

Pregão Eletrônico

* Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

RECURSO :

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DO RIO GRANDE
GABINETE DE COMPRAS, LICITAÇÕES E CONTRATOS

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 005/2017, PARA SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO. OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO COM FORNECIMENTO DE BANHEIROS QUÍMICOS. – DIVERSAS SECRETARIAS.

TECNISAN SISTEMAS OPERACIONAIS DE SANEAMENTO LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 01.651.522/0001-16, com sede na Rua Cavaliere Ambrógio Cipolla, nº 826, Bairro Mariland, na Cidade de Caxias do Sul, RS, vem, respeitosamente, apresentar suas RAZÕES DE RECURSO, com fundamento no art. 11, XVII, do Anexo I do Decreto nº 3.555/00, no art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/02 e no art. 26 do Decreto nº 5.450/05, pelos fatos e fundamentos a seguir elencados.

DOS FATOS

Em 09 de maio de 2017, foi realizada licitação na modalidade de pregão eletrônico, visando o registro de preços para eventual contratação de empresa especializada para prestação de serviços de instalação, manutenção com fornecimento de banheiros químicos, na qual a empresa RELIMP CONSERVAÇÃO E LIMPEZA foi declarada vencedora.

Ocorre, Ilustre Pregoeiro, que, conforme manifestado em intenção de recurso, a documentação habilitatória da empresa vencedora está eivada de vícios, os quais não podem ser ignorados por esta Administração. E mais: a referida empresa ainda deixou de apresentar documento exigido em edital, com o que esta Administração concordou, em evidente afronta ao Princípio da Necessária Vinculação ao Instrumento Convocatório e à decisão já proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em caso enfrentado pela Recorrente exatamente igual ao presente.

Senão vejamos:

RAZÕES DE RECURSO

1. Da Não Apresentação da AFE da ANVISA

Inicialmente, cumpre chamar especial atenção para o fato de que, mesmo não apresentando a AFE da ANVISA, documento exigido no Anexo IV do edital, a licitante vencedora foi habilitada.

Veja-se a clareza da exigência editalícia:

j) A empresa participante deverá apresentar documentação de habilitação, fornecidos pela FEPAM e ANVISA.

Não obstante, a licitante vencedora apresentou tão somente um requerimento para não apresentá-la, com o que esta Administração concordou!

Ora, a dispensa da apresentação de qualquer documento, após a publicização do edital e após a realização do certamente viola frontalmente o edital, que sabidamente é a lei do processo licitatório, e, por conseguinte, o direito líquido e certo de toda uma coletividade de que as regras editalícias permaneçam inalteradas até o final do procedimento licitatório.

A legislação é clara quando trata dos princípios da licitação, expressamente mencionando o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório no art. 3º da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

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.

A própria Lei 8.666/93 explica o sentido desse princípio em seu art. 41, segundo o qual "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada".

Nesta baila, importa salientar que a administração não está apenas vinculada às exigências classificatórias ou habilitatórias, mas a todos os seus anexos obrigatórios constantes no art. 40, §2º da Lei nº 8.666/93, já que a lei prevê que todos serão parte integrante do edital.

No caso em tela, o edital foi publicado com a exigência de comprovação do registro da empresa vencedora da licitação na ANVISA e os interessados em dela participar jamais o impugnaram.

Diante da ausência de qualquer impugnação visando excluir referida exigência, as regras da licitação tornaram-se claras, públicas e notórias e passaram a vincular a Administração, que passou a estar obrigada a exigir da licitante vencedora a apresentação de todos os documentos, inclusive a comprovação de seu registro na ANVISA.

A consequência lógica disso é que, em não tendo a licitante vencedora apresentado a integralidade dos documentos exigidos no edital, deveria a Administração ter tomado a única providência que lhe era cabível, qual seja, inabilitá-la e chamar a segunda colocada para assinar o contrato.

Ora, o próprio Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Francisco José Moesch, ao julgar o Agravo de Instrumento Nº 70053072310, em 27/03/2013, salientou:

[...] o Edital vincula a Administração e todos os licitantes. É a lei da licitação no caso concreto, não sendo facultado à Administração usar de discricionariedade para desconsiderar determinada exigência do instrumento convocatório ou instituir novas regras no curso do procedimento, pois, do contrário, estar-se-iam afrontando os princípios norteadores da licitação, expressos no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Vê-se, assim, que não é dado à Administração simplesmente dispensar a apresentação da AFE da ANVISA posteriormente à licitação, pois em o fazendo, está modificando as "regras do jogo" ao final dele, o que não pode ser admitido.

E diga-se mais: a obrigatoriedade de apresentar o documento independe da existência de previsão legal para ser exigido.

Como já dizia o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho, "se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las".

Caberia à administração, caso constatasse a existência de nulidade, de irregularidade ou de inconveniência dos termos do edital, aplicar a única solução possível ao caso, que vem prevista no art. 21, §4º da Lei 8.666:

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Ou seja:

Verificando a nulidade ou a inconveniência dos termos do edital, a administração poderá valer-se de suas faculdades para desfazimento dos atos administrativos. Porém, isso acarretará necessariamente o refazimento do edital, com invalidação do procedimento licitatório já desenvolvido. Deverá ser reiniciado o procedimento licitatório (inclusive com novas publicações pela imprensa). Ter-se-á, na verdade, novo procedimento licitatório. Esse princípio foi expressamente consagrado no art. 21, § 4º, da nova Lei.

Portanto, a Administração não pode se utilizar de discricionariedade para modificar as regras no curso do procedimento, quanto menos ao final dele.

Conclui-se, assim, que, uma vez verificado que a licitante vencedora não possuía a documentação exigida pelo edital para assinar o contrato, a Administração deveria ter chamado a segunda colocada para apresentar os seus documentos, ou, não se convencendo da possibilidade de manter tal exigência, deveria ter reiniciado a integralidade do procedimento licitatório, mas jamais ter habilitado licitante dispensando-a de apresentar a integralidade da documentação, sob pena de violar frontalmente o Princípio da Estrita Vinculação ao Instrumento Convocatório.

A fim de conferir maior certeza ao quanto aqui afirmado, cumpre salientar que, ainda no ano de 2013, a empresa Recorrente deparou-se com a mesma situação que ora se apresenta: em licitação para a

Expointer, onde havia a exigência de apresentação da ANVISA, a licitante vencedora foi dispensada de apresentá-la por entender pela sua desnecessidade.

Sob o mesmo fundamento que ora se invoca, qual seja, a violação ao Princípio da Vinculação Estrita ao Instrumento Convocatório, a Recorrente impetrou o Mandado de Segurança anexo, no qual foi proferida a seguinte decisão:

3. Para fins de esclarecimento, cabe ressaltar que o "Termo de Contrato", no qual está inserta a cláusula contestada, é um anexo do edital, dele fazendo parte integrante, nos termos do art. 40, §2º, III, da Lei 8.666/93.

Com efeito, por ora, é caso de deferimento em parte da medida liminar, e, para tanto, transcrevo o voto que proferi no RN 70 024 662 462, especificamente nas passagens que interessam:

1. Violação ao princípio da vinculação estrita. Restou violado este princípio porque, em última análise, dispensou tais certificados. Diz o art. 41 da Lei 8.666/93: "A administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."

Ensina o Prof. Marçal Justen Filho: "Se a Administração reputar viciados ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las. Verificando a nulidade ou a inconveniência dos termos do edital, a administração poderá valer-se de suas faculdades para desfazimento dos atos administrativos. Porém, isso acarretará necessariamente o refazimento do edital, com invalidação do procedimento licitatório já desenvolvido. Deverá ser reiniciado o procedimento licitatório (inclusive com novas publicações pela imprensa). Ter-se-á, na verdade, novo procedimento licitatório. Esse princípio foi expressamente consagrado no art. 21, § 4º, da nova Lei." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Aide, 4ª ed., p. 255).

2. Violação ao princípio da interpretação objetiva. Restou violado também este princípio porque também a segunda colocada (...) não só não cumpriu integralmente como impugnou a necessidade, passando-se então a interpretar como razoavelmente cumpridos os requisitos (...).

(...). O que não podia era, em interpretação subjetiva, admitir a equivalência, violando também por esse prisma o edital do certame.

Diz o art. 40 da Lei: "O edital contera no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo de licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...); VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos; (...).

A obrigatoriedade da adoção de parâmetros objetivos, que subtraia do julgador administrativo toda margem de subjetivismo é também encontrada no art. 44: "No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei." E o § 1º: "É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes."

E volta a repetir no art. 45: "O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle."

Valho-me outra vez dos ensinamentos do Prof. Marçal Justen Filho, acerca do critério objetivo de julgamento: "As regras sobre os critérios de julgamento são de extrema relevância. O conceito de 'critério de julgamento' deve ser construído de modo sistemático, pela interpretação conjugada de dispositivos constitucionais e legais. Impera o princípio do julgamento objetivo, excluindo-se discricionariedade na seleção da proposta mais vantajosa. Para viabilizar um julgamento objetivo, faz-se necessária a existência de critérios definidos. O cotejo das diversas propostas permite analisá-las sob diversos ângulos. Conforme o ângulo de enfoque, resultarão distintas classificações de 'vantajosidade'. Se a Comissão dispusesse de discricionariedade, poderia escolher, no momento do julgamento, o critério em que sua decisão. Essa hipótese é rigorosamente incompatível com o sistema normati-vo. A Comissão de Licitação não dispõe de liberdade, na fase de julgamento, para escolher os critérios que nortearão sua decisão. Esses critérios terão de constar do ato convocatório. Isso permitirá, inclusive, que os interessados formulem suas propostas em função do critério escolhido. Por isso, não é suficiente a mera indicação do critério (por exemplo, 'menor preço' ou, o que é muito pior, 'melhor técnica'). É obrigatório discriminar como serão avaliadas as ofertas e qual a vantagem concreta que norteará a decisão da administração." (op. cit., p. 243).

Assim já decidiu esta Câmara na AP 70 016 608 390, da qual fui relator: "APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO. QUALI-FICAÇÃO TÉCNICA. EDITAL OMISSE NO QUE TANGE AO CRITÉRIO. DELEGAÇÃO IMPLÍCITA À COMISSÃO. INADMISSIBILIDADE. 1. Viola o princípio do julgamento objetivo o edital que, no que tange à qualificação técnica, limita-se a referir obras equivalentes ou superiores à objeto da licitação, delegando, por conseguinte, de modo implícito, à Comissão competência para definir em concreto o(s) critérios(s). Ainda que a quantidade de área, adotado pela Comissão, seja objetivo, o problema não está no critério, e sim na definição do critério. Ao optar pelo critério da quantidade de área, excluindo outros existentes, a Comissão agiu com subjetividade, e isso não pode ocorrer. Exegese dos arts. 40, VII, 44 e 45 da Lei 8.666/93. 2. Apelação provida."

No caso, em princípio, (a) feriu-se o princípio da vinculação estrita porque o Anexo ao Edital integra o próprio Edital; e (b) feriu-se o princípio da interpretação objetiva porque, por ocasião da assinatura do contrato, considerando que a vencedora não tinha condições de apresentar o documento fornecido pela ANVISA, fez-se, por interpretação subjetiva, a dispensa da exigência.

Se, eventualmente excessiva tal exigência, impunha-se anular o procedimento licitatório, nunca descumprir-lo, prejudicando a outra certamista, ora impetrante.

4. Nesses termos, considerando a existência de verossimilhança, e que, a segurança será ineficaz no

caso de, a final, ser concedida, defiro em parte a medida liminar, com base no art. 7º, III, da Lei 12.016/09, a fim de suspender o cumprimento do contrato, programado para ter início no dia 17-8-2013.

Notifique-se a digna autoridade coatora para as informações que entender necessárias no prazo de dez dias.

Deve ser citada, como litisconsorte passiva, a empresa Ricardo Alexandre Gabriel & Cia. Ltda., com prazo de quinze dias para se manifestar, querendo.

Com as informações e a manifestação da litisconsorte, ou fluído os respectivos prazos, vista automática à douda Procuradoria de Justiça.

Porto Alegre, 19 de julho de 2013.

DES. IRINEU MARIANI,
Relator.

A íntegra da decisão liminar e da decisão final do referido Mandado de Segurança encontram-se anexas e denotam a obrigatoriedade desta Administração exigir a apresentação da AFE da ANVISA, independentemente de qualquer juízo subjetivo acerca da necessidade de sua apresentação, sob pena de ter a sua decisão caçada judicialmente, tal qual a decisão que ora se anexa a estas razões recursais.

Por fim, cabe apenas destacar que, caso esta Comissão venha a analisar o mérito da dispensa de apresentação da AFE da ANVISA, o que não se acredita, diante de tudo o que até então fora ventilado, necessário será atentar para o fato de que frequentemente esta Administração solicita a instalação de banheiros químicos na região portuária do Município.

Destarte, seja em razão de não ser possível dispensar a apresentação de um documento após o certame, seja em razão de a AFE da ANVISA ser necessária justamente para regiões portuárias, como é o caso do Município de Rio Grande, a exigência deve ser mantida.

Por conseguinte, tendo em vista que não fora apresentada quando oportunamente instada a apresentar a íntegra dos documentos de habilitação, incontroversa é a necessidade de inabilitação da licitante declarada vencedora.

2. Da Apresentação de Contrato Social Incompleto e suas Implicações

Da análise da documentação habilitatória, é possível verificar que a licitante declarada vencedora não apresentou a íntegra de seu contrato social.

Veja-se que ela apresentou apenas duas alterações ao referido contrato, sem, entretanto, apresentar a sua consolidação.

Ora, a consolidação ao contrato social é o instrumento jurídico que permite verificar a íntegra de seus termos. Sem ele, Ilustre Pregoeiro, não é dado a esta Administração, tampouco aos demais licitante, concluir se quem se apresenta como administrador é, de fato, o administrador, e se a empresa possui filiais, por exemplo.

A consequência disso, Ilustre Pregoeiro, é a impossibilidade técnica de se avaliar a veracidade do atestado de capacidade técnica apresentado, por exemplo, na medida em que emitido em favor da suposta filial da licitante vencedora, cuja existência sequer é possível averiguar pelos documentos por ela apresentados!

Ora, este fato, por si só, é capaz de colocar em dúvida a autenticidade do referido atestado. Não obstante, referido atestado, apesar de não estar averbado no CREA, sequer está acompanhado do contrato celebrado com a Prefeitura de Escada, da nota fiscal emitida e da ART do profissional responsável pelo serviço.

Portanto, imprescindível sanar a irregularidade existente, para que se torne possível averiguar a efetiva existência de filial e, por conseguinte, a validade do atestado de capacidade técnica.

3. Da vedação à Transferência das Obrigações Contratadas

O item 12.2 do edital prevê a impossibilidade de se transferir as obrigações assumidas na licitação, nos seguintes termos:

12.2. Durante a execução do Contrato / Nota de Empenho, a Contratada deverá manter as mesmas condições de habilitação, prestar as informações solicitadas pelo Município dentro dos prazos estipulados, bem como não transferir a outrem as obrigações decorrentes da licitação.

Disso, conclui-se não ser possível a subcontratação, como é de praxe em toda e qualquer licitação.

Ocorre, Ilustre Pregoeiro, que, na presente licitação, a Administração exigiu que os licitantes apresentassem seus veículos devidamente licenciados na FEPAM.

E, apesar de as placas apresentadas pela licitante vencedora estarem cadastradas na FEPAM em nome

da licitante vencedora, em verdade, parte significativa desses veículos pertence a terceiros. Veja-se breve consulta de placas realizada no site da FEPAM pela Recorrente:

Todas as placas indicadas pela licitante encontram-se supra listadas. Entretanto, nenhum desses veículos parece ser de sua propriedade, de onde se denota que, para prestar o serviço licitado, a licitante terá que subcontratar esses veículos, transferência esta vedada pelo edital.

Diante disso, impõe-se reconhecer a violação ao item 12.2 perpetrada pela licitante vencedora, suficiente a ensejar a sua inabilitação.

4. Do não Cumprimento dos Requisitos de Habilitação quando da Licitação

Em 10 de maio de 2017, a licitante vencedora declarou cumprir plenamente todos os requisitos de habilitação da licitação ora em análise, como se depreende da Declaração do Anexo II abaixo estampada:

Ocorre, Ilustre Pregoeiro, que a licitante incorreu em erro ao tecer tal afirmação, na medida em que, em 10 de maio de 2017, não dispunha de Cadastro no IBAMA e tampouco de Contrato com um Responsável Técnico, ambos documentos obtidos tão somente em 12 de maio de 2017.

Conclui-se, assim, que a licitante declarou falsamente dispor, naquela data, de todos os documentos necessários à sua habilitação, devendo incorrer nas penalidades previstas no item 14.3 do edital.

5. Do Manifesto de Carga Apresentado

Apesar de o exposto já ser suficiente para demonstrar os vícios existentes na documentação habilitatória da licitante declarada vencedora, cumpre à Recorrente tão somente esclarecer que o MTR apresentado pela licitante declarada vencedora não possui validade.

Isto porque é de competência do gerador do resíduo ou da unidade que o receberá emitir MTR, e não de seu transportador. E, nessa condição, seria de responsabilidade da estação de tratamento que receberá os resíduos licitados a emissão do documento, e não da licitante vencedora.

Nesse sentido, veja-se o art. 4º da Portaria 034/2009 da FEPAM:

Art. 4º - Os empreendimentos passíveis de licenciamento ambiental, geradores de resíduos, referidos no art. 2º, e as unidades centralizadas de destinação final de resíduos, devem solicitar Autorização junto a FEPAM para emissão do talonário de Manifesto de Transporte de Resíduos - MTR, através de requerimento, conforme modelo, Anexo III, desta Portaria;
Portanto, deve esta Administração reconhecer que tampouco o manifesto apresentado pela licitante vencedora atende às exigências legais e editalícias, justificando, também sob este viés, a sua inabilitação.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a documentação apresentada pela licitante efetivamente está eivada de vícios, os quais não podem ser ignorados por esta Administração. Conclui-se, outrossim, que a referida empresa deixou de apresentar documento expressamente exigido em edital, com o que esta Administração concordou, em evidente afronta ao Princípio da Necessária Vinculação ao Instrumento Convocatório, decisão esta que não pode ser mantida, sob pena de ser cassada, tal qual ocorrera no caso análogo cujas cópias ora se junta.

ANTE AO EXPOSTO, a Recorrente requer, respeitosamente, que o presente recurso seja recebido. Uma vez recebido, requer que Vossa Senhoria analise as razões apresentadas para inabilitar a licitante declarada vencedora, pelos seguintes fundamentos:

- (i) Não apresentação da AFE da ANVISA;
- (ii) Não apresentação da íntegra do contrato social, impossibilitando a averiguação da autenticidade das informações veiculadas no Atestado de Capacidade Técnica;
- (iii) A empresa obrigatoriamente subcontratará outras empresas para a execução do serviço, já que os caminhões licenciados na FEPAM não são de sua propriedade;
- (iv) Declarou falsamente dispor, em 10 de maio de 2017, de todos os documentos necessários à sua habilitação;
- (v) O Manifesto por ela apresentado não tem previsão legal, já que é de competência do receptor do resíduo ou do gerador, e não do transportador, a sua emissão.

Por fim, tendo em vista que há diversos julgados administrativos e judiciais reconhecendo o pleito da Recorrente, em especial no que se refere à dispensa de apresentação da AFE da ANVISA, a Recorrente informa que, caso a referida orientação não seja seguida por esta Administração, buscará a correção desta decisão de forma judicial e/ou administrativa, inclusive mediante informação aos órgãos de controle e de fiscalização.

Nestes termos,
Pede e espera deferimento.

De Caxias do Sul, RS, para Rio Grande, RS, 25 de maio de 2017.

TECNISAN SISTEMAS OPERACIONAIS DE SANEAMENTO LTDA
CNPJ nº 01.651.522/0001-16

