

Pregão Eletrônico

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

CHIPCIA INFORMÁTICA LTDA., sociedade empresária, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 00.761.147/0001-02, domiciliada em Salvador, Bahia, na Rua Arthur Azevedo de Machado, nº 1598, Stiep, CEP 41.770-7900, comparece respeitosamente perante V. Sa., para, na qualidade de licitante, vem, tempestivamente, à presença de V. S^a., com fulcro no art. 109, § 4º da Lei 8.666/93, interpor RECURSO HIERÁRQUICO, pelas razões de fato e de direito seguiu deduzidas:

1. DO OBJETO RECURSO

A Recorrente é sociedade empresária, com sede no Estado da Bahia e encontrando-se tecnicamente habilitada a participar do certame acima apontado, tendo aderido ao competente Pregão Eletrônico que regulou o procedimento.

Em que pese seja incontestável a lisura e comprometimento da Comissão de Licitação, ora representada pela Sra. Pregoeira, encontra-se eivada de equívoco e ilegalidade a decisão classificou como vencedora a proposta da empresa ZOOM TECNOLOGIA LTDA., considerando-a, portanto, a contrario sensu, como a mais vantajosa, especificamente, no que toca aos itens "2" e "8", licitados.

2. MÉRITO

2.1. DA FLAGRANTE VIOLAÇÃO AO EDITAL

Conforme antecipado na breve exposição dos motivos quando oportunamente veiculada a intenção oportunamente apresentados – cumprindo-se, pois, requisito intrínseco ao presente recurso em sede de Pregão – a decisão que declara vencedora a proposta da referida empresa, ora Recorrida, viola o próprio Edital, afastando-se da legalidade imprescindível para legítima contratação de empresa com melhor preço, devidamente apta, de acordo com edital veiculado.

No caso, o objeto do edital fez prever a necessidade administrativa de "a FORMALIZAÇÃO DE ARP PARA FUTURA CONTRATAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE COMPUTADORES, NOTEBOOKS, SERVIDORES, STORAGES E SWITCHES, cujas especificações, quantitativos e condições gerais encontram-se detalhados no Termo de Referência"(grifos aduzidos)

Assim, para a qualificação técnica do licitante, seria imprescindível não violar, dentre outros dispositivos os itens "16.6" e "32.6", os quais, respectivamente, fizeram prever, respectivamente, os requisitos para garantia e suporte, dos produtos orçados, respectivamente para os itens 2 e 8:

"16.6. Esta cobertura deverá ser assegurada pelo fabricante dos produtos ofertados sem custos adicionais para a CONTRATANTE;"

32.6. Esta cobertura deverá ser assegurada pelo fabricante dos produtos ofertados sem custos adicionais para a CONTRATANTE;"

Conforme demonstrado no decorrer do Pregão, após a suspensão da sessão, observado ter sido requisitadas propostas da empresa ZOOM TECNOLOGIA para os itens "2" e "8", referidos, a própria Pregoeira, então atenta às regras do Termo de Referência, salientou, desde aquele oportunidade, que a referida empresa deveria enviar documentos complementares; folders técnicos, data sheets, manuais, links da página do produto no site do fabricante, certificados, declarações e outros documentos.

Nada obstante, a referida empresa respondeu em sua proposta já teria constaria um link que direcionaria para o drive, com a documentação técnica dos produtos ofertados, o que não é verdade, pois não se identifica nenhuma declaração do fabricante dos produtos ofertados (HUAWEY), portanto em escancarado desacordo com os itens 16.6 (página 104) 32.6 (página 111), que, conforme indicado acima, contemplam que a cobertura apresentada pelo licitante deverá ser assegurada pelo fabricante dos produtos ofertados sem custos adicionais para do órgão contratante.

Com efeito, estas previsões editalícias não espelham mera formalidade, pois têm o condão de,

justamente, coibir que um proponente aventureiro afirme determinadas condições de garantia, sem qualquer respaldo e anuência do fabricante, o qual, por sua vez, que teria o poder de, efetivamente, garantir a cobertura.

E não se diga, por sua vez que, pelo fato do TCU já ter decisões contrárias a exigência de declarações nesse sentido, é incontroverso que se constou do edital e não houve impugnação deve prevalecer a previsão editalícia, sem ressalvas, por mais que se venha a conceber, posteriormente, que a exigência seria desnecessária.

Repita-se, em que pese a lisura moral dos integrantes da comissão, notadamente da Sra. Pregoeira, o entendimento desta é absurdo, pois, na prática, distorce o conceito básico do propósito legal do Termo de Referência, bem como, do próprio edital, como um todo, o qual mutualmente, normatiza a licitude dos atos dos concorrentes entre si, bem como, perante o órgão que julga as respectivas propostas.

Ora, se os licitantes não podem apresentar propostas desvinculadas à regra ao qual aderiram, sem ressalvas, não podendo qualquer das exigências do Termo de Referência ser feita como "letra morta", mesmo se a COPEL do órgão fez prever exigência que, após conhecer das propostas, passou a considerá-la desnecessária.

Essa "surpresa", inovação no certame, ainda mais de ofício e quando já conhecidas as propostas, é duramente rechaçada pelo Judiciário, quando analisou o tema da falta impugnação oportuna no edital; senão vejamos (com grifos):

TRF-1 APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA AMS 26860 DF 2000.34.00.026860-4(TRF-1) EDITAL NÃO IMPUGNADO OPORTUNAMENTE. PRECLUSÃO.1.A União é sujeito passivo no mandado de segurança, e, portanto, legitimada a recorrer quando figurar como autoridade coatora órgão do poder Legislativo Federal - Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal. 2.Tendo em vista o litisconsórcio passivo necessário com a União e a interposição de embargos de declaração - que interrompem o prazo recursal - é de ter por tempestivo o recurso apelatório da empresa licitante. 3.Sendo o procedimento licitatório dividido em etapas (editalícia, habilitatória, julgadora e adjudicatória) e contendo cada qual os mecanismos respectivos de impugnação, opera-se a preclusão quando se discute matéria que deveria ser tratada em fase anterior. 4.Desta forma, exigência editalícia não atacada oportunamente não poderá ser impugnada a posteriori. 5.Remessa oficial provida. Segurança denegada. 6.Recursos voluntários prejudicados

TRF-1 AGRAVO DE INSTRUMENTO AG 36816 DF 2000.01.00.036816-7 (TRF-1) PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. ART. 41 , CAPUT, DA LEI 8.666 /93. REQUISITO. APRESENTAÇÃO DE CONTRATOS DE SERVIÇOS PRESTADOS. DESCUMPRIMENTO. EDITAL NÃO IMPUGNADO OPORTUNAMENTE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. APLICAÇÃO DE MULTA. 1.O princípio da vinculação ao edital, previsto no artigo 41 , caput da Lei 8.666 /93, impede que a Administração e os licitantes se afastem das normas estabelecidas no instrumento convocatório, sob pena de nulidade dos atos praticados. 2. A apresentação de atestados de capacidade técnica não supre a exigência editalícia de apresentação de contratos de prestação de serviços, tanto mais quando o instrumento convocatório não foi oportunamente impugnado. 3. Ao apresentar documento como se fosse o contrato celebrado com a Administração em decorrência da licitação discutida nos autos, agiu a agravada de forma desleal, pois tentou alterar a verdade dos fatos (art. 17 , II do CPC) e induzir esta Corte a erro. 4. Aplicação de multa por litigância de má-fé. 5. Agravo de instrumento provido.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. ART. 41 , CAPUT, DA LEI 8.666 /93. REQUISITO. APRESENTAÇÃO DE CONTRATOS DE SERVIÇOS PRESTADOS. DESCUMPRIMENTO. EDITAL NÃO IMPUGNADO OPORTUNAMENTE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. APLICAÇÃO DE MULTA. 1. O princípio da vinculação ao edital, previsto no artigo 41 , caput da Lei 8.666 /93, impede que Administração e os licitantes se afastem das normas estabelecidas no instrumento convocatório, sob pena de nulidade dos atos praticados. 2. A apresentação de atestados de capacidade técnica não supre a exigência editalícia de apresentação de contratos de prestação de serviços, tanto mais quando o instrumento convocatório não foi oportunamente impugnado. 3.

Mas não é só. No caso concreto, não se observa uma previsão tosca, "perdida" no edital em si - a qual, frise-se, já seria intransponível se não impugnada ou revista de ofício, oportunamente - mas, previsões específicas no Termo de Referência do certame, anotando uma necessitada efetiva para evitar qualquer risco à continuidade do objeto da contratação.

Como cediço, a lei que instituiu o Pregão, o Termo de Referência e o seu conteúdo obrigatório constam dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo, in verbis (com grifos):

§1º A autoridade competente motivará os atos especificados nos incisos II e III, indicando os elementos técnicos fundamentais que o apoiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela administração.

§2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.

Posto isso, temos que os itens do Termo de Referência não são meros detalhes no edital e sim o seu ponto mais importante, pois indicam exatamente a necessidade administrativa, a justificar a motivação do Poder Público para a aquisição, o tipo e quantitativos dos produtos e as garantias para continuidade da sua entrega, perante a iniciativa privada.

Assim, como o edital previu situação distinta do quanto aprovado, por via de inovação, pela Sra. Pregoeira, a desclassificação da proposta da Recorrida se faz insuperável, exatamente porque flagrantemente inapta ao objeto da licitação – não impugnado, frise-se – sob pena de comprometer a licitude do certame.

Manter a decisão da Sra. Pregoeira, no particular, observado o seu nítido distanciamento das regras editalícias, desvincula a sua discricionariedade de seu ato da necessária legalidade, contaminando o ulterior contrato administrativo, uma vez que, conforme jurisprudência compilada, são nulos os atos praticados, se em desacordo com o edital, ainda mais, quando a previsão aceita pelos concorrentes, está contida no Termo de Referência, repita-se.

Deveras, a esta norma-princípio (Vinculação ao Edital) encontra-se disposta 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 edital, nesse caso, torna-se lei entre as partes. Este mesmo princípio dá origem a outro que lhe é afeto, o da inalterabilidade do instrumento convocatório, ainda mais porque, repita-se, o edital sob comento fora aderido pelos concorrentes, sem nenhuma objurgação.

De fato, a regra que se impõe é que, após publicado o edital, não deve mais a Administração promover-lhe alterações mesmo que tacitamente sugeridas nas propostas, apenas considerando-as, se em oportuna impugnação, exatamente para se garantir a moralidade e a impessoalidade administrativa, bem como, ao primado da segurança jurídica.

Neste diapasão, a Constituição Federal determina que a Administração Pública obedeça aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF/88; art. 37, caput). Explícita, ainda, a nossa Carta Magna, 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 (CF/88; art. 37, inciso XXI).

Como cediço, para regulamentar o procedimento da licitação exigido constitucionalmente, foi inicialmente editada a Lei nº 8.666/1993 e posteriormente, a Lei nº 10.520/2002, especificando o certame via pregão, face ao qual, se aplicam subsidiariamente as regras amplamente previstas na aludida Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sendo inquestionavelmente certo que, seja qual for a modalidade adotada, deve-se garantir a observância da isonomia, legalidade, impessoalidade, igualdade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, previstos expressamente na Lei 8.666/1993.

Dentre as principais garantias, pode-se destacar a vinculação da Administração ao edital que regulamenta o certame licitatório. Trata-se de uma segurança para o licitante, como, principalmente, para o próprio interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação, princípio extraído da exegese do art. 3º da Lei de Licitações, o qual, enfatizado pelo art. 41 da mesma lei, que, por sua vez, 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).

O Grande Mestre Administrativista, MARÇAL JUSTEN FILHO, pontuando sobre o tema, cita exemplo que serve "como uma luva" para o caso concreto; senão vejamos (com grifos):

"Quando o edital impuser comprovação de certo requisito não cogitado por ocasião do cadastramento, será indispensável a apresentação dos documentos correspondentes por ocasião da fase de habilitação" (Pregão. Comentários à Legislação do Pregão Comum e do Eletrônico, 4ª ed., p. 305).

Perante o judiciário e pelos órgãos de controle de contas, o posicionamento não poderia ser distinto, ao que se pede vênua para transcrever arestos do Supremo Tribunal Federal (STF), no Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) e no Tribunal de Contas da União (TCU), sobre o tema em debate.

O STF (RMS 23640/DF) tratou da questão em decisão assim ementada: 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 apócrifa, 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.

O STJ já se manifestou diversas vezes a respeito do tema (por exemplo: RESP 595079, ROMS 17658). No RESP 1178657, o tribunal decidiu: ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa", este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a requerida, não supre a exigência do edital. Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes.

O TRF1 também já decidiu que a Administração deve ser fiel ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (AC 199934000002288): "Pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada" (Lei nº 8.666/93, art. 3º, 41 e 43, I). O edital é a lei da licitação. A despeito do procedimento ter suas regras traçadas pela própria Administração, não pode esta se furtar ao seu cumprimento, estando legalmente vinculada à plena observância do regramento".

O mesmo TRF1, noutra decisão (AC 200232000009391), registrou: "Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º [Lei nº 8.666/93], pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. (...) O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica a pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las (...)"(Justen Filho, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 8ª ed., São Paulo, Dialética, comentários ao art. 41, pgs. 417/420). A conduta da Administração na condução do pleito foi de estrita observância e vinculação ao edital, sendo o direito prejudicado pertencente a terceiro que não observou as prescrições editalícias, sendo descabida a pretensão de beneficiar-se de sua desídia.

Por fim, para além dos tribunais judiciais, mister trazer à baila há um sem números de acórdãos do TCU que tratam da vinculação ao edital, com orientação alinhada àquela

apresentada neste parecer e que podem ser sintetizadas na recomendação apresentada pelo tribunal no Acórdão 483/2005:

"Observe com rigor os princípios básicos que norteiam a realização dos procedimentos licitatórios, especialmente o da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo, previstos nos artigos 3º, 41, 44 e 45 da Lei nº 8.666/1993".

Decisões recentes reforçam essa posição do TCU, como se constata no sumário dos acórdãos a seguir transcritos:

Acórdão 4091/2012 - Segunda Câmara: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇO. EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA EM PERCENTUAL MÍNIMO DE 50% PARA TODOS OS ITENS LICITADOS. ILEGALIDADE. ACEITAÇÃO DE ATESTADOS DOS VENCEDORES EM DESACORDO COM O PRÓPRIO EDITAL. MALFERIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO

Acórdão 966/2011 - Primeira Câmara REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÃO ELETRÔNICO. CONSTATAÇÃO DE ALGUMAS FALHAS RELACIONADAS À INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO.

Conclui-se, pois, que a Administração Pública, muito menos, os licitantes, no curso do certame, podem se afastar das regras por ela mesma estabelecidas no instrumento convocatório, por mais que, se aleguem inócuas ao que se pretendeu antes de se veicular o edital, posto que o particular licitante, se submeteu, em grau de igualdade, a concorrer sob as intocáveis regras editalícias.

Flexibilizar essas regras no decorrer do certame seria cancelar a inaceitável situação de "mudar as regras do jogo quando desfavorável a um dos competidores", minando a segurança e estabilidade às relações jurídicas decorrentes do certame licitatório, eis que desestabilizaria o tratamento isonômico entre os licitantes.

De efeito, ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação, violando os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia; senão vejamos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos. (grifo nosso)

No que se refere às licitações deflagradas pela Administração Pública, a carta constitucional determinou que os entes públicos licitantes deverão assegurar a igualdade de condições entre os competidores, como preleciona o art. 37, XXI, da Constituição Federal, ao passo em que, seguindo o texto constitucional, o art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93, lei essa que regulamenta o artigo 37, XXI, da CF/88, reitera a máxima constitucional e assenta o entendimento da imprescindibilidade do tratamento isonômico entre os concorrentes ao objeto de licitações promovidas pelo Poder Público.

Nessa esteira, a inobservância do tratamento isonômico entre licitantes vicia o procedimento administrativo licitatório, como ensina LUIS CARLOS ALCOFORADO, verbis:

"Pelo novo Estatuto, ampliou-se a finalidade da licitação. Ao lado da seleção da proposta mais vantajosa, encontra-se a outra nova finalidade: 'garantir a observância do princípio constitucional da isonomia'".

À Administração, conseqüentemente, prendem-se as obrigações de selecionar a proposta mais vantajosa, sem deixar de garantir a isonomia, sob pena de viciar o processo licitatório, como a posterior contratação do objeto ilegalmente adjudicado. Acerca do princípio da impessoalidade, pede-se vênua para transcrever sintética, posto profícua, passagem de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam

todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração.”

Não se pode olvidar, também, do preceito insculpido no verbete 158 das Súmulas do Tribunal de Contas da União, segundo o qual “há de se prestar obediência aos ditames básicos da competição licitatória, sobretudo no que diz respeito ao tratamento isonômico dos eventuais concorrentes, como princípio universal e indelimitável do procedimento ético e jurídico da administração da coisa pública”.

Por isso, as licitações não visam apenas garimpar a proposta mais vantajosa, mas, também e essencialmente, buscam garantir a isonomia, formal e materialmente, o que não está ocorrendo no caso concreto, quando a proposta da Recorrida apresenta um preço total mais barato, mais inaplicável ao quanto buscado no Pregão.

3.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, pede e espera seja o presente recurso recebido, conferindo-se efeito suspensivo, para, que em caso de não se efetivar a reconsideração, seja ele passado à análise da Autoridade hierarquicamente superior e, a final, dar-lhe provimento, reformando a decisão a quo, para desclassificar a proposta da Recorrida, passando a avaliar, para classificação, as demais propostas atentas ao Edital e seu Termo de Referência.