



PARECER JURÍDICO

**MANUTENÇÃO DA DECISÃO DO PREGOEIRO.
VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO
CONVOCATÓRIO. ARTIGOS 3º, 41 E 55, XI, DA LEI
Nº 8.666/1993.**

PREGÃO ELETRÔNICO - Nº 096/2022

I - DO RELATÓRIO

Trata-se de análise de Recurso Administrativo interposto pelas empresas D'LEON COMERCIO E SERVIÇOS EIRELI – EPP e PG CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS EIRELI, onde ambas alegam inexecuibilidade da proposta da empresa A. M. SERVIÇOS DE LIMPEZA LTDA.

Destaca-se que a primeira recorrente requereu o seguinte:

“Destarte, em razão dos fatos e fundamentos expostos, REQUER-SE que o presente Recurso seja CONHECIDO e PROVIDO, para MODIFICAR a decisão deste I. Pregoeiro no sentido de DESCLASSIFICAR a empresa A. M. SERVICOS DE LIMPEZAS LTDA, CNPJ nº 40.294.856/0001- 31, pelas seguintes razões: a) A proposta comercial da empresa apresenta vícios insanáveis, tendo em vista o percentual a menor indicado a título de PIS e COFINS na composição do BDI, além dos percentuais em desacordo com a legislação vigente no que tange aos encargos sociais, que acarretariam a majoração da sua proposta de preços e a transformação de tais tributos em lucros indevidos”



Enquanto a segunda recorrente PG CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS EIRELI, requer:

A reconsideração da aprovação da proposta da A. M. SERVIÇOS DE LIMPEZA LTDA no Pregão Eletrônico nº 096/2022-SRP, sendo remetida ao setor de engenharia para reanálise de sua viabilidade.

Os recursos foram tempestivamente interpostos, tendo sido apresentada contrarrazões pela recorrida, não havendo nulidades quanto ao procedimento, passo a análise pormenorizada do recurso.

II - DA FUNDAMENTAÇÃO - DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Dentre os principais pontos debatidos pela empresa licitante em seu recurso administrativo e no julgamento emitido pela Comissão Permanente de Licitação – CPL, é a observância ao Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Considerando a sua extrema relevância, e que este vincula não só a Administração, como também os licitantes às regras nele estipuladas, passamos a discorrer sobre o entendimento a este princípio.

Dessa feita, em se tratando de regras constantes de instrumento convocatório, deve haver vinculação a elas. É o que estabelecem os artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei nº 8.666/1993, verbis:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.
Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Art. 55. São cláusulas



necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor; (grifo nosso). Assim, trata-se, na verdade, de princípio inerente a toda licitação e que evita não só futuros descumprimentos das normas do edital, mas também o descumprimento de diversos outros princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo.

Ou seja, reforçamos o ponto de que 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 deste último. Nesse sentido, vale citar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no art. 3º da Lei n 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 299). (Grifo nosso).

Quando a Administração estabelece no edital as condições para participar da licitação, estipulando a relação de documentos a serem apresentados, a exigência de documentos que não conste no rol previamente estabelecidos, burlados estão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital, está sendo prejudicado por se preparar antecipadamente.

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados, onde as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos.

Como se vê, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos princípios administrativos, preceitua que o prazo



concedido deve ser nos exatos termos das regras previamente estipuladas. Isso sem contar a necessidade de perpetuação de tal vinculação durante toda a execução do contrato.

Como bem destaca Fernanda Marinela, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório leva à assertiva de que o edital é a lei interna da licitação:

Como princípio específico da licitação, tem-se a vinculação ao instrumento convocatório. O instrumento, em regra, é o edital que deve definir tudo que é importante para o certame, não podendo o Administrador exigir nem mais nem menos do que está previsto nele. Por essa razão, é que a doutrina diz que o edital é lei interna da licitação, ficando a ele estritamente vinculada, conforme previsto no art. 41 da lei. MARINELA DE SOUSA SANTOS, Fernanda. Direito Administrativo. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 264. (Grifo nosso)

A vinculação da Administração aos estritos termos do edital de convocação da licitação é exigência expressa do art. 41 da Lei nº 8.666/1993, sendo que esse artigo veda à Administração o descumprimento das normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Observa-se que o recurso faz menção que BDI, razão pela qual, restou elaborado parecer técnico para auferir a inexecuibilidade do preço.

Assim, vejamos o que foi constatado no parecer técnico n 004/2023:

“Após comparação das duas Propostas apresentadas pela A. M. SERVIÇOS DE LIMPEZAS LTDA, observa-se que a mesma apresenta um BDI aonde seu percentual final encontra-se fora da faixa estabelecida pelo acordão, no entanto a mesma apresenta a composição do cálculo do CPP justificando o percentual final do BDI.

Nos documentos encaminhados a esta Secretaria não consta a planilha base de composição do BDI. Administração deve, portanto, observar o



PREFEITURA DE
MACAÍBA

objeto específico que será licitado, atentando-se para as particularidades relativas ao local da sua execução, à complexidade do empreendimento, aos impostos usualmente incidentes sobre as empresas que atuam no segmento, etc. Ou seja, é preciso que a Administração identifique os custos indiretos que potencialmente podem incidir sobre a execução do objeto pretendido. Feito isso, a Administração poderá estabelecer parâmetros objetivos para avaliar a aceitabilidade do BDI previsto na planilha, o que permite, também, a fixação de um percentual máximo a ser aceito para fins de classificação das propostas, conforme prevê o art. 40, X, da Lei de Licitações.

Como não existe planilha base de composição do BDI para que sirva de parâmetro para a análise referente os BDIs apresentados pelas licitantes nesse certame, tomou-se como base apenas as planilhas apresentadas pelas mesmas como forma de retratar os seus custos indiretos. Diante disso o BDI apresentado pela A. M. SERVIÇOS DE LIMPEZAS LTDA verificou que a mesma apresenta um BDI um pouco acima da faixa isso se justifica pelo percentual utilizado referente ao item de CPP, lembramos que o percentual superado é apenas de 0,29%, cabe ressaltar ainda que como o valor total da obra equivale ao mencionado somatório, não é necessariamente irregular a apresentação de uma taxa BDI acima da prevista no edital da licitação, posto que a referência para fins de averiguação da compatibilidade dos preços com os praticados no mercado é o montante global da obra ou dos itens especificados.

A desclassificação de proposta de licitante que contenha taxa de BDI acima de limites considerados adequados pelo TCU só deve ocorrer

quando o preço global ofertado também se revelar excessivo, dado que a majoração do BDI pode ser compensada por subavaliação de custos de serviços e produtos.

Lembramos que a Secretaria de Infraestrutura do Município apenas relata as divergências técnicas, quando encontradas, na elaboração das propostas financeiras das Licitantes, ficando a cargo da Comissão de Licitação deliberar sobre a possibilidade de sanar as divergências apontadas neste parecer.”

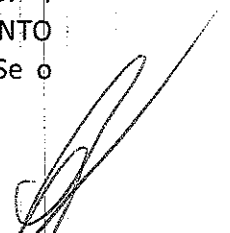
Dessa forma, tendo em vista que o parecer técnico restou favorável a recorrida quanto a composição dos preços, acompanho o entendimento técnico.

Assim, não é possível acolher a pretensão recursal, uma vez que o Preço Global não restou superado, uma vez que a desclassificação de proposta de licitante que contenha taxa de BDI acima de limites considerados adequados pelo TCU só deve ocorrer quando o preço global ofertado também se revelar excessivo, dado que a majoração do BDI pode ser compensada por subavaliação de custos de serviços e produtos, o que não é o caso in tela.

Ainda sobre a vinculação ao edital, Marçal Justen Filho afirma que “Quando o edital impuser comprovação de certo requisito não cogitado por ocasião do cadastramento, será indispensável a apresentação dos documentos correspondentes por ocasião da fase de habilitação” (Pregão. Comentários à Legislação do Pregão Comum e do Eletrônico, 4ª ed., p. 305).

Sobre o tema, igual orientação pode ser encontrada no Supremo Tribunal Federal (STF), no Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) e no Tribunal de Contas da União, como será a seguir demonstrado. O STF (RMS 23640/DF) tratou da questão em decisão assim ementada:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. 4 PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. 1. Se o





PREFEITURA DE
MACAÍBA

licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apocrifia, a inexistência do documento. 2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência. 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso.

exemplo:

O STJ já se manifestou diversas vezes a respeito do tema (por

RESP 595079, ROMS 17658). No RESP 1178657, o tribunal decidiu: ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Tal artigo veda a Administração o descumprimento das normas contidas no 5º edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa", este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a



requerida, não supre a exigência do edital. Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes.

Deve ser destacado que há precedentes do TRF1, onde também já decidiu que a Administração deve ser fiel ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (AC 199934000002288): "Pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada (Lei nº 8.666/93, art. 3º, 41 e 43, I). O edital é a lei da licitação. À despeito do procedimento ter suas regras traçadas pela própria Administração, não pode esta se furtar ao seu cumprimento, estando legalmente vinculada à plena observância do regramento".

O mesmo TRF1, noutra decisão (AC 200232000009391), registrou:

Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º [Lei nº 8.666/93], pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. (...) O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica a pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las (...)" (Justen Filho, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 8ª ed., São Paulo, Dialética, comentários ao art. 41, pgs. 417/420). A conduta da Administração na condução do pleito foi de estrita observância e vinculação ao edital, sendo o direito prejudicado pertencente a terceiro que não observou as prescrições editalícias, sendo descabida a pretensão de beneficiar-se de sua desídia.

Por fim, para além dos tribunais judiciais, mister trazer à baila a posição do TCU sobre a matéria aqui discutida. Há centenas de acórdãos do TCU que tratam da vinculação ao edital, com orientação alinhada àquela apresentada neste parecer e que podem ser sintetizadas na recomendação apresentada pelo tribunal no Acórdão 483/2005:



“Observe com rigor os princípios básicos que norteiam a realização dos procedimentos licitatórios, especialmente o da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo, previstos nos artigos 3º, 41, 44 e 45 da Lei nº 8.666/1993”.

Decisões reforçam essa posição do TCU, como se constata no sumário dos acórdãos a seguir transcritos:

Acórdão 4091/2012 - Segunda Câmara REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇO. EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA EM PERCENTUAL MÍNIMO DE 50% PARA TODOS OS ITENS LICITADOS. ILEGALIDADE. ACEITAÇÃO DE ATESTADOS DOS VENCEDORES EM DESACORDO COM O PRÓPRIO EDITAL. MALFERIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA 7 AOS RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO

Acórdão 966/2011 - Primeira Câmara REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÃO ELETRÔNICO. CONSTATAÇÃO DE ALGUMAS FALHAS RELACIONADAS À INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração e o licitante a observarem as regras e condições previamente estabelecidas no edital.

III – DA DECISÃO

Diante de todo o exposto, com fulcro nos fundamentos de fato e direitos acima indicados, OPINO pelo conhecimento dos recursos apresentados em razão da tempestividade, porém devem ser IMPROVIDOS, mantendo-se a decisão da pregoeira.

Encaminhe-se os autos para a Autoridade Superior para



julgamento e continuidade do processo licitatório.

S.M.J.

Macaíba/RN, 14 de fevereiro de 2023.


ELTON OLÍMPIO DE MEDEIROS MAIA

OAB/RN 5913 – ACESSOR JURÍDICO MUNICIPAL