



A Secretaria Saúde

Informações em Recurso Administrativo

Concorrência nº 2510.01/2017-SMS

Assunto: Recurso Administrativo

Impetrante: CONSTRUTORA SANTA BEATRIZ LTDA EPP

A Comissão de Licitação informa a Secretaria Saúde acerca do recurso administrativo impetrado pela referida empresa que teve a proposta desclassificada no certame alhures, pelos seguintes fatos: “... **apresentou índices de encargos sociais inferior ao índice especificado no projeto básico do edital.**”, citando-se ainda que em diversos itens de suas composições de custos, vários encargos sociais e percentuais de BDI estão zerados (0%).

Preliminarmente a recorrente tece argumentos citando o Decreto nº 7983/13, citando que sua proposta não poderia ser desclassificada pelo fato exposto, que mesmo que tivesse apresentado percentual acima do edital não deveria ter sido desclassificada, que a comissão de licitação se equivocou na interpretação do caso, que citando a jurisprudência do TCU (Acórdão 2642/2014) tenta demonstrar que a taxa de encargos sociais, baseada na tabela Sinapi, não é suficiente para desclassificação de licitante.

Manifestadas as razões de recurso foram prontamente notificados os demais participantes para exercerem o direito de impugnação ao mencionado recurso, conforme o Art. 109, § 3º, da Lei nº 8.666/93 e suas alterações.

Notemos que os argumentos da empresa CONSTRUTORA SANTA BEATRIZ LTDA EPP não colaboraram para sanar ou mesmo justificar as falhas apontadas em sua planilha de composição de preços, somente se atem a referir-se ao que listamos de início e que o valor global de sua proposta estaria menor que os demais, devendo então ser considerada vencedora.

Anexamos por oportuno a análise feita pelo Setor de Engenharia do Município na proposta da empresa recorrente, conforme esclarecimento em recurso administrativo, o que também corrobora o entendimento da Comissão de Licitação sobre o caso, reforçando a desclassificação da recorrente da forma procedida.

Não há nexos na afirmação de que as causas da desclassificação da proposta são equivocadas, podemos observar claramente que nas razões citadas no recurso e, realmente a luz

das regras editalícias resta claro o descumprimento ao item 5.2.6 do edital onde se vê que a proposta deverá ser acompanhada da Composição de Preços Unitários, deverá conter todos os insumos e coeficientes de produtividade necessários à execução de cada serviço, quais sejam equipamentos, mão-de-obra, totalização de encargos sociais, insumos, transportes, BDI (conforme orientação do TCU), totalização de impostos e taxas, e quaisquer outros necessários à execução dos serviços.

5.2- AS PROPOSTAS DE PREÇOS DEVERÃO, AINDA, CONTER:

5.2.6- Apresentar planilha de Preços Unitários, na elaboração da Composição de Preços Unitários, deverá conter todos os insumos e coeficientes de produtividade necessários à execução de cada serviço, quais sejam equipamentos, mão-de-obra, totalização de encargos sociais, insumos, transportes, BDI (conforme orientação do TCU), totalização de impostos e taxas, e quaisquer outros necessários à execução dos serviços.

Nestes termos ressaltamos que são essenciais as exigências alhures para o certame e execução do contrato, mormente para explicitar-se os custos, taxas, impostos, encargos sociais e outros incidentes sobre a proposta da recorrente, exigências essas claramente dispostas no edital, não se podendo então relevar por vários argumentos a seguir dispostos, e ainda consoante posicionamentos em casos semelhantes e análogos, descritos na doutrina a jurisprudência pátrias.

O Professor Miguel Stabile, engenheiro civil e autor de obras literárias com o intuito de mostrar os meandros das obras públicas à luz da Lei 8.666/93 caracteriza Composição de Custos nos seguintes termos:

“Basicamente, uma Composição de Custos retrata a unidade de determinado produto acabado em várias etapas construtivas de obra ou serviço, perfeitamente identificada na objetiva uantificação de todos os insumos que dela fazem parte, através de coeficientes, incluindo-se materiais, mão-de-obra e encargos sociais.”

Considerando diversas falhas na adequação das planilhas orçamentárias apresentadas tanto pelo responsável do projeto básico, quanto pelas licitantes, o TCU tem formulado diversas determinações a órgãos ou entidades no sentido de que:

“9.1.4 promova a análise da compatibilidade dos preços do projeto básico entregue pela empresa vencedora da Concorrência [...] com os praticados no mercado como forma de garantir o alcance da melhor proposta na licitação da obra – art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993;

9.1.5 exija a composição de preços de todos os itens da planilha orçamentária do projeto básico, bem como das futuras planilhas de preços da licitação a ser realizada para a construção da nova sede do [...], em atendimento ao art. 7º, § 2º, II, da Lei nº8.666/1993.

...

9.1.6.11 retire da planilha orçamentária itens quantificados porém não precificados, a exemplo dos relativos aos códigos [...].”

A Súmula nº 259 do TCU – Tribunal de Constas da União, é enfática:

“Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor.”

É claro que não há como não exigir-se os critérios de aceitabilidade dos preços unitários e totais nas contratações de obras e serviços de engenharia, ou seja, exigir-se a composição de preços unitários esta devidamente previsto na jurisprudência do TCU – Tribunal de Constas da União.

Notemos que ausência de tais composições só pode causar a desclassificação da licitante que descumprir a norma editalícia.

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. PLANILHA DE COMPOSIÇÃO DOS PREÇOS. EXIGÊNCIA NÃO CUMPRIDA. DESCLASSIFICAÇÃO. LICITUDE. CONSTANTE DO EDITAL A EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO POR PARTE DOS LICITANTES DE PLANILHA DETALHADA DA COMPOSIÇÃO BÁSICA DE SEUS PREÇOS, COM A CONSIDERAÇÃO DE TODOS OS SEUS COMPONENTES, AFIGURA-SE LÍCITA A DESCLASSIFICAÇÃO DO LICITANTE QUE DESCUMPRE A NORMA EDITALÍCIA. (TRF5 AGTR: 24752 CE 99.05.470930, Relator: Desembargador Federal Ridalvo Costa, Data de Julgamento: 08/02/2001, Terceira Turma, Data de Publicação: DJ DATA-23/03/2001 PÁGINA-1066.

O TCU – Tribunal de Constas da União no 1. Processo TC 009.960/2009-2, a manifestação da Secex/6, citada no relatório do Ministro Aroldo Cedraz, é enfática:

“Não detalhamento dos itens do BDI

Argumentação:

No Acórdão 2.293/2007 – Plenário, houve determinação dirigida à Fundação Universidade de Brasília, nos seguintes termos: ‘quanto ao orçamento-base

(...) promova a adequação do percentual de Lucro e Despesas Indiretas utilizado no orçamento-base às orientações contidas no Acórdão 325/2007 – TCU – Plenário'. Já no mencionado Acórdão 325/2007 – Plenário, orienta-se que 'o gestor público deve exigir dos licitantes o detalhamento da composição do LDI e dos respectivos percentuais praticados'. Além disso, a declaração e o detalhamento do BDI foram exigidos no Edital da Concorrência FUB 223/2008, como partes integrantes da proposta dos licitantes, e a Administração vincula-se às condições do edital, segundo o art. 41 da Lei 8.666/93.

A seguir prossegue o relatório:

1. *Ultimamente, este Tribunal tem efetuado determinações para que os órgãos e entidades responsáveis por procedimentos licitatórios exijam dos licitantes o detalhamento do BDI, como nos Acórdãos 220/2007, 1.286/2007, 2.656/2007, 440/2008 e 2.207/2009, todos do Plenário.*

Nesse sentido, o Relatório do Ministro-Relator do Acórdão 718/2004 – Plenário traz a seguinte lição, discorrendo sobre a aplicabilidade do art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93:

'A parte final do dispositivo veda a inclusão de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta, deixando claro que a interpretação do parágrafo dá-se no sentido do saneamento de dúvidas que surjam a partir de documentação apresentada em conformidade com o edital. Se a documentação não é apresentada conforme exige a lei, a hipótese não é a de realização de diligência, e sim a inabilitação da empresa com fulcro no art. 43, incisos I a III, da Lei de Licitações'.

No mesmo sentido, têm-se o Acórdão 440/2008 – Plenário e o Acórdão 220/2007 – Plenário, do qual se extrai o seguinte trecho:

'9.2.3 na realização de licitações, exija de todos os licitantes habilitados a apresentação da sua proposta com o respectivo detalhamento de preços (composições analíticas de preços, de encargos sociais e de BDI) e com todos os demais documentos necessários ao julgamento da licitação, em cumprimento ao art. 43, incisos IV e V, da Lei nº 8.666/93, não admitindo, sob qualquer hipótese, a inclusão posterior de nenhum documento ou informação necessária para o julgamento e classificação das propostas, conforme os critérios de avaliação constantes no edital, em atendimento ao que dispõe o § 3º do mesmo artigo.'

Confirmando esse entendimento, Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 12ª ed., p. 550) aduz:

'Inexistirá possibilidade de suprir defeitos imputáveis aos licitantes. O esclarecimento de dúvidas não significa eliminar a omissão dos licitantes. Se o licitante dispunha de determinado documento, mas esqueceu de apresentá-lo, arcará com as consequências de sua própria conduta. Se o licitante deixou de apresentar fotocópia autenticada, não é possível a Comissão abrir oportunidade para apresentação original – mesmo quando estiver de posse de licitante presente. (...) Por isso, as diligências da Comissão devem dirigir-se ao esclarecimento de dúvidas decorrentes do exame da documentação, formalmente perfeita'.

No Voto o relator é ainda mais explícito:

3. As justificativas apresentadas pelos responsáveis, entretanto, comprovaram a correção da desclassificação, já que, de fato, a empresa interessada não discriminou os itens de seu BDI, consoante preconizava o instrumento convocatório do certame. Note-se, por oportuno, que tal exigência do edital nada tem de irregular, eis que está em consonância com a jurisprudência desta Corte (acórdãos 2.207/2009, 440/2008, 2.656/2007, 1.286/2007 e 220/2007, todos do Plenário).(Grifamos)

Nesse diapasão então trazemos a lume os posicionamentos a seguir do Egrégio TCU – Tribunal de Contas da União:

Será desclassificada a proposta que não apresente os elementos mínimos necessários para a verificação do atendimento as especificações técnicas previstas em edital.

Acórdão 2241/2007 Plenário (Sumário)

O licitante que, por qualquer motivo, descumpra regra expressa fixada no edital do certame, fica sujeito as cominações nele previstas, inclusive a desclassificação, a serem aplicadas pela Administração, que também esta estritamente vinculada aquele instrumento.

Acórdão 950/2007 Plenário (Sumário)

Vejamos que nesse caso as falhas nas composições de custos ensejam ainda o descumprimento ao item 7.4.1 do edital, pois estão em desconformidade com o exigido no item 7.4.1 no edital.

7.4- Serão desclassificadas as propostas:

7.4.1- Que não atenderem as especificações deste Edital de TOMADA DE PREÇOS;

Em casos semelhantes vejamos o que entende o TCU – Tribunal de Contas da União, verbis:

Licitações de obras públicas: devem ser desclassificadas as propostas de licitantes que não contenham a composição de todos os custos unitários dos itens

Levantamento de auditoria realizado pelo TCU na superintendência regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – (DNIT) nos estados de Rondônia e Acre acerca das obras de manutenção de trechos rodoviários da BR-364/RO identificou, dentre outras potenciais irregularidades, suposto prejuízo derivado do excessivo rigor na desclassificação da proposta da empresa A. A. Construções Ltda., por ter apresentado, em duas licitações referentes à manutenção de trechos rodoviários da BR-364/RO, propostas sem as composições de preços unitários dos itens “aquisição de material betuminoso” e “transporte de material betuminoso”, em desacordo com o preceituado no item 15.4, alínea “a”, dos editais dos sobreditos certames licitatórios. Para a unidade instrutiva, a Comissão Permanente de Licitação- (CPL) do DNIT deveria ter diligenciado à empresa, com vistas a sanar as falhas formais da proposta, antes de sua desclassificação. Além disso, os membros da Comissão não teriam acolhido recurso interposto pela A.A. Construções Ltda., por meio do qual a licitante teria apresentado todas as composições de custos unitários. Por isso, para a unidade técnica, os membros da CPL-DNIT deveriam ser responsabilizados solidariamente pelo débito, por meio de processo de tomada de contas especial - TCE, quantificado a partir do somatório das diferenças, a menor, dos valores ofertados pela A.A. Construções Ltda., nos referidos certames, em comparação com as propostas das demais licitantes vencedoras. No voto, o relator, ao apresentar sua discordância, argumentou que, *“ainda que aparentemente mais vantajosa à Administração, a proposta que não guardar consonância com o edital deverá ser desclassificada em atenção ao disposto no art. 48, inciso I, da Lei nº 8.666, de 1993, por meio de decisão motivada, registrada em ata”*. Ademais, ainda para o relator, *“a inobservância a dispositivos do edital, incluindo-se a obrigatoriedade de apresentação da composição de todos os custos unitários, tem, por vezes, levado à imposição de penalidade aos membros da CPL e a gestores que não promovem a desclassificação das propostas desconformes com o instrumento convocatório, em desacordo com o art. 41 da Lei de Licitações”*. Assim,



conforme o relator, teriam agido com razão os membros da CPL-DNIT, ao promover a desclassificação da A.A. Construções Ltda, razão pela qual propôs que não fosse feita a conversão do processo em TCE, o que foi acolhido pelo Plenário. *Acórdão n° 550/2011-Plenário, TC-019.160/2008-4, rel. Min-Subst. André Luis Carvalho, 02.03.2011.*

Logo, durante o exame das propostas, se a Administração entender necessário, poderá solicitar aos licitantes a apresentação de informações complementares, a exemplo do detalhamento de custos, marca dos materiais considerados na composição dos preços, amostra ou protótipo dos produtos cotados e percentual do BDI considerado na formação dos preços. 10. Saliente-se, no entanto, que o julgamento das propostas está estritamente vinculado a critérios e fatores estabelecidos no ato convocatório, devendo ser objetivo e realizado conforme as normas e princípios estabelecidos na Lei de Licitações, a fim de garantir transparência ao procedimento. 11. Desse modo, ainda que aparentemente mais vantajosa à Administração, a proposta que não guardar consonância com o edital deverá ser desclassificada em atenção ao disposto no art. 48, inciso I, da Lei n° 8.666, de 1993, por meio de decisão motivada, registrada em ata. (...) 13. Nessa linha, a teor do disposto no art. 43, inciso IV, da Lei n° 8.666, de 1993, deve ser verificada a adequação das propostas às exigências fixadas no instrumento convocatório, guardando-se observância ao princípio da vinculação ao edital, previsto nos arts. 3° e 41 da mencionada lei, 'promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis com os requisitos do edital ou com os preços de mercado' (v. Acórdão 1.438/2004-2ª Câmara). (...) 16. Ressalto, por fim, que, em julgados desta Corte, a inobservância a dispositivos do edital, incluindo-se a obrigatoriedade de apresentação da composição de todos os custos unitários, tem, por vezes, levado à imposição de penalidade aos membros da CPL e a gestores que não promovem a desclassificação das propostas desconformes com o instrumento convocatório, em desacordo com o art. 41 da Lei de Licitações (v.g. Acórdãos 1.291/2007-Plenário e 1.060/2009-Plenário)." [voto do Acórdão 550/2011- TCU-Plenário]

As falhas contidas nas composições de custos da proposta da empresa CONSTRUTORA SANTA BEATRIZ LTDA EPP podem acarretar consequências das mais variadas na própria proposta de preços, posto que alguns valores divergentes nas composições como já citados poderiam ensejar o aumento no valor global da proposta, podem alterar de vários modos o quantitativo na proposta, haja vista que alguns itens estão com valores faltosos em relação a despesas como gastos com pessoal, dentre outras, como na execução dos serviços onde se teria dificuldade em equacionar as divergências contidas na proposta por conta das falhas na composição já relatadas.

A fixação de critérios para que se efetue a análise dos preços unitários apresentados, independentemente de a análise pairar também sobre o menor preço global proposto, é de suma importância, pois, muito embora não enseje nenhuma consequência de imediato, pode determinar variações significativas no tocante ao valor contratado, na hipótese de insurgirem-se alterações quantitativas e econômicas necessárias a serem feitas.

Importante, sob este aspecto, mencionar ensinamento de Marçal JUSTEN FILHO, segundo o qual: “...anote-se que o problema de preços unitários não é irrelevante quando a licitação versa sobre empreitada por preço global, especialmente em vista da eventual necessidade de alterações no curso da execução do certame”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 548.)

A estipulação dos preços unitários fará todo o diferencial, na medida em que for constatada a necessidade de, eventualmente, alterarem-se os quantitativos e/ou valores relacionados aos itens e/ou valores identificados como faltosos, ou seja, acima do valor de mercado (independentemente de a respectiva proposta global ter sido classificada como a melhor dentre as demais). Trata-se do chamado “jogo de planilhas”.

É importante mencionar que a “jogada” ou “jogo” de planilhas (também denominado “desbalanceamento” por Aldo Dórea de Mattos) constitui um artifício que, já de longa data, é bem conhecido dos contratantes, orçamentistas e empresários do setor de construção civil. **Tal artifício faz com que a Administração, na empreitada por preço unitário, selecione inicialmente a proposta de menor preço global, a qual, entretanto, no curso da execução contratual, em função dos aditivos realizados, não se revela ser a proposta mais vantajosa para o Poder Público.”** (In Acórdão 2.207/09. Plenário. Relator Ministro Augusto Nardes. DOU: 25/09/09). (Sem grifos no original).

A este entendimento soma-se o exarado pela Súmula 259/10 do Tribunal de Contas da União - TCU:

“Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor.”

Interessante mencionar também outra decisão emitida pelo TCU, a qual, de forma elucidativa, demonstra a opinião – segundo a qual embasou-se a Súmula referida, dos Ministros da referida Corte de Contas:

6. Destaco que o entendimento pacífico nesta Corte de Contas é o de que, **ainda que haja compatibilidade do preço global, há que se ter a adequabilidade dos custos unitários de modo a coibir o famífero "jogo de planilhas"**. Assim, em licitações para obras e serviços, especialmente, sob o regime de empreitada por preço global, **os Responsáveis pela licitação, ao selecionar a proposta mais vantajosa para Administração, deverão efetuar análise individual dos preços unitários.** Verificada a ocorrência de itens com preços manifestamente superiores aos praticados no mercado, o agente público deve negociar com o licitante vencedor do certame novas bases condizentes com os custos de mercado, envolvidos na formulação dos preços, e com os valores do projeto básico e da planilha de formação de preços.

7. Dessa forma, não releva demonstrar a existência no mercado de proposta mais vantajosa que aquela apresentada no âmbito do pregão sob exame. **A verificação da inadequação dos custos unitários é suficiente para macular a proposta do licitante aceita pela pregoeira, ora Embargante.**

TCU Acórdão 93/09 – Plenário – Relator: Ministro Augusto Nardes. DOU: 06/02/09.

Novamente nos socorre o TCU - Tribunal de Contas da União:

Com efeito, ao admitir uma proposta com tais imperfeições, a administração pública pode ficar sujeita a uma posterior oposição de dificuldades para a execução contratual de parte da empresa. Não seria surpresa se, frustrada a alíquota incerta, que possibilitou cotações mais baixas e a adjudicação do objeto, a contratada viesse alegar a necessidade de equilíbrio econômico-financeiro, com base, por exemplo, no §5º do art. 65 da Lei nº 8.666/93: [...]. Chancelar uma promessa como se fosse uma prescrição de lei, com a boa intenção de contratar por menos, pode acabar trazendo consequências danosas para os cofres públicos. Além disso, transgredir o princípio da legalidade desprezando, no caso, a realidade tributária. (Acórdão nº 395/2005, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar).

Isto posto, restam comprovadas a regularidade das exigências editalícias supramencionadas, de maneira que não se pode interpretar o edital de forma diversa ao sentido das normas nele contido, mormente quando não se está mais em fase legal para tanto.

É claro e inequívoco o que se prega aqui, a lei não comporta palavras inúteis (sendo o edital a lei interna da licitação), porém não é mister que se interprete a legislação (edital) da forma que dela se quer tirar proveito, há que se coadunar com a realidade e a lógica de sentido que está implícita nesta.



Isto posto, na há que se falar em entendimento diverso, é a máxima: “*Não é dado ao intérprete alargar o espectro do texto legal, sob pena de criar hipótese não prevista*” (Ivan Rigolin).

O professor Toshio Mukai, pontua “*Onde a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo*”.

Observemos que os itens exigidos e descumpridos, como não poderia deixar de ser, estão todos previstos no edital de regência, bem como, estão em conformidade com a legislação licitacional, Lei nº 8.666/93 e suas alterações, premente sua legalidade.

O descumprimento supra nada mais poderia ensejar que a desclassificação da proposta da licitante, como ocorreu, não pode a bem de qualquer aspecto, a não ser o edital, a Comissão de Licitação julgar o procedimento licitatório, uma vez esse exigindo, é forçoso quando há descumprimento imputar-se ao infringidor das normas editalícias o ônus da desclassificação, essa é a *ratio legis*.

A administração no zelo pela coisa pública e em prol do interesse público deverá sempre que a licitação ensejar o dispêndio de vultuosas quantias, exigir e certificar-se que o futuro contratado possui condições de tocar o pretense contrato.

A nosso ver, poderia até ser considerada desídia dessa Administração deixar de exigir tais requisitos da empresa, face à complexidade do objeto envolvido, sob pena de, não raro, restar prejudicada a execução do objeto a contento, em prejuízo ao interesse público, do qual não se pode descurar.

É imperiosa a desclassificação da proposta da impetrante, como fora decretada pela comissão de licitação, e ainda conforme apontado, não pode prosseguir no certame empresa que descumpra o edital regedor, e por consequência a legislação, sob pena de restarem prejudicados os licitantes que se ativeram ao edital para formularem suas propostas e juntar sua documentação.

A licitação deverá pautar-se por um julgamento objetivo, ou seja, principalmente aquele previsto no instrumento convocatório, não há que se falar em atitude diversa, o julgamento deverá seguir o rito e as normas editalícias.

É mister salientar que a Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, caput, tratou de conceituar licitação, em conformidade com os conceitos doutrinários estabelecendo os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e igualdade como estritamente relevantes no julgamento das propostas e da habilitação:

"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 instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."

Assim, a luz dos enunciados alhures, não poderá a comissão de licitação considerar classificada a proposta da empresa impetrante, pelas razões já apontadas nesta peça, mormente em vista do descumprimento aos itens do edital regedor, posto que, se assim proceder, descumprirá o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, consagrado nas recomendações do Art. 41, caput, da Lei de Licitações Vigente, *ipsis verbis*:

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

Ao comentar o art. 41 acima transcrito, o Prof. Marçal Justen Filho, em sua obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", ensina:

"O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública". (pág. 382).

Quanto à natureza vinculada do ato convocatório, ensina Marçal Justen Filho:

"O instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto aquelas de procedimento. Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Edição, págs. 401/402)".

No dizer do saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles, em sua obra "Licitação e Contrato Administrativo",

“Nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital, porque é a lei interna da concorrência e da tomada de preços” (pág 88).

É entendimento corrente na doutrina, como na jurisprudência, que o Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação.

Na escolha do vencedor da licitação deve-se verificar se todos os requisitos expostos no edital de convocação foram atendidos, sendo por óbvio que a melhor proposta para a Administração Pública é aquela que atende de forma perfeita ao edital de Convocação, senão não haveria motivos para a existência de tal edital, que sabemos ser fundamental na licitação.

Na percepção de Diógenes Gasparini, *“submete tanto a Administração Pública licitante como os interessados na licitação, os proponentes, à rigorosa observância dos termos e condições do edital”*.

Prossegue o ilustre jurista, nas linhas a seguir:

“(...) estabelecidas às regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis durante todo o seu procedimento. Nada justifica qualquer alteração de momento ou pontual para atender esta ou aquela situação.

Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia.

Nesta seara vejamos entendimento do STJ:

O STJ entendeu: “O princípio da vinculação ao instrumento convocatório se traduz na regra de que o edital faz a lei entre as partes, devendo os seus termos serem observados até o final do certame, vez que se vinculam as partes.”

Fonte: STJ. 1ª turma, RESP nº 354977/SC. Registro nº 200101284066.DJ 09 dez. 2003. p. 00213

Descumprido estaria no caso o não menos considerável princípio da igualdade entre os licitantes, quando se uns apresentaram a propostas segundo o determinado no edital, outros não poderiam descumprir, ainda quando atrelados a este princípio, segundo classificação dada por **Carvalho Filho**, estão os princípios correlatos, respectivamente, da **competitividade** e da **indistinação**.

Princípio de extrema importância para a lisura da licitação pública, significa, segundo **José dos Santos Carvalho Filho**, "que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro."

A margem do aduzido acima observe-se o entendimento doutrinário de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o assunto em questão:

"1 - Licitação, pois, é um procedimento **competitivo** – obrigatório como regra – pelo qual o Estado e demais entidades governamentais, para constituírem relações jurídicas as mais obsequiosas aos interesses a que devem servir, buscam selecionar sua contraparte mediante disputa constituída e desenvolvida **isonomicamente** entre os interessados, na conformidade dos parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

2 – Fácil é ver-se que a licitação não é um fim em si mesmo, mas um meio pelo qual se busca a obtenção do negócio mais conveniente para o atendimento dos interesses e necessidades públicas a serem supridos, tanto para assegurar, neste desiderato, o pleno respeito ao princípio da isonomia, isto é: o dever de ensejar iguais oportunidades aos que pretendem disputar o tratamento das relações jurídicas em que o Poder Público esteja empenhado.

Tem, pois um caráter manifestadamente instrumental e **competitivo**, pois é um recurso, uma via, para que as entidades estatais possam aportar idônea e satisfatoriamente na satisfação de um interesse público a ser preenchido mediante relação firmada com outrem. Logo, a obrigatoriedade do uso de tal instituto – sem dúvida importantíssimo, tanto que a própria Constituição o prevê como obrigatório, no art. 37, XXI – (...)"

Outro princípio que seria descumprido é o não menos importante princípio do julgamento objetivo. A licitação tem que chegar a um final, esse final é o julgamento, realizado pela própria Comissão de Licitação ou pregoeiro, e no caso de convite, por um servidor nomeado. Esse julgamento deve observar o critério objetivo indicado no instrumento convocatório. Tal julgamento, portanto, deve ser realizado por critério, que sobre ser objetivo deve estar previamente estabelecido no edital ou na carta-convite. Portanto, quem vai participar da licitação tem o direito de saber qual é o critério pelo qual esse certame vai ser julgado, como assim o foi.

Verificamos que o princípio do julgamento objetivo encontra arrimo nas normas dos Art's. 40, inciso VII, 43, inciso V, 44 e 45 caput, todos da Lei nº 8.666/93 e suas alterações, *ipsis literis*:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

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;

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

Art. 45 - *O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.*

Zanella di Pietro, explicando este princípio, afirma que, "Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital."

Nesse exato pensar, confirma Odete Medauar que:

"o julgamento, na licitação, é a indicação, pela Comissão de Licitação, da proposta vencedora. Julgamento objetivo significa que deve nortear-se pelo critério previamente fixado no instrumento convocatório, observadas todas as normas a respeito."

Nesse diapasão, considerar a impetrante classificada seria ferir os princípios, da vinculação ao instrumento convocatório, quando estão descumpridos itens do edital, da legalidade quando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório resta previsto em lei (Art. 41, Lei nº 8.666/93) e ainda o princípio da igualdade entre os licitantes quando uns

cumpriram rigorosamente o edital e outros não satisfazem as exigências dos itens editalícios, portanto não há mais o que se cogitar senão a permanência da inabilitação da concorrente já citada.

Os princípios constitucionais dirigem-se ao Executivo, Legislativo e Judiciário, condicionando-os e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes. No Estado de Direito o que se quer é o governo das leis e não dos homens.

Não é por outro motivo que Celso Antonio Bandeira de Mello dá ênfase ao descumprimento desses princípios, assinalando que:

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada."

Os princípios comentados estão estritamente estabelecidos em lei, como já comprovado, isto posto, classificar a impetrante, seria ferir o princípio da Legalidade dos atos públicos, conforme abordado, e como facilmente se comprova pelos enunciados em tela.

O princípio da legalidade constitui-se basilar na atividade administrativa e segundo o qual a Administração está restritamente regulada pelo instituído em lei, ou seja, o administrador ou gestor público está jungido à letra da lei para poder atuar. Seu *facere* ou *non facere* decorre da vontade expressa do Estado (com quem os agentes públicos se confundem, segundo a *teoria da apresentação* de Pontes de Miranda), manifestada por lei. Nesse exato sentido é a lição de Celso Ribeiro Bastos:

"... É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer. (CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Saraiva, 2ª ed., São Paulo, 1996, p. 25.)

O Mestre MIGUEL SEABRA FAGUNDES, em sua obra "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", Saraiva, São Paulo, 1984, pág. 3, assevera:



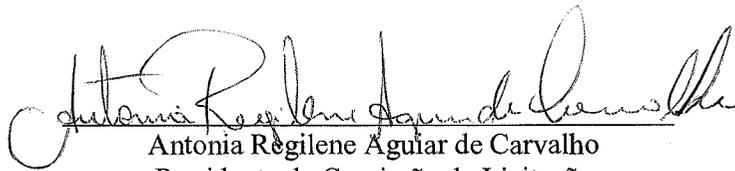
“Administrar é aplicar a Lei de Ofício.”

Desta feita, classificar a recorrente seria incorrer em ilegalidade do ato administrativo, e, conseqüentemente, do procedimento licitatório, caso em que haveria de ser o mesmo anulado.

Desta forma entendemos:

I - Pela permanência da desclassificação da empresa CONSTRUTORA SANTA BEATRIZ LTDA EPP pelas razões acima expostas, como forma de preservar-se a legislação competente, mormente os princípios norteadores da atividade administrativa, tais quais, o da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Cariré – Ce, 10 de janeiro de 2018


Antonia Regilene Aguiar de Carvalho
Presidente da Comissão de Licitação



Cariré - Ce, 11 de janeiro de 2018

Tomada de Preços nº 2510.01/2017-SMS

Julgamento de Recurso Administrativo

Ratificamos o posicionamento da Comissão de Licitação do Município de Cariré quanto aos procedimentos processuais e de julgamento acerca da Tomada de Preços nº 2510.01/2017-SMS, principalmente no tocante a permanência da desclassificação da proposta da empresa CONSTRUTORA SANTA BEATRIZ LTDA EPP, por entendermos condizentes com as normas legais e editalícias.

Sendo o que nos consta, subscrevemo-nos.


Letícia Reichel dos Santos
Secretária de Saúde