



## RESPOSTA AO RECURSO ADMINISTRATIVO

TOMADA DE PREÇOS 2023.08.31-01- SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA E DESENVOLVIMENTO URBANO

Objeto: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA A EXECUÇÃO DA OBRA DE PAVIMENTAÇÃO EM PEDRA TOSCA NA SEDE DO MUNICÍPIO DE COREAÚ E EM DIVERSAS LOCALIDADES, TAIS COMO: ARAQUÉM, CANTO, UBAÚNA, MARFIM, MALHADA VERMELHA, MALHADA VERMELHA DE CIMA, CUNHASSÚ, CORREDORES E AGROVILA, CONFORME O CONVÊNIO Nº 51/2023, MAP: 2423

### INTRODUÇÃO

1.1. Trata-se de recurso(s) interposto(s) pela(s) empresa(s) **EMPRESA FJ2 CONSTRUGOES EIRELI**, inscrita no CNPJ nº 20.138.377/0001-19, com sede na Rua Clovis Ximenes, nº 542, Sala 5, Centro, Varjota/CE, neste ato representada por seu sócio administrador Antonio Luiz Ximenes, portador do CPF nº 747.488.823-87, por meio de peticionamento encaminhamento via e-mail ou presencialmente.

### 2. DO RECURSO ADMINISTRATIVO

2.1. Recurso administrativo, em sentido amplo, é expressão que designa os meios postos à disposição dos administrados para requerer que a Administração reveja seus atos. A fase recursal do procedimento licitatório tem como fundamento o direito ao contraditório e à ampla defesa, nos termos do art. 5º da Constituição Federal de 1988:

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:

(...)

**LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;**

2.2. Ademais, assim dispõe a Lei nº 8.666/93:

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;
- c) anulação ou revogação da licitação;
- d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei;
- f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

2.3. Apresentadas as razões recursais, a Comissão poderá adotar as seguintes posturas:



- 1) conhecer do recurso (juízo positivo de admissibilidade) e, no mérito, acolhê-lo, realizando um juízo de retratação e, desse modo, reconsiderando sua decisão e revendo seus próprios atos;
- 2) não conhecer do recurso (juízo negativo de admissibilidade), em razão da ausência de algum requisito de admissibilidade recursal;
- 3) conhecer do recurso (juízo positivo de admissibilidade) e manter a sua decisão, devendo prestar as devidas informações à autoridade competente para o efetivo julgamento do recurso.



- 2.4. Os pressupostos recursais da licitação pública são aqueles requisitos que devem ser preenchidos sob pena de nem sequer serem conhecidos pela Administração. Assim se manifestou o Tribunal de Contas da União:

**Para que o recurso seja conhecido, todos os requisitos de admissibilidade devem estar preenchidos cumulativamente. A ausência de qualquer um deles obsta o processamento do recurso - Acórdão 214/2017 - Plenário.**

- 2.5. Nesse contexto, colacionamos trechos do ar go A licitação e seus Procedimentos Recursais (XIMENES, Fabio. A Licitação e seus procedimentos recursais, 2012. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7665/A-licitacao-e-seus-procedimentos-recursais>>. Acesso em: 12 dez. 2019.):

**Pressupostos objetivos:**

Existência de ato administrativo decisório: Somente se pode recorrer se houver uma decisão sobre determinada fase do procedimento.

Tempestividade: os recursos devem ser interpostos nos prazos prescritos em lei sob pena de decadência.

Forma escrita: os recursos, em regra, devem ter forma escrita, endereçados à autoridade que praticou o ato (...).

Fundamentação: “o recorrente tem o dever de fundamentar sua insatisfação. Não se conhece um recurso que não aponte defeitos, equívocos ou divergências na decisão recorrida”. (cf. Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., São Paulo, Dialética, 2008, p. 850).

**Pressupostos subjetivos:**

Legitimidade recursal: é atribuída aquele que participa da licitação, em regra, o licitante. Assim, não possui legitimidade recursal o terceiro que não participa do certame. Deve haver, portanto, legítimo interesse na licitação, no contrato ou no cadastramento. Dessa forma, “não se admite, contrariamente ao que ocorre no Direito Processual, recurso ao terceiro prejudicado. A condição de terceiro elimina o cabimento do recurso. Se o terceiro for prejudicado caber-lhe-á exercitar o direito de petição”. (ob. cit. p. 847)

Interesse recursal – deriva da lesividade da decisão aos interesses do particular. Para Marcelo Palavéri consubstancia-se “na prova de que a decisão da qual se recorre é lesiva ao seu interesse, pois lhe fere direitos, ou prejudica sua posição perante o certame. Nesse sentido, admite-se o recurso daquele contra quem ver sido proferido determinado ato, como, por exemplo, de inabilitação, havendo interesse processual em discutir a matéria por pretender se ver habilitado para que possa prosseguir na disputa. Também se admite o recurso do licitante contra atos praticados em favor de outro concorrente, como, por exemplo, contra a habilitação de determinado licitante, posto que no contexto da disputa seja de seu interesse o alijamento dos seus contendores”. (cf. in Licitações Públicas. Comentários e notas às súmulas e à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 1ª ed., Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2009, p. 869).

- 2.6. Nessa mesma linha, em outras palavras, são requisitos de admissibilidade recursal:



- 2.6.1. **Sucumbência:** somente aquele que não logrou êxito em habilitar-se no certame é que atende esse pressuposto;
- 2.6.2. **Tempestividade:** a apresentação do recurso deve se dar no prazo previsto no Edital;
- 2.6.3. **Legitimidade:** esse pressuposto só existe quando a parte que interpuser o recurso for a parte sucumbente;
- 2.6.4. **Interesse:** esse requisito se traduz no binômio necessidade/utilidade, sendo necessário quando não houver outro meio de provocar a modificação do ato recorrido e útil quando o recurso ver o condão de proporcionar situação mais vantajosa do que aquela que está sendo questionada;
- 2.6.5. **Motivação:** exposição objetiva do conteúdo da irrisignação do interessado em relação ao ato decisório.

### 3. DA ANÁLISE DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

- 3.1. Após essa breve explanação, passa-se a análise dos pressupostos de admissibilidade do recurso em tela;
- 3.2. Da Legitimidade/sucumbência: Atendido, uma vez que o interessado participou do certame;
- 3.3. Da Competência: Atendido, vez que foi observado o endereçamento para autoridade condutora do certame;
- 3.4. Do Interesse: Atendido, posto que o ato decisório - Habilitação - prejudicou sua posição no certame, haja vista que os recorrentes participaram do certame;
- 3.5. Da Motivação: Atendido, haja vista que o conteúdo da petição tem relação com o ato decisório - Habilitação;
- 3.6. Da Tempestividade: Atendido, vez que o pedido foi apresentado tempestivamente, nos termos legais.

### 4. DAS RAZÕES RECURSAIS E DAS CONTRARRAZÕES

- 4.1. **EMPRESA FJ2 CONSTRUGOES EIRELI, inscrita no CNPJ nº 20.138.377/0001-19, (recurso).**
  - 4.1.1. A licitante supra alega que a decisão da CPL que a considerou inabilitada teria sido "equivocada";
  - 4.1.2. Que os motivos que culminaram na sua inabilitação não são justos;
  - 4.1.3. Que o julgamento da licitação deve buscar a proposta mais vantajosa;
  - 4.1.4. Que a empresa RSM CONSTRUÇÕES foi indevidamente inabilitada;
  - 4.1.5. Por fim, pede a reforma da decisão que culminou com sua inabilitação do referido certame.
  - 4.1.6. Não houve contrarrazões.

### 5. DA ANÁLISE DO RECURSO

#### 5.1. DA COMPOSIÇÃO DO BDI

Cumpre esclarecer que a Lei de Licitações e Contratos nº 8.666/93, prevê em seu Art. 3º:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifos nossos).



Dito isso, após análise, ao verificar a composição do BDI referente ao ISS, da proposta apresentada pela empresa, verificamos uma divergência com as informações contidas no projeto básico.

O edital do presente certame licitatório exige que sejam apresentados todos os detalhes de todos os elementos das propostas apresentadas pelas licitantes.

- 4.2.2 - A proposta deverá ser elaborada de forma detalhada, contendo de cada item a especificação do Grupo/Subgrupo/Serviço, a quantidade, a unidade, o preço total, e o preço GLOBAL do orçamento inclusive por extenso, assinada/rubricada em todas as páginas pelo proprietário e pelo Responsável Técnico.
- 4.2.2.1 - Planilha Orçamentária, Composição de Preços Unitários, para cada serviço constante do orçamento.
- 4.2.2.2 - Composição analítica da taxa de B.D.I. (Benefícios e Despesas Indiretas), proporcional às reais alíquotas e respectiva tributação da empresa.

Tal exigência se coaduna com o entendimento contido na Súmula nº 258 do Tribunal de Contas da União:

**Súmula 258 – TCU**

As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento **que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia**, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicadas mediante o uso da expressão "verba" ou de unidades genéricas.

Como se percebe, o detalhamento do BDI compõe o projeto básico, e a licitante não atendeu a determinação legal de composição de BDI, na formulação da planilha, incorrendo em divergências. Ademais, especialmente no que tange à verificação dos demonstrativos de cálculos dos encargos sociais e do BDI utilizados na composição dos preços, o Acórdão de Relação nº 262/2006 - SEGUNDA CÂMARA traz orientação expressa da Tribunal de Contas da União:

1.1.1.4 . oriente os integrantes de suas Comissões de Licitação para que examinem detalhadamente as propostas dos licitantes habilitados, **classificando tão-somente as propostas que apresentem a correta incidência das alíquotas de tributos e dos encargos sociais;** (Processo: 006.691/2004-8)

Conforme edital, as situações que ensejam a desclassificação das propostas estão determinadas no item 4.8.1 e 4.8.2 do edital:

**4.8 - SERÁ DESCLASSIFICADA A PROPOSTA QUE:**

- 4.8.1 - Contiver vícios ou ilegalidades, for omissa ou apresentar irregularidades ou defeitos capazes de dificultar o julgamento;
- 4.8.2 - Estiver em desacordo com qualquer das exigências do presente Edital, em especial ao seu item 4;



Por todo o exposto, conclui-se que a Administração Pública, no curso do processo de licitação, não pode se afastar das regras por ela mesma estabelecidas no instrumento convocatório, pois, para garantir segurança e estabilidade às relações jurídicas decorrentes do certame licitatório, bem como para se assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, é necessário observar estritamente as disposições constantes do edital ou instrumento congêneres.

Este entendimento se encontra consolidado em recente jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que se manifestou através de seu Relator, Min. André Luiz Carvalho, no Acórdão nº 550/2011 - TC U - Plenário:

12. Desse modo, ainda que aparentemente mais vantajosa à Administração, a proposta que não guardar consonância com o edital deverá ser desclassificada em atenção ao disposto no art. 48, inciso I, da Lei nº 8.666, de 1993, por meio de decisão motivada, registrada em ata. (...)

13. Nessa linha, a teor do disposto no art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993, deve ser verificada a adequação das propostas às exigências fixadas no instrumento convocatório, guardando-se observância ao princípio da vinculação ao edital, previsto nos arts. 3 - e 41 da mencionada lei, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis com os requisitos do edital ou com os preços de mercado fv. Acórdão 1.438/2004-2s Câmara). (...)

16. Ressalto, por fim, que, em julgados desta Corte, a inobservância a dispositivos do edital, incluindo-se a obrigatoriedade de apresentação da composição de todos os custos unitários, tem, por vezes, levado à imposição de penalidade aos membros da CPL e a gestores que não promovem a desclassificação das propostas desconformes com o instrumento convocatório, em desacordo com o art. 41 da Lei de Licitações (v.g. Acórdãos 1.291/2007-Plenário e 1.060/2009-Plenário). (Grifamos)

Portanto, diante do exposto, firma-se o entendimento de que o presente recurso no que se refere a esse aspecto não merece prosperar, tomado o devido reconhecimento das divergências de alíquotas no BDI com o projeto básico, sob pena da quebra do princípio da legalidade, isonomia, e vinculação ao edital.

## 5.2 DAS ALEGAÇÕES QUANTO A EMPRESA RSM CONSTRUÇÕES

Inicialmente, vale destacar que que 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. (STF, Súmula nº 473, Sessão Plenária de 03.12.1969)





A Súmula 473/STF, decorrente do princípio da legalidade, uma das mais conhecidas súmulas do Diretoria Administrativo, reforça o poder de autotutela administrativa, segundo o qual a Administração pode agir de ofício sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário, para rever seus atos de ofício.



Segundo Odete Medauar, em virtude do princípio da autotutela administrativa:

**"A administração deve zelar pela legalidade de seus atos e condutas e pela adequação dos mesmos ao interesse público. Se a Administração verificar que atos e medidas contêm ilegalidades, poderá anulá-los por si própria; se concluir no sentido da inoportunidade e inconveniência, poderá revogá-los"** (Medauar, 2008, p. 130)."

Em complemento, há o dever da administração em observar o princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, conforme se verifica no caput do Art. 41 da Lei nº 8.666/93: "Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada."

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos princípios da igualdade, impessoalidade, publicidade, moralidade e probidade administrativa, preceitua que o julgamento das propostas seja o mais objetivo possível, nos exatos termos das regras previamente estipuladas. Isso sem contar a necessidade de perpetuação de tal vinculação durante toda a execução do contrato.

O que se almeja, segundo o ilustre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello é "impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora" (Celso Antônio, 1998, p. 338).

Posto isso, sobre a questão do PIS/COFINS, a apuração destes tributos, para fins federais, pode ser feita de três formas: lucro real (art. 14 da Lei Federal nº 9.718/1998), lucro presumido (art. 13 da Lei Federal nº 9.718/1998) e Simples Nacional (opção exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte).

No caso do lucro real e do lucro presumido, o enquadramento da empresa em uma dessas formas de tributação interfere na forma de cálculo da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Com efeito, para as empresas que adotam o lucro presumido o PIS e a COFINS deverão ser apurados pelo regime cumulativo dessas contribuições, no qual a alíquota total é de 3,65% (três vírgula sessenta e cinco por cento) sobre o valor da receita bruta auferida pela empresa no período de apuração, não havendo direito ao abatimento de créditos

De acordo com a Instrução Normativa RFB N° 1234/2012:

Art. 3°. [...] § 4° Os valores da COFINS e da Contribuição para o PIS/Pasep a serem retidos serão determinados, aplicando-se, sobre o montante a ser pago, respectivamente as alíquotas de 3% (três por cento) e 0,65% (sessenta e cinco



centésimos por cento), exceto nas situações especificadas no art. 5º; no § 2º do art. 19; no parágrafo Único do art. 20; nos § 1º e § 2º do art. 21 e no § 2º do art. 22. § 5º As alíquotas de que trata o § 4º aplicam-se, inclusive, nas hipóteses em que as receitas decorrentes do fornecimento de bens ou da prestação de serviço estejam sujeitas ao regime de apuração da não cumulatividade da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep ou à tributação a alíquotas diferenciadas. [ . . ]



No tocante às empresas enquadradas no lucro real essas deverão calcular à PIS e a COFINS pelo regime não cumulativo, sendo a alíquota total de 9,25% (nove vírgula vinte e cinco por cento) sobre o faturamento mensal. Para minimizar tal acréscimo, no cálculo das contribuições é permitida a dedução de despesas relacionadas à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora, nos termos das Leis Federais nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003. Senão vejamos:

Lei Federal nº 10.833/2003 Art. 2º. Para determinação do valor da COFINS aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento). [...] Art. 3º. Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a: I bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos: a) no inciso 111 do § 3º do art. 1º desta Lei; e b) no § 1º do art. 2º desta Lei; c) nos §§ 1º e 1º-A do art. 2º desta Lei; II -- bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços [...]

Lei Federal nº 10.637/2002 Art. 2º. Para determinação do valor da contribuição para o PIS/Pasep aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento). [...] Art. 3º. Do valor apurado na forma do art.: 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a: 1- bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos: a) no inciso III do § 3º do art. 1º desta Lei; e b) nos § 1º e 1º-A do art. 2º desta Lei; 11 - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços [...]

Como se verifica, a submissão da empresa à tributação do lucro real confere o direito ao crédito do PIS/PASEP e COFINS embutidos no preço de matérias-primas e alguns outros insumos. Ou seja, a não cumulatividade no recolhimento do PIS e COFINS permite às empresas o abatimento de determinadas despesas e encargos da pessoa jurídica. Por conseguinte, a alíquota a ser devida efetivamente pela empresa submetida a não cumulatividade do PIS E COFINS (lucro real) pode ser inferior à alíquota prevista, que é de 1,65% e 7,60%, respectivamente, dependendo da estrutura operacional da empresa e do objeto contratado.

Especificamente em relação ao processo licitatório em análise, a cotação referente aos tributos apresentada pela empresa vencedora se encontra em conformidade legal, visto que de fato, a empresa não é optante pelo Simples Nacional. Vejamos:



Data da consulta: 04/12/2023 10:38:37

Identificação do Contribuinte - CNPJ Matr

CNPJ: 33.159.524/0001-89

A opção pelo Simples Nacional e/ou SIMEI abrange todos os estabelecimentos da empresa

Nome Empresarial: R S M PESSOA LTDA

Situação Atual

Situação no Simples Nacional: **NÃO optante pelo Simples Nacional**

Situação no SIMEI: **NÃO enquadrado no SIMEI**

Portanto, no que tange a essa questão, a empresa não poderia ter sido inabilitada sob essas alegações. Além disso, outra justificativa para sua inabilitação é referente a composições de preços referentes aos itens que compõem o orçamento. Essa regra refere-se à necessidade de a Administração proceder à decomposição dos custos que incidem sobre a execução do objeto a ser contratado, o que ocorre com o preenchimento adequado da planilha de preços e custos unitários.

O estabelecimento de parâmetros claros e objetivos de julgamento, que apresentem aos licitantes toda a composição do objeto, é rotina no regime da Lei nº 8.666/1993 (art. 7º, § 2º, inc. II) e no da Lei nº 13.303/2016 (art. 34). Tanto uma quanto a outra estabelecem a necessidade de decompor o objeto em itens unitários em uma planilha que espelhe a totalidade a partir de seus itens de insumos ou serviços.

O Tribunal de Contas da União (TCU), ao indicar a necessidade de apresentação de planilha "sempre que possível", parece já ter reconhecido que algumas circunstâncias não admitem a identificação de custos unitários incidentes na execução de determinados objetos, vejamos:

*9.4.1. elaborar orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e de preços unitários quando do lançamento das licitações, a fim de balizar o julgamento das propostas com os preços vigentes no mercado e de possibilitar a seleção da proposta mais vantajosa, de acordo com o art. 2º do Regulamento de Licitações da entidade, somente dispensando-a, motivadamente, naquelas contratações em que a natureza do seu objeto torne inviável ou desnecessário tal detalhamento; (TCU, Acórdão nº 1.750/2014, Plenário.)*



Assim, a regra geral impõe à Administração o dever de detalhar, com o maior grau possível, a composição dos serviços que contratará junto a particulares, descrevendo seus componentes e insumos unitários e, a partir deles, definir proporcionalmente o valor total do encargo.

Dessa forma, verificamos que a licitante apresentou todas as composições de preços referente aos itens que compõem o orçamento, cumprindo integralmente o subitem 4.2.2.1 do referido edital, fato pelo qual não pode ser declarada inabilitada em razão disso.

Portanto, diante do exposto firma-se o entendimento de que a empresa RSM CONSTRUÇÕES LTDA inscrita no CNPJ: 33.159.524/0001-89 deve ser declarada habilitada, sob pena da quebra dos princípios da vinculação ao edital, julgamento objetivo, legalidade e busca da proposta mais vantajosa.



## 5.2. DA DECISÃO

Pelo exposto, decidimos **CONHECER** o Recurso interposto, pela licitante **EMPRESA FJ2 CONSTRUGOES EIRELI**, inscrita no CNPJ nº 20.138.377/0001-19, amplamente qualificada no processo licitatório em epígrafe, para no **MÉRITO**, julgar-lhe tempestivos e **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, mantendo a decisão que inabilitou a recorrente e reformando a decisão que inabilitou a empresa RSM CONSTRUÇÕES, inscrita no CNPJ: 33.159.524/0001-89, tornando-a habilitada, para vossas manifestações de reconsideração ou ratificação da decisão.

Encaminhar os autos à CPL para prosseguimento da contratação.

Coreaú, 06 de dezembro de 2023.

  
\_\_\_\_\_  
**ANTÔNIO MANOEL FREIRE FERNANDES**

Ordenador de Despesas da Secretaria de Infraestrutura e Desenvolvimento Urbano

