Parecer da Procuradoria Administrativa

PROCESSO: PGE nº 18488-1239070/2014 (acompanhado dos autos do processo IAMSPE nº 14501/2012 - 39 Volumes)

PARECER: PA n.º 17/2015

INTERESSADO: INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – IAMSPE

EMENTA: LICITAÇÃO. EDITAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. Pretendida alteração de contrato de obras e serviços de engenharia visando ao acréscimo de serviços relativos a canteiro de obras (mobilização, manutenção e desmobilização) e serviços de administração local. Alegação da contratada de falta de previsão na planilha de custos anexa ao edital, em que pese cuidar-se de serviços imprescindíveis à realização do objeto contratado. Serviços descritos no edital, o qual, ademais, determinava que os preços fossem orçados com todas as despesas diretas ou indiretas e margens de lucro para execução do objeto. Princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da igualdade entre os licitantes. Art. 37, XXI, da Constituição Federal; arts. 3º, *caput* e 41, *caput*, ambos da Lei nº 8.666/93. Responsabilidade do licitante pela elaboração de sua proposta, que deve refletir todos os custos. Eventual dúvida ou divergência relativa ao conteúdo do edital deveria ser objeto de oportuna solicitação de esclarecimentos ou de impugnação, conforme o caso. Art. 40, VIII e art. 41, §§1º e 2º, ambos da Lei nº 8.666/93. **Precedentes:** PA nº 83/2011; PA nº 125/2014. Inexistência de amparo legal para repactuação do preço contratado visando ao acréscimo de despesa já conhecida por ocasião do certame. Caso concreto que não se insere nas hipóteses legais previstas no artigo 65, incisos I e II da Lei nº 8.666/93.

I. Os presentes autos são encaminhados a esta Procuradoria Administrativa, por determinação do Senhor Procurador do Estado Assessor respondendo pelo expediente da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, para análise e manifestação quanto à consulta formulada pelo Senhor Chefe de Gabinete do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE (fls. 02/06), relativamente à conduta a ser adotada pela autarquia, ante a pretensão formulada pela empresa Engeform Construção e Comércio Ltda. (“Engeform”), contratada mediante procedimento licitatório para a realização de obras

de reforma, ampliação e construção no Hospital do Servidor Público Estadual “Francisco Morato Oliveira” (“HSPE”).

2. No ofício inaugural, a autoridade informa que a contratada pleiteia a celebração de aditivo contratual visando à repactuação do preço contratado no montante R\$ 24.902.545,83 (vinte e quatro milhões, novecentos e dois mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e oitenta e três centavos), relativos ao acréscimo de despesas referentes aos serviços de “administração local” e “canteiro de obras (implantação, manutenção e desmobilização)”, sob o argumento de que tais itens não estariam previstos na planilha de custos anexo ao edital, razão pela qual deixou de incluí-los em sua proposta de preço.

3. Relata que, segundo a contratada, haveria vício no edital face à ausência, na planilha de custos diretos, dos itens pleiteados, os quais tampouco teriam sido incluídos na composição de seu BDI (Benefício/Bonificação e Despesas Indiretas). A interessada teria argumentado, ainda, que não impugnou o edital porque os vícios encontrar-se-iam imperceptíveis *“e que, apesar da menção no edital acerca da obrigatoriedade de referidos itens comporem o preço a ser proposto pelos participantes, os itens aqui pleiteados não estavam contemplados no modelo de planilha de preços, anexo ao edital, que deveria ser seguido pelos licitantes”* (fl. 03).

4. A autoridade afirma, outrossim, que, de acordo com a contratada, os demais licitantes não teriam incluído tais itens em suas propostas, vez que utilizaram o modelo de planilha integrante do edital, fato que haveria gerado grande defasagem entre o preço proposto e o valor real gasto para realização da obra, *“posto que os referidos itens são imprescindíveis para a realização do serviço”* (fl. 03).

5. O Senhor Chefe de Gabinete do IAMSPE afirma que, de fato, os serviços pleiteados não teriam sido incluídos na planilha de custos diretos anexa ao edital. Menciona que a autarquia enviou ofícios para as quatro empresas participantes do certame para indagar acerca da previsão, em suas planilhas, dos itens relativos a “administração local” e “canteiro de obras”, relatando que as respostas haviam sido negativas e, ainda, que não teria havido inclusão destes itens no BDI. Pondera, por fim, acerca da suposta existência de vício no edital; manifestando preocupação com eventual anulação do certame e do contrato, o que resultaria na paralisação das obras, com prejuízo para a Administração. Dessa forma, solicita, face ao pleito da contratada, orientação relativa à conduta a ser adotada.

6. Além do Ofício “S” IAMSPE nº 1628/2014 (fls. 02/06), no qual a consulta é formulada, os autos foram instruídos com carta subscrita pela diretoria da Engform, datada de 07 de novembro de 2014 (fl. 09), por meio da qual encaminha ao IAMSPE Parecer da lavra do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que conclui pela viabilidade de elaboração do aditivo contratual pretendido (fls. 10/30). Registro que o pedido de alteração do contrato formulado pela contratada não se encontra nos autos.

7. Observo que o processo PGE nº 18488-1239070/2014 vem acompanhado dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/2012 (39 volumes), tendo por objeto a Concorrência Pública nº 002/2013, que visou à contratação para execução de obras de reforma, ampliação e construção da primeira fase do Plano Diretor do Complexo Hospitalar do Hospital do Servidor Público Estadual; e subsequente acompanhamento da execução contratual (fls. 01 a 8.759).

É o relatório. Passamos a opinar.

8. Em caráter preliminar, observo que os documentos mencionados no item 5 do presente – quais sejam, as respostas que teriam sido enviadas ao IAMSPE pelos licitantes acerca da inclusão em suas propostas das despesas referentes à “administração local” e “canteiro de obras” – não acompanharam o Ofício “S” IAMSPE nº 1628/2014, embora sejam referidos como anexos. Não se reputa necessária, contudo, diligência para juntada, vez que teriam sido emitidas por terceiros, estranhos à relação contratual. Ademais, não apresentam relevância jurídica eventuais esclarecimentos colhidos *a posteriori* dos licitantes quanto ao que teriam incluído – ou não – em suas propostas. O cotejo das mesmas, no que possa interessar à presente consulta, deve ser feito a partir dos documentos apresentados por ocasião do certame, os quais estão encartados aos autos do processo IAMSPE nº 14.501/12.

9. Ainda em caráter preliminar, depreende-se que as ponderações formuladas pela autoridade consulente, no ofício inaugural, acerca de suposto vício no certame, estejam calcadas, exclusivamente, na análise realizada unilateralmente pela própria contratada e no parecer jurídico que apresentou, posto que não consta, nos autos, parecer oriundo da Consultoria Jurídica do IAMSPE ou de outro órgão da Procuradoria Geral do Estado, que ampare aludidas considerações.

10. Registro, por último, que esta Especializada restringir-se-á ao exame da questão descrita no Ofício “S” IAMSPE nº 1628/2014, sintetizada nos itens precedentes, não se atendo à análise de aditivos já celebrados ou em análise no âmbito da autarquia.

11. Extrai-se, do relato formulado pelo Senhor Chefe de Gabinete do IAMSPE, que a empresa contratada para realização de obras de reforma e construção do HSPE pretende a alteração do contrato, com fundamento no artigo 65, inciso I da Lei nº 8.666/93, sob a alegação de que estaria suportando o custo de serviços não expressamente previstos no edital, não obstante imprescindíveis para execução do objeto. Pleiteia, dessa forma, o acréscimo de serviços de “administração local” e “canteiro de obras”, bem como a adequação do preço contratado.

12. Importa destacar, de início, que, ao disciplinar a apresentação de propostas pelos licitantes, o edital da Concorrência Pública nº 002/2013 estabeleceu, em seu item 4.4.4.1:

“Os preços incluem todas as despesas diretas ou indiretas e as margens de lucro da Contratada, que se refiram ao objeto descrito e caracterizado no Projeto Básico e seus complementos, tais como: materiais, mão de obra e serviços de terceiros aplicados à própria obra ou em atividade de apoio, como vigilância e transporte; locações de máquinas e equipamentos, ou de imóveis e instalações auxiliares à obra; consumo de água, energia e telecomunicações; seguros legal ou contratualmente exigidos; encargos sociais e trabalhistas; impostos e taxas incidentes sobre a atividade econômica ou a obra em si; multas aplicadas pela inobservância de normas e regulamentos; alojamentos e alimentação; vestuário e ferramentas; depreciações e amortizações; despesas administrativas e de escritório; testes laboratoriais ou outros exigíveis por norma técnica etc.”(grifamos)

13. Por sua vez, o Projeto Básico Complementar (Anexo I do Edital)² apontou a necessidade de que a contratada previsse, no seu escopo de obra, “todas as movimentações necessárias para o perfeito funcionamento dos serviços médicos e de apoio, durante o período estabelecido para a reforma”³. Os itens 13⁴ e 14⁵ do mesmo Anexo I determinaram que:

“Os serviços contratados deverão ser desenvolvidos de maneira que **as instalações de canteiro, caçambas e equipamentos não obstruam a circulação de veículos e pedestres em trânsito rotineiro no edifício.**” (grifamos)

“As áreas de canteiro, de circulação de serviço, bem como de intervenção propriamente dita deverão ser isoladas e aparelhadas de maneira a propiciar totais condições de segurança aos operários, funcionários do IAMSPE e público em geral, atentando às legislações específicas de segurança e saúde (...)” (grifamos)

14. Acrescente-se, ainda, que o Memorial Descritivo, que integra o Projeto Básico (Anexo I do Edital), consignou:

A.5.2.1 Do Canteiro de Obras

Correrão exclusivamente por conta da INSTALADORA todas as despesas com relação à implantação, manutenção e administração do seu canteiro de obras.

A INSTALADORA será responsável pela manutenção da ordem nas áreas sob sua responsabilidade, mantendo serviço de vigilância do seu canteiro de obras, até a conclusão do Contrato.”⁶ (grifamos)

1 Fl. 1104 dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/2012.

2 Fls. 1125 e seguintes dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/2012.

3 Fl. 1125 dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/2012.

4 Fl. 1138 dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/2012.

5 Fl. 1138 dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/2012.

6 Fls. 1149 dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/2012.

15. Oportuno esclarecer que, nas contratações de obras e serviços de engenharia, consideram-se, habitualmente, despesas de “administração local” aquelas que *“incorridas para manutenção das equipes técnica e administrativa e da infraestrutura necessárias para a consecução da obra. Entre as despesas que normalmente são alocadas nesse item, encontram-se: gastos relativos a pessoal (engenheiros, mestres, encarregados, almoxarifes, vigias, pessoal de recursos humanos e demais [sic] mãos de obra não computadas nas planilhas de custos unitários dos serviços) e despesas administrativas (contas de telefone, luz e água, cópias, aluguéis), dentre outros”*⁷.

16. Por sua vez, as despesas referentes a “canteiro de obras” têm *“por finalidade cobrir os custos de construção das edificações e suas instalações (hidráulicas, elétricas, esgotamento) destinadas a abrigar o pessoal (casas, alojamentos, refeitórios, sanitários etc.) e as dependências necessárias à obra (escritórios, laboratórios, oficinas, almoxarifados, balança, guarita etc.), bem como os arruamentos e caminhos do serviço”*⁸. Como “mobilização e desmobilização” relacionam-se a *“despesas para transportar, desde sua origem até o local onde se implantará o canteiro de obra, os recursos humanos, bem como todos os equipamentos e instalações (usina de asfalto, centrais de britagem, centrais de concreto etc.) necessários às operações que aí serão realizadas. Estão também aí incluídas as despesas para execução das bases e fundações requeridas pelas instalações fixas e para sua montagem, colocando-as em condição de funcionamento.”*⁹

17. Com a devida vênia de opiniões divergentes, é evidente que os custos de mobilização, manutenção e desmobilização de canteiro de obras, bem como os de administração local foram expressamente previstos e deveriam ser considerados pela contratada. Ainda que não fosse por força da expressa previsão, certamente cumpria à interessada, na formulação de sua proposta, prever todos os custos **diretos e indiretos**, assim como sua margem de lucro, sob pena de inobservância das regras editalícias. E não há dúvida de que as despesas reclamadas são inerentes às obras de engenharia, não podendo ser ignoradas por empresa da área, habilitada à execução de obra de vulto, como a que é objeto da contratação.

18. CLÁUDIO SARIAN ALTOUNIAN ensina que o chamado “custo direto” corresponde *“à parte do custo do serviço que depende diretamente da quantidade de bens produzidos, ou seja, pode ser facilmente vinculada à execução de determinado bem ou serviço”* e, por isso, *“guarda relação proporcional ao quantitativo produzido”*¹⁰; en-

7 ALTOUNIAN, Cláudio Sarian, in: **Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização**; 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 103.

8 *Ibidem*, p. 88.

9 *Ibidem*, p. 88.

10 **Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização**, p. 72.

quanto o “custo indireto” é “a parte do custo do serviço que não pode ser associada de forma proporcional às quantidades produzidas”¹¹.

19. Por sua vez, designa-se por BDI (Benefício/Bonificação e Despesas Indiretas), o “valor das despesas indiretas e do lucro da empresa. É usualmente expresso em forma de percentual e estabelecido como fator multiplicador que, aplicado ao valor total do custo direto, fornece preço final da obra”¹².

20. A contratada alega que não teria considerado as despesas referentes à “administração local” e ao “canteiro de obras” entre os custos diretos, vez que **não** teriam sido expressamente listadas na planilha de custos unitários anexa ao edital. Afirma, ainda, que tampouco as teria computado em seu BDI, como custo indireto, invocando a jurisprudência exarada pelo Tribunal de Contas da União, no sentido de que tais despesas devem constar na planilha de custos diretos.

21. Face à clareza do instrumento convocatório, e à própria natureza das despesas em exame, é certo que deveriam ser consideradas para composição do preço; seja como custo direto, ou como custo indireto, mediante inclusão no BDI. Eventual divergência da contratada acerca do conteúdo da planilha de custos anexa ao edital, ou seu entendimento acerca da classificação de uma despesa como custo direto ou indireto, certamente não autoriza a alegada incompletude na elaboração de sua proposta; o que configura descumprimento das expressas determinações contidas no edital.

22. Constata-se, portanto, que não se trata de serviços não previstos e posteriormente acrescidos, alteração de projeto ou decorrentes de fatos supervenientes imprevisíveis ou imprevisíveis. Na realidade, a contratada pretende alterar o preço contratado sem respaldo legal e em evidente violação aos princípios da licitação, em especial a vinculação ao edital, a isonomia entre os licitantes e a economicidade.

23. É de se destacar que **competem, aos licitantes, a partir do exame do edital, a elaboração de suas propostas, pela qual se responsabilizam**. Acrescenta-se que, para habilitação, o edital (item 5.1.2, fls. 1108 dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/12) exigia a realização de visita técnica (item 15, fls. 1122 dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/12), exatamente com o objetivo de que as licitantes pudessem conhecer as condições do local onde seriam realizados os serviços, para elaboração das respectivas propostas de preço.

24. A partir da análise da íntegra do edital, compete aos particulares a elaboração de suas propostas de preços. A respeito da elaboração das propostas, oportuna a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO:

11 *Ibidem*, p. 72.

12 *Ibidem*, p. 73.

“... imperioso assinalar que a adoção de uma planilha por parte da Administração não elimina a autonomia privada. Essa planilha tem efeito vinculante para a Administração, não para o particular.

Excluídas certas soluções ou certos itens reputados como essenciais pela Administração, caberá ao particular a autonomia para inovar os termos da planilha de custos.

Isso significa dizer que é perfeitamente possível que o particular atinja à conclusão de que o objeto pode ser executado mediante soluções e custos distintos daqueles estimados pela Administração. Em tal caso, caberá a ele apresentar a planilha contendo as próprias projeções. A Administração poderá realizar diligências para verificar a seriedade e a exequibilidade da proposta.”¹³ (grifamos)

25. JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR cita decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no Processo administrativo TJRJ nº 12.870/99, na qual se reconhece a responsabilidade de cada licitante pelo conteúdo de sua respectiva proposta de preço:

“... inalbergável é, também, o argumento de que o índice utilizado na planilha administrativa vincula a planilha dos licitantes. A planilha administrativa corresponde a mera estimativa do custo do objeto, necessária para que se instaure o certame (art. 7º, §2º, II). A planilha de cada licitante representará os custos e a margem de lucro deste licitante, que, naturalmente, se empenhará para apresentar valor final abaixo, se possível, do valor estimado pela Administração. Nisto consiste a competição.

No caso, conforme esclarecido às fls..., a planilha administrativa apenas adotou, como referencial do índice o ISS, no item relativo à estimativa da incidência de tributos, aquele vigente no Município do Rio de Janeiro, o que não significa que seria este o índice obrigatório para os cálculos de cada licitante. Razoável que, abstraído o dissenso jurisdicional quanto à competência tributária – impróprio de transferir-se para sede administrativa –, a concorrente houvesse adotado o índice vigente no Município de sua sede, que não é o do Rio de Janeiro. Se, uma vez contratada, houver, eventualmente, de recolher imposto de maior valor, terá de arcar com a diferença, porquanto a proposta vencedora é, sim, vinculante do contrato...”¹⁴ (grifamos)

26. É de se destacar que esta Procuradoria Administrativa já consignou, em diversas oportunidades, a responsabilidade do licitante pelo conteúdo de sua proposta¹⁵; exurgindo relevante ressaltar que **o reequilíbrio econômico-financeiro**

13 **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**; 15. ed., São Paulo: Dialética, p. 162.

14 **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**, 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 507-508.

15 Nesse sentido, por exemplo, os pareceres PA nº 83/2011 (Parecerista Dra. Marisa Fátima Gieski) e 125/2014.

do contrato não pode ser invocado para solucionar eventuais equívocos ou insatisfação em relação à elaboração da mesma¹⁶.

27. Tratando-se, portanto, de **despesas inerentes à contratação e previamente conhecidas, a contratada deveria tê-las considerado por ocasião do certame**, não podendo agora, no curso da execução do contrato, pretender repactuação de preços não autorizada pela legislação.

28. Reitere-se, outrossim, que a classificação das despesas de “administração local” e de “canteiro de obras” como custo direto ou como custo indireto não elide o dever da contratada de incluí-las em sua proposta de preço, posto que, como demonstrado, assim determinava o edital. Caso tivesse dúvida ou entendesse inviável seu cômputo no BDI, consoante afirmou invocando jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a contratada deveria ter empregado, tempestivamente, os instrumentos legais disponíveis (Art. 40, VIII e art. 41, §§1º e 2º, ambos da Lei nº 8.666/93), solicitando esclarecimentos ou apresentando impugnação. Nesse sentido, observa MARÇAL JUSTEN FILHO que:

“A Lei nº 8.666 determina que o silêncio do interessado acerca do vício do edital acarreta-lhe a impossibilidade de argui-lo posteriormente. Qualquer vício deve ser objeto de imediato protesto por parte do licitante, sob pena de o silêncio constituir obstáculo a posterior questionamento.

...

O art. 41, § 2º deve ser interpretado no sentido de evitar a má-fé e a desídia. Certamente, o sujeito que arguir tardiamente o vício de ilegalidade não pode ser premiado.”¹⁷

29. O Tribunal de Contas da União, cuja jurisprudência é invocada pela contratada, já entendeu que *“a proposta ofertada deverá seguir as quantidades do orçamento-base da licitação, cabendo, no caso da identificação de erros de quantitativos nesse orçamento, preceder-se à impugnação tempestiva do instrumento convocatório, tal qual assevera o artigo 41, § 2º da Lei 8.666/93”¹⁸.*

30. O ordenamento não permite, porém, que a contratada acresça, após a contratação, custos previamente conhecidos e que deveriam estar incluídos em sua proposta, o que contraria frontalmente os princípios previstos no artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93:

16 Cite-se, sobre a matéria, o Parecer PA-3 nº 256/2000 (Parecerista Dra. Dora Maria de Oliveira Ramos).

17 **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**; p. 664.

18 Acórdão nº 1.977/2013, Plenário.

“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 lhe são correlatos.”(grifamos)

31. Atente-se, também, ao disposto no artigo 37, caput e seu inciso XXI da Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei...” (grifamos)

32. Cabe destacar, ademais, que a contratada sagrou-se vencedora do certame apresentando o preço de R\$ 146.844.128,55 (cento e quarenta e seis milhões, oitocentos e quarenta e quatro mil, cento e vinte e oito reais e cinquenta e cinco centavos), conforme ata de julgamento¹⁹. Caso o montante de R\$ 24.902.545,83 (vinte e quatro milhões, novecentos e dois mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e oitenta e três centavos) fosse somado ao valor de sua proposta, esta resultaria no total de R\$ 171.746.674,38 (cento e setenta e um milhões, setecentos e quarenta e seis mil, seiscentos e setenta e quatro reais e trinta e oito centavos), superando a da última colocada no certame²⁰, a licitante Planova Planejamento e Construções S/A, que ofertou, por ocasião da licitação, o preço total de R\$ 149.867.886,82 (cento e quarenta e nove milhões, oitocentos e sessenta e sete mil, oitocentos e oitenta e seis reais e oitenta e dois centavos)²¹.

33. Importante ressaltar que a licitante Planova reconheceu estarem inseridas, em sua proposta, as despesas de “administração local” e “canteiro de obras”, vez que, ao apresentá-la, declarou que **“os preços incluem todas as despesas dire-**

19 Fls. 4321 dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/2012.

20 Fls. 4321 dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/2012.

21 Fls. 3216/3217 dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/2012.

*tas ou indiretas e as margens de lucro da Contratada, que se refiram ao objeto descrito e caracterizado no Projeto Básico e seus complementos, tais como: materiais, mão de obra e serviços de terceiros aplicados à própria obra ou em atividades de apoio, como vigilância e transporte; locações de máquinas e equipamentos, ou de imóveis e instalações auxiliares à obra; consumo de água, energia e telecomunicações; seguros legal ou contratualmente exigidos; encargos sociais e trabalhistas; impostos e taxas incidentes sobre a atividade econômica ou a obra em si; multas aplicadas pela inobservância de normas e regulamentos; alojamentos e alimentação; vestuário e ferramentas; depreciações e amortizações; **despesas administrativas e de escritório**; testes laboratoriais ou outros exigíveis por norma técnica”²² (grifamos).*

34. Da mesma forma, a segunda colocada no certame, a licitante Schahin Engenharia S/A, que apresentou o preço de R\$ 147.711.034,30 (cento e quarenta e sete milhões, setecentos e onze mil, trinta e quatro reais e trinta centavos)²³ também declarou expressamente haver incluído todos os custos diretos e indiretos inerentes à consecução do objeto, mencionando, tal qual a licitante Planova, despesas inerentes à “administração local” e ao “canteiro de obras”.

35. Assim, a se adotar a premissa sustentada pela contratada, e caso o montante pleiteado – R\$ 24.902.545,83 – fosse acrescido à sua proposta, esta superaria, com folga, o preço da última colocada no certame e a própria previsão contida no orçamento da Administração²⁴; o que reforça a inviabilidade da pretensão formulada. Além disso, é importante observar que a alegação de que as despesas pleiteadas não foram incluídas no BDI não está comprovada, vez que a contratada não discriminou sua composição.

36. Não obstante desborde os limites da questão proposta e, tampouco, possa infirmar as conclusões já exaradas, convém registrar que a composição do BDI em obras de engenharia corresponde a tema em contínuo debate. O Tribunal de Contas da União tem constituído grupos de trabalho e realizado detalhados estudos sobre a matéria²⁵, **especialmente com objetivo de conferir maior transparência às contratações, evitar a inclusão de itens em duplicidade nos orçamentos e para facilitar o futuro gerenciamento de aditivos contratuais.**

37. As conclusões mais recentes da Corte de Contas Federal, resultado de estudo desenvolvido por grupo de trabalho criado com o objetivo de definir faixas aceitáveis para valores de taxas de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) especifi-

22 Fls. 3.216/3.217 dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/2012.

23 Fls. 3.470 dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/2012.

24 Fls. 1112 – item 7.2 ‘c’ do edital e fl. 2303.

25 Destacam-se os **acórdãos nºs 325/2007, 2.369/2011 e 2.622/2013, todos do Plenário do TCU.**

cas para cada tipo de obra pública e para aquisição de materiais e equipamentos relevantes, estão condensadas no Acórdão nº 2.622/2013 (Plenário – Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa), no qual se reconheceu que

“É justamente sobre o BDI de obras públicas que residem as maiores discussões no meio técnico e profissional da engenharia de custos, não havendo consenso sobre alguns de seus principais elementos conceituais e sobre a forma de mensuração de seus componentes”.(grifamos)

38. Em que pese a pendência de conclusões definitivas sobre diversos pontos relacionados à apuração do BDI, as recentes decisões do Tribunal de Contas da União têm recomendado que nele não sejam incluídas as despesas relativas à “administração local” e ao “canteiro de obras”, mas sim nos custos diretos²⁶. No entanto, no bojo das considerações formuladas no Acórdão 2.622/2013 observou-se que, nas discussões que ocorrem no meio técnico da engenharia de custos, encontram-se ainda defensores do retorno dos custos de “administração local” para a composição do BDI, ante a constatação da dificuldade de controle destes gastos quando inseridos na planilha de custos diretos²⁷. Em síntese, portanto, embora a Corte de Contas tenha mantido sua recomendação relativa à inclusão das aludidas despesas nos custos diretos, concluiu pela necessidade de aprofundamento dos estudos, especialmente em relação ao estabelecimento de parâmetros de mercado para os custos de “administração local”.

39. Por outro lado, é bom que se observe que, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, há decisões que admitem a inclusão das despesas em comento no BDI (processo TC-043100/026/09); embora não se cuide de entendimento unânime (processo TC-020005/026/13).

40. Ao analisar a evolução da jurisprudência da Corte de Contas Federal sobre a composição do BDI, Cláudio Sarian Altonian reconhece que diversas são as metodologias empregadas para a definição do seu valor, concluindo no sentido da viabilidade de admissão de mais de uma alternativa, desde que não impliquem a ***“cobrança de valores em duplicidade ou incompatíveis com os efetivamente praticados”***²⁸. Esta, portanto, a preocupação que tem norteado o desenvolvimento da doutrina e jurisprudência relacionada à matéria, **exurgindo relevante que a Administração, na elaboração de seus editais, atente para a transparência, com o objetivo de evitar a duplicidade no cômputo de custos em obras.**

26 Acórdãos 325/2007; 2.369/2011 e 2.622/2013.

27 Nesse sentido, o Acórdão 2.622/2013 registra que os dados obtidos permitiram constatar que os custos médios da “administração local” aumentaram quando inseridos na planilha de custos diretos em relação a quando inclusos como componentes do BDI.

28 **Obras públicas – licitação, contratação, fiscalização e utilização**; p. 112.

41. Vai de encontro a estes objetivos o detalhamento dos custos diretos em planilhas anexas aos editais. No entanto, tal providência é recomendável também em relação aos custos indiretos²⁹. No caso em exame, o edital adotou BDI de 28%, porém não se exigiu que os licitantes discriminassem sua composição, o que inviabiliza aferir a alegação da contratada de que tampouco teria incluído as despesas reclamadas no BDI.

42. Em que pese aludida impossibilidade, algumas comparações podem ser feitas de forma a auxiliar na análise do presente caso. A partir dos estudos desenvolvidos, o Tribunal de Contas da União tem sugerido a adoção de percentuais para o BDI, consoante o tipo de obra. Nas obras de edificação, o Acórdão nº 2.622/2013 sugeriu que se fixe o BDI entre 20,34% (mínimo) e 25% (máximo); percentuais inferiores aos 28% adotados na proposta de preço da contratada³⁰, o que, portanto, em tese, permitiria a alocação de outras despesas, que, em princípio, não estariam sendo computadas no BDI pelo Tribunal de Contas da União.

43. Aludida constatação, aliada à comparação da proposta da contratada com aquelas apresentadas pelos demais licitantes por ocasião da licitação, assim como com o preço consignado na planilha da Administração³¹, reforça as conclusões anteriores no sentido da inviabilidade do pleito formulado, até mesmo porque a soma do valor pretendido resultaria em montante superior aos valores de mercado, conforme apurado por ocasião do certame.

44. Por fim, é importante ressaltar novamente que, no caso concreto analisado, não restou caracterizada a presença dos requisitos legais que justifiquem a alteração contratual pretendida pela contratada ou desequilíbrio na equação econômico-financeira; não se configurando nenhuma das hipóteses previstas no artigo 65, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93. MARÇAL JUSTEN FILHO sintetiza a respeito do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos que:

“A quebra do equilíbrio econômico-financeiro e o reconhecimento do direito a sua recomposição depende da presença de dois pressupostos básicos:

- ocorrência superveniente de eventos extraordinários, de cunho imprevisível ou de efeitos incalculáveis; e

- ampliação dos encargos e/ou a redução das vantagens originalmente previstas.”³²

29 Observo que, por ocasião da análise do edital, a Chefia da Consultoria Jurídica do IAMSPE recomendou a inclusão de anexo referente à composição do BDI (item 'c', fl. 983 dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/2012).

30 Fl. 2953 dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/2012.

31 Fl. 2303 dos autos do processo IAMSPE nº 14.501/2012.

32 **Curso de Direito Administrativo**, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 429.

45. O caso concreto não trata de eventos posteriores à formulação das propostas, mas, aparentemente, de eventual insatisfação da contratada com seu conteúdo, circunstância que não autoriza a celebração de aditivo contratual. O citado autor observa a este respeito que:

“O restabelecimento da equação econômico-financeira depende da concretização de um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa do agravamento da posição do particular. Não basta a simples insuficiência da remuneração. Não se caracteriza rompimento do equilíbrio econômico-financeiro quando a proposta do particular era inexecutável. A tutela à equação econômico-financeira não visa a que o particular formule proposta exageradamente baixa, e após vitorioso, pleiteie elevação da remuneração.

Exige-se, ademais, que a elevação dos encargos não derive de conduta culposa imputável ao particular. Se os encargos tornaram-se mais onerosos porque o particular atuou mal, não fará jus à alteração de sua remuneração.

Caracteriza-se uma modalidade de atuação culposa quando o evento causador da maior onerosidade era previsível e o particular não o levou em conta. Tal ocorre nas hipóteses de força maior, a ausência de previsão do evento previsível prejudica o particular. Cabia-lhe o dever de formular sua proposta tomando em consideração todas as circunstâncias previsíveis. Presume-se que assim tenha atuado. Logo, sua omissão acarretou prejuízos que deverão ser por ele arcados.”³³

46. Por todo o exposto, e considerando os elementos que foram submetidos ao exame desta Especializada, concluímos que a celebração de aditivo contratual para repactuação de preços pleiteada pela contratada não é viável, posto que não autorizada pela legislação.

É o parecer.

À consideração superior.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2015.

Luciana R. L. Saldanha Gasparini

Procuradora do Estado

OAB/SP n.º 120.706

33 **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, 15. ed., São Paulo: Dialética, 2012, p. 890.

PROCESSO: GDOC nº 18488-1239070/2014

PARECER: PA nº 17/2015

INTERESSADO: Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE

De acordo com o Parecer PA nº 17/2015.

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral do Estado – Área da Consultoria Geral.

PA., em 3 de março de 2015.

DEMerval FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado respondendo pelo expediente

da Procuradoria Administrativa

OAB/SP nº 245.540

PROCESSO: 18488-1239070/2014 (ap. Proc. IAMSPE 14501/2012)

INTERESSADA: Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE

ASSUNTO: Ofício S IAMSPE nº 1628/2014. Licitação. Reforma e ampliação do Hospital do Servidor Público Estadual “Francisco Morato Oliveira”

Manifesto minha anuência às irreprocháveis conclusões do Parecer PA nº 17/2015, que mereceu a aquiescência da i. Chefia da Procuradoria Administrativa (fl. 54).

Remeta-se o presente ao Senhor Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça jurídico-opinativa em questão.

São Paulo, 03 de março de 2015.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador Geral do Estado
Área da Consultoria Geral

PROCESSO: 18488-1239070/2014 (ap. Proc. IAMSPE 14501/2012)

INTERESSADA: Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE

ASSUNTO: Ofício S IAMSPE nº 1628/2014. Licitação. Reforma e ampliação do Hospital do Servidor Público Estadual “Francisco Morato Oliveira”

Aprovo, por seus próprios e jurídicos fundamentos, o Parecer PA nº 17/2015.

Restitua-se à Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, para divulgação do opinativo aos órgãos de execução a ela jungidos.

Após, recambie-se ao Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE, por intermédio de sua Consultoria Jurídica.

São Paulo, 5 de março de 2015.

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Procurador Geral do Estado