Análise e Julgamento de Recursos Administrativos

I - Preliminar

Trata-se de análise ao recurso administrativo, impetrado, pela licitante **CONSTRUTORA NHAMBIQUARAS LTDA** CNPJ: 03.076.083/0001-90 que busca a **INABILITAÇÃO** da empresa **B N PASQUALOTTO ENGENHARIA EIRELI - ME** CNPJ: 26.238.103/0001-88; na Tomada de Preços nº 19/2018, conforme análise da sessão interna no dia 26/11/2018.

II – Da Tempestividade

Inicialmente, cabe demonstrar a tempestividade do presente Recurso.

A publicação do resultado da analise dos documentos de habilitação dos Licitantes nos jornais oficiais do município ocorreu em 26/11/2018, sendo que sua disponibilização deu-se em 27/11/2018. Portanto, no dia seguinte, iniciou-se o prazo de 5 (cinco) dias úteis para a interposição de recursos preconizado no subitem 15.1 do Instrumento Convocatório. Desta maneira, o prazo de recursos expira no dia 04/12/2018.

Como a empresa recorrente **CONSTRUTORA NHAMBIQUARAS LTDA** apresentou seu recurso em 04 de dezembro de 2018, portanto, é **TEMPESTIVA** a peça recursal interposta. Assim, a Presidente e os Membros dessa Comissão de Licitação CONHECEM o Recurso Administrativo ora apresentado.

III – Dos Fatos e Pedidos

Expõe a recorrente as razões de fato e de direito.

A recorrente **CONSTRUTORA NHAMBIQUARAS LTDA** alega que a empresa **B N PASQUALOTTO ENGENHARIA EIRELI - ME** não atendeu ao item 12.9.3 do edital e art. 32, § 2º, da Lei nº 8.666/93, uma vez que a declaração de "Inexistência de fatos supervenientes impeditivos de habilitação e atendimento aos requisitos do Edital" (modelo do

anexo III) apresentado pela referida empresa é documento apócrifo, sem assinatura do seu representante legal.

Durante o prazo dado as licitantes para apresentação de contrarrazões, a licitante **B N PASQUALOTTO ENGENHARIA EIRELI - ME**, se manifestou.

A contrarrazoante **B N PASQUALOTTO ENGENHARIA EIRELI - ME** defende o formalismo moderado, justificando que o documento apresentado com falha sanável é possível aceitar, em nome da razoabilidade e da sua busca pela proposta mais vantajosa. Argumenta ainda que, no item 26.3 do Edital menciona que o Presidente da Comissão de Licitação poderá sanar erros que não alterem a substância das propostas e que na Lei 8.666/93 também permite que a Administração efetue diligências para complementar a instrução do processo.

Assim, a contrarrazoante requer que seja recebido o presente, visto que tempestivamente apresentado e, no mérito, dar-lhe provimento habilitando a licitante.

IV – Da Analise

Passamos a analise do recurso impetrado e contrarrazões apresentadas.

Considerando as razões da recorrente, foi realizada nova analise aos documentos de habilitação da licitante **B N PASQUALOTTO ENGENHARIA EIRELI - ME**, onde a CPL constatou que o documento do item 12.9.3. *DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATOS SUPERVENIENTES IMPEDITIVOS DE HABILITAÇÃO E ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO conforme modelo do Anexo III em original*, está sem assinatura do seu Representante Legal, passível de verificação nas fls. 1622 dos autos, estando com a razão a recorrente.

Diante das justificativas da contrarrazoante, resta claro a confissão de que a licitante descumpriu as condições estabelecidas no item 12.9.3 do Edital.

Fica nítida a inobservância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, uma vez que a licitante supracitada deixou de atender ao referido item.

Tal princípio, consubstancia-se em "princípio essencial cuja inobservância enseja em nulidade procedimental". Além de mencionado no artigo 3° da Lei 8.666/93, ainda tem matizes arraigadas no art. 41, segundo o qual: 'a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Assim, vincular-se ao edital implica no reconhecimento, seja por parte da Administração, seja por parte dos licitantes, de que ambos estão "adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato".

De acordo com Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, o instrumento convocatório:

> *É a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". (FURTADO, Lucas Rocha, Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416)*

É o que estabelecem os artigos 3°, 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;*

Maria Sylvia Zanella Di Pietro argumenta em seu livro de Direito Administrativo. 26º ed. São Paulo: Atlas, 2013:

> *Trata-se de principio 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". E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O principio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender as exigências concernentes a proposta, serão desclassificados (artigo 48, inciso I). (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di*

> *argumenta em seu livro de Direito Administrativo. 26º ed. São Paulo: Atlas, 2013)*

Celso Antônio Bandeira de Melo orienta em seu livro de Curso Direito Administrativo:

> *A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada. (MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 535.)*

A mestre Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos ensina sobre o tema:

> *"Quando a Administração estabelece, no edital, ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial do da igualdade entre os licitantes, pois aquele que prendeu os termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou. Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital." DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito Administrativo. São Paulo:Altas, 2007, p.357.*

É o que posiciona a jurisprudência do STJ:

> *A Administração Pública não pode descumprir as normas legais, tampouco as condições editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei*

8.666/93, art.41) (Resp nº 797.179/MT, 1ª T., rel. Min. Denise Arruda, j. em 19.10.2006, DJ de 07.11.2006)

Consoante dispõe o art. 41 da Lei 8.666/93, a Administração encontra-se estritamente vinculada ao edital de licitação, não podendo descumprir as normas e condições dele constantes. É o instrumento convocatório que dá validade aos atos administrativos praticados no curso da licitação, de modo que o descumprimento às suas regras devera ser reprimido. Não pode a Administração ignorar tais regras sob o argumento de que seriam viciadas ou inadequadas. Caso assim entenda, deverá refazer o edital, com o reinício do procedimento licitatório, jamais ignorá-las. (MS nº 13.005/DF, 1ª S., rel. Min. Denise Arruda, j.em 10.10.2007, DJe de 17.11.2008).

Cabe ainda ressaltar que existem Orientações e Jurisprudências do tribunal de Contas da União concernentes a Vinculação ao ato convocatório:

Acórdão 1060/2009 Plenário (Sumário)

Observe, no que se refere a eventuais alterações propostas, o dever de manutenção do vínculo e compatibilidade estabelecidos inicialmente entre o ato convocatório, o cronograma físico-financeiro e a execução da obra.

Acórdão 932/2008 Plenário

Faça constar dos termos de contratos cláusula que estabeleça sua vinculação ao edital de licitação, conforme o art. 55, XI, da Lei no 8.666/1993.

Acórdão 2387/2007 Plenário

> *Observe rigorosamente o princípio da vinculação ao edital, previsto nos arts. 3º e 41, da Lei nº 8.666/1993, abstendo-se de efetuar prorrogações de contratos não previstas.*

Por sua vez, o Instrumento Convocatório é CLARO ao elencar os requisitos necessários para que a licitante comprove estar apta a contratar com esta administração.

A Lei de Licitações preleciona que tanto a Administração Pública como os interessados ficam **obrigados** à observância dos termos e condições previstos no Ato convocatório.

Posta assim as questões, não há o que se falar em formalismo moderado, sendo caso de INABILITAÇÂO da licitante **B N PASQUALOTTO ENGENHARIA EIRELI – ME.**

Desta forma, a CPL retifica a decisão anteriormente proferida, e **DECLARA** a empresa **B N PASQUALOTTO ENGENHARIA EIRELI - ME <u>INABILITADA</u>** pelo não atendimento ao item 12.9.3 do Instrumento Convocatório.

Assim, torna-se evidente que a CPL deverá rever a decisão anteriormente proferida.

A esse propósito, o princípio da autotutela administrativa representa que a Administração Pública tem o poder-dever de controlar seus próprios atos, revendo-os e anulando-os quando houverem sido praticados com alguma ilegalidade, tais características fundamentam a decisão da equipe técnica, que busca tão somente zelar pela legalidade dos atos.

No que se refere ao principio da autotutela o professor Diógenes Gasparini aduz que:

> *"A Administração Pública está obrigada a policiar, em relação ao mérito e à legalidade, os atos administrativos que pratica. Cabe-lhe, assim, retirar do ordenamento jurídico os atos*

> *inconvenientes e inoportunos e os ilegítimos. Os primeiros através da revogação e os últimos por via de invalidação". (GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo Brasileiro, 17ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2012, pág. 73).*

Outrossim, imperioso ressaltar que a Administração Pública pode rever seus atos a qualquer tempo, desde que reconheça que praticou ato contrário ao direito vigente, conforme entendimento já consagrado pelo STF por meio das súmulas 346 e 473:

> *"A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos."* Súmula 346.
>
> *"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." Súmula 473.*

O Tribunal Superior de Justiça já proferiu decisões sobre o tema:

> ***Tribunal: Superior Tribunal de Justiça***
>
> ***Número: 15.743***
>
> *Recurso: Mandado de Segurança*
>
> *Relator: Napoleão Nunes Maia Filho*
>
> *Data: 04/02/2013*
>
> *Ementa: Administrativo. Mandado de segurança. Licitação na modalidade de concorrência. Serviço de radiodifusão sonora em frequência modulada. Anulação da habilitação da empresa após já ter sido devidamente habilitada, com homologação do certame e adjudicação do objeto em favor da impetrante.*

Ilegalidade do ato. Art. 43, § 5º da Lei 8.666/93. Ausência de fato superveniente. Ordem concedida, em consonância com o parecer ministerial.

(...)

VOTO

(...)

4. Tendo concluído que a proponente preenchia os requisitos previstos no edital para a habilitação no certame, vincula-se a Administração a essa decisão, que ***somente poderá ser alterada, pelo instituto da autotutela, se constatado algum vício de legalidade****, seja pela própria Administração, provocada ou ex officio, ou pelo Poder Judiciário.* ***(GRIFOS NOSSOS)***

Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Número: 1.009.144-4

Recurso: Apelação Cível

Relator: Abraham Lincoln Calixto

Data: 03/09/2013

Ementa: Apelação cível. Mandado de segurança. Procedimento licitatório. Modalidade tomada de preços. Empresa declarada vencedora. Posterior anulação do certame. Possibilidade. Poder de autotutela da Administração Pública. Necessidade, todavia, de observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes. Violação a direito líquido e certo configurada. Segurança concedida. Recurso provido.

(...)

VOTO E SUA FUNDAMENTAÇÃO

(....)

É princípio de direito que a Administração Pública, por força do princípio da autotutela, ***tem o poder de rever seus próprios atos, por motivo*** *de ilegalidade ou* ***oportunidade e conveniência****, conforme o caso, cuja matéria inclusive já se encontra sumulada, nos termos dos verbetes 346 e 473 editados pelo Supremo Tribunal Federal.*

Todavia, ainda que seja possibilitado à Administração Pública anular seus atos quando eivados de ilegalidade, a jurisprudência pátria é tranquila quanto à ***necessidade de observância aos princípios do contraditório*** *e da ampla defesa, sempre que a formalização do ato administrativo houver repercutido na esfera de interesses individuais.* ***(GRIFOS NOSSOS)***

Diante de todas as argumentações expostas, a CPL verificou a inadequação da decisão anterior, modificou-a, visando preservar a legalidade do procedimento. Tal decisão está sendo amparada pela legislação, pelos princípios norteadores da atividade administrativa e com base na doutrina especializada sobre a matéria.

V – Da Decisão

A Comissão Permanente de Licitação, no uso de suas atribuições e em obediência a Lei 8.666/93, em respeito aos princípios licitatórios, respeitados os princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, INFORMA que em referência aos fatos apresentados e da análise realizada nas razões e tudo o mais que consta dos autos, **DECIDE** receber o Recurso da Recorrente **CONSTRUTORA NHAMBIQUARAS LTDA** e no mérito **JULGAR PROCEDENTE,** reformando assim sua decisão anterior, e **DECLARA** a licitante

B N PASQUALOTTO ENGENHARIA EIRELI - ME **INABILITADA** por desatendimento ao Instrumento Convocatório.

Esta é a posição da CPL quanto aos recursos interpostos, e diante disso, encaminha-se a presente à autoridade superior para análise e posterior decisão, com fulcro no art. 109, § 4° da Lei 8.666/93.

Várzea Grande - MT, 13 de dezembro de 2018.

Aline Arantes Correa
Presidente CPL

Toshio Doi
Membro CPL

Jonas Ulisses Ribeiro Macedo
Membro CPL

Carlino Benedito Custodio Araújo Agostinho
Membro CPL

Elizangela Batista de Oliveira
Membro CPL