

## Pregão/Concorrência Eletrônica

---

### ▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

#### **INTENÇÃO DE RECURSO:**

Sr. Excelentíssimo pregoeiro, a empresa qualificada como habilitada, não anexou certidão de registro da empresa, não apresenta Engenheiro de Segurança do Trabalho no quadro e o BDI apresentado não se enquadra no regime do simples nacional onerando a contratante e infringindo o item 21.5.8 do Termo de Referência.

Fechar

## Pregão/Concorrência Eletrônica

### ▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

#### RECURSO :

FUNDAÇÃO ESTATAL DE SAÚDE DE NITERÓI – FeSaúde  
AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO

Ref: Pregão Eletrônico FeSaúde nº 052/2023  
Processo Administrativo nº 9900032567/2023

WTECH ENGENHARIA E SERVIÇOS DE REPAROS E MANUTENÇÃO PREDIAL LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 22.772.488/0001-08, com sede à Avenida Sete de Setembro, 317, sala 411, Icaraí, Niterói – RJ, CEP 24.230-251, correio eletrônico: contato@wtechengenharia.com.br, vem, por meio deste, interpor o presente

#### RECURSO ADMINISTRATIVO

pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

#### DO MÉRITO

1 – O presente recurso vem impugnar a aceitação da proposta da primeira colocada, LUKE'S ENGENHARIA LTDA, CNPJ 30.678.636/0001-58, pois a mesma aceitação está viciada em seus elementos, pois esta não cumpriu os requisitos previstos no edital.

2 – A LUKE'S ENGENHARIA LTDA não anexou certidão do CREA, não comprovou possuir engenheiro de segurança do trabalho em seu quadro técnico e o seu BDI apresentado não está enquadrado no Simples Nacional infringindo o item 21.5.8 do Termo de Referência, e sim, utilizou o referencial do edital. Inclusive, em consultas no portal que comprova que a empresa está no Simples Nacional, mas fez BDI referencial do edital. Tal BDI trouxe um aumento do custo para a Administração Pública que se reverteria para enriquecimento sem causa para o licitante LUKE'S ENGENHARIA LTDA, pois o mesmo receberia valores maiores com custos menores mediante fraude na informação prestada, além disso, impossibilitando o ajuste de planilha modificando todos os itens apresentado inicialmente.

3 – O Código Civil é claro neste ponto, ao demonstrar que o enriquecimento sem causa do licitante LUKE'S ENGENHARIA LTDA onera a Administração Pública contratante do serviço previsto no edital de licitação:  
Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

4 – A citação do termo de referência do edital é inequívoca, conforme disposto em seu item 21.5.8:  
"21.5.8. As licitantes optantes pelo Simples Nacional devem apresentar os percentuais de ISS, PIS e COFINS discriminados na composição do BDI que sejam compatíveis com as alíquotas a que a empresa está obrigada a recolher, previstas no Anexo IV da LC nº 123/2006, bem como que a composição de encargos sociais não inclua os gastos relativos às contribuições que essas empresas estão dispensadas de recolhimento, conforme dispõe o art. 113, §3º da referida Lei Complementar (Acórdão TCU nº 2622/2013 – Plenário)."

5 – A aceitação do licitante que violou o disposto no edital, e, assim, violou a Lei nº 14.133/2021, que trata das licitações e traz os princípios gerais que regem as licitações, principalmente o princípio da vinculação ao edital:  
Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

6 – Cabe lembrar que na licitação, a vinculação à lei é complementada pela vinculação ao ato convocatório. A Administração Pública dispõe de margem de autonomia para configurar o certame, mas é de sua incumbência determinar as condições de disputa, e essas condições vinculam a autoridade licitatória.

7 – Da mesma forma, o TCU já definiu a questão há bastante tempo, de modo a configurar o princípio da vinculação ao edital antes da atual lei de licitações:  
REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO, VISANDO À AQUISIÇÃO DE SOLUÇÃO DE BALANCEAMENTO DE APLICAÇÃO COM SUPORTE EM SSL/TLS (SECURE SOCKETS LAYER/TRANSPORT LAYER SECURITY), OPERAÇÃO ASSISTIDA E CONSULTORIA TÉCNICA SOB DEMANDA. ALEGAÇÃO DE DIVERSAS FALHAS DURANTE A FASE DE CLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS. OITIVA. DEFERIMENTO DE INGRESSO NOS AUTOS DO REPRESENTANTE NA CONDIÇÃO DE PARTE INTERESSADA. DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA DE LICITANTE SEM A DEVIDA CONVOCAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DO TESTE DE BANCADA PREVISTO NO EDITAL. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PERIGO DA DEMORA REVERSO. CONHECIMENTO E PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS. (TCU - RP: 45502020, Relator: MARCOS BEMQUERER, Data de Julgamento: 09/12/2020)

8 – Igualmente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também tratou do tema de forma semelhante: Direito Administrativo. Concurso público. Edital que exige formação universitária e licenciatura plena. Candidato que não atende a este requisito por estar cursando a faculdade. Aplicação do princípio da vinculação ao edital. "RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. LEILÃO. EDITAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. EDITAL FAZ LEI ENTRE AS PARTES. O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório se

traduz na regra de que o edital faz lei entre as partes, devendo os seus termos serem observados até o final do certame, vez que vinculam as partes" (STJ, 1ª Turma, REsp. nº 354977/SC, Min. Humberto Gomes de Barros). Desprovidimento do recurso. (TJ-RJ - APL: 01497633920018190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 7 VARA FAZ PUBLICA, Relator: NAGIB SLAIBI FILHO, Data de Julgamento: 23/11/2004, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/12/2004)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ACRÉSCIMO DE VANTAGEM NÃO PREVISTA NO EDITAL AO VENCEDOR. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL E À ISONOMIA. PROVIMENTO AO RECURSO. I - A impetrante, ora apelada, não tem o direito líquido e certo à arrecadação da TUT - Tarifa de Utilização de Terminais, à mingua de autorização legal, contratual ou editalícia, sendo certo que o termo aditivo que previa o recolhimento foi declarado nulo em razão de ilegalidade; II - Em decorrência da autotutela administrativa, a Administração pode reapreciar os atos produzidos em seu âmbito e anular aqueles eivados de nulidade, conformando-os aos ditames da lei. Precedentes dos egrégios Supremo Tribunal Federal E Superior Tribunal de Justiça; III - Não há desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato de concessão firmado entre as partes, uma vez que a cobrança da TUT sequer constava no edital licitatório ou no contrato, fato reconhecido pela própria apelada no momento do requerimento administrativo para proceder ao recolhimento; IV - O acréscimo de receitas não previstas no edital em favor do vencedor da licitação é medida que vulnera os princípios da vinculação ao edital e da isonomia, na medida em que os demais licitantes se habilitaram atentos ao previsto na peça editalícia; III - Provimento ao recurso. (TJ-RJ - REEX: 00921816320108190002, Relator: Des(a). ADEMIR PAULO PIMENTEL, Data de Julgamento: 17/12/2014, DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/09/2014)

9 - A melhor doutrina já vinha se manifestando sobre o ponto, em esclarecer que somente há discricionariedade ao ser elaborado o edital, mas depois de publicado o mesmo é vinculante à autoridade licitante:

Uma vez realizadas as escolhas atinentes à licitação e ao contrato, exaure-se a discricionariedade, que deixa de ser invocável a partir de então - ou, mais corretamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita, como regra, a refazer toda a licitação, ressalvadas as hipóteses de inovações irrelevantes para a disputa. (MARÇAL FILHO, Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p.120)

Trata-se de aplicação específica do princípio da legalidade, razão pela qual a não observância das regras fixadas no instrumento convocatório acarretaria a ilegalidade do certame (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 18).

10 - Em verdade, conforme orientação do Tribunal de Contas da União (TCU) no Acórdão nº 2.622/2013, ao tratar em tópico específico sobre a incidência do regime tributário Simples Nacional pelas empresas licitantes no momento da apresentação de propostas, adotou-se o seguinte entendimento:

(...)

199. Além disso, as empresas optantes pelo Simples Nacional estão dispensadas do pagamento de algumas contribuições instituídas pela União, como as contribuições para Serviços Sociais Autônomos (Sesi, Sesc, Senai, Sebrae etc.), as contribuições relativas ao salário-educação e a contribuição sindical patronal, de que trata o art. 240 da Constituição Federal, as quais não estão incluídas no sistema de recolhimento unificado (art.13, § 3º, da LC 123/2006).

200. Dessa forma, nos orçamentos de obras públicas, a estimativa dos percentuais dos tributos do BDI ganha uma maior complexidade, visto que não é possível prever os diversos regimes de tributação que as empresas licitantes estão enquadradas, além da própria diversidade de tributos que compõem o Simples Nacional e da variabilidade de seus percentuais, bem como da exclusão das contribuições sociais do Sistema S (Sesi, Senai, Sebrae etc.) do cálculo dos encargos sociais das obras. Em função disso, considera-se que o BDI do orçamento base da licitação pode, por exemplo, estimar os percentuais dos tributos que incidem sobre o faturamento (ISS, PIS e Cofins) pelo regime comum e incluir os gastos previstos para o ressarcimento dos encargos sociais daquelas contribuições sociais.

201. Por outro lado, na fase de elaboração das propostas de preços, considera-se que a composição de BDI das ME e EPP contratadas pela Administração Pública deve prever alíquotas compatíveis com aquelas em que a empresa está obrigada a recolher, conforme os percentuais contidos no Anexo IV da LC 123/2006, e não incluir na composição de encargos sociais os gastos relativos ao ressarcimento das contribuições a que estão dispensadas de recolhimento, conforme disposto no art. 13, § 3º, da referida Lei Complementar. (grifo nosso)

(...)

203. Conclui-se, dessa forma, que a proposta de preços da empresa vencedora do certame, comprovadamente optante do Simples Nacional deve estar de acordo com as disposições previstas na LC 123/2006 quanto aos tributos que integram a composição de BDI e às

contribuições do Sistema S que compõem os encargos sociais da obra, por se tratar de um regime diferenciado e favorecido dispensado às ME e EPP por força de expressa previsão constitucional, de modo que os benefícios tributários conferidos pelo Simples Nacional estejam devidamente refletidos nos preços contratados pela Administração Pública.

11 - Portanto, a empresa que ficou em primeiro lugar, ao não cumprir o edital, não pode sequer ser habilitada, devendo ser convocada a segunda colocada, que é a presente recorrente.

#### DO PEDIDO

Pelo exposto, requer a este órgão julgador:

a) A empresa LUKE'S ENGENHARIA LTDA deve ser desclassificada do certame em função de ter apresentado alíquotas de PIS, COFINS, ISS divergente para empresas enquadradas no regime de tributação para o Simples Nacional, repassando a administração custos que a empresa não recolhe, em desconformidade com a previsão da Lei 123/2006 e o Acórdão 2622, TCU - Plenário;

b) A reconsideração, em três dias úteis, do ato de habilitação da empresa LUKE'S ENGENHARIA LTDA, CNPJ 30.678.636/0001-58, excluindo-a do processo e convocando esta recorrente;

c) Caso não reconsidere, a intimação de LUKE'S ENGENHARIA LTDA, CNPJ 30.678.636/0001-58, para contrarrazões e a remessa dos autos à autoridade superior, para julgamento e deferimento do pedido de inabilitação do primeiro

colocado, por não respeitar o edital, com a convocação da presente recorrente.

Niterói, 31 de janeiro de 2024.

LAIZILENE TORRES  
134.892.057-23  
SÓCIA ADMINISTRADORA

**Fechar**