SERVIÇOS EIRELI.

Consoante citado alhures, a Comissão de Licitações publicou esclarecimento por intermédio do qual consignou que o “LICITANTE DEVERÁ CONSIDERAR O AUMENTO SALARIAL PARA FORMAÇÃO DA PROPOSTA DE PREÇO”.

No caso, as empresas supracitadas deixaram de prever margem de ajuste ou qualquer outra rubrica, relativa ao acréscimo da CCT conforme esclarecimento, daí porque foram desclassificadas inicialmente.

Convém pôr em relevo o fato de que a desclassificação não ocorreu em razão da não indicação de assiduidade propriamente dita, e **sim em razão da não inclusão de qualquer rubrica relativa aos ajustes e eventuais acréscimos previstos em CCT, inclusive assiduidade conforme citado em esclarecimento.**



Quanto a força vinculante dos esclarecimentos prestados em sede de licitação ressalta o doutrinador Marçal Justen Filho (em "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos". 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, pp. 402/403):

*[...] é prática usual, fomentada pelo próprio art. 40, inc. VIII, que a Administração forneça esclarecimentos sobre as regras editalícias. A resposta formulada administrativamente apresenta cunho vinculante para todos os envolvidos, sendo impossível invocar o princípio da vinculação ao edital para negar eficácia à resposta apresentada pela própria Administração.*

Acrescenta ainda o autor:

*a força vinculante da resposta ao pedido de esclarecimento envolve as hipóteses de interpretação do edital. Ou seja, aplica-se quando há diversas interpretações possíveis em face do ato convocatório. Se a Administração escolhe uma ou algumas dessas interpretações possíveis e exclui outras (ou todas as outras), haverá vinculação*

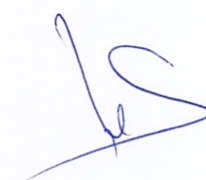
Ocorre que após a interposição de recursos administrativos a Comissão de Licitações reviu sua decisão com base no argumento de que, não havendo instrumento válido (que é a CCT), não haveria como exigir a cotação por parte dos licitantes.

*Data máxima vênia*, em que pese não haver instrumento válido à época da apresentação das propostas, o esclarecimento veio no sentido de sanear o problema qual seja, a obrigação do licitante incluir em seus custos margem de ajuste.

Prova disso é que outros licitantes além da empresa ORBENK assim o fizeram, ou seja, **incluiram em seus preços uma margem para o ajuste da Convenção.**

**Agora com a reclassificação das empresas que assim não procederam gera-se um problema ainda maior, qual seja, as empresas que não deram atendimento ao esclarecimento, no lugar de serem desclassificadas serão beneficiadas, isso porque suas propostas não estão acrescidas da margem de ajuste.**

**De outro lado, as empresas que deram atendimento aos esclarecimentos serão prejudicadas, isso porque suas propostas estão acrescidas de margem de ajuste que serve ao propósito de tornar suas propostas mais altas e menos competitivas.**





Por se tratar de Pregão a licitação está subordinada a Lei 10.520/02, a qual dentre as regras de registro de proposta permite apenas a inclusão da menor oferta seguida daquelas dentro da margem de 10% (dez por cento):

*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;*

*IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;*

Vossa Senhoria pode constatar diante da regra supracitada, e diante do fato de que as empresa que não deram atendimento serão reclassificadas, que justamente estas empresas serão beneficiadas, inclusive com chance de ingressarem para a fase de lances com a expurga dos demais licitantes que deram efetivo atendimento ao que a Comissão esclareceu.

Em verdade, está aqui se beneficiando o infrator em detrimento dos que agiram correto.

Por último, vale ponderar que a inclusão de mais licitantes não significa necessariamente o menor preço, mormente porque o processo ainda passará pela fase de lances.

De todo o exposto, requer-se com base nos próprios julgamentos do primeiro julgamento da Comissão de Licitações pela manutenção da desclassificação das empresas DCS FORNECEDORA DE SERVIÇOS E PRODUTOS LTDA-ME, COSTA OESTE SERVIÇOS DE LIMPEZA e BARREIRAS PRESTADORA DE SERVIÇOS EIRELI.

### **III – DO DEVER DE AUTOTUTELA**

Conforme citado alhures, tem-se que a Constituição Federal e legislação ordinária conferem ao particular, sempre que na possibilidade de dano ou ofensa ao seu direito, o direito de provocar a Administração, de modo a garantir a legalidade e os princípios que regem o direito administrativo, porquanto, tal direito é garantido ainda, pela redação expressa na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, onde a Administração pode rever seus próprios atos.



Diante referido cenário, requer-se ainda que a Comissão de Licitações seja provocada para manifestação dos seguintes pontos identificados como erros na composição de custos das licitantes:

- **Empresa - Costa Oeste:**

- Não cotou previsão de reajuste (*conforme esclarecimento da Prefeitura*);
- Cotou treinamento = Item vedado conforme orientação do Tribunal de Contas da União:

**Acórdão nº 825/2010 – TCU - Plenário**

(...)

1.5. Determinar (...) que em eventuais repactuações e/ou futuras contratações de empresas especializadas na prestação de serviços terceirizados observe o seguinte: (...) 1.5.5. não aceite no quadro dos Insumos a presença de item relativo à “Treinamento/Capacitação e/ou Reciclagem de Pessoal”, vez que esses custos já estão englobados nas despesas administrativas da contratada.

**Acórdão nº 826/2010 – TCU – Plenário**

(...)

2 MAO006a-PR-BA-TREINAMENTO-PLANILHA-2013.doc 2 1.5. Determinar ...que em eventuais repactuações e/ou futuras contratações de empresas especializadas na prestação de serviços terceirizados observe o seguinte: (...) 1.5.2. não aceite no quadro dos Insumos a presença de item relativo à “Treinamento/Capacitação e/ou Reciclagem de Pessoal”, vez que esses custos já estão englobados nas despesas administrativas da contratada.

**Acórdão nº 1442/2010 – TCU -2ª Câmara**

(...)

1.4.4. determinar ...que, em eventuais repactuações e/ou futuras contratações de empresas especializadas na prestação de serviços terceirizados observe o seguinte: (...) 1.4.1.5. não aceite no quadro dos Insumos a presença de item relativo à “Treinamento/Capacitação e/ou Reciclagem de Pessoal”, vez que esses custos já estão englobados nas despesas administrativas da contratada.



- O valor do uniforme da função **merendeira** está incorreto, conforme segue:

DETALHAMENTO DOS UNIFORMES / EPI

UNIFORME/EPI - AUX. DE SERVIÇOS GERAIS

Item	Qtde	Valor unitário	Valor Total
Camiseta Manga Curta	02	R\$ 14,90	R\$ 29,80
Camiseta Manga Longa	02	R\$ 16,90	R\$ 33,80
Calça	03	R\$ 35,90	R\$ 107,70
Calçado de Segurança	02	R\$ 29,00	R\$ 58,00
Luva de Raspa	02	R\$ 6,50	R\$ 13,00
Óculos de Proteção	01	R\$ 2,50	R\$ 2,50
Crachá	01	R\$ 9,00	R\$ 9,00
<b>TOTAL POR ANO</b>			<b>R\$ 253,80</b>
<b>TOTAL POR MÊS POR FUNCIONÁRIO</b>			<b>R\$ 21,15</b>

UNIFORME/ EPI - MERENDEIRAS

Item	Qtde	Valor unitário	Valor Total
Camiseta - manga curta	02	R\$ 14,90	R\$ 29,80
Camiseta - manga longa	02	R\$ 16,90	R\$ 33,80
Calça	03	R\$ 35,90	R\$ 29,90
Calçado	02	R\$ 29,00	R\$ 58,00
Jaleco em Brim manga curta	02	R\$ 25,00	R\$ 50,00
Touca descartável TNT	01	R\$ 8,00	R\$ 8,00
Luva Térmica	01	R\$ 49,00	R\$ 49,00
Luva de Latex	04	R\$ 2,50	R\$ 10,00
Crachá	01	R\$ 9,00	R\$ 9,00
<b>TOTAL POR ANO</b>			<b>R\$ 277,50</b>
<b>TOTAL POR MÊS POR FUNCIONÁRIO</b>			<b>R\$ 23,13</b>

← O correto é R\$ 107,70.

Somando todos os itens, fica = R\$ 355,30 / 12 meses = R\$ 29,61.

• **Empresa - UNIJIPE:**

- Proposta feita com valores para 12 meses, sendo que o correto é para 11 meses;
- Não cotou previsão de reajuste (*conforme esclarecimento da Prefeitura*);
- Férias e 13º salário estão com percentuais e valores incorretos, abaixo do mínimo estabelecido por Lei – (vide manual de orientação para preenchimento da planilha de custos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão<sup>2</sup>, onde:

*Férias – 11,11% (Percentual fixo de acordo com o / Art. 7º, XVII, CF/88 e Resolução CNJ nº 098/2009)*

*13º Salário - Gratificação de Natal, instituída pela Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962. Pode-se determinar a provisão mensal considerando que na duração do contrato de 60 meses o empregado tem 5 meses de férias e labora em 56 meses. Desse modo a provisão mensal pode ser obtida pelo cálculo:  $(5/56) \times 100 = 8,93\%$ .*

<sup>2</sup> Disponível em:

([http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manuais/Manual\\_preenchimento\\_planilha\\_de\\_custo\\_-\\_27-05-2011.pdf](http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manuais/Manual_preenchimento_planilha_de_custo_-_27-05-2011.pdf))

- Não cotou Contribuição Assistencial - conforme cláusula 47 da CCT;
- Cotou IRPJ e CSLL = Itens vedados conforme TCU;
- Não comprovou FAP e não fez declaração de exclusão do simples nacional.

- **Empresa - MARA APARECIDA:**

- O cálculo de tributação está incorreto, pois deve ser feita com base no valor total do posto;
- Cotou indevidamente os encargos sociais, conforme segue:

O correto para SESI OU SESC é **1,50%** e não 1% (*SESI/SESC 1,50% – art. 30 da Lei nº 8.036/90*)

O correto para Salário Educação é **2,50%** e não 1,50%. (*art. 15 da Lei nº 9.424/96, do art. 2º do Decreto nº 3.142/99 e art. 212, §5º da CF*).

- **Empresa - DCS FORNECEDORA:**

- Não cotou previsão de reajuste (*conforme esclarecimento da Prefeitura*);
- Não cotou seguro de vida (conforme CCT);
- Não comprovou FAP;
- ISSqn está incorreto, foi cotado 4% e o correto é 3%;
- Não cotou Contribuição Assistencial - conforme cláusula 47 da CCT;
- Não cotou Contribuição Patronal- conforme cláusula 15 da CCT;

- **Empresa - BARREIRAS:**

- Não declarou que o serviço será EXECUTADO conforme especificações exigidas no Termo de Referência;
- Não cotou previsão de reajuste (*conforme esclarecimento da Prefeitura*);
- Não apresentou FAP;

De todo o exposto, requer-se pelo recebimento do presente recurso hierárquico para fins de rever a decisão de reclassificação das empresas DCS FORNECEDORA DE SERVIÇOS E PRODUTOS LTDA-ME, COSTA OESTE SERVIÇOS DE LIMPEZA e BARREIRAS PRESTADORA DE SERVIÇOS EIRELI, pleiteando-se ademais disso que a Comissão de Licitações seja provocada para manifestar-se acerca dos pontos acima destacados.

### III - DOS PEDIDOS

Assim, nos termos da Súmula 473 do STF, a Administração pode rever e corrigir seus atos, a qualquer tempo, especialmente quando provocada.

*Ex positis*, requer com fundamento no §4º do artigo 109 da Lei 8.666/93, e subsidiariamente na forma do inciso III, artigo 109 da Lei nº 8.666/1993 c/c artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da Constituição Federal e a Súmula 473 do STF pelo recebimento do presente **RECURSO HIERÁRQUICO / REPRESENTAÇÃO / PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO** atribuindo-se efeito suspensivo.;

No mérito, requer-se pelo recebimento do presente recurso hierárquico para fins de rever a decisão de reclassificação das empresas **DCS FORNECEDORA DE SERVIÇOS E PRODUTOS LTDA-ME, COSTA OESTE SERVIÇOS DE LIMPEZA e BARREIRAS PRESTADORA DE SERVIÇOS EIRELI**, pleiteando-se ademais disso que a Comissão de Licitações seja provocada para manifestar-se acerca dos pontos acima destacados.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Joinville/SC, 16 de abril de 2019.

**ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS**  
RONALDO BENKENDORF  
Representante Legal

**Raphael Galvani**  
OAB/SC 19.540

**Alexandre do Vale Pereira**  
OAB/SC 30.208

  
**Rafael Rodrigues Kreuzsch**  
Representante Credenciado