REF.: TOMADA DE PREÇOS Nº 002/2022

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 2781/2022

À PREFEITURA MUNICIPAL DE VIANA – ES,

2ª Comissão Permanente de Licitação

HIMALAIA CONSTRUTORA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Avenida José Maria Vivacqua, 280, Ed. Lorenge Unique, Sala 1604, Bairro Jardim Camburi, Vitória/ES, CEP nº 29092-105, inscrita no CNPJ sob o n° 00.471.823/0001-03, vem, através de seu representante legal, o Sr. Marcos Antunes, portador(a) da carteira de identidade n° 903.455 SSP/ES e inscrito(a) no CPF nº 970.166.167-20, apresentar.

RECURSO ADMINISTRATIVO

À decisão que desclassificou a empresa HIMALAIA REFRIGERAÇÃO E CONSERVAÇÃO EIRELI por não ter apresentado declaração de visita técnica.

I – DA TEMPESTIVIDADE

01. Inicialmente, cumpre registrar a tempestividade do presente recurso, eis que a sessão de abertura das propostas ocorreu no dia 10 de agosto de 2022, portanto, plenamente tempestivo frente ao prazo estabelecido no artigo 109, inciso I, alínea “a” c/c §1º, bem como do item 11.1 do Edital em epígrafe.

II – DOS FATOS

02. Trata-se da Tomada de Preços Nº 002/2022, cujo objeto é a contratação de empresa de engenharia e/ou arquitetura especializada para os serviços de reforma e ampliação da UBS Marcílio de Noronha, no Bairro Marcílio De Noronha, no Município De Viana – ES, sob o regime de empreitada por Preço Unitário.

03. O instrumento convocatório, traz no item 6 e subitens a documentação que deverá constar obrigatoriamente no envelope de habilitação. Ademais, no item 8 e subitens, há o rol taxativo de documentos a serem apresentados, de forma obrigatória, no envelope referente à Proposta Comercial.

04. Uma vez compreendidas as especificidades do instrumento convocatório, passa-se às sessões de abertura dos envelopes de habilitação e proposta.

05. No dia 07 de julho de 2022, foi realizada a sessão para abertura dos envelopes de habilitação do certame, na qual estiveram presentes as empresas Construtora Zanetti EIRELI, C.S Costa Comércio e Serviços, Engesan Construções, Serviços e Saneamento LTDA; e Himalaia Refrigeração e Conservação EIRELI.

06. Após análise do corpo técnico desta municipalidade, foi constatada a falta de capacidade técnica da empresa C.S. Costa Comércio e Serviços, restando habilitadas as licitantes:

- Engesan Construções, Serviços e Saneamento LTDA;
- Himalaia Refrigeração e Conservação EIRELI;
- Construtora Zanetti EIREL.

07. Desta forma, foi marcada sessão para abertura e julgamento dos envelopes referentes à Proposta de Preços, às 10h00min, no dia 10 de agosto de 2022. Ato contínuo, a ordem de classificação das propostas ficou da seguinte forma:

- 1º Himalaia Refrigeração e Conservação EIRELI – R$1.048.830,25 (um milhão, quarenta e oito mil, oitocentos e trinta reais, e vinte e cinco centavos).
- 2º Construtora Zanetti EIRELI – R$1.162.686,41 (um milhão cento e sessenta e dois mil, seiscentos e oitenta e seis reais e quarenta e um centavos).
- 3º Engesan Construções, Serviços e Saneamento LTDA – R$ 1.285.925,90 (um milhão, duzentos e oitenta e cinco mil, novecentos e vinte e cinco reais e noventa centavos).

08. Antes do término da sessão, a Sra. Cleonice Almeida Santos, representante da empresa Engesan Construções, Serviços e Saneamento LTDA, suscitou que todas as demais licitantes não apresentaram declaração de visita técnica, *in verbis*:

> "***Considerando não especificar em edital em qual fase se faz necessária a apresentação*** *a empresa Engesan aguardou para certificar que as empresas não teriam colocado no envelope de proposta, e realmente não consta".*

09. Com base na alegação, esta Exma. Comissão entendeu pela desclassificação das empresas Construtora Zanetti e Himalaia Refrigeração e Conservação EIRELI. Contudo, **nas palavras da própria licitante Engesan, o edital não especifica em qual fase seria necessária à sua apresentação.**

10. Urge ressaltar, que a visita técnica é um tópico tratado unicamente no Projeto Básico, item 18, junto às obrigações da Contratante e Contratado. Em seu *caput* é abordada a sua apresentação, porém, sem especificar em qual fase do procedimento licitatório deveria ser feita.

11. Conforme será exposto a seguir, tal iniciativa extrapola as exigências editalícias, havendo divergência entre o Projeto Básico e o Edital. Nota-se ainda, excesso de formalismo na interpretação do tópico, visto que o documento não faz partes daqueles obrigatórios.

III – DOS FUNDAMENTOS

III.1 - DA PREVALÊNCIA DO EDITAL EM RELAÇÃO AOS SEUS ANEXOS

12. A princípio, oportuno destacar, que a empresa Recorrente foi desclassificada por não ter apresentado declaração de visita técnica, documento este não previsto pelo Edital. Conforme registrado em Ata, apenas a empresa Engesan Construções, Serviços e Saneamento o apresentou e, no intuito de gerar óbice ao acolhimento de proposta mais vantajosa, sustenta a sua necessidade.

13. Contudo, basta uma breve leitura do Edital disponibilizado pelo Município de Viana/ES, Tomada de Preços Nº 002/2022, para verificar que a declaração não se encontra no rol de documentos obrigatórios dos envelopes "A – HABILITAÇÃO" e "B – PROPOSTA DE PREÇOS". **Não obstante, a única licitante a apresentá-la, nem mesmo realizou a vista técnica *in loco*, não havendo quaisquer prejuízos para a Administração, pois em nada se distingue em relação às demais empresas participantes, a não ser por sua proposta à preços mais elevados.**

14. Nesse sentido, a Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos – prevê como dever da Administração Pública a apresentação, no processo licitatório, de todos os elementos e informações necessários à elaboração das propostas pelos licitantes, o que se dá estritamente pelo conteúdo do Edital.

15. Ou seja, a Administração Pública possui a responsabilidade de elaborar um instrumento convocatório que possua todas as diretrizes necessárias à elaboração, pelos licitantes, das propostas. Somente assim os particulares que desejam contratar com o Poder Público conhecerão completamente o objeto da licitação, de modo a permitir a devida orçamentação de preços e a avaliação de riscos.

16. *In casu*, a declaração de visita técnica é citada apenas no anexo pertinente ao Projeto Básico, ao qual possui como finalidade a demonstração dos elementos técnicos necessários para caracterizar a obra ou serviço. Assim, em razão da função normativa desempenhada pelo edital e os objetivos perquiridos pela Prefeitura de Viana/ES, **se afigura de todo acertado que prevaleçam as disposições editalícias em detrimento daquelas enunciadas no termo de referência**.

17. Não poderia ser outro o entendimento, já que o tema se encontra completamente pacificado pelo Eg. Tribunal de Contas da União – TCU:

> *"[...] a vistoria ao local das obras somente deve ser exigida quando for imprescindível ao cumprimento adequado das obrigações contratuais, o que deve ser justificado e demonstrado pela Administração no processo de licitação, **devendo o edital prever sua substituição pelo atestado de visita técnica**". (Acórdãos 655/2016, 656/2016, 234/2015, 1.955/2014, 1.604/2014, 714/2014, 1.731/2008, todos do Plenário do TCU);*
>
> *"[...] a definição do objeto da licitação deve ser precisa, suficiente e clara, **não se admitindo discrepância entre os termos do edital, do projeto básico/termo de referência e da minuta de contrato."*** (Acórdão 531/2007-TCU-Plenário).

> *"**Em síntese, a prática adotada pela Administração no procedimento licitatório denota a existência de duas peças, quais sejam, termo de referência e edital, distintas uma da outra. E o termo de referência, publicado como anexo ao edital, é, como já mencionado, peça acessória, complementar do edital. Havendo incongruências entre seu conteúdo e o do edital, prevalecem as disposições deste**. Na situação fática em análise, o termo de referência, anexo ao edital, constitui fonte de informações para esclarecimentos."* (Acórdão 931/2009 – Plenário, da relatoria do Min. Weder de Oliveira).

18. Ademais, caso a licitante Engesan quisesse discutir a exigência de documento, deveria ter feito em sede de impugnação ao Edital e não após a entrega dos envelopes. Nesse sentido, a Lei n° 8666/93 dispõe no seu artigo 21, §4º: *"§4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inqüestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas."*

19. Em síntese, havendo divergência entre o termo de referência e o edital devem prevalecer as regras do edital. Na impossibilidade fática disto acontecer, ou seja, diante da inviabilidade de se sobreporem os termos editalícios àqueles previstas no projeto básico, caberia à Administração retificar e republicar o instrumento convocatório ou anular todo o certame, o que ocasionaria significativo prejuízo ao Interesse Público, dada a morosidade e custos envolvidos.

III.2 - DA VEDAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA EM EDITAL

20. O edital de qualquer procedimento licitatório vincula não só as empresas licitantes, como também a própria Administração Pública que o elabora e publica. Logo, não pode levar a termo interpretação extensiva ou restritiva, quando assim não dispuser

explicitamente o edital, porquanto deve observá-lo com vistas ao Princípio da Estrita Legalidade.

21. Isso decorre da vedação expressa contida na Constituição Federal, mas também presente nos princípios do processo licitatório constante da Lei de Licitações, que preceituam que o Administrador deve se abster de inserir no instrumento convocatório quaisquer cláusulas que comprometam ou restrinjam a competitividade do certame.

22. Nesse sentido, importante verificar a redação do §1º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, nos seguintes termos:

> *"Art. 3º[...] § 1o É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato".*

23. Com a devida vênia, a nenhum servidor da Administração Pública é dada a prerrogativa, por qualquer modo, de violar o caráter competitivo da licitação. Este é da sua essência, é a razão de existir do instituto.

24. Neste mesmo norte assinala Toshio Mukai:

> "*[...] tão essencial à matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, posto que esta é sinônimo de competição". (*Acervo Senado Federal: Licitação - pontos polêmicos. Mukai, Toshio. Data de publicação: 04/1995).

25. **Fica claro, portanto, que o edital, e sua interpretação, não podem trazer formalidades exacerbadas e exigências desnecessárias, que prejudiquem o caráter competitivo do certame, bem como a isonomia do procedimento licitatório, vindo a acarretar numa escolha que não será a mais vantajosa à Administração.**

26. Logo, tais exigências não trazem benefício técnico algum ao certame, ao contrário, apenas impossibilitam a competitividade, ferindo em absoluto o princípio constitucional e administrativo da isonomia

27. Frise-se que formalismo procedimental não se confunde com excesso de formalismo, que por sua vez é medida descabida ao procedimento licitatório. De acordo com Hely Lopes Meirelles, deve-se atentar para que no cumprimento desse princípio não se peque pelo "formalismo", isto é, no apego exacerbado e à formalidade, ao qual implica na absoluta frustração da finalidade principal do certame, que é a de selecionar a proposta mais vantajosa para o ente licitante de forma a prestigiar a isonomia entre os interessados.

28. Tal situação corresponde exatamente ao caso em tela, visto que cabe à esta Exma. Comissão, no momento da análise da documentação, agir com razoabilidade e parcimônia no levantamento de eventuais falhas e omissões, para que o processo não seja interrompido ou frustrado por conta de excesso de formalismo, o que obviamente não ocorreu, tendo em vista a motivação da inabilitação da Recorrente.

29. Com efeito, constatada a presença de todos os documentos essenciais a Proposta e Habilitação, deve esta Exma. Comissão agir com sabedoria e razoabilidade classificando empresa Recorrente, tendo em vista que foram satisfeitas as formalidades necessárias à contratação do vencedor.

III.3 - DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE AS LICITANTES

30. A classificação da Recorrente, *in casu*, não fere o Princípio da Isonomia, haja vista que a empresa efetivamente demonstrou possuir todos os requisitos necessários à contratação, sem incluir qualquer documento posterior à realização da abertura do certame.

31. Nesse sentido, o TCU já decidiu:

> *"Concluiu-se que as desclassificações acima relatadas se deram por razões de aspecto meramente formal, sem levar em consideração o princípio da razoabilidade e a competitividade do certame.* ***As falhas cometidas pelas referidas empresas, a princípio, não provocaram qualquer reflexo em suas propostas, e sua aceitação não feriria a isonomia entre os concorrentes e não teria qualquer efeito indesejável na execução do contrato, somente caracterizando excesso de formalismo em detrimento da competitividade do certame****. 4 Tc-004.835/2011-5.".* Acórdão nº 1291/2011 – TCU. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti. Julgado em 18/05/2011.

32. Além disso, vale dizer que a declaração em nada reflete na proposta da empresa Recorrente, bem como não traz qualquer efeito indesejável à execução do contrato e Interesse Público, ao contrário, prima pela configuração do princípio da eficiência e da economicidade.

33. Diante disso, é evidente que a desclassificação da Recorrente Himalaia Refrigeração e Conservação EIRELI culminaria em tratamento diferenciado entre as licitantes, visto que a declaração de visita técnica não foi exigida no Edital.

IV – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, respeitosamente, requer:

1) A desconsideração do ponto levantado empresa Engesan Construções, Serviços e Saneamento LTDA, dada a sua evidente intempestividade por descumprimento dos prazos estabelecidos nos artigos 109, inciso I, alínea "a" c/c §1º e 41 da Lei 8.666/93, bem como dos itens 4 – DA IMPUGANAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO e 11 – DOS RECURSOS.

2) A reforma no mérito da Decisão exarada por esta Exma. Comissão, que entendeu pela desclassificação da empresa HIMALAIA REFRIGERAÇÃO E CONSERVAÇÃO EIRELI por conta de documento não exigido em Edital, pelos fatos e fundamentos apresentados.

3) A remessa dos autos às autoridades superiores competentes, em caso de não acolhimento do pleito.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Vitória/ES, 11 de agosto de 2022

MARCOS ANTUNES:97016616720 Assinado de forma digital por MARCOS ANTUNES:97016616720 Dados: 2022.08.12 15:01:08 -03'00'

_____

Marcos Antunes

CPF: 970.166.167-20

Representante Legal

HIMALAIA CONSTRUTORA LTDA
CNPJ/MF Nº 00.471.823/0001-03
E-mail: licitacao.himalaia@gmail.com / Tel.: (27) 3338.5975 / (27) 99581-1125
Endereço: Av. José Maria Vivácqua Santos, nº 280, Ed. Lorenge Unique, Sala 1604, Jardim Camburi, Vitória/ES