

RESPOSTA AO RECURSO ADMINISTRATIVO

FL _____

CERTAME: CONCORRÊNCIA ELETRÔNICA Nº 101101/2024

OBJETO: REFORMA, RESTAURAÇÃO E ADEQUAÇÃO PREDIAL DA ANTIGA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DESTINADA AO FUNCIONAMENTO DE NOVA UNIDADE ESCOLAR DE ENSINO FUNDAMENTAL DO MUNICÍPIO DE COREAÚ/CE.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de recurso interposto pela empresa **MOREIRA MESQUITA ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA**, inscrita no CNPJ sob o nº **21.691.178/0001-04**.

DO RECURSO ADMINISTRATIVO

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;

Ademais, assim dispõe a Lei nº 14.133/2021:

Art. 165. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face de:

(...)

b) julgamento das propostas;

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.

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.

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 apontar 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 exercer 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).

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

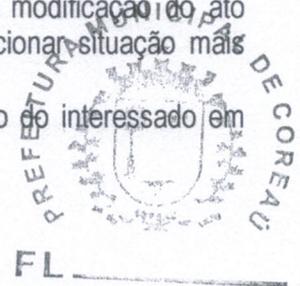
Sucumbência: somente aquele que não logrou êxito em habilitar-se no certame é que atende a esse pressuposto;

Tempestividade: a apresentação do recurso deve se dar no prazo previsto no Edital;

Legitimidade: esse pressuposto só existe quando a parte que interpuser o recurso for a parte sucumbente;

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 vir o condão de proporcionar situação mais vantajosa do que aquela que está sendo questionada;

Motivação: exposição objetiva do conteúdo da irrisignação do interessado em relação ao ato decisório.



3. DA ANÁLISE DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Após essa breve explanação, passa-se a análise dos pressupostos de admissibilidade do recurso em tela:

Da Legitimidade/sucumbência: Atendido, uma vez que o interessado participou do certame;

Da Competência: Atendido, vez que foi observado o endereçamento para autoridade condutora do certame;

Do Interesse: Atendido, posto que o ato decisório - Habilitação - prejudicou sua posição no certame, haja vista que os recorrentes participaram do certame;

Da Motivação: Atendido, haja vista que o conteúdo da petição tem relação com o ato decisório;

Da Tempestividade: Atendido, vez que o pedido foi apresentado tempestivamente, nos termos legais.

4. DA ANÁLISE DO RECURSO

4.1. PRELIMINARMENTE

É sabido que a finalidade principal de um certame licitatório é a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, evitando uma contratação irregular e temerária, propensa a causar prejuízo ao erário. Esse certame é fundamentado na Lei 14.133/2021 e legislação correlata, que trazem em seu bojo uma relação de documentos que o Administrador Público exige do licitante proponente quando da efetiva participação no certame, evitando assim uma contratação frustrada.

Para tanto, a lei determina que o licitante demonstre à Administração Pública, através da prova documental, a sua habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômica- financeira e a regularidade fiscal. Obedecendo estes, a contratação encontra-se coberta de legalidade, estando a administração pública ciente das condições do futuro contratado.

Portanto, ao decidir participar do certame, as recorrentes já estavam cientes das suas condições e exigências.

4.2. DO MÉRITO:

Inicialmente, asseguramos o cumprimento aos princípios que regem as contratações públicas pátrias, descritos no artigo 5º da Lei nº 14.1333/2021, como segue:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

No âmbito do Processo Licitatório, um dos princípios primordiais é o da Vinculação ao Edital, a partir do cumprimento dele, temos o cumprimento reflexo dos demais princípios basilares da Administração Pública.

Todos os dispositivos da lei de licitações ou regulamentação de um específico processo licitatório devem ser interpretados à luz do princípio da isonomia.

Assim é obrigação da administração pública, não somente buscar a proposta mais vantajosa, mas também demonstrar que concedeu a todos os concorrentes aptos a mesma oportunidade.

Por outro lado, o princípio da vinculação ao edital deve ser mantido, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas.

Hodiernamente, pode-se destacar, que em decorrência dos incentivos fiscais e de acesso aos mercados das aquisições públicas concedidos pela Lei Complementar 123/06, vem crescendo a cada dia a participação das Microempresas – ME, Empresas de Pequeno Porte – EPP e Microempreendedores Individuais – MEI nas contratações públicas.

Além da possibilidade de optar pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, denominado **Simples Nacional**, que implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, de diversos impostos e contribuições e dispensa do pagamento de algumas contribuições instituídas pela União, inclusive as contribuições para as entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical e demais entidades de serviço social autônomo (como SESC, SESI, SENAI, SENAC e SEBRAE, por exemplo), as ME, EPP e MEI ainda contam com outros tratamentos diferenciados, que facilitam seu acesso às contratações públicas.

Entende-se que as empresas optantes pelo Simples Nacional devem apresentar os percentuais de PIS, CONFIS E ISS, discriminados na composição do BID, **COMPATÍVEIS COM AS ALÍQUOTAS QUE ESTÃO OBRIGADOS A RECOLHER**, conforme previsto no anexo IV da Lei Complementar 123 de 2006.

Tendo em vista isso, a empresa apresentou percentuais de suas alíquotas incompatíveis com o que é obrigada a recolher, alíquotas de PIS e COFINS certamente superiores ao que recolhe. Esta RECORRENTE também se enquadra no Simples e tem pleno conhecimento sobre tais percentuais e impostos recolhidos.

A taxa de BDI e encargos sociais utilizados na formação do orçamento estimativo é referencial. Cabem as licitantes elaborarem suas propostas de acordo com a realidade tributária de cada empresa, não sendo obrigadas a seguir à risca os elementos variáveis do projeto básico (orçamento). No entanto, cabe a Comissão Especial de Licitação apreciar o texto do edital, vinculando-se aos seus ditames, bem como se valer de institutos legais para atingir o objeto da proposta mais vantajosa.

A Lei Complementar nº 123 de 2006, traz o seguinte texto em seu artigo 13 e § 3º :

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

- I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;
- II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;
- III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;
- IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

V - Contribuição para o PIS/Pasep, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;
VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o [art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991](#), exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;
VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;
VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

§ 3º As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam dispensadas do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, inclusive as contribuições para as entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, de que trata o [art. 240 da Constituição Federal](#), e demais entidades de serviço social autônomo.

Desse modo fica evidente a falha da empresa licitante nesse quesito, pois apresentou percentuais dos quais, por lei, estão dispensadas do pagamento, tornando totalmente inviável a sua adequação nesse processo licitatório, pois feriu preceitos legais e normas trazidos no edital convocatório.

Neste diapasão, urge trazer à baila o entendimento exarado do egrégio Tribunal de Contas da União:

9.2.2.4. adote as medidas necessárias ao ressarcimento do percentual de PIS, ISS e Cofins discriminados na planilha de composição do BDI em alíquotas eventualmente superiores às quais a contratada está obrigada a recolher, em face de ser optante do Simples Nacional, bem como ao ressarcimento dos encargos sociais referentes ao Sesi, Senai e Sebrae, dos quais a empresa está dispensada do pagamento, conforme previsto no art. 13, § 3º, da LC nº 123/2006 e que foram acrescidos indevidamente na planilha de composição de encargos sociais; (Acórdão 3.037/2009 – TCU Plenário). G.N.

A Administração e as licitantes ficam restritas ao que lhes é solicitado ou permitido no Edital, quanto ao procedimento, à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Todos os atos decorrentes do procedimento licitatório, por óbvio, vincular-se-ão ao contrato.

Nesse contexto, vale destacar alguns trechos trazidos no edital convocatório:

7.7. Será desclassificada a proposta vencedora que:

7.7.1. contiver vícios insanáveis;

7.7.2. não obedecer às especificações técnicas contidas no Termo de Referência;

7.7.3. apresentar preços inexequíveis ou permanecerem acima do preço máximo definido para a contratação;

7.7.4. não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração;

7.7.5. apresentar desconformidade com quaisquer outras exigências deste Edital ou seus anexos, desde que insanável. e já apresentados.

[...]

7.11. Erros no preenchimento da planilha não constituem motivo para a desclassificação da proposta. A planilha poderá ser ajustada pelo fornecedor, no prazo indicado pelo sistema, desde que não haja majoração do preço;

7.11.1. O ajuste de que trata este dispositivo se limita a sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas;

Assim, a correção de planilha de composição de custos apresentados refere-se a erros que não majorem ou alterem substancialmente o conteúdo das propostas readequadas de acordo com o lance ofertado na sessão pública, sob pena de quebra dos princípios da vinculação ao edital e isonomia.

Outrossim, *in casu*, as alíquotas que compõe os benefícios e despesas indiretas – BDI, bem como a composição dos encargos sociais, devem refletir a realidade tributária de cada licitante, e que a possibilidade de correção da planilha resta prejudicada, uma vez que o recolhimento das empresas optante ao simples é **inferior** aos valores praticados pelas demais empresas, o que acarretaria em **majoração** de outros itens, a fim de manter o valor ofertado.

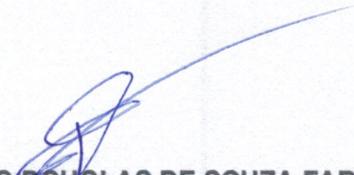
Desta forma, insta ressaltarmos que a empresa recorrida deixou de se atentar a fatos legais extremamente consideráveis, como a manifestação de alíquotas no BDI referente ao recolhimento de PIS e COFINS eventualmente superiores às quais a contratada está obrigada a recolher, em face de ser optante do Simples Nacional e a manifestação de percentuais na tabela de encargos sociais referentes ao SESI, SENAI e SEBRAE acrescidos/divergentes dos quais a empresa está legalmente dispensada do pagamento, descumprindo normas legais e editalícias, inviabilizando assim, a sua classificação.

5. DA DECISÃO

Pelo exposto, decidimos **CONHECER** os Recursos interpostos, pela licitante MOREIRA MESQUITA ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 21.691.178/0001-04, para no **MÉRITO** julgá-lhe tempestivos, porém **INPROCEDENTES**, ratificando a decisão do Agente de Contratação para manter a recorrente como DESCLASSIFICADA.

Retornem os autos ao Agente de Contratação para cumprimento e retorno dos atos referente à CONCORRÊNCIA supra.

Coreaú-CE, 23 de dezembro de 2024.



FRANCISCO DOUGLAS DE SOUZA FARIAS
ORDENADOR DE DESPESAS
SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO