

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SR. PREGOEIRO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA FRIBURGO.

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO N.º 274/2023

Processo nº 16.635/2023

Data da abertura da sessão: 25/01/2024 às 10h00min

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA., sociedade empresária, com sede estabelecida na Av Morumbi, 8234 - 3.andar, Santo Amaro, São Paulo/SP, CEP 04703-901, inscrita no C.N.P.J. sob o n.º 00.331.788/0001-19 e filial estabelecida à Estrada da Boa Esperança, nº 650, Belford Roxo/RJ, inscrita sob C.N.P.J. n.º 00.331.788/0006-23, doravante denominada RECORRENTE, por intermédio de seu procurador que a esta subscreve, com fundamento no inciso XVIII do Art. 4º da Lei nº 10.520/2002, vem, respeitosamente e tempestivamente, INTERPOR RECURSO ADMINISTRATIVO contra a decisão que declarou VENCEDORA e HABILITADA do certame, a empresa LUK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE USINAS GERADORAS DE OXIGÊNIO LTDA., doravante denominada RECORRIDA, requerendo que seja este recebido e, após analisado, seja reformada a decisão proferida ou faça-o subir à Autoridade Superior, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, garante que:

“Art. 5º (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (g/n)

Com base nesta garantia constitucional, a RECORRENTE pede vênia a esta Douta Comissão de Licitação para apresentar seus memoriais de recurso contra a decisão que declarou a RECORRIDA vencedora e habilitada para os certame, na licitação em referência, pelas razões que serão abaixo aduzidas.

Impende evidenciar que as razões que serão aqui apresentadas encontram respaldo nos princípios e normas que regem o processo licitatório e no entendimento pacificado dos nossos mais ilustres juristas, razão pela qual o presente recurso não tem por objetivo procrastinar o regular andamento do processo licitatório em referência, mas tão somente garantir que os atos administrativos sejam realizados de forma a observar e cumprir os ditames legais que regulam o procedimento da licitação.

Sendo assim, conforme será fundamentado a seguir, a decisão da Nobre Julgadora merece ser reformada, como forma de garantir a mais lúdima e impostergável JUSTIÇA.

II. DOS FATOS.

Na data de 25 de janeiro de 2024 houve a abertura do certame modalidade Pregão Eletrônico nº 274/2023, cujo objeto é “a aquisição de CENTRAL DE AR COMPRIMIDO MEDICINAL para atender às necessidades do Hospital Municipal Raul Sertã”.

Onde, resultou como arrematante a empresa Recorrida LUK INDÚSTRIA, e após a análise dos documentos foi declarada vencedora. Porém, temos que discordar da análise da Ilma Pregoeira sobre a documentação da empresa Recorrida, pois, como iremos discorrer, ocorreram vícios insanáveis, resultando em NÃO ATENDIMENTO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO pela Recorrida, conforme apontaremos a seguir:

III. SOBRE O PARECER EQUIVOCADO DA HABILITAÇÃO DA EMPRESA LUK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE USINAS GERADORAS DE OXIGÊNIO LTDA.

Preliminarmente, temos que mencionar que esta Administração Pública deve seguir o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório em sua totalidade, ou seja, é dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir a apresentação dos documentos de habilitação do ato convocatório, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica dos licitantes.

O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório obriga a Administração e a licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no instrumento de convocação, assim corrobora a Lei de Licitações a seguir:

LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993

(...)

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.
(...)

Seção II

Da Habilitação

ANArt. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

(grifos nossos)

a) DO PREÇO INEXEQUÍVEL

O edital em seu ANEXO II - PLANILHA ORÇAMENTÁRIA, para o certame aponta como preço de referência o valor de R\$ 250.490,00 (duzentos e cinquenta mil quatrocentos e noventa reais).

A Recorrida ofertou como melhor proposta o valor de R\$ 175.280,0000 (cento e setenta e cinco mil, duzentos e oitenta reais).

Nesse sentido, considerando o preço ofertado pela Recorrida, tem-se que o mesmo representa 30,02% menor que o preço de referência.

Considerando que o preço apresentado pela Recorrida se apresenta de forma inexequível, haja vista que os preços praticados não suportarão todas as despesas com os equipamentos para a implantação do objeto do edital.

Considerando ainda que a sede da empresa se localiza no Estado do Paraná e o local da execução do objeto é no Município de Nova Friburgo/RJ.

Considerando que o custo de implantação é aproximado do valor de referência, e nesse sentido dada a localização geográfica da empresa e do local de execução do objeto, tem-se que o valor ofertado não é suficiente para a execução do objeto.

O artigo 48, I, II da Lei Nº 8.666/1993 impõe que serão desclassificadas as propostas que:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

Desta feita, se torna visível a inexequibilidade quando o serviço oferecido tem um valor muito abaixo da média de mercado e levanta dúvidas se a empresa que o oferta terá reais condições de colocá-lo em prática.

Ainda de acordo com a Lei de Licitações, art. 48, inciso II, uma proposta de licitação pode ser desclassificada por preço inexequível nos casos em que "não se revelam capazes de possibilitar a alguém uma retribuição financeira mínima (ou compatível) em relação aos encargos que terá de assumir contratualmente".

Ou seja, caso o licitante não consiga comprovar a exequibilidade da sua proposta ou garantir de alguma forma que o serviço será entregue a proposta poderá ser desclassificada pela Administração Pública, com o único objetivo de minimizar os prejuízos que ocorrem quando o contrato firmado não é cumprido.

Nesse sentido, cabe ao Pregoeiro, invocando o item 27.5 do edital, em sede de diligência, requerer da recorrida o envio de planilha detalhada a fim de que comprove que o preço ofertado é compatível com equipamentos regulamentados para área da saúde, como segue:

27.5. É facultada ao pregoeiro e à autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, inclusive para verificar a compatibilidade das especificações do objeto ofertado com os requisitos previstos neste edital e seus anexos, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta ou da documentação de habilitação.

Portanto, não restam dúvidas de que o preço ofertado pela recorrida para o objeto do edital é inexequível, uma vez que por simples comparação entre valor de referência e o preço ofertado se chega à essa conclusão.

Desta feita, não cabe outra decisão a não ser a desclassificação da proposta da Recorrida para o objeto do edital.

b) DO NÃO ATENDIMENTO PELA RECORRIDA ACERCA DA ASSINATURA DA PROPOSTA PELO SÓCIO DAVID LESSA CHAVES.

Impende evidenciar que, o sócio da Recorrida Sr. David Lessa Chaves assinou a proposta enviada a esta Administração, todavia conforme descrito em Contrato Social da Recorrida a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, e que todos respondem solidariamente pela integralização do capital social, conforme dispõe o art 1.052 da Lei 10.406/2002, vejamos:

CLÁUSULA TERCEIRA- RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS: A responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social, conforme dispõe o art. 1.052 da Lei 10.406/2002

Ou seja, o sócio Sr. David Lessa Chaves não tem capacidade para assinar isoladamente a proposta em tela, já que a sua cota na empresa Recorrida é de R\$ 170.000,00, vejamos:

“CLÁUSULA QUINTA - CAPITAL SOCIAL: O capital social é de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), divididos em 500.000 (quinhentas mil) quotas de capital no valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada uma, subscrita e já integralizadas, em moeda corrente do País, pelos sócios e distribuídas da seguinte forma:

Nome

(%)

Cotas

Valor R\$

DAVID LESSA CHAVES

34.00

170 000

170 000,001

LUCAS LESSA CHAVES

33.00

165.000

165 000,00

FELIPE LESSA CHAVES

33.00

165.000

165.000,00

TOTAL

100.00

500.000

500.000,00

CLÁUSULA SEXTA - RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS: A responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social, conforme dispõe o art 1.052 da Lei 10.406/2002.” (grifos nossos)

Ora Nobre Julgador (a) a Recorrida LUK INDÚSTRIA está em desacordo com as normas editalícias, já que o Sr. David Lessa Chaves, assinou isoladamente todos os documentos, e o valor final da proposta para o objeto do edital da Recorrida do presente certamente é no importe total de R\$ 175.280,0000 (cento e setenta e cinco mil, duzentos e oitenta reais), razão pela qual a presente assinatura está à margem da Lei.

Veja que, a proposta apresentada pela Recorrida LUK INDÚSTRIA não apresenta assinatura de seu representante, já o sócio Sr. David Lessa Chaves não tem capacidade para assinar isoladamente, ou seja, constitui uma proposta apócrifa.

Logo, a não assinatura na proposta interfere em sua validade, pois não confere a força obrigacional necessária para acolhimento do compromisso para com a Administração Pública.

Cabe ainda salientar que o documento de identificação do Sr. David Lessa Chaves, apresentado pela Recorrida, se encontrava vencido em 17.01.2024, ou seja, antes da data do certame.

De tal forma, verifica-se que o objeto público do certame é garantir a obtenção da proposta mais vantajosa, enquanto, para tanto, o ente convocador deve seguir um procedimento formal definido na Lei de Licitações.

Posto isto, além de descumprir comando estabelecido no edital, que exige a apresentação da proposta com assinatura do proponente, a apresentação de proposta apócrifa pela Recorrida não confere a segurança jurídica à Administração Pública, de que os termos nela consignados produzirão efeitos, incluindo os preços e condições comerciais oferecidas.

Posto isto, tendo em vista a irregularidade cometida pela Recorrida LUK INDÚSTRIA por mais esta desconformidade da documentação exigida do edital, a empresa NÃO ATENDEU desta forma o que prevê o Edital, logo deverá a Recorrida ser inabilitada no presente certame, como medida de justiça.

c) DA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO APÓCRIFO PELA RECORRIDA

Cabe destacar que os documentos trazidos aos autos pela empresa Recorrida, quais sejam, a Declaração Unificada e a Proposta de Preços, apresentam assinaturas que não podem ser aceitas como legítimas.

Há que salientar que as assinaturas apostas na Declaração Unificada e na Proposta de Preços são escaneadas e não possuem amparo legal.

Basta clicar com o “mouse” sobre as assinaturas que verifica-se que as mesmas se tratam de imagem inserida.

A assinatura escaneada ou assinatura digitalizada é a reprodução da imagem de uma assinatura convencional, aquela realizada de próprio punho. Ela é obtida por meio de aparelhos como escâner ou câmeras fotográficas com intuito de aplicá-la em meio digital.

Analogamente, em um edital de licitação lançado pelo Município de Timbó (SC) em 2016 através da Secretaria de Obras, Serviços Urbanos e Agrícolas, uma das construtoras participantes foi desclassificada por erros burocráticos relacionados a valores. Então, essa construtora apresentou uma contrarrazão recursal, no entanto, foi inadmitida por ausência, na peça, de assinatura válida.

Em outras palavras, a decisão diz que as assinaturas apostas pelos representantes da empresa tratam-se de:

“assinaturas digitalizadas que constituem mera reprodução da assinatura de próprio punho, obtidas por meio de imagem através de scanner e inserida na peça de contrarrazões”.

Além disso, a decisão enfatiza que o caso em apreço não foi formalizado com assinatura digital – que garante a autenticidade de documentos eletrônicos, mas sim, com assinatura digitalizada obtida por meio de escaneamento e reforça:

“embora a assinatura digitalizada por meio de escaneamento tenha se tornado uma prática usual, tal procedimento não se encontra regulamentado e, por tal razão, não pode ser considerado válido no mundo jurídico”.

Nesse contexto, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já proferiu decisões que invalidam a assinatura escaneada, por exemplo:

"Ato processual: recurso: chancela eletrônica: exigência de regulamentação do seu uso para resguardo da segurança jurídica. 1. Assente o entendimento do supremo tribunal de que apenas a petição em que o advogado tenha firmado originalmente sua assinatura tem validade reconhecida. Precedentes. 2. No caso dos autos, não se trata de certificado digital ou versão impressa de documento digital protegido por certificado digital; trata-se de mera chancela eletrônica sem qualquer regulamentação e cuja originalidade não é possível afirmar sem o auxílio de perícia técnica. 3. A necessidade de regulamentação para a utilização da assinatura digitalizada não é mero formalismo processual, mas, exigência razoável que visa impedir a prática de atos cuja responsabilização não seria possível. (STF, AI 564765/RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, data do julgamento em 14/02/2006)". (g/n)

Não é possível em sede de embargos de declaração rediscutir matéria de fundo a pretexto de existência de equívoco material. Assinatura digitalizada não é assinatura de próprio punho. Só será admitida, em peças processuais, após regulamentada. Equívoco material pela alusão à regulamentação da recente lei viabilizadora do correio eletrônico na prática de atos processuais não é bastante para qualquer mudança no resultado do julgamento. Embargos rejeitados. (STF, RMS 24257 Agr-ED/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, data do Julgamento em 03/12/2002)".

Cabe salientar que o lançamento de imagem contendo a assinatura digitalizada ou escaneada em petição, recurso, procuração ou substabelecimento não possui qualquer validade devendo ser reputado apócrifo o documento.

Conforme esclareceu a ministra Nancy Andrighi, "A reprodução de uma assinatura, por meio do escaneamento, sem qualquer regulamentação, é arriscada na medida em que pode ser feita por qualquer pessoa que tenha acesso ao documento original e inserida em outros documentos. Não há garantia alguma de autenticidade, portanto. A aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, invocado pelas recorrentes, deve encontrar limites exatamente no princípio da segurança jurídica. Não se trata de privilegiar a forma pela forma, mas de conferir aos jurisdicionados, usuários das modernas ferramentas eletrônicas, o mínimo de critérios para garantir a autenticidade e integridade de sua identificação no momento da interposição de um recurso ou de apresentação de outra peça processual". (REsp 1.442.887/BA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6/5/2014, DJe de 14/5/2014) (g/n)

Na mesma esteira:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ASSINATURA ORIGINAL NO RECURSO ESPECIAL. CÓPIA DIGITALIZADA REGULARIZAÇÃO DO FEITO. NÃO CABIMENTO. ART. 13 DO CPC.

1. Nesta Corte Superior, é consolidado o entendimento de ser inexistente, na instância especial, recurso interposto sem a assinatura do advogado, sendo incabível a reabertura de prazo para regularização do feito, a teor do art. 13 do CPC.

2. Considera-se sem assinatura o recurso no qual há inserção de assinatura escaneada em determinado documento, obtida a partir de outro documento original, porquanto não confere garantia quanto à sua autenticidade em relação ao signatário.

3. Agravo regimental não provido. (EDcl no AREsp 648.211/PE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 12/05/2015) (g/n)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - AÇÃO RENOVATÓRIA DE LOCAÇÃO - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL CONSIDERADO INEXISTENTE.

1. Hipótese em que consta a assinatura digitalizada, a qual não se confunde com a firma digital ou eletrônica, por consubstanciar mera cópia do documento original. Recurso inexistente. Vício não sanável por juntada posterior de mandato ou substabelecimento, uma vez inaplicável o disposto no artigo 13 do CPC na instância extraordinária. Precedente da Corte Especial.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 626.680/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 11/06/2015) (g/n)

A Primeira Turma do TRT-GO negou o recurso de uma empresa em um processo trabalhista por ausência de validade das assinaturas digitalizadas constantes nas procurações anexadas nos autos. "O entendimento do TST, nesses casos, caminha no sentido de que a assinatura escaneada, por se tratar de uma mera inserção no documento, não encontra amparo legal, e, portanto, não tem validade no mundo jurídico", afirmou o desembargador Welington Peixoto. (g/n)

Conforme se observa, o documento que ostenta assinatura digitalizada, que não se confunde com a firma digital ou eletrônica, é considerado pelos nossos Tribunais como APÓCRIFO.

APÓCRIFO é o documento falso ou que não permite aferir sua legitimidade. A falta de assinatura torna o documento apócrifo, sem condições de atestar sua autenticidade, pois, a ausência da assinatura desnuda o documento da necessária e imprescindível formalidade legal.

É oportuno esclarecer que a exigência de assinatura nas propostas e demais documentos visa garantir que tais documentos sejam autênticos e expressem a real vontade do licitante, sendo certo que a proposta devidamente assinada impede que seu conteúdo seja colocado em dúvida pela própria empresa, na tentativa de eximir-se das obrigações ali firmadas.

Nesse sentido, segue a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apocrifia, a inexistência do documento. 2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência

prescrita no edital de concorrência. 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso. (RMS 23640, Relator (a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 16/10/2001, DJ 05-12-2003 PP-00038 EMENT VOL-02135-07 PP01268). (g/n)

Na mesma esteira decidiu o STJ:

"ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - PROPOSTA FINANCEIRA - AUSÊNCIA DE ASSINATURA - INVALIDADE. A proposta financeira é o documento mais importante da licitação, por representar o compromisso em realizar os pagamentos. Estando ela sem assinatura, não possui valor probante, sendo inexistente. Segurança denegada". (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 6105, Processo: 199800984364 UF: DF Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO, Data da decisão: 25/08/1999 Documento: STJ000299288)". (g/n)

Segundo 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". (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416) (g/n)

Noutra situação, no Mandado de Segurança nº 6105/DF, em acórdão relatado pelo Ministro Garcia Vieira, o Superior Tribunal de Justiça decidiu o seguinte:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - PROPOSTA FINANCEIRA - AUSÊNCIA DE ASSINATURA - INVALIDADE. A proposta financeira é o documento mais importante da licitação, por representar o compromisso em realizar os pagamentos. Estando ela sem assinatura, não possui valor probante, sendo inexistente. Segurança denegada. (g/n)

Na medida em que o documento foi apresentado sem assinatura com validade legal, se torna nulo ou a própria inexistência dele. Ocorre que o documento sem assinatura, APÓCRIFO, não tem validade e, por via de consequência, não pode ser aceito por esta Administração.

Em que pese os entendimentos, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como, considerando que as normas atinentes à licitação deverão ser sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação. Diante da proposta e dos demais documentos sem assinatura, com vistas a satisfação do interesse público, não havendo como incluir na avaliação ofertada eivada de nulidade.

É de se destacar que a Proposta de Preços é o documento mais importante da licitação, por apresentar o compromisso de entregar o objeto determinado nos preços propostos, e estando ela sem assinatura, não possui valor probante, sendo inexistente, uma vez que a assinatura é requisito de validade jurídica de diversos documentos.

Nesse sentido, considerando que o Edital não prevê a remessa de documentação original, a assinatura escaneada não demonstra a mínima fidedignidade e em vista da jurisprudência contrária à legalidade e validade jurídica da assinatura escaneada, está claro que a forma mais segura e inquestionável de formalização de documentos eletrônicos é por meio da assinatura digital ou assinatura eletrônica. Esta, que também possui, igualmente, meios de comprovação de autoria.

Neste diapasão, tendo a empresa Recorrida apresentado documento utilizando a assinatura escaneada, temos que as Declarações e a Propostas de Preços apresentadas estão APÓCRIFAS, e assim, de acordo com os fatos, disposições legais e doutrinárias ora trazidas, o posicionamento de habilitação não deve ser mantido, com base no quanto acima exposto.

d) DO NÃO ATENDIMENTO PELA RECORRIDA ACERCA DO RAMO DE ATIVIDADE EXIGIDA NO EDITAL

O edital em seu item 19 REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA - Subitem 19.2, assim dispõe:

19 REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA

19.1 - Prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF);

19.2 - Prova de inscrição no Cadastro de Contribuições Estadual ou Municipal, conforme o caso, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto licitado;

O Edital assim dispõe sobre o seu OBJETO no Termo de Referência do Edital, vejamos:

"Item

DESCRIÇÃO DO MATERIAL:

CENTRAL DE AR COMPRIMIDO MEDICINAL COMPOSTA DE: • Vaso de pressão (Pulmão de ar) de no mínimo 500 litros; • Quatro unidades compressoras (sendo dois em uso e dois de reserva) com pressão de no mínimo 8 bar e 130 Psi, vazão de acima de 1.200 litros/min, e motores elétricos entre 7 a 15 HP e tensão de Alimentação de 380V, trifásico; • Pannel de comando elétrico com alarme sonoro e visual com partida, inversão e entrada automática dos reservas; • Sistema de filtragem com secadora de ar por refrigeração, conjunto de filtros coalescentes e de carvão ativado para bloquear passagem de aerossóis de óleo e água e secador de ar por absorção com pressão de operação de 7 a 8 Bar e vazão de no mínimo 100 m³/h."

Da análise do Cartão CNPJ e do SINTEGRA da Recorrida, verifica-se que não existe a atividade econômica exigida

no edital, como segue:

Cartão CNPJ:

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL

32.50-7-01 - Fabricação de instrumentos não-eletrônicos e utensílios para uso médico, cirúrgico, odontológico e de laboratório

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS

20.14-2-00 - Fabricação de gases industriais

33.19-8-00 - Manutenção e reparação de equipamentos e produtos não especificados anteriormente

33.21-0-00 - Instalação de máquinas e equipamentos industriais

35.11-5-01 - Geração de energia elétrica

43.22-3-01 - Instalações hidráulicas, sanitárias e de gás

46.45-1-01 - Comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios

47.44-0-01 - Comércio varejista de ferragens e ferramentas

49.30-2-03 - Transporte rodoviário de produtos perigosos

77.29-2-03 - Aluguel de material médico

77.39-0-02 - Aluguel de equipamentos científicos, médicos e hospitalares, sem operador

77.39-0-99 - Aluguel de outras máquinas e equipamentos comerciais e industriais não especificados anteriormente, sem operador

85.99-6-99 - Outras atividades de ensino não especificadas anteriormente

SINTEGRA:

Atividade Econômica Principal:

3250701 - FABRICAÇÃO DE INSTRUMENTOS NAO-ELETRONICOS E UTENSILIOS PARA USO MEDICO,CIRURGICO, ODONTOLOGICO E DE LABORATORIO

Atividade(s) Econômica(s)Secundária(s):

2014200 - FABRICAÇÃO DE GASES INDUSTRIAIS

3321000 - INSTALACAO DE MAQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS

4744001 - COMÉRCIO VAREJISTA DE FERRAGENS E FERRAMENTAS

4930203 - TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PRODUTOS PERIGOSOS

3511501 - GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

4322301 - INSTALACOES HIDRAULICAS,SANITARIAS E DE GÁS

INSCRIÇÃO MUNICIPAL

Lista de Atividades - CNAE/CBO

2014-2/00 - FABRICAÇÃO DE GASES INDUSTRIAIS

3250-7/01 - FABRICAÇÃO DE INSTRUMENTOS NÃO-ELETRÔNICOS E UTENSÍLIOS PARA USO MÉDICO, CIRÚRGICO, 3319-8/00 - MANUTENÇÃO E REPARAÇÃO DE EQUIPAMENTOS E PRODUTOS NÃO ESPECIFICADOS ANTERIORMENTE

3321-0/00 - INSTALAÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS

4645-1/01 - COMÉRCIO ATACADISTA DE INSTRUMENTOS E MATERIAIS PARA USO MÉDICO, CIRÚRGICO, HOSPITALAR E

4744-0/01 - COMÉRCIO VAREJISTA DE FERRAGENS E FERRAMENTAS

4930-2/03 - TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PRODUTOS PERIGOSOS

7729-2/03 - ALUGUEL DE MATERIAL MÉDICO

7739-0/99 - ALUGUEL DE OUTRAS MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS COMERCIAIS E INDUSTRIAIS NÃO ESPECIFICADOS

8599-6/99 - OUTRAS ATIVIDADES DE ENSINO NÃO ESPECIFICADAS ANTERIORMENTE

4322-3/01 - INSTALAÇÕES HIDRÁULICAS, SANITÁRIAS E DE GÁS

3511-5/01 - GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

7739-0/02 - ALUGUEL DE EQUIPAMENTOS CIENTÍFICOS, MÉDICOS E HOSPITALARES, SEM OPERADOR

Veja Nobre Julgadora que a empresa Recorrida NÃO É ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE CENTRAL DE AR COMPRIMIDO MEDICINAL, conforme exigido no OBJETO no Termo de Referência do Edital, e no subitem 19.2.

A Recorrida TEM COMO ATIVIDADE SECUNDÁRIA A FABRICAÇÃO DE GASES INDUSTRIAIS E INSTALACAO DE MAQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS, E NÃO MEDICINAIS, aluguel de máquinas e equipamentos comerciais e industriais e não medicinal, ficando impossibilitada assim de participar do certame, e até mesmo de efetuar a prestação de serviços de forma satisfatória para a Administração.

Dessa forma, se comprova que a documentação apresentada pela empresa Recorrida não está em conformidade com a exigência do edital e, da mesma forma, não atende a legislação vigente.

Não bastasse, verifica-se que, o fornecimento de Central de Ar Comprimido medicinal objeto deste processo, não está previsto nas atividades principais tampouco secundárias da Recorrida, restando impossível a instalação e abastecimento da central de ar comprimido.

Ora Sr. Pregoeiro, não há como desconsiderar esta divergência nos documentos apresentados pela empresa Recorrida, tendo em vista que os documentos que devem atender a Condição de Qualificação Técnica, e devem comprovar que a empresa licitante possui condições de fornecimento e atendimento ao objeto deste certame.

Insta mencionar que, a irregularidade em comento já deveria ter sido identificada no momento da análise da

documentação de habilitação, o que de fato e direito já deveria ter sido à LUK INDÚSTRIA considerada Inabilitada para este processo licitatório.

Ora, não há que se falar em erro formal ou material, haja vista que os documentos exigidos pelo Subitem 19.2 são uníssonos em apontar que a Recorrida TEM COMO ATIVIDADE SECUNDÁRIA A FABRICAÇÃO DE GASES INDUSTRIAIS E INSTALACAO DE MAQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS, E NÃO MEDICINAIS, deixando de comprovar estar apta para o fornecimento de CENTRAL DE AR COMPRIMIDO MEDICINAL para o estabelecimento participante, dessa forma sendo indevida a sua habilitação.

Isto quer dizer que a LUK INDÚSTRIA NÃO ESTÁ DE ACORDO COM A LEI, e a exigência no Ato Convocatório é sublime, ao exigir que para habilitação neste Pregão, a licitante CONTRATADA da melhor oferta deverá comprovar ser empresa especializada na prestação de serviços de CENTRAL DE AR COMPRIMIDO MEDICINAL, sob pena de inabilitação, dentre todas as demais documentações exigidas, em consonância com o Objeto Licitado.

É no nosso sentir indiscutível que está clara a razão da impossibilidade da aceitação da documentação divergente da exigência do edital pela LUK INDÚSTRIA.

A exigência acima é necessária uma vez que há empresas distribuidoras de gases não medicinais no mercado que adquirem gases industriais (por serem mais baratos) de empresas fabricantes de gases e comercializam como se os referidos produtos fossem gases medicinais (inclusive essa ocorrência vem sendo noticiada com frequência pela imprensa do país – vide link abaixo), muito embora não possuam as características necessárias para serem enquadrados para uso na área da saúde;

<http://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2015/11/gaeco-faz-operacao-no-pr-contradulteracao-de-oxigenio-hospitalar.html>

Ou seja, admitir e aceitar a documentação de Estabelecimento sem nenhuma comprovação de relação contratual de fabricação e fornecimento, contraria o que dispõe a legislação vigente e o próprio edital, no que tange Qualificação Técnica, é coadunar com a empresa licitante em não atuar na forma que exige a Legislação e assumir os riscos e consequências que a situação impele.

Ademais, a utilização de produtos industriais não qualificados para uso medicinal, poderá acarretar grande risco à saúde da população do Hospital.

Sendo assim, se a empresa não possui em sua documentação oficial FORNECIMENTO DE CENTRAL DE AR COMPRIMIDO MEDICINAL, nem sequer a comprovação de relação contratual com a fabricante de gases para o devido fornecimento do objeto do edital, a Recorrida, NÃO comprovou possuir requisitos editalícios para realizar a prestação de serviços, correto?

Isto quer dizer que, a empresa LUK INDÚSTRIA JAMAIS PODERIA FORNECER GASES MEDICINAIS, pois não consta em SEU CNPJ, tampouco em seu SINTEGRA, resumindo NÃO ATENDE tecnicamente ao serviço proposto, NÃO ATENDE aos itens exigidos no ato convocatório e NÃO ATENDE a Legislação vigente.

Diante desta premissa, torna-se claro, que a empresa LUK INDÚSTRIA NÃO ATENDE AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO QUANTO À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.

Assim corrobora o Acórdão 383/2010 Segunda Câmara (Relação), a empresa RECORRIDA NÃO ATENDEU OS REQUISITOS MÍNIMOS e MERECE SER DESABILITADA:

Proceda à inabilitação de licitante que não atenda os requisitos de qualificação estabelecidos no edital, sob pena de infração ao art. 41 da Lei nº 8.666/1993. Acórdão 383/2010 Segunda Câmara (Relação)

De acordo com o entendimento o Acórdão 6198/2009 Primeira Câmara (Sumário), esta Administração Pública deve atender às regras definidas na lei e no edital:

São plenamente vinculados os atos praticados no âmbito do procedimento licitatório, uma vez que estes devem obedecer às regras definidas na lei e no edital a que estão jungidos, não cabendo aos responsáveis deliberadamente ignorá-las. Acórdão 6198/2009 Primeira Câmara (Sumário)

Considerando ainda que, por força do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, as regras estabelecidas no edital vinculam tanto as participantes quanto a Administração;

Posto isto, dado a irregularidade cometida pela empresa Recorrida ao não estar apta a prestação de serviços do presente certame, eis que tem como Objeto Social o gás industrial, e não medicinal, razão pela qual a empresa NÃO ATENDEU o que prevê o Edital, logo deverá ser inabilitada, como medida de justiça.

e) DA APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA INCOMPATÍVEL COM O OBJETO LICITADO

O objeto é definido no edital, como segue:

“Item

DESCRIÇÃO DO MATERIAL:

CENTRAL DE AR COMPRIMIDO MEDICINAL COMPOSTA DE: • Vaso de pressão (Pulmão de ar) de no mínimo 500 litros; • Quatro unidades compressoras (sendo dois em uso e dois de reserva) com pressão de no mínimo 8 bar e 130 Psi, vazão de acima de 1.200 litros/min, e motores elétricos entre 7 a 15 HP e tensão de Alimentação de 380V, trifásico; • Painel de comando elétrico com alarme sonoro e visual com partida, inversão e entrada automática dos reservas; • Sistema de filtragem com secadora de ar por refrigeração, conjunto de filtros coalescentes e de carvão

ativado para bloquear passagem de aerossóis de óleo e água e secador de ar por absorção com pressão de operação de 7 a 8 Bar e vazão de no mínimo 100 m³/h..”

Da análise da documentação acostada pela Recorrida verifica-se que a vencedora do certame não apresentou o Atestado de Capacidade Técnica dentro das exigências contidas no edital em seu item 21 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA - subitem 21.1 , que assim dispõe:

21 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

21.1 - Apresentar no mínimo 1 (um) atestado de capacidade técnica fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove ter a licitante cumprido, de forma satisfatória, a execução de objeto compatível ou com complexidade superior ao especificado no TERMO DE REFERÊNCIA ANEXO I deste edital, com clara menção do serviço e execução bem-sucedida, quanto ao cumprimento de prazos, especificações e qualidade dos mesmos. A documentação apresentada deverá conter informações que permitam contatar a empresa atestante para fins de aferição.

Verifica-se conforme consta no subitem citado do Instrumento Convocatório, há a exigência de que deve ser apresentado Atestado de Capacidade Técnica, que comprove de forma satisfatória, a execução de objeto compatível ou com COMPLEXIDADE SUPERIOR AO ESPECIFICADO.

E, como podemos observar, a Recorrida não apresentou Atestado de Capacidade Técnica que cumpra as exigências constantes do subitem 21.1, sendo certo que apresentou Atestado de Capacidade Técnica não compatível com as características do objeto do edital, uma vez apresenta:

OBJETO:

FABRICAÇÃO E INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS PARA GERAÇÃO DE AR MEDICINAL – MARCA DINATEC – MODELO DINAR 60 DUPLEX

Qtd.: 02 centrais

Composição de cada central:

02(dois) Compressores a Parafuso com Potência de 30 Hp;

01(um) Secador de ar do tipo Adsorção;

01(um) Secador de ar do tipo refrigeração;

01(um) Reservatório de Ar Medicinal 415 litros;

01(um) Reservatório separadores de condensado 415 litros.

O objeto do edital é claro ao apontar a necessidade de Central de Ar Comprimido Medicinal contendo 04 COMPRESSORES, o que fornece maior segurança de funcionalidade para o equipamento

O edital também é claro ao apontar “....com COMPLEXIDADE SUPERIOR AO ESPECIFICADO.”

Neste sentido, tem-se que o Atestado de Capacidade Técnica apresentado pela Recorrida não atende à exigência editalícia, uma vez que o objeto apontado é diverso do objeto do edital, qual seja, apresenta 02 Compressores, quando o edital exige Central de Ar Comprimido Medicinal contendo 04 COMPRESSORES.

Nesse sentido, complexidade superior seria um equipamento com 05 Compressores ou mais, e não um equipamento que ostenta complexidade inferior, onde se apresentam apenas 02 Compressores.

Portanto é nítido que a RECORRIDA NÃO ATENDE A CAPACIDADE TÉCNICA PARA O ATENDIMENTO DO OBJETO LICITADO NESTE EDITAL, POIS NÃO ATENDE AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, pois deixou de apresentar Atestado de Capacidade Técnica que comprove a sua qualificação para a execução do objeto.

Novamente temos a mesma conduta para aceitação de documentos apresentados em não conformidade com o ato convocatório, que não tratam de mero esclarecimento e sim, de juntada de documentos para habilitação e comprovação de capacidade técnica para fornecimento do objeto.

Ou seja, a Recorrida não apresentou o Atestado de Capacidade Técnica dentro das exigências contidas no edital em seu item 21 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA - subitem 21.1.

Assim corrobora o entendimento sobre os documentos exigidos abaixo:

No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal estão adstritos àqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993. Acórdão 2056/2008 Plenário (Sumário)

LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993

(...)

Seção II

Da Habilitação

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

Logo, como poderá ser corroborado nos autos do processo, a empresa RECORRIDA NÃO APRESENTOU o documento exigido no item 21 - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA - subitem 21.1 do certame, NÃO atendendo desta forma o que prevê a Lei 8.666/93 em seu Art. 30 aplicável de maneira subsidiária a este Pregão, ao prever que :

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;" (g/n)

Evidenciamos que a Recorrida simplesmente juntou Atestado que não comprova sua aptidão para o fornecimento, que denota total contrariedade ao atendimento do Ato Convocatório.

A exigência de comprovação da capacidade de entrega em características e quantidades compatíveis exigidos em edital devem ser cumpridos, por si só, bem como se fundamentam na segurança da prestação de serviços solicitada no objeto, portanto não podendo ser desconsideradas e não observadas.

A exigência do edital convocatório para fins de comprovação de capacidade técnica contida no item 21 - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA - subitem 21.1 do edital, é clara.

Mediante o exposto, torna-se claro que a Recorrida, NÃO ATENDEU a exigência editalícia prevista no item 21 - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA - subitem 21.1, vindo notoriamente frustrar o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, devendo, portanto, o posicionamento do r. Pregoeiro ser reavaliado e devidamente retificado.

Portanto, NÃO TENDO COMPROVADO SUA CAPACIDADE TÉCNICA ATRAVÉS DA APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA, DESRESPEITANDO O PREVISTO NO ATO CONVOCATÓRIO, QUANTO À COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO E CAPACIDADE TÉCNICA, PREVISTA NO ITEM 21 - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA - SUBITEM 21.1, DEVE SER DECLARADA A DESCLASSIFICAÇÃO DA RECORRIDA.

Por todo exposto, a Air Liquide Brasil Ltda., ciente da seriedade desse renomado órgão, bem como deste Ilmo. Pregoeiro, solicitamos análise a esta peça e aos fatos trazidos a Vossa Senhoria, em que pede que a decisão do Ilmo. Pregoeiro que declarou a Recorrida apta, neste processo SEJA RECONSIDERADA, PARA QUE ELA SEJA DECLARADA INAPTA POR DESCUMPRIMENTO ÀS EXIGÊNCIAS CONTIDAS NO ATO CONVOCATÓRIO.

Neste diapasão, requer de acordo com os fatos, disposições legais e doutrinárias trazidas a V.Sa., que Vosso posicionamento seja reavaliado e retificado, sob pena de restar frustrado todo o procedimento licitatório realizado.

f) DA DISTÂNCIA DE LOCALIZAÇÃO GEOGRÁFICA DA CONTRATADA PARA A CONTRATANTE E DA PROIBIÇÃO DE SUBCONTRATAÇÃO

Observa-se que a Recorrida ainda não se atentou à distância que separa a sua sede do local de execução do objeto, ou seja, há uma distância geográfica de aproximadamente 1.000 (mil) km, uma vez que a empresa Recorrida está localizada no município de São José dos Pinhais/PR, e o local de execução do objeto está localizado no município de Nova Friburgo/RJ.

O edital assim dispõe:

15.5. O dever previsto no subitem anterior implica na obrigação de, a critério da Contratante, substituir, reparar, corrigir, remover, ou reconstruir, às suas expensas, no prazo máximo de 05 dias, o produto com avarias, defeitos ou em desacordo com o Termo de Referência; (g/n)

Cabe observar que a prestação de serviços será no município de Nova Friburgo/RJ, e, portanto, É EXTREMAMENTE NECESSÁRIO QUE A RECORRIDA ESTEJA PRONTAMENTE DISPONÍVEL QUANDO CHAMADO PARA ATENDIMENTO NECESSÁRIO.

O edital ainda assim preceitua:

17- DA SUBCONTRATAÇÃO

17.1. Não será admitida a subcontratação do objeto.

Logo, se a r. decisão de habilitação for mantida, a Recorrida, é nítido que a distância geográfica entre a Recorrida e o local de execução do objeto, e no caso de manutenção emergencial, tem-se que para a Recorrida somente poderá valer-se de uma Subcontratação, expediente este vedado pelo edital em seu subitem 17.1, e ao efetuar qualquer serviço de manutenção emergencial, estará dessa forma lesando a Administração, e indo à margem das normas editalícias, já que é expressamente previsto no Edital a vedação à subcontratação, razão pela qual RESTA IMPOSSIBILITADO QUE A EMPRESA RECORRIDA POSSA CUMPRIR AO PRESENTE CONTRATO DE FORMA SATISFATÓRIA, já se encontra estabelecida no Estado do Paraná, e a prestação de serviços será realizado no Estado do Rio de Janeiro a uma distância de aproximadamente 1.000 km.

Além disso, a distância em tela poderá trazer risco imensurável de desabastecimento (objeto do edital), para o Hospital Municipal Raul Sertão, por demora do atendimento em virtude da distância.

Razão pela qual, indaga-se como a empresa Recorrida irá satisfazer ao chamado da Administração para efetuar a manutenção corretiva dos sistemas tendo como base estabelecida no Estado do Paraná, a aproximadamente 1.000 km de distância da sede do Hospital?

Veja I. Pregoeiro, o fato não se resume apenas em alertar acerca do possível atraso no atendimento profissional técnico, onde a Recorrida poderá ser penalizada, e sim alertar acerca do risco de desabastecimento do Hospital, tal como o risco à saúde, e caso faça o atendimento em tempo hábil, certamente estará infringindo o subitem 17.1 onde é vedada a subcontratação.

Diante do quanto apresentado, torna-se claro que a manutenção da Recorrida vencedora do presente processo licitatório no, frustra as Leis editalícias vigentes, assim como, os Princípios que a norteiam.

Neste diapasão, requer de acordo com os fatos, disposições legais e doutrinárias trazidas a V.Sa., que Vosso posicionamento seja reavaliado e retificado, sob pena de restar frustrado todo o procedimento licitatório realizado.

Por todo exposto, a Recorrente requer a análise da presente em especial aos fatos trazidos à Vossa Senhoria, em que roga-se que a decisão que declarou a Recorrida habilitada, neste processo seja reconsiderada, para que a mesma seja declarada inabilitada por descumprimento às exigências contidas no ato convocatório.

IV. DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA.

É sabido que o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação e ao descumprir normas constantes no edital, a Administração Pública frustraria a própria razão de ser da licitação e, ainda, violaria os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como os Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório, Julgamento Objetivo e Igualdade.

A Constituição Federal brasileira determina que a administração pública obedeça aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput), bem como a necessidade de observância desses princípios ao exigir que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, inciso XXI).

O Princípio da Vinculação ao instrumento convocatório constitui uma garantia, que vincula tanto a Administração Pública quanto às licitantes. Trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do Princípio do Procedimento Formal que determina que a Administração observe as regras por ela própria lançadas no instrumento convocatório que convoca e rege a licitação.

De acordo com o posicionamento de 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.

O Tribunal Regional Federal 2ª Região proferiu:

"Em se tratando de licitação pública vige o princípio da estrita obediência ao instrumento convocatório, que vincula tanto a Administração como todos os participantes. Sendo descumpridas quaisquer de suas normas, sujeita-se ao candidato infrator às sanções previamente estabelecidas. No caso, a empresa Agravada foi excluída do certame por desatender aos itens 1.1 e 3 previstos no edital. Qualquer outra solução levada a efeito pela Agravante, que não a de desclassificar a Agravada, provocaria a completa inversão de valores desafiando-se a todos os demais princípios norteadores da Administração Pública. Agravo Provido. Liminar não referendada." (TRF 2ª R. – AI 97.02.43008-9-RJ-2ª T. – Rel. Des. Fed. Sérgio Feltrin Corrêa – DJU 23.01.2001 – p. 49) (g/n).

E como garantia desta igualdade, a Lei 8.666/93 instituiu a obrigatoriedade de observar e cumprir as disposições do instrumento convocatório, tanto por parte da administração pública, quanto por parte das empresas participantes. Este princípio pode ser verificado no art. 41, caput, da Lei nº 8.666/93:

"A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada". O princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, preceituado no art. 3º, da Lei das Licitações, tem a finalidade específica de instruir o administrador a não se desviar das regras e determinações estabelecidas previamente à licitação. O ato convocatório presta-se a regulamentar o procedimento licitatório e estabelecer as condições de participação e julgamento. Todos que participam do certame têm ciência e conhecimento das regras, tendo plena consciência de que o descumprimento de qualquer das exigências levará à sua exclusão da disputa.

Pelo princípio da legalidade e vinculação ao instrumento convocatório, toda e qualquer exigência constante do edital deve ser considerada importante e essencial à Administração, pois, caso contrário, nem deveria constar do ato convocatório. Dessa forma, se a exigência faz parte do Edital, deve ser obedecida por todos os licitantes.

Cabe transcrever trecho do Acórdão proferido pela Primeira Turma do STJ.

"REsp n. 421.946-0 - DF. Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO. Primeira Turma. Unânime. Data do julgamento: 7.2.2006.

Administrativo. Licitação. Descumprimento de regra prevista no edital licitatório. Art. 41, caput, da Lei n. 8.666/1993. Violação. Dever de observância do edital.

(...) II - O art. 41 da Lei n. 8.666/1993 determina que: "Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."

III - Supondo que na Lei não existam palavras inúteis, ou destituídas de significação deontológica, verifica-se que o legislador impôs, com apoio no Princípio da Legalidade, a interpretação restritiva do preceito, de modo a resguardar a atuação do Administrador Público, posto que este atua como gestor da república. Outra não seria a necessidade do vocábulo "estritamente" no aludido preceito infraconstitucional.

IV - "Ao submeter a Administração ao princípio da vinculação ao ato convocatório, a Lei n. 8.666 impõe o dever de exaustão da discricionariedade por ocasião de sua elaboração. Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para a Comissão indicar, por ocasião do julgamento de alguma das fases, os critérios de julgamento. Todos os critérios e todas as exigências deverão constar, de modo expresso e exaustivo, no corpo do edital." (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 9ª Edição, pág. 385)

V - Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se "estritamente" a ele". (g/n)

Conclui-se que a decisão de manter a empresa RECORRIDA habilitada e vencedora não deve prosperar pois a mesma NÃO ATENDEU ao Instrumento Convocatório.

Leciona Gasparini que:

"Todos devem ser tratados por ela igualmente tanto quando concede benefícios, confere isenções ou outorga vantagens como quando prescreve sacrifícios, multas, sanções, agravos. Todos os iguais em face da lei também o são perante a Administração. Todos, portanto, têm o direito de receber da Administração o mesmo tratamento, se iguais. Se iguais nada pode discriminá-los. Impõe-se aos iguais, por esse princípio, um tratamento impessoal, igualitário ou isonômico. É o princípio que norteia, sob pena de ilegalidade, os atos e comportamentos da Administração direta e indireta. É, assim, um dos direitos individuais consagrados tanto à proteção dos brasileiros como dos estrangeiros submetidos à nossa ordem jurídica." (g/n)

Assim ensina Meirelles que:

"A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer

através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguala os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º, §1º). O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público.” (g/n)

Segundo nossa Ilustre jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O princípio da igualdade constitui um alicerce da licitação, na medida em que este visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.

No §1º, inciso I do artigo 3º da Lei 8.666/93, está implícito outro princípio da licitação, que é o da competitividade decorrente do princípio da isonomia.”(g/n)

Sobre a obrigatoriedade de observância do Princípio da Isonomia, assim já se manifestou nossos Egrégios Tribunais:

TJ-DF - Remessa de Ofício RMO 20130111772162 DF 0010268-39.2013.8.07.0018 (TJ-DF)

Data de publicação: 13/10/2014

Ementa: ADMINISTRATIVO. REMESSA DE OFÍCIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL DE LICITAÇÃO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. DISPOSIÇÕES CLARAS E PAR METROS OBJETIVOS. EXIGÊNCIA DE DOCUMENTOS. CRITÉRIO SUBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA COMPETITIVIDADE. E DA IMPESSOALIDADE. 1. O edital de licitação não pode dar margem a dúvida interpretativa, devendo indicar obrigatoriamente o critério de julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos (art. 40 , VII , da Lei n. 8.666 /93), como forma de garantir a ampla competição e o respeito ao princípio da isonomia. 2. O instrumento convocatório deve obedecer ao critério do julgamento objetivo, com a finalidade de impedir interpretações subjetivas que possam subverter os princípios da impessoalidade e da legalidade. 3. A concessão de prazo para apresentação de documentos em favor de apenas alguns licitantes em detrimento de outros, configura hipótese de violação aos princípios da isonomia, da ampla competição, da impessoalidade e da legalidade. 4. Remessa de Ofício conhecida e não provida (g/n)

TJ-DF - AGRAVO INOMINADO AGI 20080020031837 DF (TJ-DF)Data de publicação: 08/09/2008

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. RIGOROSO CUMPRIMENTO DAS NORMAS QUE DISCIPLINAM O CERTAME. PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO, DA ESTRITA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA ISONOMIA. 1.O RIGOROSO CUMPRIMENTO DAS NORMAS QUE DISCIPLINAM O CERTAME, SEM A FEITURA DE CONCESSÕES, CARACTERIZA RESPEITO À SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA ESTRITA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA ISONOMIA. 2.PAUTAR-SE DE ACORDO COM A ESTRITA LEGALIDADE SIGNIFICA AGIR DE ACORDO COM A NORMA QUE REGULA O CASO CONCRETO, SEM A ABERTURA DE EXCEÇÕES QUE DEPENDAM DA ANÁLISE SUBJETIVA DO AGENTE PÚBLICO, EXTRAPOLANDO OS LIMITES TRAÇADOS PELA LEI. 3.EM SE TRATANDO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, O ATUAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SE ENCONTRA VINCULADO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE, SIGNIFICANDO QUE ELA NÃO PODE AGIR COM VISTAS A PREJUDICAR OU BENEFICIAR PESSOAS DETERMINADAS, UMA VEZ QUE É SEMPRE O INTERESSE PÚBLICO QUE TEM DE NORTEAR O SEU COMPORTAMENTO. 4.A CONDUTA EM DEBATE CONFERE TRATAMENTO ISONÔMICO ENTRE OS PARTICIPANTES DA LICITAÇÃO, IMPEDINDO QUE JULGAMENTO DO AGENTE ADMINISTRATIVO, COM BASE EM CRITÉRIOS PESSOAIS DE RAZOABILIDADE, POSSAM INTERFERIR NA SELEÇÃO OBJETIVA DO CANDIDATO QUE MELHOR ATENDE À FINALIDADE PÚBLICA EXPRESSA NA LEI. 5. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO REFORMADA. (g/n)

Por todo exposto, a Air Liquide Brasil Ltda., ciente da seriedade desse renomado órgão, requer Vossa análise a esta peça e aos fatos trazidos a Vossa Senhoria, em que roga que a decisão da Ilma Pregoeira que declarou a empresa RECORRIDA habilitada e vencedora, neste processo seja reconsiderada, para que ela seja declarada inabilitada/desclassificada por descumprimento às exigências contidas no ato convocatório.

Neste diapasão, requer de acordo com os fatos, disposições legais e doutrinárias trazidas a V.Sa., que Vosso posicionamento seja reavaliado e retificado, sob pena de restar frustrado todo o procedimento licitatório realizado.

V. DA CONCLUSÃO.

Considerando que a RECORRIDA LUK INDÚSTRIA frustrou o Princípio da Vinculação ao ato convocatório;

Considerando que ainda assim a Nobre Julgadora decidiu declarar a empresa LUK INDÚSTRIA, classificada/habilitada/vencedora neste processo;

Considerando o mandamento legal que determina que tanto as licitantes quanto a própria Administração fiquem vinculadas às regras estabelecidas no edital, constituindo este o mandamento legal entre as partes, por força do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório e;

Considerando que, se mantida a decisão que declarou a LUK INDÚSTRIA classificada/habilitada/vencedora neste processo, a Nobre Julgadora estará violando os Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório, Isonomia e Julgamento Objetivo;

Considerando que, segundo o Princípio da Legalidade, fundamento do Estado Democrático de Direito, o agente público não pode fazer o que bem entender na busca do interesse público, ou seja, tem que agir segundo a lei, só podendo fazer aquilo que a lei expressamente autoriza e no silêncio da lei está proibido de agir.

VI. DO PEDIDO.

Na esteira do exposto, a RECORRENTE PEDE O ACOLHIMENTO desta petição como RECURSO, e requer:

Seja reconsiderada a decisão de Vossa Senhoria que declarou a RECORRIDA LUK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE USINAS GERADORAS DE OXIGÊNIO LTDA. habilitada e vencedora deste certame, estabelecendo seu julgamento de acordo com os preceitos e normas que regem as licitações públicas, declarando a Recorrida desclassificada/inabilitada no presente processo licitatório.

Caso o (a) Sr (a). Pregoeiro (a) não reforme a referida decisão, encaminhe este RECURSO devidamente informado à Autoridade Superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei nº 8.666/93.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo (SP), 29 de janeiro de 2024.

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.
MICHELE MARTINS

Fechar