

922 X

Ilustríssimo Senhor

**PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE ("CMBH")
VEREADOR WELLINGTON MAGALHÃES**

Av. dos Andradas, nº 3100, SALA 106, Bairro Santa Efigênia
Belo Horizonte-MG, CEP 30260-070

Ref.: CONCORRÊNCIA Nº 3/2015

PROJEL ENGENHARIA ESPECIALIZADA LTDA., com sede na Rua Vinte e Seis de Abril, nº 96, Jardim Canhema, na Cidade de Diadema, CEP 09941-470, Estado de São Paulo, CNPJ nº 44.416.618/0001-02, por meio de seu representante legal infra-assinado, já qualificados nos autos do processo licitatório em referência, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, com fulcro no art. 109, II da Lei 8.666/93 e art. 5º, XXXIV, letra "a" da CF, ingressar com **REPRESENTAÇÃO PARA REVISÃO** face a decisão de Vossa Senhoria, conforme razões de fato e de direito abaixo transcritas.

I. OS FATOS

Trata-se de Representação contra ato equivocado eivado de ilegalidade praticado por Vossa Senhoria na qualidade de autoridade hierarquicamente superior, na condição de Presidente da Câmara Municipal de Belo Horizonte, na Concorrência objeto do edital nº 03/2015 conduzida pela Comissão Permanente de Licitações do órgão.

Conforme se verá adiante a ilegalidade constatada relaciona-se à desclassificação da proposta da Requerente, que de maneira inédita contraria parecer da Comissão Julgadora da Licitação

Recebido
Jéda Diniz 04/11/15
12:19.

923

que elegeu sua proposta como a melhor e que atendia a todos os critérios do edital.

Como Vossa Senhoria bem sabe, no dia 28/9/15 a Comissão de Licitação se reuniu para abertura das propostas comerciais e rubrica dos seus conteúdos. Conferidas as propostas, foram feitas correções de cálculos de valores de alguns licitantes, nos termos dos subitens 6.9 e 6.9.1 do edital, conforme constou em ata da seguinte forma (v. ata da sessão de abertura das propostas):

LICITANTE	VALOR TOTAL MENSAL (R\$)	OBSERVAÇÃO
ARTEBRILHO MULTISERVIÇOS LTDA.	5.963.265,24	-
ELITE SERVIÇOS LTDA.	5.977.693,20	Cálculos de sua proposta comercial conferidos e retificados, com a consequente correção do valor total mensal, nos termos dos subitens "6.9" e "6.9.1" do edital.
PLANEJAR TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS EIRELI	5.964.106,08	Cálculos de sua proposta comercial conferidos e retificados, com a consequente correção do valor total mensal, nos termos dos subitens "6.9" e "6.9.1" do edital.
PROJEL ENGENHARIA ESPECIALIZADA LTDA.	5.877.747,00	-

COMISSÃO LICITACIONAL DE BELO HORIZONTE
CAMPUS MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE
04/Nov/2015 09:47 001166 V03

- 924 Y

Ao final da sessão, foram as propostas comerciais classificadas conforme quadro abaixo:

ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO	LICITANTE	VALOR TOTAL MENSAL (R\$)
1º	PROJEL ENGENHARIA ESPECIALIZADA LTDA.	5.877.747,00
2º	ARTEBRILHO MULTISERVIÇOS LTDA.	5.963.265,24
3º	PLANEJAR TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS EIRELI	5.964.106,08
4º	ELITE SERVIÇOS LTDA.	5.977.693,20

Conforme consta da ata da sessão a Comissão de licitação apontou que a proposta classificada em primeiro lugar (da empresa Projel) *“encontra-se compatível com a estimativa de preços constante no processo”*.

Ressalta-se que as propostas das empresas ELITE SERVIÇOS e PLANEJAR foram recalculadas na própria sessão de abertura devido a imperfeições nos valores unitários apontados, e mesmo assim foram classificadas, utilizando-se a Comissão de Licitação dos critérios justos previamente definidos no edital.

Após essa sessão, as empresas ARTE BRILHO e PLANEJAR (2ª e 3ª colocadas) ingressaram com recurso administrativo contra a classificação da proposta da Requerente em 1º lugar. Ambas fizeram as mesmas alegações, e em resumo afirmaram o seguinte (vide recursos constantes dos autos em referência):

SECRETARIA MUNICIPAL DE BELHORIZONTE
RUA ... Nº ...

- que o direito de concorrer no referido certame em igualdade com a ora Requerente foi cerceado, vez que, na composição de sua proposta, a Projel teria adotado alíquota de ISS de 3%, valor inferior ao percentual disposto na Lei Municipal de Belo Horizonte nº 8.725/2013, a qual estabelece a alíquota de 5% para a natureza dos serviços que se quer contratar;
- a diferença de 2% considerada a menor na proposta da vencedora da licitação, se corrigida ao patamar de 5% tornaria sua proposta menos vantajosa ou então seria o caso de desclassificação total da proposta por suposta infringência às regras editalícias.

Por óbvio as informações dos recursos exprimem entendimento unilateral das recorrentes quanto à composição de custos tributários considerados pela empresa Projel no campo 7 de sua proposta comercial (v. proposta comercial da Projel)

Tempestivamente a empresa Projel apresentou sua impugnação a ambos os recursos, demonstrando claramente a improcedência dos mesmos e a incrível falácia na qual os mesmos se fundamentam, principalmente quanto à inexistência de infringência às regras editalícias na proposta e, na pior das hipóteses, como o próprio edital prevê, a existência de vício na composição dos custos tributários apresentados na proposta não desnatura a mesma e impõe ao licitante a obrigação de honrar o menor valor global conforme critério de julgamento adotado na licitação e observação no campo 7 da planilha de proposta (v. impugnação aos recursos administrativo).

Ao conhecer dos argumentos e contra-argumentos das partes, a Comissão de Licitação, muito bem respaldada pelas regras do edital, **deu seu parecer rechaçando os motivos dos recursos administrativos julgando-os improcedente** sob o seguinte enfoque os quais pedimos vênia para transferi-los em original (grifos nosso) (v. julgamento dos recursos administrativos pela Comissão de Licitação):

Passamos, agora, à análise das alegações.

7. Preliminarmente, sugere-se o conhecimento dos recursos e da impugnação, por constituírem direito inquestionável dos interessados, assegurado no art. 109, I, "a", e seu § 3º da Lei nº 8666/93, tendo sido observados os pressupostos legais.
8. Como verificado, a essência dos dois recursos é apenas uma, a composição dos gastos da empresa PROJEL para a execução do objeto, apresentada em sua proposta comercial.
9. Questionam, ainda, em suas fundamentações, que as previsões do edital quanto à responsabilidade da licitante na composição de seus preços e no cumprimento das obrigações legais na execução do objeto são insuficientes para sanar o problema questionado.

10. Contudo, assim como contraposto pela empresa impugnante, não podemos refutar o fato de que o critério de julgamento fixado no edital da Concorrência nº 03/2015 é o MENOR VALOR GLOBAL. E, se comparados os valores globais apresentados pelas quatro empresas habilitadas, todos são muito próximos, sendo de apenas 1,7% a variação entre o menor valor ofertado para o maior.

11. À administração não cabe questionar os valores fixados em cada item das propostas, se são suficientes ou não à execução do objeto, já que apenas as empresas conhecem suas especificidades no desenvolvimento de suas atividades, responsáveis que são perante todos os critérios legais que envolvem a atividade empresarial.

COMISSÃO LICITACIONAL DE SÃO VICENTE
17/05/2015 09:20:50

12. Assim, respaldada pelas regras do ato convocatório quanto ao critério de julgamento⁴, quanto à absorção de todos os custos pela proposta ofertada⁵, bem como pela verificada exequibilidade do MENOR VALOR GLOBAL, procedeu a Comissão Permanente de Licitação ao julgamento da fase de classificação, conforme publicação no DOM de 29/09/2015.
13. Não há qualquer fundamento ou efetiva comprovação de que a proposta vencedora não conseguirá honrar a execução do objeto, o que inviabiliza a alteração no julgamento feito.
14. Diante de todo o exposto, **DECIDE**, a Comissão Permanente de Licitação da Câmara Municipal de Belo Horizonte, **NEGAR PROVIMENTO À INTEGRAL** dos recursos e em consequência, **MANTER A CLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA PROJEL ENGENHARIA ESPECIALIZADA LTDA., bem como a decisão quanto ao julgamento final da Concorrência nº 03/2015.**

Percebe-se que fundamentada nas regras do edital, e de acordo com o art. 4º da Lei 8.666/93 que vincula tanto os licitantes quanto à própria Administração Pública, a própria Comissão de Licitação decidiu pela manutenção da proposta da Requerente em 1º lugar.

Ato contínuo, a fim de conhecer e ratificar a decisão da Comissão de Licitação, a mesma foi encaminhada ao Presidente da CMBH na qualidade de autoridade hierarquicamente superior, entretanto, Vossa Senhoria, embora reconheça-se esse poder, alterou o julgamento da Comissão de Licitação **com fundamentos cujo contexto de regras editalícias avocadas fogem e contrariam do núcleo da questão, a fim de beneficiar outra empresa, com proposta desvantajosa ao interesse público.**

Da mesma forma que anteriormente, pedimos vênua para transferir a síntese da decisão de Vossa Senhoria:

Como se pode verificar pelo cotejo desses comandos, todos explícitos até não mais poder, a íntegra dos encargos tributários incidentes sobre o serviço deverá ser considerado pela empresa proponente (item 6.5 do edital), sob pena de desclassificação (item 6.6 do edital); no que diz respeito aos encargos tributários, essa regra se mantém, sendo que eventual omissão, total ou parcial, deverá ser acompanhada da consideração da diferença correspondente na rubrica dos chamados "encargos contratuais" (itens 6 e 7 do Anexo VII).

Por fim, prescreve o edital que não se admitirá, também sob pena de desclassificação, qualquer vantagem não preceituada no edital (item 6.7 do edital).

Ora, no caso presente, a empresa **Projel Engenharia Especializada Ltda.** apresentou cotação parcial para os encargos tributários, algo que restou demonstrado cabalmente no recurso, inclusive com citação das leis pertinentes, algo que foi rebatido apenas superficialmente pela recorrida, que se limitou a dizer - sem nem ao menos esboçar argumento sólido em favor de sua afirmativa - que assumiu o risco de sua proposta, de que suporta o que cotou e de que sua realidade fiscal (não demonstrada e nem ao menos esboçada) seria compatível com o que propôs.

Ocorre que a questão editalícia não se estriba na capacidade ou não de eventual suporte, mas de que os encargos obrigatórios devem, necessariamente, estar considerados, na rubrica própria ou na rubrica geral dos "encargos contratuais", sendo vedada a oferta de vantagem não prevista no edital (aí incluindo, por óbvio, uma renúncia a determinada parcela a que se subordina por lei).

Conforme veremos abaixo, essa decisão encontra-se acometida de flagrantes arbitrariedades, nitidamente atentatórias a direito líquido e certo da Requerente, e que por si só é muito mais forte do que as razões elencadas no ato de Vossa Senhoria e merecem ser tratadas de maneira diversa e não relegadas em dissonância aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do tratamento isonômico, do julgamento objetivo e à adjudicação compulsória do melhor classificado, que devem ser conferidos às partes durante o certame.

II. DO DIREITO

Os fundamentos do ato praticado por Vossa Senhoria foram no sentido de que deve ser dado provimento aos recursos administrativos e desclassificada a proposta da Requerente, pois sua manutenção no certame

fere ao princípio da vinculação ao ato convocatório, **mais precisamente, aos itens 6 e 7 do Anexo VII (modelo de proposta) e itens 6.5, 6.6 do edital.**

Indo direto ao ponto, o ato de Vossa Senhoria menciona que *“a íntegra dos encargos tributários incidentes sobre o serviço deverá ser considerado pela empresa proponente (item 6.5 do edital), sob pena de desclassificação (item 6.6 do edital); no que diz respeito aos encargos tributários, essa regra se mantém, sendo que eventual omissão, total ou parcial, deverá ser acompanhada da consideração da diferença correspondente na rubrica dos chamados “encargos contratuais” (itens 6 e 7 do Anexo VII do edital)”*.

E continua: *“a questão editalícia não se estriba na capacidade ou não de eventual suporte, mas de que os encargos obrigatórios devem, necessariamente, estar considerados, na rubrica própria ou na rubrica geral dos “encargos contratuais”, sendo vedada a oferta de vantagem não prevista no edital (aí incluindo, por óbvio, uma renúncia a determinada parcela a que se subordina por lei)”*.

Partindo dessas premissas Vossa Senhoria montou suas razões para decidir que **“a empresa Projel Engenharia Especializada Ltda. apresentou cotação parcial para os encargos tributários, algo que restou demonstrado cabalmente no recurso, inclusive com citação das leis pertinentes, algo que foi rebatido apenas superficialmente pela recorrida, ...”**. (g.n.)

Com a devida vênia Senhor Presidente, não há fundamento nas razões utilizadas frente ao caso concreto.

Inicialmente, observa-se o seguinte: ainda que demonstrado pela Requerente na sua Impugnação aos recursos administrativos e **pela própria Comissão Julgadora no momento que julgou os mesmos**, percebe-se que as razões legais e editalícias que se postam a favor da proposta da Requerente foram totalmente esquecidas, ou seja, verifica-se que no ato de Vossa Senhoria a completa ausência do enfrentamento das disposições legais e editalícias que dão guarida à manutenção da melhor proposta, passando ao largo das mesmas visando apenas beneficiar a proposta da 2ª colocada.

Relevante lembrar que o certame se desenvolveu de maneira transparente, assegurando a todos os participantes o conhecimento prévio das especificações dos serviços e dos critérios para elaboração e julgamento das propostas.

Sem qualquer análise da **Lei Municipal nº 8.725/03, que dispõe sobre o ISSQN no município de Belo Horizonte**, e demais legislações afetas às questões tributárias individuais de cada licitante, o ato de Vossa Senhoria, de forma genérica, menciona que a Requerente apresentou proposta com "**cotação parcial para os encargos tributários**".

Ora, de onde se tirou essa hipótese?

Todos os encargos tributários que a Requerente entendeu devidos estão inclusos na sua proposta!

Vê-se nitidamente que Vossa Senhoria “embarcou” nos argumentos das empresas recorrentes Arte Brilho e Planejar, entretanto, nem os recursos administrativos e nem mesmo o ato de Vossa Senhoria fazem a mínima, nem mesma superficial, análise a respeito das alíquotas de ISS juntamente com a classificação fiscal que deve ser dada aos serviços que serão prestados, matriz de incidência, regras legais afetas à sede de cada estabelecimento prestador, benefícios fiscais etc, para poder concluir que a Requerente incluiu uma alíquota de ISS imprópria ou utilizou apenas parte dos encargos na composição dos custos tributários da sua proposta.

Sob esse contexto, a Requerente fez apontar como encargos tributários **o valor total de 12,25%** (item 7 do formulário de sua proposta) contra **o valor total de 14,25%** que teria sido considerado nas propostas das empresas recorrentes (como informam seus recursos administrativos).

O ato de Vossa Senhoria, não apresenta necessária fundamentação, partiu direto da premissa aventada pelos concorrentes da Requerente de que o suposto erro estaria na sua proposta, mas, ninguém analisou provável vício ou erro na classificação ou análise de todo conteúdo fiscal de todas as propostas ofertadas da licitação.

Ou seja, Vossa Senhoria não agiu com isonomia ao mandar desclassificar a proposta da Requerente e reclassificar as demais, pois, onde estão os fundamentos de que a proposta da Requerente adotou apenas parte dos custos tributários, **e ainda**, de que aquelas que restaram classificadas estão com a composição dos custos tributários corretos?

De qualquer forma Senhor Presidente, qualquer que tenha sido o erro na composição do custo tributário, seja da Requerente ou de qualquer outro licitante, o próprio edital, soberano em suas regras aplicadas indistintamente a todos, já prevê no campo do item 7 da proposta a sanção ESPECÍFICA para o caso de divergência de alíquotas, vejamos:

“Observação: a indicação de um percentual inferior ao exigível não implica a desobrigação da CONTRATADA pagar os encargos tributários tal como constam de lei. O valor correspondente ao que tiver sido desconsiderado ou considerado apenas parcialmente nesta quadricula "7" deverá ser considerado como encargo contratual. Não será aceita vindicação de pagamento de encargo tributário desconsiderado ou de aumento do percentual relativo a encargo considerado apenas parcialmente, salvo apenas quanto ao que vier a ser acrescido, por lei, após a contratação e no exato limite do que tiver sido majorado”.

Veja Sr. Presidente, da observação acima, sobressai que a única sanção não será a desclassificação da proposta, mas sim a obrigação do licitante manter a menor proposta e arcar com o eventual prejuízo de seu erro.

Ocorre que o ato de Vossa Senhoria aplicou à Requerente uma sanção totalmente contrária à observação acima ao encampar – indevidamente- a alegação das outras duas licitantes, ou seja, se o que imputa à Requerente é de que a mesma adotou um percentual inferior na alíquota de ISS no cálculo do custo tributário de sua proposta, cabe a ela honrar o menor preço e absorver suposto prejuízo através da parcela de seu

0933

lucro, não podendo transferir à Administração a responsabilidade pelo seu erro.

Face as regras do próprio edital duas conclusões já podem ser tiradas:

- a) a indicação de um percentual de alíquota inferior ao exigível na legislação não trará prejuízos ao fisco pois não desobriga a CONTRATADA de pagar os encargos tributários tal como constam de lei;
- b) durante o contrato não serão aceitas reivindicações para elevar o valor da proposta já que de antemão o edital já impõe que “não será aceita vindicação de pagamento de encargo tributário desconsiderado ou de aumento do percentual relativo a encargo considerado apenas parcialmente”.

Ato contínuo, dando sequência à análise das regras editalícias que derrubam os argumentos do ato de Vossa Senhoria, ressalta-se o teor do que está disposto no Anexo I, item 3.30 e 3.33 do edital:

3.30 - O valor da nota fiscal será calculado considerando-se apenas os componentes previstos no quadro de valores constante da minuta de proposta comercial, ou seja, o valor a ser pago a cada mês corresponderá à soma dos valores referentes a mão de obra, encargos sociais, auxílio/ticket/vale-alimentação/refeição, vale-transporte, administração, encargos contratuais e encargos tributários, conforme se segue:

[

SECRETARIA DE ECONOMIA DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE LICITAÇÃO E CONTRATAS
SECRETARIA DE LICITAÇÃO E CONTRATAS

3.33 - Será de responsabilidade exclusiva da CONTRATADA o pagamento, às suas expensas, de todos os encargos devidos em relação à prestação do serviço, inclusive os de caráter previdenciário, social, trabalhista, tributário e fiscal. A CMBH poderá, a qualquer tempo, exigir a comprovação do cumprimento de parte ou de todas essas obrigações, sob pena de aplicação das penalidades legais e contratuais pertinentes.

Os encargos tributários constantes da proposta comercial serão considerados no momento do faturamento dos serviços prestados, e ainda, é de responsabilidade exclusiva da futura contratada os encargos tributários e fiscais, de maneira que a incorreção de valores não enseja qualquer responsabilidade à contratante.

Colocando uma “pá de cal” aos argumentos utilizados para desclassificar a proposta da Requerente o item 3.34 do Anexo I do edital menciona o seguinte:

3.34 - A CMBH não apurará se os percentuais indicados na proposta comercial do licitante para os encargos sociais e tributários, bem como se o valor cotado para os encargos contratuais correspondem ou não ao que é exigido por lei, convenção, dissídio ou acordo coletivo, tendo em vista que tal informação é de inteira responsabilidade da empresa.

Ora, como o próprio edital aduz, não compete ao órgão licitante adentrar nos critérios tributários adotados por cada um dos licitantes, pois eles terão responsabilidade individual pelos tributos devidos de acordo com a legislação nacional e das respectivas sedes e local de prestação dos serviços, não cabendo ao órgão imiscuir-se das circunstâncias subjetivas adotadas por cada um dos licitantes em sua respectiva proposta, sob pena de tal atitude, daí sim, desvirtuar-se dos critérios de julgamento objetivos definidos pelo edital.

Isso se traduz em manifestação de autonomia empresarial insuscetível de disciplina externa.

Assim, não houve “manobra” ou “vantagem indevida” na proposta comercial da Requerente, mas, sim, uma oferta dentro dos parâmetros estabelecidos pelo edital e legislação tributária afeta à Requerente.

E mais: o critério de julgamento da licitação foi o menor preço global (item 7.1 do edital).

Ou seja, a Requerente assumiu todo o risco dos valores unitários que compuseram sua proposta comercial para formação da oferta de preço global, de maneira que fossem suficientes para buscar no mercado os profissionais solicitados pela Administração arcando com todos os ônus contratuais mínimos estabelecidos nas especificações técnicas e obtendo lucro, prestando um serviço eficiente e condizente com as obrigações que seriam assumidas no contrato, ou seja, qualquer encargo superior ao que está previsto é de total responsabilidade da Requerente.

Nessa linha, cumpre assinalarmos que o edital determinava a apresentação de proposta comercial conforme Anexo VII, e não continha no modelo formal apresentado a discriminação das várias alíquotas componentes do item 7.

Logo, incumbia a cada licitante não apenas formalizar a exposição de seus preços e acatar aqueles custos diretos e indiretos previamente determinados, mas também compor graficamente o percentual

- 1936

tributário como indicado no item 7 do Anexo VII, de acordo com as respectivas conclusões alcançadas após a análise fiscal individual que considerasse o local de sua sede, o local da prestação dos serviços, faturamento, perfil econômico específico, custos tributários diretos e indiretos que englobaria o valor total de sua proposta, portanto, variáveis que impõe a cada licitante um custo que pode ser diferente do outro.

No caso da Requerente o custo tributário estimado foi de 12,25% (= PIS = 1,65% + COFINS = 7,60% + ISS = 3,00%), com base na legislação fiscal federal e municipal de sua sede em Diadema-SP, que prevê uma alíquota de 3% para a natureza dos serviços que serão prestados¹, mas como Vossa Senhoria entendeu por bem encampar indevidamente os argumentos das licitantes ARTEBRILHO e PLANEJAR que reclamam por um valor maior (14,25%), se a proposta da Requerente estiver equivocada isso significou uma perda econômica a ela própria, exatamente como as regras editalícias já estabeleceram, cabendo somente à empresa Projel arcar com esse ônus, que aliás, sequer poderá ser vindicado durante a fase contratual (v. observação do item da planilha de proposta).

Nitidamente, o ato de Vossa Senhoria adotou um critério de julgamento além de contrário ao fixado pelo edital, subjetivo e de inegável desrespeito ao preceito constitucional que dá guarida - para ambas as partes contratantes - à manutenção da efetiva condição da proposta ao longo de toda a execução do contrato administrativo, constante do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

¹ Lei Complementar nº 189, de 20 de dezembro de 2003 com suas atualizações, disponível em http://www.cmdiadema.sp.gov.br/leis_integra.php?chave=10018903.

PROJEL 107/2015 09/40 00166 V16
REQUERENTE

Fato é que, a proposta da empresa Projel foi julgada pela Comissão de Licitação de acordo com as regras objetivas do edital, e não contraria ou desatende qualquer valor **ou critério previamente definido aceito por todos os licitantes**, e nesse contexto **o art. 43, V, da Lei 8.666/93** é claro ao estabelecer que:

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

...

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;”

Como a proposta da empresa Projel atende a todos os requisitos previamente estabelecidos no edital, tendo ela ofertado o menor preço global, a adjudicação ao contrato é um direito que lhe assiste sob pena de flagrante aviltamento **do art. 50 da Lei 8.666/93**, *verbis*:

“Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade”.

Para ilustrar melhor o tema, trazemos à baila **Decisão Plenária do TCU de nº 577/2001**, cujo Relator foi o Ministro Iram Saraiva e veio à tona questão diretamente relacionada ao tema aqui considerado, no qual um edital determinava que as planilhas de composição de custo tinham função meramente informativa. Um licitante impugnou esse

critério, sustentando que as planilhas tinham de ser consideradas como elemento essencial para o julgamento (disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Dec/20020308/GERA_DO_TC-24340.pdf - pesquisa feita em 2/11/15)

O órgão fiscalizado esclareceu que o critério de julgamento era o valor global das propostas. As planilhas destinavam-se a eliminar dúvidas em casos de controvérsia. Os órgãos técnicos do TCU respaldaram essa opção, destacando que eventual erro na planilha teria de ser assumido pelo licitante. Quando o erro elevasse o valor ofertado, o licitante teria uma proposta menos competitiva. Se o erro acarretasse a redução do valor, o licitante teria de arcar com as consequências. Esse entendimento foi acolhido pelo Plenário.

Sobre o mesmo assunto, decisões mais recentes do TCU não destoam do entendimento acima. O voto do Acórdão 4.621/2009 da 2ª Câmara é emblemático, inclusive, contendo exemplo aplicável à situação analisada, em que houve erro de preenchimento de planilha, cuja correção não acarretou aumento da proposta, uma vez que coberta por diminuição na margem de lucro da empresa, *verbis* (DOC. ANEXO - inteiro teor do acórdão 4.621/2009 TCU):

“Releva ainda saber o procedimento a ser adotado quando a Administração constata que há evidente equívoco em um ou mais dos itens indicados pelas licitantes.

Não penso que o procedimento seja simplesmente desclassificar o licitante. Penso sim que deva ser avaliado o impacto financeiro da ocorrência e verificar se a proposta, mesmo com a falha, continuaria a preencher os requisitos da

legislação que rege as licitações públicas - preços exequíveis e compatíveis com os de mercado.

Exemplifico. Digamos que no quesito férias legais, em evidente desacerto com as normas trabalhistas, uma licitante aponha o percentual de zero por cento. Entretanto, avaliando-se a margem de lucro da empresa, verifica-se que poderia haver uma diminuição dessa margem para cobrir os custos de férias e ainda garantir-se a exequibilidade da proposta.

Em tendo apresentado essa licitante o menor preço, parece-me que ofenderia os princípios da razoabilidade e da economicidade desclassificar a proposta mais vantajosa e exequível por um erro que, além de poder ser caracterizado como formal, também não prejudicou a análise do preço global de acordo com as normas pertinentes.

Afirmo que a falha pode ser considerada um erro formal porque a sua ocorrência não teria trazido nenhuma consequência prática sobre o andamento da licitação. **Primeiro, porque não se pode falar em qualquer benefício para a licitante, pois o que interessa tanto para ela quanto para a Administração é o preço global contratado.** Nesse sentido, bastaria observar que a licitante poderia ter preenchido corretamente o campo férias e de forma correspondente ter ajustado o lucro proposto de forma a se obter o mesmo valor global da proposta. **Segundo, porque o caráter instrumental da planilha de custos não foi prejudicado, pois a Administração pôde dela se utilizar para avaliar o preço proposto sob os vários aspectos legais.**

Em suma, penso que seria um formalismo exacerbado desclassificar uma empresa em tal situação, além de caracterizar a prática de ato antieconômico. Rememoro ainda que a obrigação da contratada em

pagar os devidos encargos trabalhistas advém da norma legal (art. 71 da Lei 8.666/93), pouco importando para tanto o indicado na planilha de custos anexa aos editais de licitação.

No mesmo sentido, o **Acórdão 2.371/2009-P** do TCU determinou a certa entidade que se abstivesse de considerar erros ou omissões no preenchimento da planilha de custos e formação de preços como critério de desclassificação de licitantes, por contrariar o artigo 3º da Lei 8.666/93 e a jurisprudência deste Tribunal (**Acórdãos 2.104/2004, 1.791/2006 e 1.179/2008, todos Plenário, e Acórdão 4.621/2009, da 2ª Câmara – todos disponíveis em www.tcu.gov.br**).

Ainda nesse contexto ressalta-se que NENHUMA EMPRESA LICITANTE impugnou o edital à vista de eventual subjetivismo no critério de julgamento, falha ou omissão na fórmula do item 7 do Anexo VII que deveria compor as propostas, entretanto, Vossa Senhoria inovou e criou motivos subjetivos para que a Comissão de Licitação se desvirtuasse das regras do edital a fim de beneficiar outros licitantes com propostas superiores àquela da Requerente. Isso é inadmissível!

Pior, Vossa Senhoria quis imiscuir-se nos critérios e encargos tributários da proposta da Requerente (e não fez isso para os demais licitantes) quando o próprio item 3.34 já informa que a “CMBH **não** apurará se os percentuais indicados na proposta comercial do licitante para os encargos sociais e tributários ... correspondem ou não ao que é exigido por lei ...”.

Dessa maneira, é exatamente por atender os critérios estipulados no edital, isto é, por obedecer **ao princípio da vinculação ao**

ato convocatório e o princípio da economicidade, que a douta comissão de licitações agiu corretamente em classificar e declarar vencedora do certame a proposta da Requerente, e ainda, rechaçar os argumentos das empresas ARTE BRILHO e PLANEJAR, entretanto, Vossa Senhoria desvirtuando-se da legalidade alterou esse resultado, beneficiando empresas com propostas maiores, e levando prejuízo a essa casa de edis.

Destarte, os princípios da legalidade, da economicidade, isonomia e da vinculação ao ato convocatório foram relevados ou infringidos, para se beneficiar proposta menos vantajosa (arts. 3º e 41, da lei 8.666/93), em detrimento a direito líquido e certo da Requerente à adjudicação compulsória de sua proposta (art. 50, da Lei 8.666/93), e a somente uma decisão judicial poderá, agora, afastar essa ilegalidade.

Tal pretensão é inadmissível, tanto pelas regras do edital quanto pelo princípio da legalidade que norteia todo agente público.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório não pode ser relativizado ou infringido através de brechas construídas através de alegações falaciosas, mas, sim, corretamente observado conforme preceitua o art. 3º e 41, da Lei 8.666/93:

“Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração 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 ato convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos”. (grifos nossos)

"Art. 41 – A administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha vinculada".

Da rigidez do procedimento licitatório se extrai a garantia para uma competição real. A respeito desse escólio pedimos vênia para trazer à baila importantes lições de Celso Antônio Bandeira de Mello ao discorrer sobre princípios vinculados ao processo licitatório bem observa que:

"A Lei 8.666, de 21.6.93, no art. 3º, dispõe que as licitações serão processadas e julgadas na conformidade dos seguintes princípios: 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. (...)

O princípio da igualdade implica o dever (...) de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame.

***O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, está consignado no art. 41 da Lei 8.666."*² (g.n)**

Igual modo, Hely Lopes Meirelles compreende que a frustração à isonomia, por qualquer razão, seja por favoritismo subjetivo ou em função de erro de julgamento na avaliação ao atendimento aos preceitos

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Ed. Malheiros, 28ª ed., p. 536 e 542.

editais, infere em gravíssimo desvio de poder contrário ao interesse público:

“Vinculação ao edital é princípio básico de toda a licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41). Assim, estabelecidas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento. (...)”

Igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desigale os iguais e iguale os desiguais (art. 3, §1º).

O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público.

Julgamento objetivo é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. É princípio de toda a licitação que seu julgamento se apoie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos

proponentes dentro do permitido no edital ou convite. **Visa a afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério pre-fixado pela Administração, com o que se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento (arts. 44 e 45)**³ (g.n)

Destarte, todas as disposições contidas nas normas de regência das licitações (Lei 8.666/93) ou nos critérios específicos estabelecidos no edital da Concorrência são para que se alcance a observância dos princípios estatuídos respectivamente no art. 3º e 4º dessa lei, e, para tanto, **não são permitidas inovações no decurso do processo licitatório**, notadamente nos critérios de julgamento das propostas para propositalmente alterar a realidade dos fatos e distorcer o caráter competitivo do certame.

IV. DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer digno-se Vossa Senhoria, face ao poder discricionário e hierárquico que possui no caso concreto, determine imediatamente a suspensão de todos os atos do certame, e dando provimento à presente REPRESENTAÇÃO, seja revisto o ato que mandou desclassificar a proposta da Requerente, e **determine à Comissão de Licitação que prossiga o certame da Concorrência do edital nº 03/2015 conforme último ato com a proposta da Requerente classificada em primeiro lugar, adjudicando-lhe o objeto da licitação.**

Diadema, 4 de novembro de 2015.

Engº Gilberto Fernando Fialho
Diretor de Planejamento e Custos

³ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª ed., Ed. Malheiros, p.275 e 276.



CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE



Augusto Mário Menezes Paulino
Procurador Geral

CONCORRÊNCIA Nº 3/2015 RESPOSTA A REPRESENTAÇÃO

A empresa Projel Engenharia Especializada Ltda. apresentou, com fundamento no art. 109, II, da Lei nº 8.666/1883 e no art. 5º, XXXIV, "a", da Constituição Federal, representação para revisão contra a decisão proferida em sede de recurso ordinário; basicamente, alega que tal decisão estaria errada por seguir o que restou exposto nos recursos apresentados, sem maiores elucubrações.

Processualmente, está absolutamente equivocada a empresa representante; a decisão foi fundada apenas e tão somente nos fatos trazidos ao procedimento, e sempre estribado em alegações fáticas concretas, expostas com clareza.

As recorrentes originais trouxeram informação sólida sobre a legislação tributária, sendo que a agora representante, em sua peça de contrarrazão, se limitou, quanto ao cenário tributário em que se insere, a dizer que tinha condições de suportar o preço ofertado e que cada contribuinte tem sua realidade; o alegou, mas não trouxe ao processo uma só informação objetiva que corroborasse sua alegação.

Assim, o dogmatismo que se fez presente foi só e apenas só pela empresa agora representante; a decisão tomada, ao contrário, foi coerente com os fatos apresentados e se conformou a estes; se estes eram menos do que poderia ser, isso se deve só ao silêncio material da própria empresa.

Agora, e só agora, a representante apresentou informação objetiva de sua realidade tributária, com apresentação da lei a que se subordina, de caráter municipal paulista, e que lhe permitiria suportar o contrato com pleno respeito à legislação própria e ao edital.

Como é sabido, qualquer alegação processual de caráter local tem de ser, na esfera pública, apresentada sólida e claramente, o que não houve no caso presente, levando à decisão tomada; assim, foi a insuficiência argumentativa da própria empresa que levou à decisão tomada anteriormente.

Como tal informação, sensível ao caso, só veio a ser apresentada tardiamente, teria operado quanto ao mesmo caso o instituto da preclusão, ao menos na via administrativa, impedindo a revisão pretendida.

Ocorre que a mesma peça de representação trouxe - quase que tangencialmente e sem maiores cuidados e atenções - um dado constante do edital que se faz imperioso analisar.

Trata-se do item 3.34, que preceitua: "*A CMBH não apurará se os percentuais indicados na proposta comercial do licitante para os encargos sociais e tributários, bem como se o valor cotado para os encargos contratuais correspondem ou não ao que é exigido por lei, convenção, dissídio ou acordo coletivo, tendo em vista que tal informação é de inteira responsabilidade da empresa*".



0921

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE



Augusto Mário Menezes Paulino
Procurador Geral

A decisão original estribou-se na conjugação dos itens 6 e 7 do Anexo VII do edital, pelo que se compreendeu, então, que eventual omissão ou parcialidade na consideração dos tributos a que o contrato estaria sujeito deveria, necessariamente, estar acobertado pela parcela denomina "encargos contratuais"; essa foi a inteligência adotada, diante da dicção editalícia, e só isso levando em conta.

Lamentavelmente, naquele momento, deixou-se de perceber que há ainda aquele terceiro comando, comando este que tem o condão de inverter - e mesmo impor - outra compreensão dos termos do edital; vem a ser exatamente aquele item 3.34, realçado pela representante e que esta autoridade involuntariamente ignorou, talvez por estar alojada em ponto distante dos demais comandos então invocados e explicados.

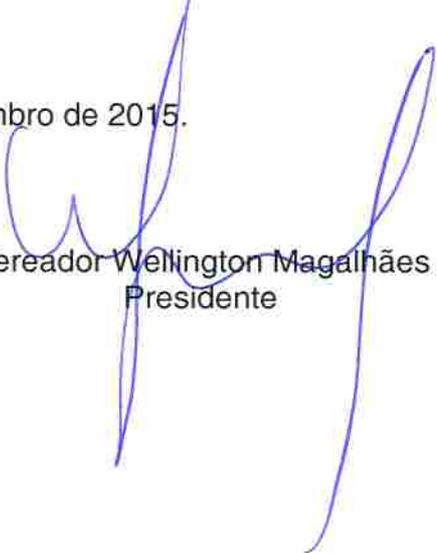
Quando o edital preceitua o que dita, como dita, ele empresta nova leitura àquela conjugação de regras antes invocada, relativizando seu alcance e, na verdade, impedindo o rigor adotado pela Câmara Municipal; sim, pois se não será possível à mesma Câmara, por qualquer órgão decisório, apurar "*se os percentuais indicados na proposta comercial do licitante para os encargos sociais e tributários ... correspondem ou não ao que é exigido por lei*", por certo que perde sentido ver o quanto se tem de agasalhar sob a rubrica dos "encargos contratuais".

Esta é a consequência única possível ao caso, tomando o conjunto dos comandos do edital.

Isto posto, e dentro do direito-dever de dar pleno cumprimento às leis em seu âmbito, no exercício da impositiva auto-tutela, revejo a decisão anterior e altero a ordem de classificação para que esta volte a ser a decidida pela Comissão Permanente de Licitação, publicada em 29 de setembro de 2015, com exata classificação conforme os preços cotados e vitória para a proposta de menor preço.

Publique-se. Autue-se.

Belo Horizonte, 10 de novembro de 2015.



Vereador Wellington Magalhães
Presidente