Pregão Eletrônico

Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

RECURSO :

A
AGÊNCIA MUNICIPAL DE REGULAÇÃO DE SERVIÇOS DELEGADOS
Comissão Permanente de Licitações
Ref. PREGÃO ELETRÔNICO (SRP) Nº 138/2019-CPL/ARSER

JCM NITEROI REFRIGERAÇÃO LTDA, inscrita no CNPJ n. 08.824.171/0005-70, com sede em AV TALMA RODRIGUES RIBEIRO, 1655 GALPAO1 CD LOTE 02 QUADRA13 na cidade de Serra - ES, CEP nº 29168-080, vem interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

em face da habilitação da empresa ROBERTO PEREIRA DA SILVA 03215259141, CNPJ - 034.584.079/0001-67 , o que faz pelas razões que passa a expor.

DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, salienta-se que nos termos do inciso XVII do art. 4º da Lei 10.520/2002, cabe recurso administrativo no prazo de 3 (três) dias da decisão que ocorreu em 01/10/2019.

Demonstrada, portanto, a tempestividade do presente recurso.

SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de licitação na modalidade Pregão cujo objeto é a formalização de ARP para futura contratação de empresa especializada no fornecimento de eletrodomésticos, cujas especificações, quantitativos e condições gerais encontram-se detalhados no termo de referência, sendo FREEZER VERTICAL, CAPACIDADE 300 L, VOLTAGEM 220 V, COR BRANCA.

Conforme consignado na Ata de Reunião da Comissão de Licitação, a empresa recorrente manifestou intenção de recurso em face da ilegalidade na decisão que habilitou a empresa vencedora, o que deve ser revisto pelos seguintes motivos.

DA NECESSÁRIA INABILITAÇÃO DA EMPRESA ROBERTO PEREIRA DA SILVA 03215259141, CNPJ - 034.584.079/0001-67

Pelo princípio do vínculo ao instrumento convocatório, todos os licitantes devem cumprir rigorosamente as regras previstas no edital, de forma que não há discricionariedade do Pregoeiro em admitir a sua não observância.

No presente caso, referida empresa não atendeu as regras entabuladas no

instrumento convocatório ao apresentar documentação irregular e incompleta, vejamos.

O edital previu claramente que:

“3.1 Pelo menos 01 (um) atestado, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando expressamente que a licitante forneceu de maneira satisfatória, eletrodomésticos. “

Ocorre que a empresa apresentou atestado de capacidade técnica de outra empresa (MEI) Micro Empreendedor Individual, com valores que extrapolam o limite máximo previsto em lei, que é de até R\$ 81.000,00 por ano, de janeiro a dezembro, para esta modalidade empresarial. Apresentando em conjunto nota fiscal de numero 07, com valor de R\$ 480.000,00, caracterizando em tese uma venda de 240 Freezer Vertical Frost Free Brastemp 197 L.

Outrossim, o atestado de capacidade técnica emitido pela empresa BRUNO GARCIA LOPES 01482071118 é datado de 02 de setembro de 2019, porém a emissão da nota fiscal ocorre em 20/09/2019, fato esse, estranho aos padrões normais de fornecimento de equipamentos dessa natureza.

Tal fato chama atenção, em razão da empresa utilizar-se do mesmo artifício em pregão eletrônico ocorrido 28/08/2019 UASG 943001 Pregão 141/2019, nos mesmos moldes, nesse caso sendo desclassificado por não comprovação da veracidade do documento apresentado, e também houve o registro disponível em ata para, a critério do órgão demandante da licitação, instaurar processo administrativo para aplicação de sanção, por inobservância do art. 32, do Dec. Estadual 28.089/2006, conforme previsto no item 20.1 do edital.

No entanto, ao checar a veracidade da nota fiscal nº 7, série 1, folha 1 de 1 no sitio www.nfe.fazenda.gov.br foi constatado o efetivo CANCELAMENTO no dia 02/10/2019 as 09:28:35, anulando a comprovação técnica exigida no edital.

Esse expediente vem sendo adotado em outros certames da Administração Pública, cito como exemplo o acontecimento no Pregão Eletrônico 141/2019 UASG 943001 GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ, conforme transcrito abaixo “ipsis litteris”...

Pregoeiro 04/09/2019 16:32:29 Para ROBERTO PEREIRA DA SILVA 03215259141 - Sr. licitante, com fundamento no Art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, c/c o item 23.2 do edital, sua empresa tem o prazo de 24h, a contar do envio desta convocação, para esclarecer possível fraude na elaboração do atestado de capacidade técnica apresentado, datado de 01/08/19, o qual trata de fornecimento de material pela sua empresa, quando essa nem existia.

Pregoeiro 04/09/2019 16:35:00 Para ROBERTO PEREIRA DA SILVA 03215259141 - Aguardo documentos esclarecedores (NFe) através do e-mail constante no edital ou anexando no sistema dentro do prazo estabelecido.

Pregoeiro 05/09/2019 09:36:04 Para ROBERTO PEREIRA DA SILVA

03215259141 - Sr. licitante, verifiquei que sua empresa anexou outro atestado de capacidade técnica, porém não será possível aceitá-lo, sob pena de violação ao Art. 43, §3º, da Lei 8.666/93, que veda a inclusão de documento posterior. A diligência realizada é para esclarecer o atestado anterior, ou seja, foi solicitado documento(s) que comprove(m) a venda daquele material

Pregoeiro 05/09/2019 09:39:15 Para ROBERTO PEREIRA DA SILVA
03215259141 - Aguardo uma resposta definitiva sobre a veracidade do atestado apresentado anteriormente, datado de 1º de agosto de 2019, cujo teor trata da venda de aparelhos condicionadores de ar para a empresa BRUNO GARCIA LOPES 01482071118.

Pregoeiro 05/09/2019 09:44:02 Para ROBERTO PEREIRA DA SILVA
03215259141 - Esclareço que a Nota Fiscal Eletrônica é documento suficiente para comprovação da operação de venda do material constante do atestado.

34.584.079/0001-67 ROBERTO PEREIRA DA SILVA 3215259141 317
1.449.999,9900 28/08/2019 09:29:16:323

Recusado - Motivo da Recusa/Inabilitação do Lance: Não comprovou a veracidade do Atestado de Capacidade Técnica. Este registro ficará disponível em ata para, a critério do órgão demandante da licitação, instaurar proc. adm. para aplicação de sanção, por inobservância do art. 32, do Dec. Estadual 28.089/2006, conforme previsto no item 20.1 do edital.

Fato análogo aconteceu no pregão 92/2019 UASG 765720 HOSPITAL NAVAL MARCILIO DIAS - MM que está em curso, apresentando ATESTADO DE CAPACIDADE TECNICA fornecido por BRUNO GARCIA LOPES 01482071118 em favor do Concorrente.

Ao analisar os demais itens do mesmo pregão foi constatado a emissão de outro ATESTADO DE CAPACIDADE TECNICA pela mesma empresa BRUNO GARCIA LOPES 01482071118 em favor de outra empresa (MEI), denominada PAULO VINICIUS CARNEIRO DE SOUSA 73748528191, documento emitido com data de 12/07/2019, ou seja, anterior a abertura da empresa, que ocorreu em 07/08/2019, podendo ser comprovado através do cartão CNPJ.

Tal documento NÃO é hábil para comprovar a qualificação técnica exigida pelo edital, de forma que não atende os objetivos traçados pela Administração Pública.

Colocando em risco todo o trabalho dessa RESPEITÁVEL COMISSÃO DE LICITAÇÃO.

Portanto, se trata de inequívoco descumprimento aos termos do edital devendo culminar com a sua INABILITAÇÃO, conforme precedentes sobre o tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. REQUISITOS DO EDITAL. INOBSERVÂNCIA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO. 1. O edital é a lei interna do procedimento licitatório, não pode ser descumprido pela Administração e deve ser

observado por todos os licitantes, para que concorram em igualdade de condições. 2. In casu, a parte agravante, para a comprovação da capacidade técnica-operacional, apresentou atestados (fls. 216/220) em nome da empresa ** com quantitativos insuficientes, bem como atestados em nome da empresa **, não participante do consórcio recorrente, o qual é constituído apenas pelas empresas ***. 3. O descumprimento das cláusulas constantes no edital conduz à inabilitação da licitante, pois, do contrário, estar-se-iam afrontando os princípios norteadores da licitação, expressos no art. 3º da Lei 8.666 /93. AGRADO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70077112092, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 29/08/2018).

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. AJUSTE DE PLANILHA. REDUÇÃO DO PREÇO OFERTADO NO ITEM. NULIDADE. CARACTERIZADA. 1. O edital faz lei entre as partes e vincula a Administração, mostrando-se inadmissível modificação das condições pré-estabelecidas no curso da licitação. 2. De acordo com o art. 3º da Lei nº 8.666/93, a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Da mesma forma, disciplina o pregão revisto na Lei nº 10.520/2002, modalidade de licitação, em relação a qual se aplicam subsidiariamente as disposições da Lei nº 8.666/93. Não basta, pois, obter-se a proposta mais vantajosa para a administração, devendo-se, na verdade, garantir a efetiva igualdade de condições entre os licitantes e o respeito às demais regras e princípios jurídicos, em especial aqueles que orientam as ações da Administração. 3. A alteração das cotações de itens individuais em pregão eletrônico visando o ajuste do valor total configura conduta inaceitável em pregões cujo o valor global é formado pelos lances individuais de cada item, pois confere vantagem indevida ao licitante que trabalha os lances de todos os itens sem a pressão dos concorrentes (seja por estarem muito acima ou muito abaixo do preço de mercado) e implica em desvantagem para as outras licitantes, frustrando os princípios norteadores das licitações públicas, além de aumentar o risco de ocorrência de jogo de planilha. 4. (...) (TRF4, AC 5049112-45.2017.4.04.7100, Relator(a): LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, QUARTA TURMA, Julgado em: 19/09/2018, Publicado em: 21/09/2018)

Afinal, se a empresa não concordasse com a exigência editalícia, caberia a ela realizar a impugnação ao edital previamente. Não o fazendo e concordando com as disposições do edital, deve se vincular a ele:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ESTACIONAMENTO ROTATIVO. ÍNDICES UTILIZADOS NA PROPOSTA QUE DIFEREM DO EDITAL. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. Havendo a empresa apresentado taxa de ocupação diversa do edital convocatório, afigura-se correta a decisão administrativa que inabilitou a agravante no certame. Inteligência dos arts. 41 e 44 da Lei nº 8.666 /93. Entendendo possível maiores taxas de ocupação, deveria a parte ter atacado o edital de licitação, e não apresentar proposta em desacordo com a previsão nele contida, e ao qual estava vinculada. Precedentes desta Corte. AGRADO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de instrumento Nº 70076602291, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 09/05/2018).

Motivo que deve culminar em sua imediata inabilitação.

DOS OBJETIVOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA

A Licitação pública tem como finalidade atender um INTERESSE PÚBLICO, de forma que seus critérios devem ser observados por todos os participantes em estado de IGUALDADE, para que seja possível a obtenção da PROPOSTA MAIS VANTAJOSA.

Portanto, ao deixar de aplicar os dispositivos editalícios em isonomia entre os competidores há grave afronta a tais princípios, além de ferir o próprio PRINCÍPIO DA FINALIDADE.

DO VÍNCULO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

O princípio do vínculo ao instrumento convocatório materializa o princípio da legalidade no processo licitatório e vem expressamente positivado na Lei 8.666/93, nos seguintes termos:

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

A observância ao edital efetiva o princípio inscrito dentre os demais princípios que regem a Administração Pública, disposto no caput do artigo 37 da Carta Magna:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

O princípio da legalidade é a base de todos os demais princípios, uma vez que instrui, limita e vincula as atividades administrativas, conforme refere Hely Lopes Meirelles:

"A legalidade, como princípio de administração (CF, art.37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'poder fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'."(in Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros, 27ª ed., p. 86),

No mesmo sentido, leciona Diógenes Gasparini:

"O Princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade do seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal ou que exceda o âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo o que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como

autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situação excepcional (grande perturbação da ordem, guerra)” (in GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo, Ed. Saraiva, SP, 1989, p.06) Portanto, uma vez demonstrado o descumprimento ao devido processo legal e ao princípio da legalidade, tem-se por inequívoca a nulidade do ato administrativo.

DA QUEBRA DA ISONOMIA

Ao ROBERTO PEREIRA DA SILVA 03215259141, CNPJ - 034.584.079/0001-67, o recorrido, sem qualquer motivação ou razoabilidade, fere o princípio da isonomia, pois confere tratamento diferenciado, em prejuízo ao recorrente sem qualquer amparo legal.

Sabidamente, trata-se de preceito basilar e indispensável de todo e qualquer ato público, conforme leciona Adilson Abreu Dallari:

"O princípio da isonomia é uma decorrência imediata do princípio republicano, motivo pelo qual o insuperável Geraldo Ataliba, às páginas 133 e ss. De seu República e Constituição (...), afirmou que ele se irradia sobre todos os dispositivos constitucionais, afetando tanto a elaboração das leis quanto todos os atos administrativos: "...Os poderes que de todos recebem devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade, se não fosse marcada pela igualdade. A igualdade é, assim, a primeira base de todos os princípios constitucionais e condiciona a própria função legislativa, que é a mais nobre, alta e ampla de quantas funções o povo, republicanamente, decidiu criar. A isonomia há de se expressar, portanto, em todas as manifestações do Estado..." (in Concurso Público e Constituição. Coordenador Fabrício Motta. Ed. Fórum, 2005. Pg.92)

Portanto, qualquer ato que venha a comprometer a igualdade entre os administrados deve ser rechaçado pelo Poder Judiciário – como no presente caso.

Afinal, trata-se de ato que contraria o próprio princípio da finalidade, da eficiência e da razoabilidade, pois acaba por reduzir a maior amplitude de opções a atingir o objetivo público.

A esse propósito, insta trazer à baila a lição do saudoso professor e magistrado Hely Lopes Meirelles, que assim assevera:

(...) todo ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade), com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade) e com presteza e rendimento funcional (princípio da eficiência). Faltando, contrariando ou desviando-se desses princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato, expondo-o a anulação por ela mesma ou pelo Poder Judiciário, se requerida pelo interessado. (in Direito Administrativo Brasileiro, 34ª Edição, 2008, Editora Malheiros, São Paulo, pg. 716)

Dito isso, outro deslinde não pode ter o presente caso a não ser a revisão do ato administrativo impugnado, para que seja considerada a inabilitação do concorrente

AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

O art. 50, da Lei 9784/99 que dispõe sobre os processos administrativos, prevê claramente:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Ocorre que, diferentemente do previsto, a decisão impugnada foi tomada sem qualquer motivação, deixando de relatar os fatos e motivos legais que fundamentassem sua decisão.

O princípio da motivação do ato administrativo exige do Administrador Público especial cautela na instrução do processo, sob pena de nulidade, conforme assevera Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos”. (in Direito Administrativo, 24º ed., Editora Atlas, p. 82).

Diferentemente disso, o ato administrativo impugnado, não encontra-se devidamente motivado, em clara inobservância à Lei.

Trata-se de irregularidade do ato administrativo que deve ser imediatamente revisto sob pena de nulidade, conforme precedentes sobre o tema:

ACÓRDÃO EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PROCON - ÓRGÃO SEM PERSONALIDADE JURÍDICA - DEFESA INTEIRAMENTE REALIZADA PELO MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - MULTA PROCON - PROCESSO ADMINISTRATIVO - MOTIVAÇÃO INADEQUADA - VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - APELO CONHECIDO E DESPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. 1. (...). 3. O ato administrativo não encontra-se devidamente motivado, nos termos do art. 50, da Lei 9784/99 e do art. 19, do Decreto Municipal 11.738/03. No corpo da decisão administrativa, o PROCON/Vitória indica como fundamento normativo de sua pretensão punitiva unicamente os arts. 14 e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, limitando-se a citá-los. 4. Em nenhum momento o Procon considerou o conjunto fático-probatório, não apresentando em sua decisão referências a qualquer fatura da consumidora que comprovasse as cobranças indevidas. Ademais, não oportunizou à empresa apelada a produção de provas que a possibilitassem comprovar a licitude nas cobranças impugnadas. Tal fato, em conjunto à fundamentação deficiente, proporciona a nulidade não somente do processo administrativo, mas da penalidade que dele decorre. Precedentes 5. Recurso de apelação conhecido e improvido. (TJ-ES - APL: 00282591720128080024, Relator: ELISABETH LORDES, Data de Julgamento:

06/02/2018, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/02/2018)
EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. MULTA ADMINISTRATIVA. PROCON. NULIDADE. CONFIGURADA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. CRÉDITOS. CELULAR. PLANO PRÉ-PAGO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA USO. LICITUDE. RECURSO IMPROVIDO. 1) o aplicador do direito necessita bem fundamentar sua decisão subsumindo o fato à norma, de maneira que o destinatário do ato administrativo consiga compreender o ato ilícito pelo qual está sendo punido e haja efetiva consolidação dos princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa.2) (...) (TJES, Classe: Apelação, 24120281357, Relator: ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA - Relator Substituto : VICTOR QUEIROZ SCHNEIDER, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 11/04/2017, Data da Publicação no Diário: 20/04/2017)

Razões pelas quais devem conduzir à revisão do ato administrativo com a sua imediata revisão.

ISTO POSTO, diante da plena comprovação de atendimento ao edital, REQUER, o recebimento do presente recurso, em seu efeito suspensivo, nos termos do art 109, § 2º, da Lei 8.666/93;

Ao final, julgar totalmente procedente o presente recurso, para fins de rever a decisão de habilitação, declarando a nulidade de todos os atos praticados a partir da declaração de vencedora com imediata inabilitação.

Requer abertura de processo administrativo para apurar a conduta e a utilização de documentos originários desse certame.

E, após conclusão de processo administrativo em sede própria, seja noticiado o CGM, TCM e o Ministério Público para medidas cabíveis.

Não alterando a decisão, requer o imediato encaminhamento à Autoridade Superior nos termos do art. 109, §4º da Lei 8.666/93.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

J. C. M. NITEROI REFRIGERACAO LTDA
CNPJ 08.824.171/000570

GILSON CARLOS DOS SANTOS MIRANDA
RG 10.874.633-0 RJ
CPF 034.014.697-46