

Resposta ao Recurso Administrativo

Ref.: Tomada de Preços nº 1505.01/2020

Objeto: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUTAR OS SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO DE UMA CRECHE NO BAIRRO ESTAÇÃO NA SEDE DO MUNICÍPIO DE TURURU

Recorrente: E2 CONSTRUTORA, CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA

Trata o presente sobre análise e julgamento do recurso impetrado, tempestivamente, pela empresa E2 CONSTRUTORA, CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA, contra a decisão da Comissão Permanente de Licitação em face à sua inabilitação na Tomada de Preços já citada.

I – DOS FATOS

A ora recorrente foi considerada INABILITADA pela Comissão Permanente de Licitação **por apresentar o item 4.2.5.5 – (garantia de participação) em desacordo com o solicitado quando o mesmo apresentou garantia emitida 1 dia antes da data de abertura do certame**, conforme ata de julgamento da habilitação datada de 19/06/2020, e desta forma, solicita que seja reconsiderada a referida decisão, habilitando-a para prosseguir participando da licitação.

II – DA TEMPESTIVIDADE

2.1. Inicialmente, cabe demonstrar a tempestividade do presente Recurso, visto que o mesmo foi protocolado junto a Comissão Permanente de Licitação no dia 25 de Junho de 2020.

2.2. A publicação do resultado do julgamento dos documentos de Habilitação dos Licitantes ocorreu em 22 de Junho de 2020, iniciando o prazo de 5 dias úteis para a interposição de recursos. Desta maneira, o prazo de recursos expira no dia 26 de Junho de 2020. Onde é inequívoca a sua tempestividade.

III – DAS CONTRA-RAZÕES

3.1. 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.

3.2. O prazo para impugnação do recurso apresentado pela recorrente, iniciou-se 29 de Junho de 2020, data em que foi enviado para os e-mails dos demais participantes do certame, conforme consta nos autos do processo e findou no dia 03 de Julho de 2020. Decorrido esse prazo foi verificado que não houve manifestação de contra-razões para o recurso apresentado.

IV – DA ANÁLISE DO RECURSO

4.1. Preliminarmente há de se esclarecer que a comissão de licitação obedeceu estritamente os ditames da lei no que se refere à exigência de garantia de participação, não tendo o que se falar em afronta a legislação, a comissão agiu de acordo com o que estabelece o inciso III do art. 31 da lei das Licitações e Contratos, senão vejamos:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

(...)

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação. (...)"

4.2. Como podemos ver, o dispositivo legal que permite a exigência de garantia não disciplina prazo para sua emissão. A solicitação para que a garantia de participação seja emitida com 3 dias anteriores a data de abertura, é apenas mais uma condição prévia que a interessada deve atender para que possa ser considerada apta a participar do certame. Da mesma forma que a licitante, antes da abertura dos envelopes, tem de providenciar certidões para a demonstração de sua habilitação jurídica, de sua qualificação técnica ou de sua regularidade fiscal, ela tem de recolher o valor da garantia para que possa ter condições de demonstrar sua qualificação econômico-financeira. Durante a fase procedimental iniciada com a abertura dos envelopes, o órgão examina se as interessadas preenchem as condições

necessárias para participarem do certame, mediante o “julgamento da habilitação”. Essas condições não surgem naquele momento. Elas já devem preexistir. Uma interessada não se torna tecnicamente ou financeiramente qualificada no momento da habilitação. Nessa fase, a administração apenas verifica se a “licitante” comprova o atendimento aos pré-requisitos fixados no edital. As ações que levam ao atendimento a esses pré-requisitos ocorrem antes do início do certame.

4.3. Outrossim é importante ressaltar que a comissão de licitação não exigiu a apresentação da garantia antes do prazo de entrega dos documentos. O que se exigiu foi que a mesma fosse emitida, com 03 (três) dias de antecedência, cujo significado das palavras acima grifadas são completamente distintos. Dessa forma não houve por parte da comissão a obrigatoriedade ou a imposição para que os possíveis concorrentes fossem até o município afim de protocolar a garantia solicitada no item em discussão.

4.4. Outro motivo que leva ao pedido disposto no item 4.2.5.5 do edital é o fato de que não parece técnica e juridicamente possível fixar outra forma de se recolher o valor da garantia, sem que haja um comprometimento financeiro antecedente por parte das interessadas, ou sem que haja prejuízos ao direito de escolha previsto no artigo 56, § 1º, da Lei n. 8.666/1993:

*“§ 1º **Caberá ao contratado** optar por uma das seguintes modalidades de garantia:*

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.”

(grifamos).



4.5. Não há como as interessadas inserirem a garantia (uma das modalidades acima descritas) no envelope da habilitação ou entregarem essa garantia no momento da abertura dos envelopes sem que, antes, adotem medidas que configurem o recolhimento antecipado de valores. Para que providenciem a contratação de um seguro-garantia ou de uma fiança bancária, as interessadas obrigatoriamente devem procurar uma agência ou entidade financeira e lá recolherem a importância necessária ao fornecimento destes instrumentos de garantia.

4.6. Outro ponto que deve ser esclarecido é que a comissão de licitação, em momento algum, quis conhecer previamente dos possíveis participantes do certame. O que pretendeu a comissão de licitação com tal exigência foi dar celeridade ao processo.

4.7. Por oportuno, já para recriminar eventuais argumentos no sentido de que essa forma de recolhimento da garantia traz restrição ao caráter competitivo do certame, cabe recordar os ensinamentos do ilustre Professor Hely Lopes Meirelles (*in Direito Administrativo Brasileiro, 16ª ed., fl. 243*):

4.8. Enfatizamos ainda que as contestações ao item 4.2.5.5 do edital na peça recursal alhures consistem em contestações a termos editalícios, caso em que partindo deste ponto, qualquer contestação junto a Comissão de Licitação acerca dos termos citados, encontra-se com prazo precluso, de modo que deverá ser desconsiderada de pronto.

4.9. O texto legal é explicitamente esclarecedor quando normatiza que o licitante que não impugnar os termos do edital até o segundo dia útil que anteceder a licitação decairá do prazo, inteligência o Art. 41, parágrafo 2º, *ipsis literis*:

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

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que

tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)

4.10. A mais que nenhum dos licitantes sequer contestou as cláusulas editalícias atinentes a esta exigência em tempo hábil para tal, aceitando-as devidamente, do contrário os maiores interessados em participar do certame teriam se manifestado em contrário.

Marçal Justen Filho pondera, verbis:

[...] Se o ato convocatório impôs determinado requisito formal, há que reputar-se relevante e fundamentada a exigência – **mormente se inexistiu tempestiva impugnação pelos licitantes.** (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 449-450, grifou-se)

4.11. Vejamos entendimento do Tribunal Regional Federal 1ª Região, que em julgado percuciente, entende:

TRF-1 - REMESSA EX OFFICIO : REO 14409 DF 95.01.14409-7

Processo:	REO 14409 DF 95.01.14409-7
Relator(a):	JUIZA ASSUSETE MAGALHÃES
Julgamento:	12/11/1999
Órgão Julgador:	SEGUNDA TURMA
Publicação:	17/12/1999 DJ p.875

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. PRAZOS. ART. 41, LEI N. 8.666/93. MÉRITO ADMINISTRATIVO. ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO.

1. O prazo para impugnar o licitante edital de licitação perante a Administração é até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preço ou concurso, ou a realização de leilão (Lei nº 8.666/93, art. 41, § 2º, com a redação da Lei nº 8.883/94).

2. A análise pelo Poder Judiciário restringe-se ao exame da legalidade dos atos administrativos, sendo-lhe vedada apreciação acerca do mérito administrativo, cujos critérios de

oportunidade e conveniência decorrem de exclusiva discricionariedade da Administração. Caso em que o Impetrante pretende a nulidade de edital licitatório impugnado administrativamente, discutindo acerca do conteúdo de normas editalícias, sem ao menos trazer à baila o teor da impugnação, para a verificação de possível ilegalidade.

3. Sentença que concedeu em parte a segurança.
4. Remessa oficial conhecida e improvida.

V – DO PEDIDO DA RECORRENTE

5.1. Transcrevemos o pedido da recorrente em seu recurso *ipsis litteris*:

5.1. *Que seja aceito o presente RECURSO ADMINISTRATIVO por ser tempestivo e previsto na Lei 8.666/93 e no edital de TOMADA DE PREÇOS Nº 1505.01/2020 do Município de Tururu (CE).*

5.2. *Que Vossa Excelência, em face do disposto na Lei 12.527/11 artigo 7º Inciso VI, §§ 3º E 4º E artigo 10 e da Lei 9.784/99 artigos 6º IV, artigo 25 IV, Artigo 31 § 2º e artigo 50 caput e incisos I e V, FUNDAMENTE E MOTIVE suas respostas, com exigem as Leis apresentadas e suas consequências jurídicas.*

5.3. *Que Vossa Excelência comunique no prazo legal à Recorrente, in casu a empresa E2 CONSTRUTORA, CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS EIRELI, situada na Rua Luzia Rocha, 145 - Ferros - Itapajé - CE Fone (85) 3346.2297 CEP 62.600-000 CNPJ 41.313.966/0001-66 - Fone: (85) 9.9198-6783, por e-mail sito ejrmagalhaes@hotmail.com acerca da manifestação desta Douta Comissão de Licitação aos argumentos apresentados no presente Recurso Administrativo.*

5.4. *O acolhimento dos argumentos aqui colacionados em nada comprometem o regular processamento da*

contratação. Seu não acolhimento, no entanto, poderá ensejar a abertura de procedimento junto ao Ministério Público, Tribunal de Contas e Poder Judiciário.

VI – DA DECISÃO

6.1. 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;

[grifos acrescidos]

6.2. Segundo Hely Lopes Meirelles, o edital “é lei interna da licitação” e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.

6.3. O TRF1 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. A 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.

6.4. O TRF1, noutra decisão (AC 200232000009391), registrou:

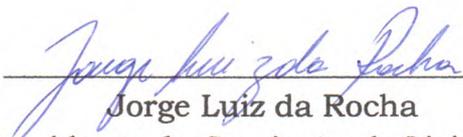
Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º [Lei nº 8.666/93], pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. (...) O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos 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.

6.5. Por fim, para além dos tribunais judiciais, mister trazer à baila a posição do TCU sobre a matéria aqui discutida. Existem diversos acórdãos do TCU que tratam da vinculação ao edital, 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”.

6.6. Desta forma e por todo o exposto, entendemos pela permanência da INABILITAÇÃO da empresa recorrente pelas razões acima expostas, ou seja, mantendo-se o julgamento dantes proferido, 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.

Tururu – Ce, 07 de Julho de 2020



Jorge Luiz da Rocha
Presidente da Comissão de Licitação