

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

QUIMAFLEX CIENTIFICA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 13.224.500/0001-59, Inscrição Estadual nº 181.151.636.110, estabelecida à Avenida Bandeirantes, nº 584, São Geraldo, Araraquara/SP, CEP: 14.801.180, e-mail: juridico@quimaflex.com.br, neste ato por seu representante legal, o Sr. Sidinei Tacão, brasileiro, casado, empresário, portador da cédula de identidade (RG) nº 25.289.408-X SSP/SP, e CPF nº 150.743.598-30, vem, respeitosamente, perante a ilustre presença de Vossa Senhoria, dentro do prazo legal, RECORRER da r. decisão que a desclassificou e recusou sua proposta apresentada para os itens 1 e 2 do objeto do instrumento convocatório, o que o faz nos termos a seguir demonstrados:

I – Dos Fatos e do Direito

O presente certame trata do pregão em epígrafe, tipo menor preço por item que tem como objeto o “Registro de preços para o fornecimento parcelado de reagentes, ácidos, vidrarias e materiais diversos de laboratório, conforme a quantidade e especificações constantes no Anexo I – Termo de Referência do presente Edital”.

A recorrente se apresentou para a Sessão realizada aos 16 (dezesesseis) dias do mês de julho do ano de dois mil e vinte e um, às quatorze horas, para concorrer, entre outros itens, também na disputa de preços quanto aos itens 1 e 2; Substrato Cromogênico definido ONPG-MUG, para análise de Coliformes Totais e E. Coli (presença/ausência) para amostras de 100ml de água e Comparador de cor (presença/ausência) para testes de identificação de C. Total e E. Coli. (substrato cromogênico).

A recorrente cumpriu os requisitos dos incisos VI e VII, do artigo 4º, da Lei nº 10.520/2002 para todos os itens em que pretendia concorrer, sem exceção, o que comprova de modo sobranceiro a regularidade da participação da recorrente na sessão.

Contudo, sob o singelo argumento, para ambos os itens aqui especificados, de que os “docs. apresentados pela empresa não comprovam atendimento as todas as especificações técnicas solicitadas”, as propostas da recorrente foram sumariamente recusadas, por consequência, a recorrente foi impedida de participar dos demais atos do processo de compras quanto a esses itens.

Diante das exigências expressas no anexo Termo de Referência com consonância à resposta ao pedido de Esclarecimentos apresentados pela recorrente, datada de 07 de julho de 2021, em especial o trecho em que, logo após admitir “equivoco na solicitação de compra feita pelo setor responsável pelo pedido, referente ao objeto do item 1” subtrai a denominação Colilert e menciona “todas as empresas, que comercializam o referido reagente podem participar, desde que este atenda as especificações técnicas que seguem em anexo a este e-mail”, ou seja, as especificações técnicas do item descrito no Edital.

A recorrente, conforme determinado no Edital, para comprovar as especificações técnicas do seu produto ofertado, apresentou os documentos de FISPQ, tradução juramentada do Prefácio do “Standard Methods for the Examination of Water and Wastewater”, compilação internacional de métodos padrão que informa os nomes de marcas comerciais de produtos citados assim o são meramente a título de referência metonímica porquanto o que se aprova ou valida é o método; a recorrente apresentou também tradução juramentada do Prof. PhD Terry Baxter, responsável pela elaboração da 24ª edição do “Standard Methods for the Examination of Water and Wastewater” onde este esclarece a IDEXX não tem o monopólio da Sessão 9223B do Standard Methods, bem como que produtos equivalentes podem ser aceitos desde que demonstrada a equivalência; também apresentou teste comparativo de produtos entre o Colilert e o produto fornecido pela recorrente, elaborado pelo renomado laboratório do PROÁGUA Ambiental e Estudo Técnico realizado pelo conceituado laboratório da Universidade de São Paulo, ambos acreditados na Norma ISO/IEC 17025 do INMETRO (CGRE).

Ocorre que as respectivas decisões pela recusa das propostas da recorrente para os itens 1 e 2 não expressam objetivamente quais requisitos do descritivo técnico ou da especificação técnica do edital não foram atendidos e, desse modo, a confrontar os documentos comprobatórios inerentes as propostas apresentadas nos termos do Edital, pelo que impõe-se o imediato decreto de nulidade das r. decisões mencionadas porquanto, à evidência, as r. decisões pela desclassificação da recorrente não restaram devidamente fundamentadas ou motivadas, sendo que justificativas genéricas que podem servir para qualquer situação não se prestam como justificativas válidas.

É posição assente que a motivação do ato administrativo deve, ainda que sucinta, necessariamente atender os requisitos da congruência, exatidão, coerência, suficiência e clareza. Uma motivação obscura ou incongruente, com fatos e fundamentos não compreensíveis e/ou não proporcionais entre si, evidencia uma fundamentação viciada; o mesmo ocorre com a fundamentação que surge com o emprego de conceitos vagos, sem base sólida fática ou jurídica. A esse propósito, “mutatis mutantis”, confira-se a decisão do STJ:

“Não atende a exigência de devida motivação imposta aos atos administrativos a indicação de conceitos jurídicos indeterminados, em relação aos quais a Administração limitou-se a conceituar o desempenho de servidor em estágio probatório como bom, regular ou ruim, sem, todavia, apresentar os elementos que conduziram a esse conceito” (ROMS nº 19.210-RS, rel. Min. Feliz Fischer, 5ª Turma do STJ, DJU de 10.04.2006, p. 235)

Nesse sentido, Marçal Justen Filho manifesta:

“Todas as ocorrências deverão ser devidamente documentadas e todas as conclusões terão de ser motivadas. (in Justen Filho, Marçal. Pregão. Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª ed. Dialética, 2009, p. 202/203)

Diante da genérica recusa no recebimento das propostas da recorrente, estas sequer tiveram suas merecidas apreciações, de consequente, não se pode cogitar sequer em desclassificação ou recusa das propostas segundo o

artigo 48 da Lei nº 8.666/1993.

De se notar que no caso concreto ora em apreço o edital estabelece fase de pré-qualificação ou classificação preliminar das propostas, item 7.2 do Edital, com a finalidade de avaliar a qualificação técnica das licitantes interessadas e dos produtos segundo as especificações técnicas exigidas no Termo de Referência, sendo que os produtos ofertados pela recorrente foram aceitos, a recorrente participou da etapa competitiva e apresentou o menor preço para os itens 1 e 2.

Ressalte-se que o Sr. Pregoeiro não convocou a recorrente para o envio de outros documentos complementares, conforme reza o item 8.5 do instrumento convocatório; ao revés, optou por recusar sumariamente as propostas da recorrente cerceando os direitos Constitucionais de defesa desta última, a par das fundamentações genéricas das decisões para os itens em questão.

Cumpra destacar, ainda, o disposto no item 19.11 do Edital a evidenciar o cerceamento dos direitos de defesa da recorrente.

Outrossim, o Termo de Referência do Edital, após as correções ante a resposta aos Esclarecimentos, não detalha nem especifica quais documentos devem ser aceitos a demonstrar a compatibilidade do produto ofertado, sequer cita a metodologia 9223B do "Standard Methods for the Examination of Water and Wastewater", 23ª edição, tão pouco a Portaria nº 888/2021 GM/MS, que alterou o Anexo XX da Portaria de Consolidação GM/MS nº 5/2017, e as metodologias descritas em seu artigo 22, aduzida omissão no Edital não pode e nem deve ser motivo para a recusa da proposta da recorrente que merece e deve ter um julgamento de sua oferta sob critérios estritamente objetivos.

Lembremos que a Lei confere à Administração, em casos de dúvidas, exigir amostras para testes de qualidade, ainda que se olvide para as provas colacionadas pela recorrente neste processo de compras.

O Sr. Pregoeiro inviabilizou a competição da recorrente licitante para as ofertas de compra descritas nos itens 1 e 2 que de modo inequívoco apresentou preços mais vantajosos. As razões de recusa das propostas da recorrente, genéricas, nada justificam as respectivas decisões, nada foi objetivamente demonstrado nas decisões acerca de quais documentos deveriam ter sido apresentados a comprovar o atendimento às especificações técnicas que não solicitam e não mencionam nenhum documento específico; nada nos autos deste do processo de compras atesta que a recorrente ou seus produtos não possuem as condições exigidas, já que não houve na verdade e de fato nenhuma avaliação técnica.

Por amor aos debates, recorde-se o disposto no caput de seu artigo 3º o seguinte:

"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."

O Princípio da Isonomia, vinculado ao Princípio constitucional da Impessoalidade e expresso no mencionado artigo 3º, da Lei nº 8.666/93, impõe às licitações públicas o dever de serem abertas a todas as pessoas e empresas interessadas. E todas devem ter tratamento igualitário, sem privilégios para quem quer que seja porquanto o objetivo do administrador é sempre o interesse público, Di Pietro leciona:

"O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta 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 implique preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais." (in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24ª edição – São Paulo: Atlas, 2011, p. 361). Desta forma, Antônio Cecílio Moreira Pires, conclui quanto ao Princípio da Impessoalidade que:

"Se a Administração Pública, em razão da isonomia, está obrigada a tratar todos no mesmo pé de igualdade, temos que o princípio da impessoalidade vem, em última análise, a concretizar a imposição constitucional trazida no conteúdo da isonomia. Isso porque, pelo princípio da impessoalidade, a Administração está obrigada a pautar seus atos única e exclusivamente com vistas ao cumprimento do interesse público, sendo vedado, portanto, o estabelecimento de cláusulas ou condições que imponham privilégios ou prejuízos a quem quer que seja, de modo a permitir que todos sejam tratados de forma igualitária." (in TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro; PIRES, Antônio Cecílio Moreira. et. al. Direito Administrativo. São Paulo. Malheiros, 2008, p. 287).

Lembremos que nas relações em que participa o Poder Público, conforme afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite." (in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24ª edição – São Paulo: Atlas, 2011, p. 65).

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles destaca:

"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 "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim." (in MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 88).

O fato de o Sr. Pregoeiro ter recusado as propostas da recorrente sem a devida apreciação técnica, bem como sem proferir a necessária motivação a respeito, de conseguinte, sem qualquer fundamentação válida denota e caracteriza nulidade insanável da Sessão realizada e todos os atos que se seguiram, especificamente quanto aos itens 1 e 2 do objeto.

Cumpra registrar que os produtos ofertados pela recorrente cumprem rigorosamente o descrito e exigido para os itens 1 e 2 do edital, de conseguinte, a decisão pela desclassificação ou recusa destas merece e deve ser declarada nula.

Inerente a proposta para o item 1, a recorrente ofereceu reagente analítico "Substrato Cromogênico definido ONPG-MUG, para análise de Coliformes Totais e E. Coli (presença/ausência), pós, para amostras de 100ml de água. Caixa contendo 200 unidades", em conformidade com as normas vigentes e a descrição contida no Termo de Referência do Edital.

No que respeita a proposta para o item 2, a recorrente ofereceu meio de cultura ágar cromogênico para E. Coli

"Comparador de cor (presença/ausência), pó, para testes de identificação de C. Totais e E. Coli. (substrato cromogênico), também segundo as normas em vigor e o descrito no Termo de Referência do Edital.

Portanto, mediante análise dos documentos apresentados em consonância com o exigido no edital, notadamente com o descritivo técnico, e com as normas vigentes, não há cogitar-se em desclassificação ou recusa da proposta da recorrente quem apresentou o melhor lance na etapa competitiva.

Por amor aos debates, ao que nos parece, os produtos da recorrente foram desclassificados simplesmente em razão a marca QUIMAFLEX.

Não pode, agora, inadvertidamente, a Administração alterar os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e criar exigência não expressa oportunamente.

A decisão do Sr. Pregoeiro, sem qualquer lastro, revela-se equivocada e representa uma exigência que vai de encontro ao disposto no edital, bem como à essência da licitação; notadamente subjetiva, não garante a observância do princípio constitucional da isonomia, de maneira a assegurar oportunidade igual a todas as interessadas e possibilitar o comparecimento ao certame ao maior número possível de concorrentes em contrariedade também ao disposto nos artigos 3º e 15, § 7º, inciso I, bem como o inciso I, do artigo 25, todos da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos).

A Lei nº 8.666/93 é incisiva ao determinar que não devem ser impostas restrições ao caráter competitivo da licitação não decorrente de justificativa suficiente para tanto e ainda mais como no caso presente em que referida exigência de marca não consta no instrumento convocatório.

De acordo com a Constituição Federal, artigo 5º, Inciso II, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"; neste sentido, como não há lei que obrigue uma empresa a apresentar documento não expressamente exigido no instrumento convocatório na fase de admissão das propostas, ainda mais em se considerando que nada consta a esse respeito no edital instrumento vinculativo desse processo de compras, não há motivos e nem fundamentos para seja mantida a r. decisão pela desclassificação da recorrente, ainda mais sem qualquer justificativa técnica válida a corroborar essa decisão o que demonstra de modo sobranceiro contrariedade aos princípios constitucionais da isonomia e do devido processo legal em claro intuito de declarar vencedora a licitante previamente eleita pelo Sr. Pregoeiro desta Administração.

Não se pode olvidar para a falta de fundamentação válida relativa à decisão ora recorrida o que denota e caracteriza inclusive cerceamento dos direitos ao devido contraditório e à ampla defesa nesse âmbito de processo administrativo, agasalhado pelo inciso LV, do artigo 5º, e nos artigos 1º e 37, caput, bem como no artigo 93, incisos IX e X, da Constituição Federal; sem olvidarmos para a contrariedade ao disposto no mencionado artigo 45, da Lei nº 8.666/93 e ao que reza o artigo 2º, em especial seu inciso VII, da Lei nº 9784/99.

Lembremos que todas as decisões proferidas por autoridade administrativas, a exemplo das proferidas por membros do Poder Judiciário, no aspecto da fundamentação, não há discricionariedade, mas sim, obrigatoriedade, sob pena de nulidade de pleno direito.

Exige-se sejam explicitados tanto o fundamento normativo quanto o fundamento fático da decisão, enunciando-se, sempre que necessário, as razões técnicas, lógicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo, de molde a poder-se avaliar sua procedência jurídica e racional perante o caso concreto, sendo que neste caso ora em apreço as razões que ensejaram a decisão pela desclassificação não restaram formalizadas na Ata do Pregão realizado, restando imotivada a desclassificação da recorrente.

Nesse sentido, constatada a ausência de fundamentação, a decisão administrativa merece e deve ser declarada nula, seja de ofício pela própria Administração Pública ou então mediante provocação, seja pelo Poder de Autotutela ou então pela cláusula de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

O dever se caracteriza pelo consectário do direito de ampla defesa, constitucionalmente assegurado, que tem como uma de suas vertentes o direito de saber-se a efetiva razão de adotar-se um ou outro entendimento, deduzido da realidade concreta, englobando, por isso, o direito de manifestar-se e, sobretudo, o de ter suas razões devidamente apreciadas.

Nada veio à exposição dos fatos processuais administrativos, ficando apenas no plano restrito das lucubrações internas da Sra. Pregoeira os elementos que conduziram à sua conclusão. E da decisão fica marcante que nada veio esclarecido sobre o caso concreto ora em apreço, os fundamentos da decisão do Sr. Pregoeiro pela desclassificação não restaram expressos, a só depor contra o princípio formalmente constitucionalizado do devido processo legal e contra a atuação séria e eficiente desta Administração.

A Lei nº 9.784/99 prevê expressamente que a motivação constitui condição de validade da decisão proferida em sede de processo administrativo, determinando que a Administração Pública deve obedecer ao princípio da motivação (art. 2º, caput), que deverão ser indicados os pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão (art. 2º, caput, parágrafo único, inciso VII) e que as decisões proferidas no julgamento de recursos administrativos deverão ser motivadas, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos (art. 50, inciso V), prevendo, ainda, que os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão e que a motivação das decisões constará da respectiva Ata ou de termo escrito (art. 50, parágrafo 3º).

Embora seja discricionariedade deste Instituto exigir o que melhor se adegue às necessidades do Poder Público, a r. decisão revela-se excessivamente subjetiva e conduz a restrições injustificadas e contrárias aos princípios que regem as licitações diante do direcionamento do certame para uma licitante previamente eleita. Fere, desse modo, o caráter competitivo do processo de compras.

O caput e parágrafo único, do artigo 4º, do Anexo I, do Decreto nº 3.555/2000, que regula a licitação na modalidade Pregão, assim dispõe:

"Art. 4º A licitação na modalidade de pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas. Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação."

Referido dispositivo legal remete aos princípios basilares da licitação, em especial o preceito que as normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa. Nota-se que a conduta do Sr. Pregoeiro, lastreada em decisão injustificada, em que pese o respeito que nos merece, contraria os princípios basilares da economicidade e ampliação da disputa, o qual consequentemente poderá acarretar a proposta menos benéfica para a administração pública, de conseguinte, o fim que se almeja na licitação.

Não há cogitar-se, portanto, em não atendimento ao solicitado no edital que não traz qualquer exigência de marca exclusiva de produto, ao menos no que respeita aos produtos descritos nos itens 1 e 2, e tão pouco de documentações comprobatórias de que os produtos sejam certificados por qualquer órgão o que denota inoportuna e imprópria inclusão de exigências não expressas no edital.

Demais disso, ao pregoeiro ou à autoridade superior é facultado, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo mediante teste dos produtos descritos nos itens 1 e 2 do objeto do edital para se aferir a conformidade com as exigências referidas e, também, a qualidade dos mesmos, faculdade está que está adstrita ao poder discricionário da Administração.

A não fundamentação da r. decisão impede maiores digressões a respeito, consequência do cerceamento do direito à ampla defesa da recorrente, e a evidente inobservância dos critérios estabelecidos pela própria Administração contrariam o disposto nos artigos 41; 44; e 45, da Lei nº 8.666/93.

Do Pedido:

Conforme todo o exposto acima, a Administração Federal, Estadual ou Municipal, deve apenas exigir o que está previsto em Lei e observar o princípio da Legalidade, e por ser um Ato Administrativo o Processo em epígrafe, o Artigo 37 da Constituição Federal deixa claro que a Administração Pública obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência, sendo assim, a ora recorrente requer:

- 1 - O provimento do recurso em apreço para sejam anuladas as decisões de recusa das propostas quanto aos itens 1 e 2 do Edital com todos os seus consectários ou seja alterada a Sessão e os demais atos que se seguiram a decisão que recusou as propostas da recorrente quanto aos itens 1 e 2 do Edital;
- 2 - Seja dada a continuidade do certame, aplicando-se a Lei;
- 3 - A juntada dos documentos que acompanham a complementar os documentos já encartados aos autos inerentes ao produto descrito no item 1.
- 4 - Requer, ainda, se necessário, cópia integral do presente processo para medidas futuras, sejam elas perante órgãos fiscalizadores como o Tribunal de Contas competente ou, se for o caso, medidas judiciais cabíveis.

Nestes Termos,
Pede e Espera Deferimento.
Sidinei Tacão

Obs: Os documentos pertinentes ao recurso foram enviados para o e-mail: pregaorg@gmail.com

Fechar