

 PREGÃO ELETRÔNICO**Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões****RECURSO :**

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO E/OU ORDENADOR DE DESPESAS DA COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DOS SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA – CODEVASF – DISTRITO FEDERAL

Ref: Pregão Eletrônico nº: 10/2020 – Objeto: Fornecimento, transporte, carga e descarga de materiais, equipamentos e veículos, por Sistema de Registro de Preços, destinados à implantação de ações de inclusão produtiva em diversos municípios localizados na área de atuação da Codevasf, no Estado do Tocantins, distribuídos em 51 (cinquenta e um) itens.

CBMAQ – COMPANHIA BRASILEIRA DE MÁQUINAS, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 11.239.764/0002-31, com sede na Avenida Caiapó, S/N, Quadra 88, lote 58-65, nº: 1103, bairro Santa Genoveva, Goiânia-GO, CEP: 74.672-400, por seu representante legal infra assinado, tempestivamente, vem, com fulcro na alínea “a”, do inciso I, do art. 109, da Lei nº 8666 / 93, à presença de Vossa Excelência, a fim de interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra a decisão dessa digna Comissão de Licitação que julgou a recorrente inapta a prosseguir a no certame após a disputa de preços, a qual apresentaremos no articulado as razões de nossa irrisignação.

I – DOS FATOS SUBJACENTES

Acudindo ao chamamento dessa Instituição para o certame licitacional susogrfado, a Recorrente dele veio participar.

Sucedde que, após a disputa de lances e a Recorrente ter ofertado o menor valor, o pregoeiro condutor do certame inabilitou a Recorrente sob a alegação de descumprimento da alínea ‘c’ do subitem 8.1.2 do Termo de Referência conforme transcrito no trecho abaixo:

Motivo da Recusa/Inabilitação do Lance: Recusa devido ao não atendimento da alínea 'c' do subitem 8.1.2 do Termo de Referência, visto que já deve possuir assistência técnica em Tocantins ao apresentar a documentação de habilitação.
(Original sem grifos)

Restando evidente o cerceamento do direito líquido e certo sob a descabida alegação de que “já deve possuir assistência técnica em Tocantins ao apresentar a documentação de habilitação”.

II – DAS RAZÕES DA REFORMA

A citada alínea ‘c’ do subitem 8.1.2 do Termo de Referência faz a seguinte exigência:

A licitante deverá comprovar, por meio de declaração ou apresentação da rede de assistência técnica autorizada, que os fabricantes dos bens fornecidos, itens 1, 2, 19, 20, 21, 22, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50 e 51, possuem assistência técnica no âmbito do Estado.

Tal exigência como critério de Habilitação é totalmente restritiva e ilegal, sem justificativa plausível e com o cunho unicamente de restringir o número de participantes do certame.

Ressalta-se que, ao exigir, como critério de Habilitação no certame, Declaração de Assistência Técnica Autorizada do fabricante, a CODEVASF estabelece um critério geográfico para a participação de empresas no certame, criando um novo requisito que é taxativamente vedado pela Lei das Licitações, art. 3º, inciso I:

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...
(Original sem grifos)

Vale lembrar que, a exigência discutida em tela, foi motivo de impugnação da empresa BRE – Empresa Brasileira de Equipamentos, o que foi negado sob a alegação de haver a real necessidade de assistência técnica no âmbito do estado do Tocantins.

Agindo dentro desta alegação, a Recorrente apresentou no corpo da Proposta, uma declaração legal, onde se compromete, conforme conteúdo transcrito abaixo:

Declaramos que, em função da vitória no presente certame, conforme preceitua o Edital, iremos estruturar, assim que homologado e adjudicado, a assistência técnica na Capital Palmas-TO, atendendo ao Edital e ao que preceitua o Tribunal de Contas da União conforme Acórdãos 2375/2006, 783/2011 – 2ª Câmara, 423/2007, 539/2007, 1729/2008, 1731/2008 e 1979/2009, todos do Plenário.

A referida exigência será cumprida em sua íntegra conforme declarado, não havendo nenhum respaldo legal para a Codevasf fazer tal exigência como critério de habilitação no certame.

Vale enfatizar, que no âmbito dos particulares, vigora a autonomia da vontade, onde o cidadão pode fazer tudo o que não lhe é proibido em lei e só é obrigado a fazer o que a Lei exige, conhecido como Princípio da Legalidade previsto no artigo 5º, caput e inciso II.

Quanto ao Estado, o Princípio da Legalidade é exatamente o contrário: a Administração Pública só pode fazer o que a Lei determina e autoriza, pois não vigora a autonomia da vontade, e só a lei pode conferir conforme o caso, a discricionariedade para o poder público adotar a melhor providência, valendo dizer que discricionariedade administrativa não é o mesmo que a Autonomia da Vontade do Direito Civil e não é um "cheque em branco" para o gestor público. Confira-se:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL / 88

"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 e, também, ao seguinte..."

Visto o óbvio, ou seja, que a Administração Pública deve obedecer o que a lei determina ou autoriza, verifica-se que a EXIGÊNCIA de Qualificação Técnica deve obedecer ao rol taxativo do art. 30 da Lei Geral de Licitações:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.
(Original sem grifos)

Não consta neste Rol TAXATIVO a declaração de assistência técnica exigida pela CODEVASF.

Além do exposto, vejamos o que rege o §5º do art. 30 referido acima:

§ 5o É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.
(Original sem grifos)

Ainda, na mesma lei, consta expresso:

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 (...)
(Original sem grifos)

A CODEVASF exigiu exatamente o que a lei expressamente veta, sendo claro e contundente que o CRITÉRIO GEOGRÁFICO exigido na alínea 'c' do subitem 8.1.2 do Termo de Referência é ilegal como critério de habilitação, sendo plenamente compreendido como requisito para assinatura de contrato como é feito na gigantesca maioria dos órgãos licitantes.

A absurda exigência, culminou em desclassificar a empresa que legalmente ofereceu o menor preço válido pelo item licitado e, após vencedor, inabilitado por uma exigência ilegal que já estava expressa em sua proposta uma declaração de que estaria estruturando a assistência técnica no estado do Tocantins conforme preceitua o edital, não havendo nenhum motivo legal para sua inabilitação.

Em reiteradas decisões, o Tribunal de Contas da União tem rechaçado a vedação de participantes em certames como no trecho abaixo:

TCU – Acórdão 2079/2005 – 1ª Câmara – “9.3.1. abstenha-se de incluir nos instrumentos convocatórios condições não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em atendimento ao disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93;”
(Original sem grifos)

No mesmo sentido tem decidido o TCU:

TCU – Decisão 369/1999 – Plenário – “8.2.6 abstenha-se de impor, em futuros editais de licitações, restrições ao caráter competitivo do certame e que limitem a participação de empresas capazes de fornecer o objeto buscado pela Administração Pública, consoante reza o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93;”
(Original sem grifos)

Ainda neste sentido:

TCU – Decisão 369/1999 – Plenário – “8.2.6 abstenha-se de impor, em futuros editais de licitações, restrições ao caráter competitivo do certame e que limitem a participação de empresas capazes de fornecer o objeto buscado pela Administração Pública, consoante reza o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93;”

São recorrentes as decisões do Tribunal de Contas da União nesta mesma linha:

TCU - ACÓRDÃO 2375/2006 - 2ª CÂMARA (TC 005.777/2005-8)

(...)

15.1 QUE SE ABSTENHA DE FIXAR EXIGÊNCIAS DE DECLARAÇÃO DE QUE A LICITANTE É DISTRIBUIDORA OU REVENDEDORA AUTORIZADA DO PRODUTO OFERTADO, COMO CONDIÇÃO DE HABILITAÇÃO OU DE CLASSIFICAÇÃO, POR FALTA DE AMPARO LEGAL, E POR CONSTITUIR RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO, EM AFRONTA AO DISPOSTO NO ART. 3º, § 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.666/93 (Original sem grifos)

No mesmo diapasão leciona o TCU:

"Qualquer restrição em relação ao objeto da licitação deve ter como fundamento razões aptas a justificarem que a finalidade e o interesse público reclamam por tal exigência de forma irremediável. Sem tal justificativa a restrição deve ser tomada por ilegal (art. 3º, § 1º, inc. I).. "Direcionar o edital de uma compra com as características de determinado conjunto de fornecedores não tem nenhuma convergência com o trabalho de especificar corretamente o objeto pretendido para um determinado processo de licitação." -conforme entendimento do TCU no Acórdão 641/2004 - Plenário." (Original sem grifos)

Ainda o Tribunal de Contas da União:

Ata 18/2011 - Segunda Câmara

"... no subitem "Garantia" dos equipamentos, de apresentação pelo fornecedor de declaração do fabricante, indicando possuir rede de assistência técnica autorizada em Brasília/DF para os equipamentos ofertados, o que pode, em primeira análise, restringir a competição do certame, em desacordo ao art. 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/1993;" (Original sem Grifos)

Bittencourt (2002, p. 17) leciona:

O ato convocatório deve estabelecer, portanto, regras para o certame, respeitando as exigências necessárias para assegurar a proposta mais vantajosa, sendo inválidas todas que maculem o caráter competitivo da licitação, uma vez que, nos casos de competição inviável, há a autorização legal de contratação direta. (BITTENCOURT, Sidney. Licitação passo a passo. 4ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Temas & idéias Editora, 2002)

O Mestre e Jurista Marçal Justen Filho esclarece:

"O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter "competitivo" da licitação" (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11º Ed, São Paulo: Dialética, 2005, p. 63).

Há autores que vislumbram ainda outros princípios relacionados ao princípio da igualdade de condições na licitação. Um desses autores é DI PIETRO:

"Para ela, a Lei nº 8.666/1993 traz implícito o princípio da competitividade, em seu art. 3º, § 1º, I, ao proibir cláusulas ou condições que comprometam o caráter competitivo da licitação ou estabeleçam distinções ou preferências impertinentes ou irrelevantes para o objeto contratual. " (DI PIETRO, 2004, p. 303-305).

Transcreve-se a seguir outro conceito de licitação, por ser bastante detalhado, elaborado por:

"(...) a licitação significa um cotejo de ofertas (propostas), feitas por particulares ao Poder Público, visando a execução de uma obra, a prestação de um serviço, um fornecimento ou mesmo uma alienação pela Administração, donde se há de escolher aquela (proposta) que maior vantagem oferecer, mediante um procedimento administrativo regrado, que proporcione tratamento igualitário aos proponentes, findo o qual poderá ser contratado aquele que tiver oferecido a melhor proposta". (TOSHIO MUKAI 1999, p. 1):

III - DO PEDIDO

Em última análise, com fundamento nas razões precedentemente aduzidas, requer-se o provimento do presente recurso, com efeito para que seja:

- Anulada a decisão em apreço, considerando a declaração apresentada na proposta como cumprimento do exigido em edital e permitindo assim a habilitação da Recorrente no presente certame.

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada de isto não ocorrer, faça este subir, devidamente informado, à autoridade superior, em conformidade com o com o § 4º, do art. 109, da Lei nº 8666/93, observando-se ainda o disposto no § 3º do mesmo artigo e será encaminhada cópia do presente recurso ao Ministério Público Federal e será Representada Formalmente ao Tribunal de Contas da União para que saibam das irregularidades aqui acometida, haja vista que as aquisições serão com dinheiro público provenientes de emendas parlamentares direcionadas à CODEVASF.

Nestes Termos

P. Deferimento

Brasília - DF, 25 de julho de 2020.

CBMAQ - COMPANHIA BRASILEIRA DE MÁQUINAS

Daniel Fernando Jesus da Silva

Sócio/Procurador

Voltar