

ILUSTRÍSSIMA SR^a. MARIA DE LOURDES BORSATO CUNHA – PREGOEIRA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA RITA DO SAPUCAÍ/MG.

RECEBIDO
EM 14/02/2017

Lecosta
SANTA RITA DO SAPUCAÍ - MG
SETOR DE LICITAÇÃO
Lais Cristina Cássia Costa
Divisão de Licitações
Matrícula Nº 4142-PMSRS

Processo Licitatório nº. 008/2017

Pregão Presencial nº. 003/2017

Registro de Preços nº. 003/2017

SIDNEI CHAGAS CINTRA EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº. 23.226.096/0001-06, com sede na Praça da Criança, nº. 48, andar 1, Bairro Jardim Santo Antônio, na Cidade de Santa Rita do Sapucaí/MG, CEP 37.540-000, neste ato representada por sua procuradora Sr^a. Jaqueline Carneiro Barbosa, já devidamente qualificada nos autos em epígrafe, vem, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da decisão proferida nos autos do processo em epígrafe, pelos fatos e fundamentos a seguir:

1 - DO CABIMENTO

É cabível a interposição do presente recurso administrativo, com fulcro no artigo 4º inciso XVIII da Lei 10.520/02, por se tratar de decisão que considerou a empresa PAM & VAMD COMERCIO VAREJISTA LTDA vencedora do certame.

2 - DA TEMPESTIVIDADE

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a", assegura a todos o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Neste sentido, é garantia do licitante interpor recurso no prazo de 3 (três) dias úteis a contar da lavratura da ata, nos moldes do que preconiza 4º inciso XVIII da Lei 10.520/02.

Tendo em vista que o certame ocorreu em 09/02/2017 e o recurso ora apresentado em 14/02/2017, é absolutamente tempestivo.

3 - DOS FATOS

O Município ora Recorrido, afim de comprar fraldas geriátricas, iniciou procedimento licitatório nº. 008/2017 – Pregão Presencial nº. 003/2017, RP – 003/2017, sagrando-se vencedora do certame à empresa PAM & VAMD COMERCIO VAREJISTA LTDA.

Ocorre que, a empresa declarada vencedora **APRESENTOU SUAS AMOSTRAS EM DESCONFORMIDADE COM A EXIGÊNCIA EDITALÍCIA, OU SEJA, SEM AS MENSÕES DE TODAS AS CARACTERÍSTICAS DO PRODUTO SOLICITADAS NO CERTAME, QUAIS SEJAM, TESTADA DERMATOLOGICAMENTE, HIPOALERGÊNICA E FORMATO ANATÔMICO.**

Isto tanto é verdade, que segue em anexo as características do produto obtido junto ao site oficial <http://www.fraldascapricho.com.br/adulto/fitcare/> (**doc. 01**)

A fim de salvaguardar do caráter competitivo e a isonomia no certame, ato contínuo, alguns licitantes, advertiram a Equipe de Apoio com relação ao não atendimento de todos os requisitos da referida fralda FitCare.

CONTUDO, A COMISSÃO DE LICITAÇÃO, SEM LEVAR EM CONSIDERAÇÃO AS ARGUMENTAÇÕES, DECIDIU POR ACEITAR O PRODUTO APRESENTADO PELA EMPRESA VENCEDORA MESMO DE FORMA DISSONANTE, REPUTANDO-A CUMPRIDORA DA EXIGÊNCIA ORA REBATIDA, EM TOTAL VIOLAÇÃO À LEI DE LICITAÇÃO, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, JURISPRUDÊNCIA E TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

De fato, o que se verifica recorrentemente perante esta Municipalidade é a falta de coerência quando de suas decisões, pois minutos antes quando da avaliação da amostra do item 1 – fralda Biofral confort, esta não foi aprovada pela Equipe de Apoio, uma vez que não contém em sua característica testada dermatologicamente conforme ata do certame – mapa dos itens desclassificados por fornecedor, O QUE COM TODO RESPEITO A EQUIPE DE APOIO AGIU CORRETAMENTE, POIS A MESMA NÃO POSSUI MESMO TAL CARACTERÍSTICA CONFORME SE DEMONSTRA EM ANEXO (**doc.02**)

Inclusive, se reportarem à licitação passada Processo Licitatório 114/16 – Pregão 037/16 – RP 022/16, verificará que diversas amostras foram reprovadas porque não atendiam integralmente a especificação contida no ref. edital.

LOGO, DIANTE DOS FATOS OCORRIDOS NO PREGÃO 003/2017, A EMPRESA RECORRENTE QUE AQUI VOS FALA SE SENTE PREJUDICADA, NÃO SOMENTE, MAS À

TODOS QUE SE EMPENHARAM EM BUSCAR O OBJETO DA LICITAÇÃO DE ACORDO COM AS EXIGÊNCIAS CONTIDAS NO EDITAL COM AFINCO, CONSIDERANDO A POSTURA ADOTADA NA LICITAÇÃO PASSADA QUANDO DA ANÁLISE DAS AMOSTRAS.

A decisão foi proferida em 09 de Fevereiro de 2017.

4 – DO DIREITO

O artigo 3º da Lei 8.666/93 e artigo 37, inciso XXI da Carta Magna, estabelece como princípios fundamentais norteadores do procedimento licitatório, dentre outros, a isonomia e a vinculação ao edital de licitação, “*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. 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:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

Ademais, o artigo 41 da Lei 8.666/03 dispõe que é dever da Administração Pública respeitar o instrumento convocatório.

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

Partindo dos dispositivos legais, a doutrina consolidou à tempos no que se refere a vinculação ao instrumento convocatório, conforme transcrições feitas a seguir:

Para LUCAS ROCHA FURTADO "A primeira observação que devemos apresentar é a de que o instrumento convocatório – que será, conforme a modalidade, de licitação, um edital ou um convite – é não só o guia para o processamento da licitação, como também o parâmetro do futuro contrato, e funciona como a lei que irá regular a atuação tanto para a Administração quanto dos licitantes. Além de ser esse princípio mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, é ele enfatizado no art. 41 da mesma lei, que dispõe que "a Administração não poderá descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". (Curso de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Atlas, 2001, p. 47);

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. E o art. 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". (Direito Administrativo, 12ª Ed., Atlas, p. 299);

Para MARÇAL JUSTEN FILHO "O instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia."(Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10ª Ed., Dialética, 2004, p. 395); e

Para LUCIANO FERRAZ, "a comissão de julgamento não possui margem de discricionariedade no seu julgamento, nem tampouco competência para alterar o edital". (Licitações – Estudos e Práticas, 2ª Edição, ADCOAS, Editora Esplanada, 2002, p. 77).

É ainda o entendimento dos tribunais Pátrios.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PREGÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. No mandado de segurança, os fatos narrados na petição inicial devem ser respaldados em documento hábil, indiscutível e transparente, capaz de elucidar o direito líquido e certo do impetrante. **É facultado à administração pública se valer da modalidade Pregão para a contratação de serviços comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital. Aplicam-se à modalidade pregão os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (art. 3º, Lei n.º 8.666/93), que norteiam os atos praticados pela Administração Pública. Sendo suficiente a prova documental para demonstrar que a empresa vencedora não atendeu às exigências do edital, viável se mostra a concessão da medida liminar.** Recurso conhecido mas não provido. remessa...
TJ-MG - Agravo de Instrumento Cv AI 10024132509647001 MG (TJ-MG)
Data de publicação: 23/05/2014.

REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO. LICITATÓRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO. ATENDIMENTO AO EDITAL. EXEQUIBILIDADE. I esgotados os recursos administrativos com efeito suspensivo previsto na lei 8.666/93, admissível a impetração de mandado de segurança para a tutela de direito líquido e certo infringido no decorrer do procedimento licitatório. II O princípio da vinculação ao instrumento convocatório tem leito na lei de Licitações, sendo consectário do princípio constitucional da legalidade, já que aquele tem força de lei entre os participantes do procedimento licitatório. A violação a tal princípio deslustra a validade da licitação e fere o art. 41 da Lei 8.666/93. III Em atendimento a dicção do art. 48 da lei da regência, serão desclassificadas as propostas com valor superior ao limite estabelecido no edital ou com preços manifestamente inexeqüíveis. Dessarte, **comprovada documentalmente a inexigibilidade da proposta vencedora da concorrência, há alteração inevitável a ser**

promovida na segunda fase do procedimento, desclassificando-se aquela para a adjudicação do objeto da licitação ao participante que suceder ao excluído na ordem classificatória. IV Sentença mantida. (Remessa de Ofício nº RMO94298/DF 2ª Turma Cível do TJDF, Rel. Nancy Andrichi. j. 23.11.1998, DJU 22.04.1999, p.62.

No mesmo sentido já se decidiu o Tribunal de Contas da União, conforme documento anexo(doc. 03)

No caso em questão vejamos o que dispõe o Edital de Licitação ora em comento – ANEXO III Formulário de Proposta (pag. 28 – 29) e QUADRO DE ESPECIFICAÇÕES E QUANTIDADES (pag. 31 – 32).

DESCRIÇÃO
Fralda descartável Geriátrica para incontinência urinária. A fralda possui gel superabsorvente, barreiras antivazamento, formato anatômico e aloe vera. O produto é hipoalergênico e dermatologicamente testado, contando ainda com fitas adesivas que garantem o ajuste ideal ao corpo. Pacote com 30 unidades. Tamanho P
Fralda descartável Geriátrica para incontinência urinária. A fralda possui gel superabsorvente, barreiras antivazamento, formato anatômico e aloe vera. O produto é hipoalergênico e dermatologicamente testado, contando ainda com fitas adesivas que garantem o ajuste ideal ao corpo. Pacote com 30 unidades. Tamanho M.
Fralda descartável Geriátrica para incontinência urinária. A fralda possui gel superabsorvente, barreiras antivazamento, formato anatômico e aloe vera. O produto é hipoalergênico e dermatologicamente testado, contando ainda com fitas adesivas que garantem o ajuste ideal ao corpo. Pacote com 30 unidades. Tamanho G.
Fralda descartável Geriátrica para incontinência urinária. A fralda possui gel superabsorvente, barreiras antivazamento, formato anatômico e aloe vera. O produto é hipoalergênico e dermatologicamente testado, contando ainda com fitas adesivas que garantem o ajuste ideal ao corpo. Pacote com 26 unidades. Tamanho GG.

Vejamos pormenorizadamente os requisitos exigidos no edital para os produtos

- 1) gel superabsorvente;
- 2) barreiras antivazamento;

- 3) formato anatômico;
- 4) aloe vera;
- 5) Hipoalergênico;
- 6) dermatologicamente testado;
- 7) fitas adesivas que garantem o ajuste ideal ao corpo.

De acordo com a AMOSTRA APRESENTADA PELA EMPRESA VENCEDORA, QUAL SEJA, FRALDA **FITCARE** verifica-se as seguintes características, conforme documento anexo (doc. 01).

- 1) absorção para incontinência moderada;
- 2) exclusiva tecnologia para controle de odor;
- 3) camada externa com toque macio;
- 4) fitas ajustáveis com sistema gruda e desgruda;
- 5) camada interna suave com aloe vera;
- 6) barreiras altas maior proteção.
- 7) indicador de umidade

Onde está o gel superabsorvente, formato anatômico, hipoalergênico e dermatologicamente testado?

Vê-se portanto, que aprovação da amostra apresentada pela empresa vencedora PAM & VAMD COMERCIO VAREJISTA LTDA em desacordo com o edital é manifestamente ilegal por tudo que já foi exaustivamente demonstrado acima.

5 - DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer, seja o presente recurso conhecido e provido determinando a reforma da decisão para que seja proferida nova decisão DESCLASSIFICANDO A AMOSTRA DA EMPRESA PAM & VAMD COMERCIO VAREJISTA LTDA.

Nestes Termos,
Pede Deferimento

Santa Rita do Sapucaí, 14 de Fevereiro de 2017.

Jaqueline Carneiro Barbosa

(HTTP://WWW.FRALDASCAPRICHOCOM.BR/)

DOC. 1

MATERIAL DE APOIO (http://www.fraldascapricho.com.br/download/)

TAMANHOS E ESPECIFICAÇÕES

M

G

EG

Especificações

Peso do Adulto

50kg a 80kg

Cintura 70cm a 140cm

Pacotes

Regular

8 fraldas

Econômico

30 fraldas



(http://www.fraldascapricho.com.br/login)



(https://www.facebook.com/FraldasCapricho)

CARACTERÍSTICAS DA FRALDA

1

Absorção para incontinência moderada

2

Exclusiva tecnologia para controle de odor

3

Camada externa com toque macio

4

Fitas ajustáveis com sistema gruda e desgruda

5

Camada interna suave com Aloe Vera

6

Barreiras altas maior proteção

Econômico

1) gel

2) Barreira

3) Anatómico

4) Aloe Vera

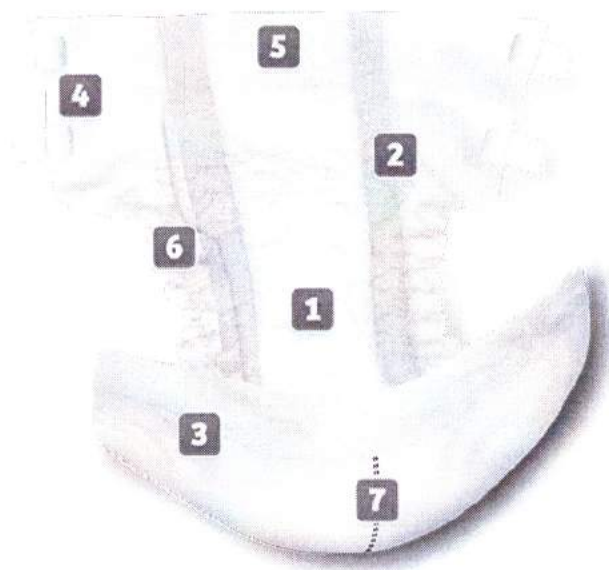
5) hiposensível

6) dermatologicamente testado

Indicador de umidade



(HTTP://WWW.FRALDASCAPRICH0.COM.BR/)



COMPOSIÇÃO DO PRODUTO: Celulose, polímero superabsorvente, polietileno, polipropileno, elastômeros, elásticos.
COMPONENTES ATÓXICOS NÃO PROPENSOS A CAUSAR IRRITAÇÃO EM CONTATO COM A PELE.

Em caso de irritação suspender o uso.

(<http://www.fraldascapricho.com.br/login>)



(<https://www.facebook.com/FraldasCapricho>)

Ligue-se em cuidados especiais e dicas para melhorar a longevidade.

Biofral Confort

Biofral Confort é uma fralda descartável de uso diurno e noturno, desenvolvida para garantir proteção com muito conforto, garantindo segurança contra vazamentos e cuidado com a pele. Indicada para incontinência urinária e fecal severa proporciona conforto e segurança para as pessoas acamadas.



Este produto está cadastrado no
Programa Aqui tem Farmácia Popular
» saiba mais

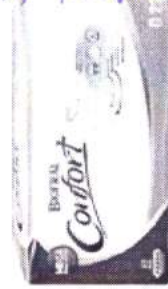


- Capital
- 1) gel
 - 2) barreira
 - 3) Anatomia

Tamanho Normal



Tamanho Mega



- 4) Absorção
- 5) hipodérmicos
- 6) testado

dermatológico
conforto.

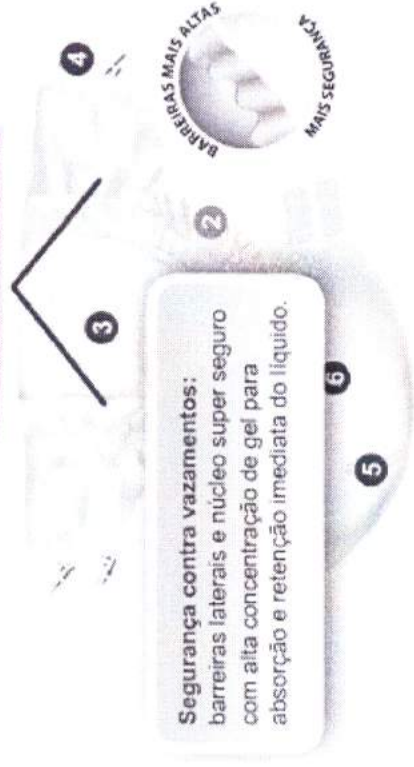
Biofral Comfort

Biofral Comfort é uma fralda descartável de uso diurno e noturno, desenvolvida para garantir proteção com muito conforto, garantindo segurança contra vazamentos e cuidado com a pele. Indicada para incontinência urinária e fecal severa proporciona conforto e segurança para as pessoas acamadas.



Este produto está cadastrado no Programa Aqui tem Farmácia Popular » saiba mais

Barreiras Protetoras



Tamanho Normal



Tamanho Mega

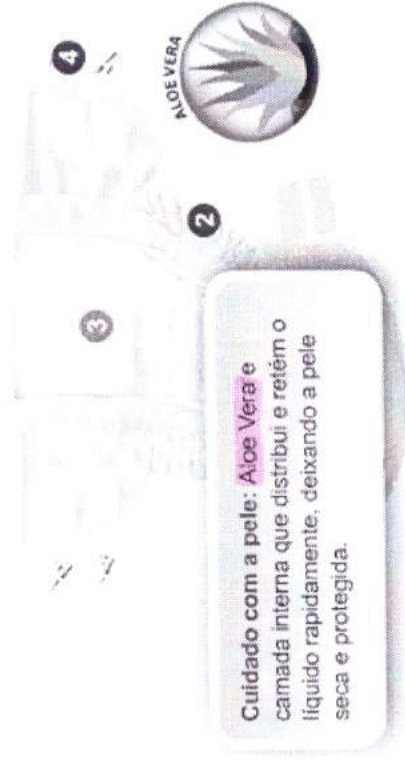


Biofral Comfort

Biofral Comfort é uma fralda descartável de uso diurno e noturno, desenvolvida para garantir proteção com muito conforto, garantindo segurança contra vazamentos e cuidado com a pele. Indicada para incontinência urinária e fecal severa proporciona conforto e segurança para as pessoas acamadas.



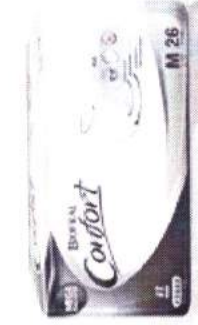
Este produto está cadastrado no Programa Aqui tem Farmácia Popular
» saiba mais



Tamanho Normal



Tamanho Mega



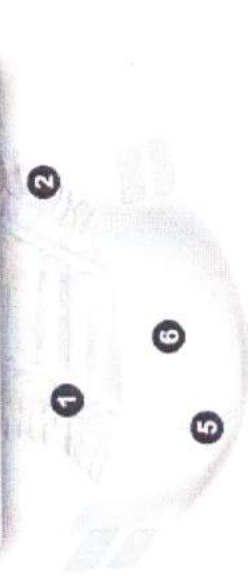
Biofral Confort

Biofral Confort é uma fralda descartável de uso diurno e noturno, desenvolvida para garantir proteção com muito conforto, garantindo segurança contra vazamentos e cuidado com a pele. Indicada para incontinência urinária e fecal severa proporciona conforto e segurança para as pessoas acamadas.



Este produto está cadastrado no
Programa Aqui tem Farmácia Popular
» saiba mais

Ajuste perfeito ao corpo: fitas adesivas laterais reposicionáveis de camada dupla, podendo ser colada e descolada todas as vezes que forem necessárias.



Tamanho Normal



Tamanho Mega

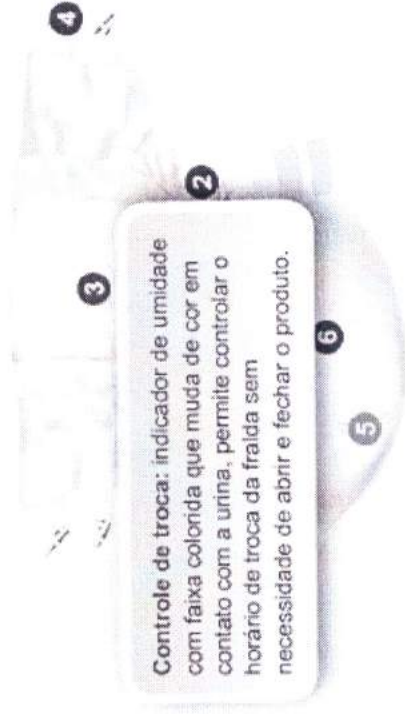


Biofral Confort

Biofral Confort é uma fralda descartável de uso diurno e noturno, desenvolvida para garantir proteção com muito conforto, garantindo segurança contra vazamentos e cuidado com a pele. Indicada para incontinência urinária e fecal severa proporciona conforto e segurança para as pessoas acamadas.



Este produto está cadastrado no
Programa Aqui tem Farmácia Popular
» saiba mais



Controle de troca: indicador de umidade com faixa colorida que muda de cor em contato com a urina, permite controlar o horário de troca da fralda sem necessidade de abrir e fechar o produto.

Tamanho Normal



Tamanho Mega

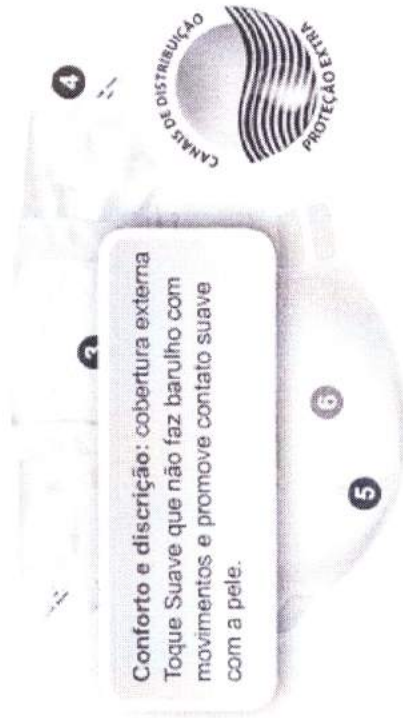


Biofral Confort

Biofral Confort é uma fralda descartável de uso diurno e noturno, desenvolvida para garantir proteção com muito conforto, garantindo segurança contra vazamentos e cuidado com a pele. Indicada para incontinência urinária e fecal severa proporciona conforto e segurança para as pessoas acamadas.



Este produto está cadastrado no
Programa Aqui tem Farmácia Popular
» saiba mais



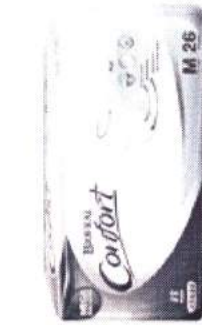
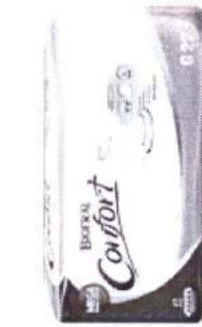
Conforto e discrição: cobertura externa
Toque Suave que não faz barulho com
movimentos e promove contato suave
com a pele.



Tamanho Normal



Tamanho Mega



DOC.3

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC-032.149/2008-2

Natureza: Pedido de reexame

Órgão: Advocacia-Geral da União/Unidade Regional de Administração no Rio de Janeiro

Recorrentes: João Alves de Abreu (CPF nº 263.757.457-72) e Robson Maia Lima (CPF nº 018.470.737-43)

Advogado constituído nos autos: não há

Sumário: PEDIDO DE REEXAME. REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE COM APLICAÇÃO DE MULTA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES. PROVIMENTO NEGADO.

1. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada (art. 41, **caput**, da Lei nº 8.666/1993).
2. Nega-se provimento ao recurso quando as alegações não são suficientes para desconstituir os fundamentos da deliberação recorrida.

RELATÓRIO

Tratam os autos de recurso interposto por João Alves de Abreu (coordenador regional) e Robson Maia Lima (pregoeiro), servidores da Unidade Regional de Administração da Advocacia-Geral da União no Rio de Janeiro, contra o Acórdão 998/2009-TCU-Plenário (fls. 210/211), pelo qual a representação apresentada foi considerada procedente, as razões de justificativa dos recorrentes foram rejeitadas, e houve aplicação de multa no valor individual de R\$ 2.000,00, tendo em vista a violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

2. O exame preliminar de admissibilidade realizado pela Secretaria de Recursos (fl. 14 - anexo 2) propôs que o presente recurso fosse conhecido como pedido de reexame.
3. Os recorrentes alegaram que:
 - i) somente neste momento puderam ver com clareza que o balizamento do certame teria ocorrido de modo defeituoso;
 - ii) a conduta do pregoeiro em chamar as quatro primeiras empresas classificadas no certame para apresentar amostras dos produtos do Grupo 5 não teria contrariado as disposições literais dos subitens 31.4 e 31.5 do respectivo edital, pois as chamadas sucessivas ali previstas somente se aplicariam se houvesse recusa de alguma amostra;
 - iii) o chamamento concomitante das licitantes para apresentar amostras não foi arbitrário nem beneficiou ou prejudicou quem quer que seja e teria sido motivado pela preservação da isonomia das empresas licitantes, pela celeridade do procedimento em virtude do término do exercício financeiro e pela premência em adquirir os produtos.
4. Com a convicção de que teriam se pautado no cumprimento estrito da lei, requereram o reexame da questão e, ainda que mantida a nulidade da licitação, que seus atos fossem considerados como impropriedades, com revisão da multa aplicada.
5. O responsável pela instrução de fls. 18/23 – anexo 2, com a qual o gerente da 1ª Divisão, com a delegação de competência dada pela Portaria Serur nº 2/2009 (fl. 24 – anexo 2), manifestou sua

concordância, examinou as alegações feitas, conforme transcrito abaixo:

“MÉRITO

Argumento

8. Vislumbrou-se, agora, com clareza, que o balizamento do certame deu-se de modo defeituoso, não por conta do rótulo “tipo original” empregado aos cartuchos a serem adquiridos, visto que esse rótulo “*nada mais fez que seguir à risca orientação deste Tribunal de Contas da União (1ª Câmara, Acórdão 2.345/2006, rel. Min. Marcos Vilaça)*” (fl. 2, anexo 2).

Análise

9. Improcede o argumento dos recorrentes, pois não constou do AC-2345-30/06-1 qualquer orientação ou permissão do uso do rótulo “tipo original” em edital para o fornecimento de cartuchos de impressora, conforme questionado no Voto condutor do acórdão rescindendo, conforme consta de sua ementa, **in verbis**:

‘É legítimo exigir em edital o fornecimento de cartuchos de impressora, originais ou similares, de primeiro uso, bem como a não-admissão de fornecimento de cartuchos remanufaturados, recondicionados ou recarregados, sem que isso configure preferência por marca ou restrição prejudicial ao caráter competitivo do certame’.

Argumento

10. ‘O defeito do balizamento ocorreu, dúvida agora não há, quanto à ausência de especificação quanto à durabilidade dos produtos (cartuchos). De todos os produtos que foram objeto do Pregão Eletrônico 32/2008 - e não apenas aqueles do denominado ‘Grupo 5’, tendo aduzido que:

‘esse aspecto foi considerado como regular, ainda que implicitamente. Essa afirmação é feita, sem qualquer desconforto, na medida em que se determinou a anulação apenas e tão somente do denominado ‘Grupo 5’ do indigitado certame, sendo certo que todos os demais ‘Grupos’ padeceram da mesmíssima impropriedade e, a despeito disso, foram considerados regulares’ (fls. 2, 3, 5 e 6, anexo 2).

Análise

11. Esta Corte não olvidou a circunstância mencionada pelos recorrentes, conforme constou do seguinte excerto do Voto proferido pelo relator **a quo**:

‘O instrumento convocatório é a lei do certame e não poderia ser desrespeitado em hipótese alguma. Essa regra vale mesmo diante do alegado excessivo número de propostas fora das especificações do edital que, diga-se, foram muito mal elaboradas, haja vista o fato de que os cartuchos tinham sido descritos sem um elemento essencial (a durabilidade), conforme Quadros A e B (fls. 29/35 e 182/184), e ainda foi adotada na sua descrição a expressão dúbia ‘tipo original’ (subitem 5.14, fls. 10)’ (grifo nosso).

12. A circunscrição da apuração da irregularidade ao Lote 5 deveu-se à delimitação do objeto da representação promovida pelo interessado (fl. 1, v. p.), cujos resultados foram suficientes para adoção por esta Corte do procedimento cautelar que resultou na suspensão do Pregão em causa (fl. 74, v. p.). Não havia razão, por conseguinte, no aprofundamento das apurações, sob o risco de restar inviabilizado o resultado prático que se buscava alcançar com a medida cautelar então adotada. É inadvertida, por conseguinte, a conclusão dos recorrentes segundo a qual esta Corte considerou regulares os demais grupos licitados que padeceram da mesma irregularidade.

Argumento

13. ‘(...) o procedimento foi objeto de prévia análise e aprovação por parte do Órgão de Assessoria Jurídica da Advocacia-Geral da União (Parecer ASOP/NAJ-RJ/CGU/AGU n.º 3.717/2008)’, militando em favor dos recorrentes a boa-fé (fls. 3 e 5, anexo 2).

Análise

14. Nos termos do AC-0083-09/02-P, ‘A elisão da responsabilidade do gestor em razão de ter seguido orientação emanada em pareceres jurídicos só é admissível quando se trata de matéria manifestamente controversa, que enseja mais de uma exegese válida dos normativos legais’. No caso em apreço, não se trata de matéria controversa, uma vez que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório previsto no art. 41 da Lei nº 8.666/93 não admite interpretações díspares. Ademais, a teor do disposto no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei’, razão pela qual o parecer em comento não vinculava o gestor, que deveria se ater ao comando legal pertinente (AC-0320-10/05-P, AC-0344-15/02-1, dentre outros).

15. Sobre o tema é oportuno transcrever fragmento do Voto fundamentador do AC-0104-19/01-P:

‘O fato de o administrador haver seguido orientação de parecer jurídico da assessoria do órgão não o torna imune à censura do Tribunal, pois a responsabilidade do gestor, pelos seus atos, é pessoal e intransferível. Essa, aliás, é a jurisprudência consolidada desta Corte. Ademais, é sabido que uma folha em branco de papel aceita qualquer coisa, muita vez teratológica, escrita com desiderato certo e de acordo com as determinações adrede recebidas.

Se comportasse o parecer jurídico vertente justificada pela múltipla possibilidade de exegese da lei, ainda seria razoável a elisão da responsabilidade do gestor, materializando a hipótese de que agiu com fundamento em parecer jurídico, albergue de tese razoável. Não na hipótese, cujo resultado foi desastroso para a legitimidade da ação administrativa’.

Argumentos

16. Encerrada a etapa de lances, as licitantes foram convocadas, concomitantemente, para apresentarem amostras para todos os grupos. Não obstante, as licitantes detentoras das três primeiras melhores propostas para o denominado ‘Grupo 5’ - Prima Cards, Tafe Construções Ltda. e Unilaser Ltda. - não apresentaram as amostras, resultando em suas desclassificações. O chamamento concomitante das licitantes para apresentarem as amostras não foi arbitrário ou imotivado, não tendo beneficiado ou prejudicado “quem quer que seja”. Ao contrário, tal procedimento “foi desde logo explicitado e justificado pelo Pregoeiro, fundado na celeridade necessária em razão do final do exercício financeiro e, principalmente, na premência em adquirir o objeto”. A convocação não contrariou, ademais, as disposições literais do edital, conforme se depreende da leitura dos subitens 31.4 e 31.5, “as quais preveem chamadas sucessivas apenas no caso em que as amostras tenham sido recusadas em decorrência de avaliação técnica da Administração”. Continuando o arrazoado, esclareceram os recorrentes “que não houve recusa das amostras nem da primeira, nem da segunda e nem da autora da representação, detentora da terceira melhor proposta para o ‘Grupo 5’. Convocadas para apresentarem as amostras nenhuma delas o fez!”. Apesar de reconhecerem que é defeso à Administração descumprir as normas e condições do edital, e lembrarem de que o edital previa que, recusada uma amostra, as licitantes seguintes, sucessivamente, seriam convocadas na ordem de classificação das propostas, ressaltaram, **in verbis**:

‘Mas o edital não continha qualquer vedação a que as duas primeiras, ou as três primeiras, ou as quatro primeiras (como no caso) fossem convocadas ao mesmo tempo para a análise técnica das amostras. E isto se deu, como visto, em razão da exiguidade do tempo e, frisa-se nenhum, absolutamente nenhum prejuízo acarretou seja à autora da representação seja às empresas que detinham as duas melhores propostas de preços. Tivessem elas apresentado as amostras, teriam sido desclassificadas apenas no caso de reprovação técnica. Como simplesmente não apresentaram as amostras, foram desclassificadas’.

Análise

17. Para facilitar a compreensão pedimos vênia para transcrevermos, **in totum**, o item 31 do edital regulador do Pregão em apreço:

‘31 - DA AMOSTRA

31.1. Quando for o caso, consoante Anexo II, o Pregoeiro exigirá no ‘chat’ do portal de compras www.comprasnet.gov.br, determinando **prazo entre 24 e 48 horas**, para que a empresa detentora do menor lance encaminhe **AMOSTRA, catálogo(s), folheto(s), a critério do Pregoeiro**, com as características do material ofertado, para análise e apreciação técnica, mediante verificação da compatibilidade com as especificações do Termo de Referência, no local e prazos previamente estabelecidos.

31.1.1. No caso de não haver entrega de catálogo/folheto/amostra ou ocorrer fora do prazo determinado, ou fora das especificações previstas neste edital, a proposta da licitante será desclassificada.

31.1.2. Os exemplares colocados à disposição da Administração serão tratados como protótipos, podendo ser manuseados e desmontados pela equipe técnica responsável pela análise.

31.1.3. A licitante detentora do menor lance deverá colocar à disposição da Administração todas as condições indispensáveis à realização de testes e fornecer, sem ônus, os manuais impressos em língua portuguesa, necessários ao seu perfeito manuseio (quando for o caso).

31.2 A URA/RJ, por meio de sua área competente, se manifestará no prazo máximo de 3 (três) dias consecutivos, a contar do pedido de solicitação, **sobre o resultado do exame de teste de qualidade**,

durabilidade, resistência, validade e eficácia do produto.

31.3 O critério adotado para aceitação ou recusa da amostra estará estritamente restrito à especificação do produto constante do Edital de Licitação.

31.4 Caso a Administração, observados os critérios técnicos e ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório, recomende a reprovação da amostra, esta será devolvida mediante ofício à empresa licitante, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, a contar da data do resultado do exame.

31.5 Na hipótese do subitem anterior, a empresa terá automaticamente sua proposta desclassificada para o referido item, devendo neste caso, ser convocada a licitante remanescente, para em igual prazo, apresentar a amostra, estando a mesma dispensada, neste momento, de apresentação de propostas e documentos, até a análise e apreciação técnica da amostra, e assim sucessivamente.

31.6 Na ocorrência da empresa ter sua amostra aprovada, esta poderá permanecer com a Administração, devendo a empresa no ato da entrega do referido produto, promover o devido acerto de contas junto ao Almoxarifado da URA/RJ.

31.7 Na hipótese do subitem 31.4, e caso seja necessário, o Pregoeiro suspenderá a sessão e fixará no 'chat' a nova data e horário para a continuidade da mesma' (grifos constantes do original).

18.O chamamento simultâneo das licitantes para apresentação de amostras para todos os grupos não encontra guarida no edital, cujo subitem 31.1 preconizava que somente seria exigido amostra, catálogo ou folheto, a critério do Pregoeiro, da “empresa detentora do menor lance”, o que pressupunha, naturalmente, no caso de eventual desclassificação do lance, o chamamento sucessivo das demais competidoras, observada a ordem dos lances vencedores, conforme expressamente consignado no subitem 31.4 do edital.

19.Como bem ressaltou a Secex-RJ (fls. 68/69, v. p.), o descumprimento do subitem 31.1 do edital pelo ex-Leiloeiro resultaria, caso concretizada a licitação, em prejuízo ao Erário da ordem de R\$ 214.264,00, resultante da diferença entre os lances da licitante virtualmente vencedora do Grupo 5, classificada em terceiro lugar (a representante), cujos lances atingiram o valor global de R\$ 614.185,00 e os da empresa declarada vencedora do certame, cujos lances somaram R\$ 828.449,00, conforme resultado do Pregão 32/2008 (fls. 54/59, v. p.).

20.A celeridade na execução do certame, que seria supostamente atingido com a convocação simultânea das licitantes para apresentarem amostras do objeto licitado, ainda que previamente comunicado aos participantes, não pode ser invocado como motivo a burlar a regra estabelecida no edital, pois este faz lei entre as partes, sendo de observância obrigatória pela Administração (art. 41 da Lei 8.666/93).

21.Assim, propugna-se pelo conhecimento e desprovimento do pedido de reexame, lembrando que o parcelamento da multa deferido ao Sr. Robson Maia Lima e a quitação da dívida obtida pelo Sr. João Alves de Abreu, conforme noticiado nos itens 3 e 4, respectivamente, desta instrução em nada altera o julgamento do pleito dos recorrentes (AC-0889-15/05-1, AC-0061-11/97-P, AC-0126-12/02-P e AC-1400-37/03-P).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

22.À vista do exposto, submetemos os autos à consideração superior, propugnando:

a) com fulcro art. 48 da Lei n. 8.443/92, conhecer do presente pedido de reexame interposto pelos Srs. João Alves de Abreu e Robson Maia Lima contra o Acórdão 998/2009 – Plenário, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se inalterado o Acórdão recorrido;

b) dar ciência da deliberação aos recorrentes, à Unidade Regional de Administração da Advocacia-Geral da União no Rio de Janeiro, à Unilaser Suprimentos de Informática Ltda. (representante) e à Microsens Ltda.” (grifos originais)

6. Por meio do despacho de fl. 25 – anexo 2, solicitei o pronunciamento do Ministério Público junto ao TCU, representado nos autos pela Subprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, que manifestou sua concordância com a Serur (fls. 26/27 – anexo 2).

É o relatório.

VOTO

Entendo que o Colegiado pode conhecer do pedido de reexame interposto, porquanto

satisfeitos os pressupostos de admissibilidade aplicáveis à espécie, com fulcro nos arts. 48 da Lei 8.443/1992 e 285, § 2º e 286, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU.

2. Tanto a Serur quanto o Ministério Público junto ao TCU propuseram que fosse negado provimento ao recurso.

3. **Assiste razão aos pareceres uniformes.**

4. **O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expresso no caput do art. 41 da Lei nº 8.666/1993, dispõe: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada.”**

5. **O edital torna-se lei entre as partes, assemelhando-se a um contrato de adesão cujas cláusulas são elaboradas unilateralmente pelo Estado. Em sendo lei, o edital e os seus termos atrelam tanto a Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, quanto as licitantes – sabedoras do inteiro teor do certame.**

6. Somente em situações atípicas o edital pode ser modificado depois de publicado, observado o procedimento adequado para tanto. É o princípio da inalterabilidade do instrumento convocatório.

7. **Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola vários princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: da legalidade, da moralidade e da isonomia, além dos já citados anteriormente.**

8. Dessa forma, constata-se a insuficiência dos argumentos para desconstituir os fundamentos da deliberação recorrida. Os gestores violaram o princípio da vinculação ao instrumento convocatório ao descumprir item do edital do Pregão nº 32/2008. Não há, portanto, reparos a serem feitos no Acórdão 998/2009-TCU-Plenário.

Com essas considerações, voto no sentido de que seja adotado o acórdão que ora submeto a este Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 15 de setembro de 2010.

VALMIR CAMPELO
Ministro-Relator

ACÓRDÃO Nº 2367/2010 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 032.149/2008-2.
2. Grupo I - Classe I – Assunto: Pedido de reexame
3. Recorrentes: João Alves de Abreu (263.757.457-72) e Robson Maia Lima (018.470.737-43)
4. Órgão: Advocacia-Geral da União/Unidade Regional de Administração no Rio de Janeiro - PR
5. Relator: Ministro Valmir Campelo
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Raimundo Carreiro

6. Representante do Ministério Público: Subprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos
8. Advogado constituído nos autos: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de pedido de reexame interposto por João Alves de Abreu (coordenador regional) e Robson Maia Lima (pregoeiro), servidores da Unidade Regional de Administração da Advocacia-Geral da União no Rio de Janeiro, contra o Acórdão 998/2009-TCU-Plenário, pelo qual a representação apresentada foi considerada procedente, as razões de justificativa dos recorrentes foram rejeitadas, e houve aplicação de multa no valor individual de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), tendo em vista a violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, com fundamento no art. 48, c/c os arts. 32 e 33 da Lei nº 8.443/1992, em:

9.1. conhecer do recurso, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo o Acórdão 998/2009-TCU-Plenário em seus exatos termos;

9.2. dar conhecimento deste acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, à AGU/URA-RJ e aos recorrentes.

10. Ata nº 34/2010 – Plenário.

11. Data da Sessão: 15/9/2010 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2367-34/10-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Ubiratan Aguiar (Presidente), Valmir Campelo (Relator), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro e José Múcio Monteiro.

13.2. Auditor convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Auditores presentes: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
UBIRATAN AGUIAR
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
VALMIR CAMPELO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral