ANÁLISE DE RECURSO ADMINISTRATIVO

ATO CONVOCATÓRIO ABHA N.º 009/2013

MODALIDADE: COLETA DE PREÇOS

TIPO: TÉCNICA E PREÇO

RECORRENTE: FELCO FALEIROS PROJETOS E CONSULTORIA EM ENGENHARIA LTDA.

RECORRIDO: COMISSÃO ESPECÍFICA DE AVALIAÇÃO E JULGAMENTO

Em 04 de abril de 2014, nesta cidade de Araguari-MG, a Comissão Específica de Avaliação e Julgamento da ABHA, analisou o Recurso Administrativo protocolado no dia 20 de março de 2014, oportunidade em que foi proferida a seguinte análise:

I - DO RECURSO

Recurso Administrativo interposto pela Recorrente acima citada, devidamente qualificada, através de seu representante legal, CONTRA decisão tomada pela Comissão Específica de Avaliação e Julgamento, pugna pela desclassificação da sociedade empresária DRZ Geotecnologia e Consultoria S/S LTDA do processo licitatório em mote, haja vista o descumprimento das normas do edital.

II - DAS FORMALIDADES LEGAIS

Cumpridas as formalidades legais, registra-se que cientificados foram, todos os demais participantes da existência e trâmite do respectivo Recurso Administrativo interposto.

III - DAS RAZÕES E CONTRARRAZÕES RECURSAIS

A Recorrente em suas razões recursais, manifesta seu inconformismo no que tange à participante DRZ Geotecnologia e Consultoria S/S LTDA, sustentando pela sua desclassificação do presente certame, sob o fundamento (i) que houve o desrespeito ao que foi exigido no Ato Convocatório, haja vista que a licitante supra protocolou como sua representante legal a Sr.ª Elisangela Marceli Areano Arduin. Nada obstante, na sessão solene do dia 14 de março de 2014, a representante legal retromencionada não compareceu, participando em seu lugar o Sr.º Agenor Martins Junior, que não consta no contrato social e nem possui procuração para representá-la legalmente. Destarte, ao crivo da Recorrente houve afronta ao edital, uma vez que as normas do edital exigem que os licitantes sejam representados legalmente nas sessões solenes (ii) que sendo decretada a desclassificação da DRZ Geotecnologia e Consultoria S/S LTDA, que a Comissão se digne em declarar a Recorrente como vencedora do certame.

Cumprindo com o que dispõe a norma positivada licitatória, em seu artigo 109, §3º, foi-se dada oportunidade para impugnar o presente recurso no prazo legal.
Assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa, afastando qualquer cerceamento de defesa, a sociedade empresária DRZ Geotecnologia e Consultoria S/S LTDA manifestou suas contrarrazões.

Em relação aos argumentos expostos nas contrarrazões recursais trazidas pela sociedade empresária DRZ Geotecnologia e Consultoria S/S LTDA sustenta que a Recorrente interpretou equivocadamente o Ato Convocatório, em especial, sobre sua desclassificação ante a ausência de sua representante legal na sessão solene do dia 14/03/2014.

Ao crivo da licitante DRZ Geotecnologia e Consultoria S/S LTDA, o edital exige a presença do representante legal ou da pessoa credenciada na sessão pública do dia 08/10/2013.

Entende ainda a licitante DRZ Geotecnologia e Consultoria S/S LTDA que "...a desclassificação da proponente que não se apresentasse com representante legal ou pessoa credenciada na sessão pública em 08/10/2013 ou sua equivalente...".

Afirma ainda, que o não comparecimento do representante legal na sessão solene do dia 14/03/2014 não enseja sua desclassificação, haja vista que o edital não trouxe tal hipótese de desclassificação, trazendo a hipótese apenas para o dia 08/10/2013.

De mais a mais, a concorrente DRZ Geotecnologia e Consultoria S/S LTDA sustenta pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, trazendo à baila alguns posicionamentos jurisprudenciais que corroboram suas alegações.

De igual forma, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa, afastando qualquer cerceamento de defesa, a participante Epsilon Engenharia Ltda também apresenta suas contrarrazões, nas quais argumenta pela desclassificação da DRZ Geotecnologia e Consultoria S/S LTDA, sendo este ponto o que interessa para a presente análise.

Este é um resumo das razões e contrarrazões recursais.

IV - DO PARECER DA COMISSÃO

Passa a Comissão à análise e julgamentos dos itens apontados pela Recorrente e as contrarrazões expostas pela licitante DRZ Geotecnologia e Consultoria S/S LTDA e pela participante Epsilon Engenharia Ltda.

IV.a) - DA PRESCINDIBILIDADE DO REPRESENTANTE LEGAL NA SESSÃO SOLENE DO DIA 14/03/2014

Sustenta a Recorrente que:

> "...A empresa DRZ, protocolou como sua representante legal a sra. Elisângela Marceli Areano Arduin, sua procuradora. No entanto, na sessão do dia 14 de março de 2014, a procuradora da empresa não esteve presente e em seu lugar participou o Sr.º Agenor Martins Junior, que não consta no contrato social da empresa e nem possui procuração para representá-la legalmente, sendo apenas um funcionário desta, ou seja, este sr. não pode representar a empresa DRZ.
> As empresas Felco Faleiros e Epsilon foram, conforme exigido no ato convocatório 09/2013, legalmente representadas. Apenas a empresa DRZ

não cumpriu com a exigência..."

A priori, insta mencionar, que o ordenamento jurídico pátrio preconiza que os atos administrativos devem ser devidamente motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, em especial, quando decidem sobre análise de recursos administrativos, em analogia ao disposto ao artigo 50, V, da Lei n.º 9.784/99. Tudo isto, por força do princípio da motivação.

Nessa trilha, é sabido que a motivação dos atos deve ser explícita, clara e congruente, conforme §1º, do artigo 50, da Lei retromencionada.

Assim, cumprindo com norma citada acima, a Comissão fundamenta sua decisão trazendo os motivos de fato e de direito que embasaram seu ato decisório.

Inobstante ao entendimento ventilado nas razões recursais, a Comissão ao analisar toda a realidade fática, as leis aplicáveis ao caso, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, e os princípios que regem os procedimentos licitatórios, decide pela manutenção da decisão recorrida, pelos seguintes fundamentos:

Preconiza o artigo 43, I, III e §2º, da Lei nº 8.666/1993, a seguinte ordenança:

> **"Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:**
> **I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;**
> **(...)**
> **III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;**
> **(...)**
> **§ 2o Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão.**
> **(...)"** (g.n.)

O artigo 43 direciona a Administração Pública como proceder e julgar os procedimentos estabelecidos pela Lei n.º 8.666/93.

É sabido e tradicional que o edital vincula a Administração Pública e os licitantes, tratando-se de norma interna do procedimento licitatório.
Assim, as diretrizes estabelecidas no edital devem ser cumpridas fielmente pelos licitantes e pelo próprio gestor público, sob pena de ferir o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

No caso em testilha, o edital no item 6.2, preconiza que para o credenciamento os licitantes deveriam trazer as suas propostas em envelopes especificados, bem como conferiu alguns requisitos para o referido ato, como por exemplo, o comparecimento do representante legal.

Após o ato de credenciamento, a Administração Pública designou dia para a

abertura dos envelopes da habilitação e das propostas, que outrora já haviam sido entregues pelos representantes legais devidamente lacrados e assinados.

Insta esclarecer, que na sessão pública, para a abertura dos envelopes de habilitação e das propostas, a presença dos licitantes é FACULTATIVA, podendo estes serem ou não representados.

Entende-se assim, que o §2º, do artigo 43, da Lei n.º 8.666/93, dispõe que os licitantes PRESENTES deverão rubricar os documentos e as propostas. Em uma análise mais extensiva do termo jurídico, denota-se a possibilidade da existência de licitantes ausentes, nem por isso a norma jurídica determina sua desabilitação ou desclassificação.

Nota-se que a lei não exige a obrigatoriedade dos licitantes rubricarem todos os documentos, e nem há no comando legal (Lei 8.666/93) obrigatoriedade de comparecimento, haja vista que sua presença no dia marcado para a abertura dos envelopes contendo as propostas e documentos de habilitação **é prescindível**.
Leciona Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª edição, ed. Dialética, interpretando o artigo 43, §2º da Lei n.º 8.666/93, entende que:

> **"...A presença dos licitantes à sessão é facultativa. Logo, pode ocorrer que nenhum licitante comparecer. Nem por isso, haveria vício..."** (g.n.)

Assim, a sessão pública para a abertura da habilitação e das propostas pode ou não se fazer presente o representante legal, sendo facultativa a sua figura.

Nota-se que o não comparecimento do representante legal à sessão solene ocorrida no dia 14 de março de 2014, não implica em qualquer vício ou prejuízo ao procedimento, bem como aos licitantes presentes.

Pelo contrário, o prejuízo padecido é do próprio ausente, que não poderá realizar apontamentos, apresentar irresignações no ato da sessão solene, fazer constar termos na ata de audiência, manifestar interesse em recorrer, dentre outros direitos que faria jus com sua presença.

Cumpre esclarecer que o não comparecimento do representante legal na referida sessão não acarretou nenhuma falha ou irregularidade ao procedimento, bem como, não obteve vantagens e nem causou prejuízos aos participantes.

Vale ressaltar, que os envelopes contendo as propostas já estavam entregues quando do credenciamento ocorrido em 08 de outubro de 2013, constando no interior dos envelopes as propostas dos participantes em envelopes lacrados e rubricados por todos os participantes presentes no ato do credenciamento.

Repita-se que, o único e eventual prejuízo a ser suportado é do próprio licitante que não se fez presente, ficando impedido de exercer seus direitos.

Além do mais, no caso em testilha inexistiu prejuízo para a Administração Pública, pois a proposta da licitante DRZ Geotecnologia e Consultoria S/S LTDA foi apresentada de

forma tempestiva, além de cumprir com as normas previstas no edital.

Nessa trilha, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais em casos análogos assim entendeu:

> "Representação. Ausência de rubricas porque os licitantes se retiraram da sessão. "Com referência ao fato (...) de que a ata de reunião do Pregão não continha as assinaturas de todos os participantes, em contrariedade ao que dispõe a legislação vigente, constatou-se que (...) o Prefeito responsável pelo certame apresentou a lista de presenças, (...) onde consta a retirada, antes do término do Pregão, de 03 (três) pessoas representantes das duas empresas [de cujos representantes não há assinatura na ata], pelo que entendo que a ausência daquelas assinaturas na ata está plenamente justificada. **Ademais, entendo também que ninguém pode ser forçado a assinar qualquer documento ou comparecer até o final de uma Sessão, uma vez que pode ter se desinteressado durante o curso da Sessão, como ensina Marçal Justen Filho, em seus comentários à Lei de Licitações: 'Que se fazer, porém, se (...) [alguns] licitantes se recusarem a apor sua rubrica? Trata-se de simples irregularidade. A presença dos licitantes à Sessão é facultativa, logo, pode ocorrer de nenhum licitante comparecer. Nem por isso haveria vício. Se a rubrica do licitante fosse essencial à validade da licitação, também o seria o comparecimento à abertura dos envelopes'** (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 8ª ed., 2000. Pág. 431)". (Representação n.º 700031. Rel. Conselheira Adriene Andrade. Sessão do dia 18/09/2007)" (g.n.)
>
> "Representação. Nulidade de cláusula de edital que impede o envio de propostas por via postal. "Conforme se depreende do item 3.2: 'Não serão aceitas documentação e propostas remetidas por via postal ou fac-símile'. Contudo, a restrição imposta aos licitantes não encontra amparo no ordenamento jurídico. A Constituição da República, no art. 37, inc. XXI, **estabelece como princípios norteadores do processo licitatório a isonomia entre os licitantes e a ampla concorrência, sendo que qualquer ato tendente a restringir a participação dos interessados será tido como nulo**.(...)". (Representação n.º 719380. Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada. Sessão do dia 05/12/2006)"

Dessa forma, podemos concluir que o não comparecimento dos licitantes na sessão de abertura de envelopes contendo as propostas de preço NÃO acarreta vício ao procedimento, por não interferir no resultado final, uma vez que os envelopes lacrados já estavam devidamente protocolizados, ou mesmo caracterizar privilégios ou prejuízos a quaisquer dos licitantes presentes ou não na sessão pública.

Neste particular, o próprio Manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União (TCU) à fl. 327 orienta no sentido de que a falta do representante legal não é óbice para a continuidade do certame, uma vez que a ausência de credenciamento não impede o licitante de participar do certame com a proposta escrita. Ressalta-se que no presente caso, a proposta já estava devidamente protocolada em procedimentos anteriores.

Verifica-se que as licitantes da fase final do processo trouxeram, quando exigidas, todos os envelopes na data e horário designado (08/10/2013), em cumprimento aos atos e normas preconizadas no edital e legislação aplicável ao caso.

Diante do exposto acima, limitado à análise da ausência do representante legal na sessão solene do dia 14 de março de 2014, inexiste ferimento ao Ato Convocatório que impõe a desclassificação da empresa DRZ Geotecnologia e Consultoria S/S LTDA.

IV.b) - DO TERMO "CONVOCAÇÃO"

Sustenta a Recorrente que o termo utilizado pela Comissão para chamar os licitantes à sessão pública do dia 14/03/2014, foi "convocação", que transmitiria à obrigatoriedade de comparecimento a referida sessão.

Insta mencionar, que este termo utilizado - convocação - não impõe ao licitante/participante a obrigatoriedade de comparecer à sessão solene.

A expressão utilizada é mecanismo corriqueiro na práxis licitatória apenas se dignando em chamar e cientificar os licitantes que em determinada data, local e horário acontecerá determinado ato administrativo.

Destarte, a expressão "convocação" não traduz a ideia de obrigatoriedade, mas sim, de mero chamamento e cientificação de determinado ato a ser praticado pelo funcionalismo público, inclusive encontra-se o referido termo (convocação) em toda extensão da Lei 8.666/93, e nem por isso transmite a ideia de obrigatoriedade.

Poderia a Administração Pública se valer de qualquer expressão equivalente, tais como: notificação, chamamento, intimação etc.

Observa-se que para o presente caso não consta no edital que a ausência do participante das sessões de aberturas dos envelopes (exceto na fase de credenciamento) acarretaria sua inabilitação ou desclassificação.

Assim, na esfera administrativa, em atenção ao Princípio da Legalidade, os atos devem estar amparados por lei; dessa forma, inexistindo previsão legal no sentido de que a ausência do participante na sessão pública de licitação acarrete sua inabilitação ou desclassificação, não cabe ao gestor público agir sem previsão legal.

IV.c) - DO PRINCÍPIO DA COMPETIÇÃO/DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

Segundo o Manual de Licitações e Contratos, Orientações e Jurisprudência do TCU, pg. 30, o princípio da competição conduz:

> **"...o gestor a buscar sempre o maior número de competidores interessados no objeto licitado. Nesse sentido, a Lei de Licitações veda estabelecer, nos atos convocatórios, exigências que possam, de alguma forma, admitir, prever ou tolerar, condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação.**
> **Além desses princípios, a Administração Pública deve obediência ainda, dentre outros, aos princípios da finalidade, motivação, razoabilidade,**

proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
Normas que disciplinam as licitações públicas devem ser interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação. O princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade, a admitir, por óbvio, excepcionalidades que sejam conduzidas por circunstâncias ensejadoras de determinada feição fora do comum. Não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprimível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que, nos termos do art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993, a licitação destina-se a garantir não só a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração,e também a observância do princípio constitucional da isonomia." (g.n.)

De acordo com orientação do Tribunal de Contas, é inconteste que o gestor público não pode interpretar as normas do edital a ponto de restringir a competição.

Pelo contrário, deve-se pautar pela interpretação extensiva, favorecendo a competitividade entre os licitantes, nada obstante, resguardando o princípio da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.

Ante a análise das normas do edital a Comissão, por todo o exposto descrito neste ato decisório, entende pela aplicação do princípio da competição, outorgando maior amplitude ao certame.

Nesse sentido insta mencionar, algumas decisões do TCU:

"Acórdão 1631/2007 Plenário (Sumário)
A restrição à competitividade, causada pela ausência de informações essenciais no instrumento convocatório, é causa que enseja a nulidade da licitação."

"Acórdão 1556/2007 Plenário (Sumário)
É inconstitucional e ilegal o estabelecimento de exigências que restrinjam o caráter competitivo dos certames."

"Acórdão 539/2007 Plenário (Sumário)
Devem ser evitadas exigências que comprometam o caráter competitivo da licitação. A licitação deve ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos."

"Acórdão 112/2007 Plenário (Sumário)
As exigências editalícias devem limitar-se ao mínimo necessário para o cumprimento do objeto licitado, de modo a evitar a restrição ao caráter competitivo do certame."

"Acórdão 2220/2008 Plenário

Observe as disposições contidas no parágrafo único do art. 4º do Decreto nº 3.555/2000, especialmente no que tange à interpretação das normas disciplinadoras da licitação em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração e os princípios que regem o processo licitatório."

"Acórdão 932/2008 Plenário
A Lei nº 8.666/1993 estabelece, no seu art. 3º, os princípios que devem nortear os procedimentos licitatórios, dentre eles o da publicidade e o da isonomia.
O princípio da publicidade consagra o "dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos". O TCU, ao analisar esse princípio, assim o explicou: "Qualquer interessado deve ter acesso às licitações e seu controle, mediante divulgação dos atos praticados pelos administradores em todas as fases da licitação".

"Acórdão 204/2008 Plenário (Relatório do Ministro Relator)
Zele para que não sejam adotados procedimentos que contrariem, direta ou indiretamente, o princípio básico da vinculação ao instrumento convocatório, de acordo com os arts. 3º e 41 da Lei nº 8.666/1993."

"Acórdão 2387/2007 Plenário
Observe os princípios da transparência, do julgamento objetivo, da vinculação ao instrumento convocatório e da escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, conforme regem os arts. 3º, art. 40, VII, art. 41, caput, 43, IV, art. 44, § 1º e art. 45, da Lei nº 8.666/1993."

"Acórdão 1286/2007 Plenário
Observe, especialmente em relação à interpretação em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração e os princípios que regem o processo licitatório, as regras estabelecidas no parágrafo único do art. 7º do Decreto nº 3.555/2000, e no art. 5º, caput e parágrafo único, do Decreto nº 5.450/2005."

De mais a mais, verifica-se que a situação técnica e preço apresentada pela licitante DRZ Geotecnologia e Consultoria S/S LTDA, foi a mais vantajosa para a Administração Pública.

Destarte, a Comissão mantendo a decisão impugnada garante a aplicação do princípio da busca pela condição mais vantajosa.

IV.d) - TEORIA DO DEVER DE NÃO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

Deve ser aplicada no presente caso, a teoria do DEVER DE NÃO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* aplicável na relação administrativa.

A referida teoria ensina-nos que são inquestionáveis os princípios dos atos próprios, pela qual a ninguém é permitido agir contra seus próprios atos, e tem seu fundamento no princípio geral de Direito, que ordena proceder de boa-fé na vida jurídica,

importando em um dever de comportamento, consistente na necessidade de observar no futuro a conduta que os atos anteriores faziam prever. Não se admite a contradição com sua própria conduta anterior.

Nesse sentido, vale lembrar que em sessão pública os próprios participantes, na presença da Comissão, manifestaram pela presença facultativa nas sessões públicas, devido à distância e aos gastos com deslocamento.

Em atenção ao artigo 110 do Código Civil, nos orienta pela manifestação de vontade, vejamos:

> "Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento."

Sendo assim, diante da manifestação de vontade dos próprios participantes pela presença facultativa nas sessões licitatórias, não subsiste argumentos para pleitear a desclassificação da participante que não trouxe seu representante legal na sessão pública do dia 14 de março de 2014, em atenção e respeito à teoria do DEVER DE NÃO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* aplicável na relação administrativa.

V - DECISÃO

Em 04 de abril de 2014, nesta cidade de Araguari-MG, a Comissão Específica de Avaliação e Julgamento, no uso de suas atribuições legais, realizou análise do Recurso interposto pela participante **FELCO FALEIROS PROJETOS E CONSULTORIA EM ENGENHARIA LTDA**, oportunidade, em que foi proferida a decisão no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso interposto pela Recorrente, pelos fatos e fundamentos exalados.

Ante ao exposto, e em atenção ao item 9.4 do Ato Convocatório, a Comissão, após sua análise sobre os atos licitatórios realizados e julgados até a presente data, faz a remessa do procedimento licitatório devidamente instruído a Diretoria da ABHA, para análise e decisão final, nos termos do artigo 44, §2º da Resolução Conjunta SEMAD/IGAM nº 1.044, de 30 de outubro de 2009.

ORIGINAL ASSINADO
Helder Antunes Pereira
Presidente da Comissão Específica de Licitação e Julgamento

VI - ANÁLISE DO SUPERIOR HIERÁRQUICO

O representante legal da Entidade – ABHA, no uso de suas atribuições, nos termos do artigo 44, §2º da Resolução Conjunta SEMAD/IGAM nº 1.044, de 30 de outubro de 2009, e, nos termos do item 9.4 do ato convocatório, passa a análise das decisões proferidas pela Comissão, na qual recebe o processo devidamente instruído, e no mérito profere a seguinte decisão.

Por todo o exposto, e por tudo que consta no processo licitatório, EM ESTRITA ANÁLISE DA LEI DE LICITAÇÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS, decide **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso interposto pela Recorrente, pelos fatos e fundamentos aqui exalados, e **DECIDE** manter a decisão tomada pela Comissão Específica de Avaliação e Julgamento.

Sendo assim, conclui-se que a Comissão ao praticar seus atos licitatórios, os fez em estrita observância a legislação aplicável ao caso.

Publique-se no site da ABHA - ASSOCIAÇÃO MULTISSETORIAL DE USUÁRIOS DE RECURSOS HÍDRICOS DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO ARAGUARI.

Comunique a Recorrente à decisão tomada.

Araguari-MG, 04 de abril de 2014.

ORIGINAL ASSINADO
RONALDO BRANDÃO BARBOSA
Diretor Presidente Interino

DE ACORDO: 04 de abril de 2014.

ORIGINAL ASSINADO
PÉTULA SOCIEDADE DE ADVOGADOS
Rogério Milani Zanzarini – OAB/MG 113.331
Consultoria Jurídica