P M G Folhas 1036 n.º

DELIBERAÇÃO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL QUANTO A PEDIDO EXTEMPORÂNEO DE DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA DE PREÇO

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 2852/2017
Modalidade: Tomada de Preço Nº 013/2017, Tipo: Menor Preço – Valor Global – Execução Indireta, por meio de empreitada GLOBAL.
Objeto: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO DO CENTRO DE ESPECIALIDADES ODONTOLÓGICAS – CEO III DE GURUPI-TO.

A empresa **NASA CONSTRUTORA - LTDA** encaminhou via e-mail, no dia **07/11/2017**, ofício nº 104/2017, onde expõe o que considera "erros" na planilha orçamentária integrante da proposta de preço ofertada pela empresa **JC ENGENHARIA LTDA – ME**, no âmbito da Tomada de Preços nº 013/2017 e, ao final, pugna pela sua desclassificação.

Instada a se manifestar a empresa **JC ENGENHARIA LTDA – ME** sustenta que o referido ofício não deve ser admitido em razão da sua **intempestividade**, portanto, não deve ser conhecido e analisado. Assevera que são totalmente improcedentes os argumentos da empresa **NASA CONSTRUTORA - LTDA** e requer que seja **mantida a classificação de sua proposta de preços**, dando-se o regular andamento à Tomada de Preços nº 013/2017.

Registre-se, por oportuno, que o **prazo recursal** com relação ao julgamento das propostas encerou-se no dia **11/10/2017**, portanto, as irresignações da requerente são, de fato, intempestivas e extemporâneas e, o seu inconformismo quanto à classificação da proposta de seu concorrente, a rigor, estaria **precluso**.

No entanto, em que pese o expediente da requerente não dispor dos pressupostos de admissibilidade recursal, **a sua apreciação deriva do exercício do direito de petição**, o que enseja a necessidade do devido conhecimento por parte da Administração, para que possa, com isso, revisar os atos então praticados, como ressalta MARÇAL JUSTEN FILHO:

> "Os pressupostos do recurso administrativo são apreciados com maior largueza do que se passa no Direito Processual. **Assim se impõe porque vigora, no Direito Administrativo, o poder-dever de a Administração revisar os próprios atos e de sanar, até mesmo de ofício, os defeitos encontrados. Por isso, o vício apontado em um recurso defeituoso pode (deve) ser decretado pela Administração mesmo quando o recurso não preencha os requisitos legais**. O recurso defeituoso pode ser apreciado como mero **exercício do direito de petição**. (Comentário À Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ed. Dialética, 14ª edição, pág. 923) (grifos nosso).

PMG Folhas n.º 2037

Deste modo, no intuito de **revisar** o julgamento da proposta apresentada pela empresa **JC ENGENHARIA LTDA – ME**, passamos a conhecer os vícios apontados pela **NASA CONSTRUTORA – LTDA**, como segue adiante.

Dispõe a requerente que a proposta que restou vencedora, diga-se, única proposta válida e remanescente após o término da fase recursal, contém vícios na planilha orçamentária, pois apresenta preços **sem desoneração**, contrariando a planilha estimativa da Administração, que tem preços desonerados.

Sustenta a requerente que os preços orçados pela Administração apresentam BDI desonerado, enquanto os preços da planilha orçamentária constante da proposta formulada pela empresa **JC ENGENHARIA LTDA – ME** derivam de **BDI sem desoneração**, o que diz ser prejudicial, uma vez que os preços obtidos sem a desoneração deveriam ser 4,5% superiores àqueles produzidos com a desoneração, em função dos encargos sociais.

Alega que os preços ofertados na proposta da empresa **JC ENGENHARIA LTDA – ME** seriam **incompatíveis** com os valores estimados pela Administração, haja vista, que sem a desoneração tributária, deveria haver um acréscimo de 4,5%, com relação aos valores praticados com a desoneração.

Alega a requerente que deveria ser aplicado o BDI desonerado, conforme o BDI estimativo da Administração. Dispõe que a proposta da empresa **JC ENGENHARIA LTDA – ME** deveria sofrer um acréscimo que elevariam os seus preços, razão pela qual não atendeu, adequadamente, o disposto no item 13 do Edital, devendo ser desclassificada.

Alega ainda a requerente, que os valores de referência dos tributos PIS e COFINS apresentados no BDI da empresa **JC ENGENHARIA LTDA – ME** estão em desacordo com ao mínimo estipulado na legislação vigente, devendo ser 0,65% e 3,00% respectivamente.

Por sua vez, a empresa **JC ENGENHARIA LTDA – ME,** ao exercer o contraditório, afirma, em sua manifestação, que a apresentação de sua planilha com preços sem desoneração leva em conta o disposto na Lei nº 12.844/2013, com alterações promovidas pela Lei nº 13.161/2015 e, justamente, por ter optado pela não desoneração o seu BDI ficou em **22,38%**, ou seja, compatível com o estimado pela Administração (28,82%).

Alega que o BDI sem desoneração "deixa de pagar o tributo de 4,5% sobre receita bruta e passa a pagar 20% de INSS sobre a folha de pagamento", razão pela qual o cálculo dos encargos sociais é variável e, com isso, depende da opção feita pela licitante. Contudo, afirma que a viabilidade de tal opção **depende do regime tributário adotado pela empresa,** mediante "estudo detalhado de lucratividade" e, que o fato do BDI ser elaborado sem desoneração, não implica dizer, por consequência, que haverá prejuízo para a Administração Pública, com preços superiores aos estimados.

PMG Folhas nº 1038

Dispõe a **JC ENGENHARIA LTDA – ME** que os preços podem variar conforme o **enquadramento tributário da empresa**, assim, sustenta que mesmo com uma maior carga tributária, na hipótese de BDI sem desoneração, os preços por ela praticados são compatíveis com os valores estimados da Administração, **em especial porque o aumento dos encargos sociais foi absorvido no próprio lucro da proponente**.

No que tange à suposta divergência nas alíquotas PIS e COFINS, a empresa **JC ENGENHARIA LTDA – ME** assevera que é optante pelo SIMPLES NACIONAL – conforme documentos apresentados com a proposta – e, por tal razão, as alíquotas que lhe são aplicáveis são aquelas previstas no Anexo IV da Lei Complementar nº 123/2006.

Verifica-se que o cerne da questão diz respeito à divergência entre o BDI proposto pela Administração (com desoneração) e aquele oriundo da proposta da empresa **JC ENGENHARIA LTDA – ME** (sem desoneração). Aliás, reitere-se, única proposta classificada no certame até então. Mesmo porque, o ato convocatório da licitação **não estabelece** qualquer obrigatoriedade na adoção do BDI desonerado ou sem desoneração, apenas dispõe que a proposta deve conter o BDI, com a especificação das despesas indiretas e o lucro.

Como é de sabença, a planilha orçamentária elaborada pela Administração é meramente **estimativa**, conforme estabelece o art. 7º, §2º, II, da Lei 8.666/93. Por sua vez, o BDI nela empregado se destina a viabilizar tal estimativa, consignando **os custos das despesas indiretas e o lucro a ser obtido**. Assim esclarece CLÁUDIO SARIAN ALTOUNIAN:

> "(...) **o BDI corresponde ao valor das despesas/custos indiretos e do lucro da empresa, sendo expressamente utilizado em forma de percentual, fornecendo ao ser aplicado aos custos diretos, o preço final da obra.**" (ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. Obras Públicas. Editora Fórum. São Paulo: 2007.)

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência do TCU – Tribunal de Contas da União:

> "A taxa de **Benefício e Despesas Indiretas (BDI)** – também denominada taxa de Lucro e Despesas Indiretas (LDI) – **é formada por despesas indiretas e o lucro**" (Acórdão TCU 2369/11-P).

> "O BDI, de acordo com a definição consagrada na literatura especializada e com o art. 2º, inciso, do Decreto 7.983/2013, **apresenta-se por meio de percentual a ser aplicado sobre os custos diretos e por finalidade mensurar as parcelas do preço da obra que incidem indiretamente na execução do objeto e que não são possíveis de serem individualizadas ou quantificadas na planilha de custos, tais como: a) custos indiretos; b) remuneração ou lucro; e c) tributos incidentes sobre o faturamento**. Os custos diretos compreendem os componentes de preço que podem ser devidamente identificados, quantificados e mensurados na planilha orçamentária da obra". (Acórdão TCU 2622/13-P)

PMG n.º Folhas 1039

Entretanto, a depender do regime tributário empregado pela licitante no que diz respeito à folha de pagamento (mão de obra), existem **duas formas** de calcular o BDI e, do mesmo modo, orçar os custos da obra, com ou sem desoneração dos encargos sociais.

Isso porque a **desoneração da folha de pagamento** foi instituída, de forma obrigatória, inicialmente, pela Lei nº 12.546/2011, e consiste na substituição da incidência da contribuição previdenciária patronal sobre folha de salários pela incidência sobre o faturamento.

A Lei 12.844/2013, dentre outras disposições, retomou o regime de desoneração da folha de salários **para o setor de construção** e, por último, a Lei 13.161/2015 estabeleceu a desoneração de **forma facultativa**, pois o contribuinte pode escolher qual forma de tributar a folha é mais em conta, se pela forma tradicional (contribuição sobre a folha de pagamento) ou se pela forma desonerada (contribuição sobre a receita bruta).

Portanto, com o BDI desonerado aplica-se a contribuição previdenciária sobre a Receita Bruta do contribuinte, já o BDI sem desoneração tem como base de cálculo a contribuição previdenciária patronal de 20% sobre a folha de salários.

No caso em comento, a Administração utilizou o BDI **desonerado** para compor os custos da Planilha Orçamentária, a qual consagra o valor estimado da obra. Deste modo, estaria obrigado o licitante a utilizar – de forma vinculada – tal regime em sua proposta?

A resposta é negativa. Se o licitante dispõe da **faculdade legal** consagrada pela Lei 13.161/2015, de optar pelo recolhimento previdenciário da forma que melhor lhe provier, levando em considerações fatores subjetivos e pessoais com o faturamento, quantidade de funcionários e etc, não pode a Administração impor-lhe determinada forma de contribuição previdenciária em sua proposta, sob pena de negar vigência à referida lei.

Qualquer ingerência da Administração Pública no sentido de subjugar a faculdade das empresas de construção civil de tributar as contribuições previdenciárias, seja mediante a opção pela incidência sobre o faturamento ou por meio da opção da contribuição patronal incidente sobre a folha de pagamento, **atenta contra o princípio da Livre Iniciativa**, ou **livre exercício da atividade econômica**.

A respeito do livre exercício da atividade econômica, salienta EROS ROBERTO GRAU:

> "Inúmeros são os sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, **enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência.** A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter

Folhas 1040
P M G n.º

equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): **a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado - liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei - liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal - liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência - liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública** (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003)

Na concepção de CELSO RIBEIRO BASTOS, a livre iniciativa é:

"**uma manifestação dos direitos fundamentais** e no rol daqueles devia estar incluída. De fato o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. **Equivale ao direito de todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa**" (Comentários à Constituição do Brasil", *vol. 7, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 16)*

Até porque, a Lei 12.529/2011 que, dentre outras deliberações, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, preceitua:

"Art. 36. **Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados**:

I - **limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa**;" (grifos nossos)

Nesse diapasão, não pode a Administração fazer ingerências sobre a faculdade tributária de que dispõe o licitante para atuar no mercado, portanto, os preços ofertados em sede de licitação devem derivar da **ampla liberdade** dos concorrentes em compor os seus custos, **conforme o regime tributário que lhe for mais favorável**.

Ademais, a adoção de determinado regime tributário quanto à desoneração ou não da folha de pagamento por parte de determinado licitante, não implica em qualquer violação ao princípio da competitividade, da moralidade e, sobretudo, violação **da isonomia entre os concorrentes**. Nesse sentido, é o Acórdão 480/15 Plenário, do Tribunal de Contas da União (TCU), veja-se:

"Voto: (...) 2. A representante, Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa do Agronegócio (Fundepag), alega, em síntese, que os atos de adjudicação do objeto

PMG Folhas 3041 n.º

(grupo 3 do edital) e homologação da licitação à sociedade empresária Beltis Comércio e Prestação de Serviços em Informática Ltda. **teriam violado os princípios da legalidade, isonomia e moralidade pelo fato de essa licitante ter-se valido, de forma indevida, do mecanismo de desoneração da folha de pagamentos, instituído pela Lei 12.546/2011 - substituição da contribuição patronal (20% sobre a folha de pagamentos) por uma contribuição sobre a receita bruta (1% ou 2%), denominada Contribuição Previdência sobre a Receita Bruta (CPRB).**

3. A tese objeto deste questionamento é a de que a Beltis **enquadrou - se como beneficiária do regime de desoneração da folha de pagamentos na condição de empresa do ramo de TI** (Tecnologia da Informação), em atenção ao art. 14 da Lei 11.774/2008 – mencionado no art. 7º, inciso I, da Lei 12.546/2011-, que estabelece, em seu §4º, rol taxativo dos serviços de TI e de TIC (Tecnologia da Informação e Comunicação), **e, portanto, não poderia se utilizar desse regime em licitação cujo objeto é incompatível com os serviços listados pela lei, por caracterizar vantagem indevida em descompasso com o princípio da isonomia**. (...)

5. A representação merece ser conhecida porquanto atendidos os requisitos aplicáveis à espécie.

6. **Quanto ao mérito, considero-a improcedente.**

8. **Também não vislumbro irregularidade em seu enquadramento no regime de desoneração da folha de pagamentos, tampouco como isso possa ter violado a isonomia na licitação"**. (grifos nossos).

Se não bastasse, quanto à definição do BDI, prevalece no âmbito do TCU o entendimento que é dado ao particular:

"**poder apresentar a taxa que melhor lhe convier, desde que o preço proposto para cada item da planilha e, por consequência o preço global, não estejam em limites superiores aos preços de referência.**" (Acórdão 2738/2015-Plenário)

Ora, no caso dos autos se o licitante vencedor formula sua proposta de preços com BDI sem desoneração da folha de pagamento onde, segundo a própria requerente, tal regime é mais **oneroso** que o sistema desonerado e, por conseguinte, ainda assim consegue propor preços **compatíveis** com os valores unitários e globais estimados pela Administração, conclui-se que **não há qualquer prejuízo à sua proposta ou ao certame**, não havendo que se falar em desclassificação.

No caso em exame, segundo o parecer da Equipe Técnica, tanto os valores unitários, como o valor global da proposta de preços formulada pela empresa **JC ENGENHARIA LTDA – ME** na Tomada de Preços nº 0013-17, encontram-se em **limite inferior** aos preços de referência disponibilizados pela Administração, não havendo qualquer irregularidade.

Como bem frisou a empresa **JC ENGENHARIA LTDA – ME,** decorre, exclusivamente, do participante, **a responsabilidade pelo preço formulado em sua proposta**. Consequentemente, se houver equivoco na sua elaboração, este é que deve arcar com os prejuízos decorrentes, tais prejuízos não se transferem para a Administração.

PMG Folhas 1042 n.º

Nessa linha prescreve o Edital, no item 13.6:

> "**13.6.** O preço global dos serviços, constante da proposta, **deverá englobar, além daquelas explicitadas neste Edital, todas as despesas com materiais, equipamentos, mão-de-obra, transporte, ferramentas, encargos sociais, previdenciários, fiscais, trabalhistas e comerciais, seguros, tributos incidentes, BDI e quaisquer outras despesas, diretas ou indiretas, geradas para a execução da obra/serviços especificada neste Edital.**" (grifos nossos)

Com efeito, a Administração Pública não pode fazer ingerência sobre os preços dos particulares, tendo os licitantes **liberdade de cotar os valores de acordo as normas tributárias que lhes são incidentes e as possibilidades de cada qual**, à vista de suas estruturas físicas e econômicas.

Portanto, a adoção de BDI divergente daquele estimado pela Administração, por si só, **não autoriza desclassificar a proposta**, se compatíveis os preços propostos com os valores unitários e globais estimados.

Até porque, não há como exigir-se uma padronização de custos para todos os licitantes, desprezando-se as singularidades de cada um, as quais podem influenciar na elaboração de seus preços, sobretudo no aspecto tributário, cabendo a cada qual exprimir em sua proposta de preços a correta tributação a qual se encontra vinculado.

Embora a Administração Pública deva elaborar a planilha orçamentária, que serve de parâmetro para analisar a aceitabilidade das propostas apresentadas, **a mesma serve apenas como referência**, desta maneira, impõe-se aos licitantes elaborá-la conforme sua **realidade tributária**.

Em especial, porque o ônus da apresentação de propostas e da formação de preço suficiente para cobertura de todos os custos para a execução do objeto é de exclusiva responsabilidade do proponente. Ou seja, os licitantes devem cotar todos os encargos, tributos, etc. nos percentuais que a legislação lhes faculta, considerando-se as especificidades de cada um, individualmente.

E, independentemente, do regime tributário optado pelo licitante deve prevalecer o critério de julgamento do **menor preço**, como dispõe o Acórdão 6013/2015 – 2ª Câmara do TCU, ao analisar caso semelhante:

> "39. Tendo em vista que o **critério de julgamento** do pregão **é o menor preço**, para que uma determinada empresa se sagre vencedora do pregão deverá ofertar a proposta de menor valor, **independentemente do regime de contribuição previdenciária em que se enquadre**". (grifos nossos)

Folhas 1043
P M G n.º

Nesse aspecto, portanto, são improcedentes os questionamentos.

No que se refere ao debate sobre as alíquotas do PIS e COFINS, observa-se que sendo a empresa **JC ENGENHARIA LTDA – ME** optante do SIMPLES NACIONAL, conforme se depreende dos documentos juntados à sua proposta (fls. 879/882), a mesma deverá ser tributada de acordo com o Anexo IV, da Lei Complementar nº 123/2006, conforme dispõe o art. 18, §5º-C, da referida norma.

Deste modo, considerando-se que a receita bruta acumulada da empresa **JC ENGENHARIA LTDA – ME**, referente aos 12 meses anteriores, estabeleceu-se em R$ 2.056.288,74, constatamos ser correta as alíquotas de 2,31% para COFINS e 0,42% para PIS, aplicáveis conforme previsto no Anexo IV – vigente – da Lei Complementar nº 123/2006.

Destarte, tem-se por **improcedentes** todos os questionamentos promovidos pela empresa **NASA CONSTRUTORA – LTDA,** encaminhados por meio do ofício nº 104/2017, restando mantida a classificação da proposta apresentada pela empresa **JC ENGENHARIA LTDA – ME** no âmbito da Tomada de Preços nº 013/2017.

Por oportuno, é submetido novamente o presente procedimento licitatório ao Senhor Secretário Municipal de Saúde, com as informações e decisões prestadas pela Comissão Permanente de Licitação – CPL, para que sofra o duplo grau de julgamento, com o seu "DE ACORDO", ou querendo, prolatar opinião própria.

Gurupi/TO, 01 de dezembro de 2017.

MEMBROS:

MARCELO ADRIANO STEFANELLO _____

RAIMUNDO FREIRE LEITE _____

LÚCIO LIRA BARROS _____

KELLY CRISTINA AIALA BESSA _____

YNARA DOURADO CABRAL
Presidente da CPL
Decreto nº 087/2017

ESTADO DO TOCANTINS
MUNICÍPIO DE GURUPI
PREFEITURA MUNICIPAL DE GURUPI
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

PREFEITURA GURUPI
A Capital da Amizade e da Prosperidade

Folhas 1044
P M G n.º

ACOLHO, APROVO E RATIFICO O JULGAMENTO DA CPL ACERCA DO QUESTIONAMENTO FORMULADO PELA LICITANTE NASA CONSTRUTORA - LTDA, NOS AUTOS DA TOMADA DE PREÇOS Nº 013/2017, POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 2852/2017

Por consequência, determino que seja dada imediata ciência aos interessados.

Seja, em seguida, dado o regular prosseguimento à licitação, com a expedição do Termo de Homologação.

Gurupi -TO, 01/12/2017

Vânio Rodrigues de Souza
Secretário Municipal de Saúde
Decreto Nº0895/2016