

Pregão/Concorrência Eletrônica

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

Ao MUNICÍPIO DE MERCEDES PR
Att. Ao Responsável da Comissão de Licitação ou Pregoeiro
Pregão Eletrônico nº106/2022
Processo Licitatório nº220/2022

Recorrente: OXIGUAÇU INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE GASES LTDA
Recorrida: . ECOLOGICA OXIGENIO LTDA.

OXIGUAÇU INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE GASES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 03.081.556/0001-48, com sede na Rodovia Br 277 Km 582, S/N - Cascavel Velho Telefone: (45) 3227-2960, na cidade de Cascavel, estado do Paraná, por seu representante legal Juares da Luz, vem, com fulcro no § 2º, do art. 41, da Lei nº 8666/93, em tempo hábil, à presença de Vossa Excelência apresentar RAZÕES DE RECURSO em face da habilitação da recorrida ECOLOGICA OXIGENIO LTDA., pelos motivos e fatos de direitos a seguir:

I –Preliminarmente:

A licitação objetiva garantir a observância dos princípios constitucionais da legalidade e licitude nas licitações, em que busca selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração pública e ao cidadão, para tanto é obrigatório e necessário que o administrador público observe todas as normas legais pertinente a cada tipo de produto ou serviço a ser adquirido.

Por oportuno, tal referência é importante, visto que os agentes públicos respondem pessoalmente e com bens particulares por seus atos no exercício de sua função, assim, não é possível e admissível a interpretação unilateral e elástica fora do previsto nos editais próprios, se não, vejamos a fundamentação legal do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, ao regulamentar o artigo 37, XXII da Constituição Federal sobre as ações e responsabilidades dos servidores públicos;

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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

II – DA NECESSÁRIA INABILITAÇÃO DA RECORRIDA

II.1 – Do Prazo de validade da Documentação apresentada pela empresa ECOLOGICA OXIGENIO LTDA.

Conforme argumentos descritos na interposição do recurso contra habilitação, temos que a Recorrida ECOLOGICA OXIGENIO LTDA não atendeu a contento as normas previstas no edital, em especial ao item 9.7.3.1 da qualificação técnica, violando a RESOLUÇÃO-RDC Nº 32, DE 5 DE JULHO DE 2011 e ainda a RESOLUÇÃO-RDC Nº 129, DE 10 DE MAIO DE 2002, e art. 8º da RDC 497/2021, todos do Ministério da Saúde.

Em que pese a documentação apresentada, temos a recorrida deveria ter apresentado o Certificado de Boas Práticas de Fabricação que possui prazo de validade de 24 meses, contados a partir da data de sua publicação no Diário Oficial da União (DOU) , decorrente da AFE.

Nesta seara, deveria a Recorrida ter apresentado a publicação no Diário Oficial da União (DOU) do referido certificado a menos de 24 meses, o que não juntou.

Da mesma forma, a AFE deve ser apresentada de forma recente, ou seja, com impressão com menos 30 dias para demonstrar sua validade, o que da mesma forma não foi apresentado pelo Recorrido, assim, descumpriu este as exigências do Edital, impondo sua desclassificação.

Com obtenção da AFE deve o fornecedor obter e manter em validade o Certificado de Boas Práticas de Fabricação, documento em deve ser analisado em conjunto para validade da própria AFE, neste caso o Recorrido não apresentou a comprovação de validade de sua AFE , deixando assim de atender as exigências do edital, impondo sua inabilitação.

O princípio da vinculação ao Edital previsto no artigo 41 caput da Lei nº. 8666/93, impede que a administração e os licitantes se afastem das normas estabelecidas no instrumento convocatório, sob pena de nulidade dos atos praticados.

Seja qual for a modalidade de licitação adotada, deve-se garantir a observância da isonomia, legalidade, impessoalidade, igualdade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, previstos expressamente na Lei n. 8.666/1993.

Dentre as principais garantias, pode-se destacar a vinculação do ente promotor do processo licitatório ao edital que regulamenta o certame.

Trata-se de uma segurança para os licitantes e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração/órgão públicos que observe as regras por ela próprias lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

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).

O mesmo autor prossegue no exame da questão, e reforça sua argumentação a respeito da vinculação do edital com o art. 41, §2º, da Lei 8.666:

"Ali, fixa-se prazo para que o licitante possa impugnar os termos do edital. Expirado esse prazo, decairá o participante da licitação do direito de impugná-lo. Isto significa dizer que quem participa da licitação não pode esperar pela sua inabilitação ou desclassificação para, somente então, impugnar a regra contida no edital que levaria à sua exclusão do processo." (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.417).

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório possui, portanto, extrema relevância, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas. Dessa feita, em se tratando de regras constantes de instrumento convocatório, deve haver vinculação a elas.

É o que estabelecem os artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei nº 8.666/1993, in verbis:

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.

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

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...]

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

Trata-se, na verdade, de princípio inerente a toda licitação e que evita não só futuros descumprimentos das normas do edital, mas também o descumprimento de diversos outros princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo.

Nesse sentido, vale citar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no art. 3º da Lei n 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado, segundo o qual "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender as exigências concernentes a proposta, serão desclassificados" (artigo 48, inciso I). (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 299).

Quando a Administração estabelece, no edital as condições para participar da licitação e os documentos necessários a serem apresentados, os interessados apresentarão suas propostas e documentos de habilitação com base nesses elementos, sempre dentro dos prazos de validade, ora, se for aceita habilitação ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital.

No mesmo sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

"A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial. O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. Se o instrumento de convocação,

normalmente o edital tiver falha, pode ser corrigido, desde que oportunamente, mas os licitantes deverão ter conhecimento da alteração e a possibilidade de se amoldarem a ela. Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 246.).

Como se vê, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos princípios da igualdade, impessoalidade, publicidade, moralidade e probidade administrativa, preceitua que o julgamento das propostas seja o mais objetivo possível, nos exatos termos das regras previamente estipuladas, obrigando os licitantes a apresentarem documentos exigidos dentro dos respectivos prazos de validade.

Como bem destaca Fernanda Marinela, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório leva à assertiva de que o Edital é a lei interna da licitação:

"Como princípio específico da licitação, tem-se a vinculação ao instrumento convocatório. O instrumento, em regra, é o edital que deve definir tudo que é importante para o certame, não podendo o Administrador exigir nem mais nem menos do que está previsto nele. Por essa razão, é que a doutrina diz que o edital é lei interna da licitação, ficando a ele estritamente vinculada, conforme previsto no art. 41 da lei." (MARINELA DE SOUSA SANTOS, Fernanda. Direito Administrativo. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 264).

No mesmo sentido, ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

"A vinculação da Administração aos estritos termos do edital de convocação da licitação é exigência expressa do art. 41 da Lei nº 8.666/1993". Esse artigo veda à Administração o descumprimento das normas e condições do edital, "ao qual se acha estritamente vinculada". (ALEXANDRINO, Marcelo, e VICENTE, Paulo. Direito Administrativo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 410).

Ainda sobre a vinculação ao edital, Marçal Justen Filho afirma que "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).

Como exemplo de violação ao referido princípio, o referido autor cita, apropriadamente ao caso em análise, a não apresentação de documentos exigidos em edital e/ou a apresentação de documento em desconformidade com o edital; o que, inarredavelmente deverá implicar em sua desclassificação por estar inabilitado ao prosseguimento no certame.

Sobre o caso em apreço o TRF1, a exemplo dos demais TRFs 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 furtrar ao seu cumprimento, estando legalmente vinculada à plena observância do regimento".

Por fim, para além dos tribunais judiciais, mister trazer à baila a posição do TCU – Tribunal de Contas da União sobre a matéria em apreço. Há centenas de acórdãos do TCU que tratam da vinculação ao Edital, com orientação alinhada à decisão do Pregoeiro, 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".

Por todo o exposto, conclui-se que a Administração Pública, no curso do processo de licitação, não pode se afastar das regras por ela mesma estabelecidas no instrumento convocatório, ou mesmo relativizá-las, no afã de garantir segurança e estabilidade às relações jurídicas decorrentes do certame licitatório, bem como para se assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, sendo necessário observar estritamente as disposições constantes do edital publicado.

Não se tratando de exigências ilegais ou manifestamente destituídas de razoabilidade, inexistente direito subjetivo do licitante à não observância das normas constantes no Edital, assim não tendo o Recorrido apresentado dentro do prazo de validade a AFE e respectivo Certificado de Boas Práticas de Fabricação devidamente publicado no Diário Oficial da União, com menos de prazo de validade de 24 meses c contados a partir da data de sua publicação e certidão da AFE com menos de 30 dias, impõe-se a inabilitação.

Assim, ausente a apresentação de todos os documentos exigidos pelo Edital dentro do prazo de validade, requer a inabilitação da recorrida

III - Dos Requerimentos Finais

Diante de todo o exposto, requer seja declarada inabilitada a recorrida ECOLOGICA OXIGENIO LTDA., frente à não apresentação dos documentos exigidos para habilitação.

Nestes Termos, Pede Deferimento.
Cascavel, 26 de outubro de 2022.

Oxiguaçu Industria e Comércio de Oxigênio
Juarez da Luz
Administrador

Fechar