



DECISÃO ADMINISTRATIVA

Processo Licitatório 199/2018

Pregão 61/2018

Objeto: contratação de empresa especializada para fornecimento de equips para prestação de serviços de pintura de meio fio de vias e logradouros públicos; de equipe e materiais para recuperação de passeios, sarjetas e meio fios; para capitação mecanizada de praças, parques, áreas verdes e logradouros públicos.

I. Relatório

Trata-se de Recurso Administrativo interposto pela licitante **Vina Equipamentos e Construções Ltda.**, já qualificada, contra a decisão do Sr. Pregoeiro que classificou em primeiro lugar a licitante **FF Construções Ltda.**, também qualificada.

Em suas razões a recorrente, alega, em síntese, que a licitante **FF Construções Ltda.** EPP não apresentou de modo adequado a alíquota de tributação do SIMPLES Nacional, utilizando para formação do BDI alíquota tributária inferior à faixa em que está situada, considerado seu faturamento bruto, o que permitiu uma composição de custos abaixo dos padrões de mercado. Alega também que o percentual dos encargos sociais apresentado (de 45,20%) está em descompasso com o que exigido pelo instrumento editalício (de 81,92%).

Para a comprovação do alegado, requereu que fosse intimada a recorrida para apresentar o extrato do simples nacional e decompor sua planilha de encargos sociais, de modo a se comprovar a pertinência dos valores ofertados.

Em suas contrarrazões, a recorrida afirma que é optante pelo SIMPLES Nacional e que esta opção implica em alterações na carga tributária das empresas e que, observada a alíquota efetiva, a proposta apresenta-se conforme as disposições editalícias, o que justifica a adoção de um BDI fora da faixa estabelecida pelo TCU. Nesta oportunidade apresentou, além dos atos constitutivos da empresa e do enquadramento para fins da LC 123/06, suas planilhas de custos; extrato do SIMPLES Nacional e demonstrativos de encargos sociais.

É o que havia a relatar.



II. DA FUNDAMENTAÇÃO

Observadas as razões e contrarrazões constantes dos autos, tem-se que o regular processamento do certame deve se dar com vistas à garantia do princípio constitucional da isonomia e à obtenção da proposta mais vantajosa, nos termos do art. 3º da Lei federal 8.666/93, nos termos das exigências editalícias e aos padrões objetivos ali definidos.

Do que se nota do presente recurso administrativo a questão jurídica gira em torno da (in)exequibilidade da proposta apresentada pela empresa recorrida. Logo, a análise deve partir do disposto no art. 44 do Estatuto Licitatório, que assim dispõe:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

§ 2º Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

Com efeito, para a consecução do interesse público e da contratação mais vantajosa, não pretende a lei que a proposta comercial seja aquela de menor custo tão somente; mas a de menor custo que se possa executar de modo satisfatório e adequado. Daí o *ônus* do proponente de demonstrar a formação de seus custos diretos e indiretos, assim como a margem de lucro prevista e o *dever* da administração realizar um juízo de valor, pautado em critérios objetivos,



que tenha como norte a proteção do patrimônio público de modo a evitar obras inacabadas ou mal executadas ou pedidos de realinhamento de preços que não encontram amparo na lei.

Por estas razões o tema da inexequibilidade das proposta comerciais é fator relevante na tomada de decisão administrativa e não encontra uma solução simples. Mister se faz a verificação não só dos custos apresentados mas também as condições econômicas e de mercado que sujeitam o objeto e o prestador. Tal como afirma Marçal Justen Filho

Trata-se não apenas de evidenciar a viabilidade econômica-financeira da proposta, mas também controlar a adequação da concepção do particular em vista das exigências técnico-científicas e de adotar um fundamento para eventuais modificações necessárias ao longo da execução do contrato¹.

É sabido que no âmbito da iniciativa privada que é possível ao agente do mercado, conhecedor que é de seu ramo de atividade, desenvolver uma metodologia própria para a formação de preços, a partir do que foi previsto nos projetos básicos e memoriais descritivos do Edital afim de que possa alocar os recursos de tal forma, que consiga formular proposta mais atrativa que a de seus concorrentes. Até porque o particular é plenamente capaz e livre para dispor de seus bens ou até mesmo, *ad argumentandum tantum*, lançar-se em atividades de duvidosa viabilidade econômica e financeira.

Esta aliás, é a característica de um modelo que se ampara na propriedade privada e na livre iniciativa. Numa palavra, propriedade privada; livre iniciativa e risco estão no cerne do sistema capitalista. Mas este mesmo sistema, regulado que é, não admite práticas reprováveis e que impliquem em risco desmedido para a coletividade aqui representada pela administração pública.

O próprio mercado revela que há atividades econômicas que apresentam uma reduzida margem de lucro ao passo que em outras, estas margens são mais elevadas. Esta é a razão pela qual não há como, nas avaliações de custos, se estabelecer aprioristicamente uma margem de lucro aceitável para os fins de apreciação da (in)exequibilidade da proposta. Até porque a administração nem sempre dispõe (em razão da assimetria das informações) de condições

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 968.



precisas e exatas sobre os custos do particular. Daí que o juízo será sempre relativo e dependerá da concretude do caso.

O Edital estabelece, como exigência do já citado art. 44 da Lei 8.666/93, os critérios que norteiam a validade das propostas, havendo explícita referência à inexequibilidade e sobre os critérios de desclassificação dos proponentes. Um destes critérios é a faixa de BDI aplicável e que, diga-se de passagem, não sofreu impugnação por parte de nenhum dos licitantes.

O BDI é um dos mecanismos consagrados para a averiguação da adequação das propostas comerciais. Conforme a lição do saudoso Professor Carlos Pinto Coelho Motta assim aborda o tema:

Um conceito essencial, no cálculo do preço é o chamado Benefício e Despesas Indiretas – BDI, também designado Lucro e Despesas Indiretas – LDI. Corresponde a um valor que incide sobre os custos diretos do bem, do serviço ou da obra, resultando no preço final. A metodologia para sua fixação envolve ramos diversos do conhecimento técnico, como Engenharia, Direito Administrativo, Financeiro, Tributário e outros; e em torno dele gravita uma série de leis e normas além da LNL, de natureza tributária, previdenciária e financeira².

A chamada Bonificação de Despesas Indiretas (BDI) permite a aferição de exequibilidade dos preços propostos pelos licitantes e de sua compatibilidade com os de mercado, por indicarem os custos diretos e indiretos envolvidos na formação do custo final. O Tribunal de Contas da União, como visto alhures, trabalha com faixas devidamente parametrizadas e aplicáveis às obras e serviços de engenharia. Assim, a adoção de um BDI em faixa muito menor daqueles recomendados pelo TCU, como se deu com a recorrida, implica na comprovação da viabilidade econômica da proposta.

A escolha do BDI deve-se às peculiaridades do objeto licitado, em razão de uma lógica de mercado que impõe flutuações nos valores das despesas e dos custos operacionais e opções tributárias, sendo possível objetivamente o estabelecimento de um valor médio. Conforme as

² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Consistência e Aceitabilidade dos Preços nas Licitações Públicas: Disfunções do Comportamento Administrativo. **Boletim de Licitações e Contratos (BLC)** – Maio/2010. Pág. 440



"Orientações para Elaboração de Planilhas Orçamentárias de Obras Públicas", do Tribunal de Contas da União (p. 85), o valor médio do BDI "deve ser buscado pelo gestor, pois representa a medida estatística mais concreta". Esta medida é trazida pelo próprio TCU, nos termos das Súmulas 253/2010; 262/2010 e Acórdão 2.622/2013 – Plenário.

A jurisprudência do TCU estabelece uma faixa/parâmetro de variação de valores de mercado e que influenciam as taxas de BDI, tais como: o porte da empresa, sua natureza específica, sua localização geográfica, o prazo de execução da obra, os riscos envolvidos na contratação, a situação econômica e financeira da empresa e do país, dentre diversos outros.

Registre-se que há um ônus para o administrador, qual seja o de justificar o padrão de BDI sob pena de inviabilizar a contratação mais vantajosa. E isto foi feito, nos termos do Acórdão 2.622/2013 – Plenário, onde o TCU entendeu que a adoção de parâmetros distintos de BDI em certames licitatórios deveria ser devidamente justificada.

O valor médio de BDI, portanto, consideradas as possíveis variações de custos, é, portanto, mecanismo indispensável para a consecução do interesse público e foi previsto no Edital como um dos critérios objetivos para a aferição da exequibilidade das propostas comerciais. Logo, a apresentação por licitante de BDI muito dissonante da faixa consagrada pela jurisprudência e literatura aplicável para o objeto considerado pode caracterizar o sobrepreço ou inexequibilidade.

Isto não significa dizer que a faixa estabelecida no edital seja absoluta. Dada a assimetria das informações, é possível ao proponente alocar seus recursos de maneira mais criativa de modo a apresentar uma proposta comercial vantajosa e assim quedar-se vencedor do certame. Mas nestes casos há um **ônus** do licitante em ter de demonstrar a exequibilidade da proposta frente seus custos. Um BDI baixo pode ensejar custos unitários mais elevados; assim como o inverso também é verdadeiro: um BDI contratual elevado pode ser compensado por um custo direto ofertado abaixo do paradigma de mercado adotado. Tanto uma situação quanto a outra não são desejáveis, vez que podem implicar numa execução deficiente do objeto ou desequilíbrios contratuais.

Não se diga, contudo, que poderá o administrador, em razão de uma suposição de inexequibilidade simplesmente julgar a proposta inexequível. Deverá antes possibilitar ao proponente a demonstração da exequibilidade de sua proposta. E como se está a tratar de interesse público, não será dever da administração demonstrar a inexequibilidade dos preços, mas



dever do proponente e comprovar sua viabilidade. Esta é a exegese da Súmula nº 262/2010 – TCU, que dispõe:

O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Com fundamento na jurisprudência do TCU o pregoeiro, conforme ata de fls. 705, corretamente, proporcionou à licitante recorrida a apresentação da proposta atualizada para os fins de comprovação dos valores ofertados em sessão pública. O proponente apresentou os mesmos valores sem a justificativa para o BDI, juntando aos autos o extrato do Simples Nacional e contribuições sociais.

Dos documentos apresentados, **não restou demonstrada a viabilidade econômica e financeira da proposta.** Vejamos:

Nos termos do Anexo IV da Lei Complementar 123 de 2006, tem-se:

(Vigência 01/01/2018)

Alíquotas e Partilha do Simples Nacional - Recotas decorrentes da prestação de serviços relacionados no § 5º da LC do art. 18 desta Lei Complementar

	Receita Bruta em 12 Meses (em R\$)	Alíquota	Valor a Deduzir (em R\$)
1ª Faixa	Até 180.000,00	4,50%	-
2ª Faixa	De 180.000,01 a 360.000,00	9,00%	8.100,00
3ª Faixa	De 360.000,01 a 720.000,00	10,20%	12.420,00
4ª Faixa	De 720.000,01 a 1.800.000,00	14,00%	30.780,00
5ª Faixa	De 1.800.000,01 a 3.600.000,00	22,00%	183.780,00
6ª Faixa	De 3.600.000,01 a 4.800.000,00	33,00%	828.000,00

Tendo a empresa enquadrada na 6ª faixa de Faturamento, sendo R\$ 3.520.191,49 sujeitando-se aos Impostos: IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e ISS, e aplicando o percentual e reduzindo o valor a deduzir tem-se a alíquota efetiva de 16,78%, correspondente ao percentual de pagamento do DAS, ou seja, o percentual do Simples Nacional é superior ao disposto nos documentos apresentados da composição do BDI.

Conforme o Art. 16 da LC 123/2006 do mesmo título, a empresa não destacou a cobrança de IRPJ e CSLL que compõem a base de cálculo, o que elevaria o Índice apresentado, em IRPJ 3,69% e CSLL 3,77%, além dos Custos Diretos e Indiretos também em percentuais.



Do mesmo modo, no § 1º do art. 13 da LC 123/2006, o recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, como FGTS, INSS, dentre outros aos quais enquadrariam em custos diretos e indiretos quando caso for.

As omissões destacadas não podem ser albergadas pelas disposições do item 8.2 do instrumento editalício, vez que **não são** meras questões formais ou de tributos não previstos que não pouco impacto tem na execução do objeto. Ao contrário, são razões para a desclassificação vez que impactam de modo indelével os preços praticados. Conforme determina o item 8.3 do edital:

8.3. Serão DESCLASSIFICADAS as propostas:

[...]

8.3.2. Que não atenderem às exigências do edital e seus anexos ou da legislação aplicável;

[...]

8.3.5. Com preços manifestamente inexequíveis;

Destaque-se a decisão não se encontra no espaço daquilo que se denomina poder discricionário, uma vez que não há escolhas subjetivas na tutela do interesse público, sendo um dever inerente à atuação administrativa a proteção do interesse público. As consequências práticas da contratação de proposta inexequível advirão do aumento dos custos administrativos de gerenciamento e fiscalização do contrato; litígios contínuos com o particular em razão de pedidos de realinhamento de preços ou de paralizações frequentes dos serviços, dentre outros. Neste passo, vale lembrar que a conduta do administrador que dá causa a prejuízo ao erário público pode ser enquadrada como improbidade administrativa, mormente quando diante de fatores concretos que levam a esta conclusão.

Diante do exposto, não comprovada pela licitante **FF Construções LTDA EPP** a viabilidade econômica e financeira de sua proposta, dá-se provimento ao recurso administrativo interposto para desclassificar a proposta apresentada pela licitante classificada em primeiro lugar, por ser inexequível. Proceda-se a continuidade do procedimento licitatório com a designação de data para a sessão pública de habilitação da licitante classificada em segundo lugar.

Registre-se. Cumpra-se. Publique-se.



Pouso Alegre, 21 de agosto de 2018.

Rinaldo Lima Oliveira

Secretário Municipal de Infraestrutura, Obras e Serviços Públicos