

SR. PREGOEIRO DA COMPANHIA MUNICIPAL DE LIMPEZA
URBANA DE NITEROI

Pregão presencial nº 07/2018
Proc Administrativo. nº 520/000181/2018

CONTEMIX COMERCIO RJ DE EQUIPAMENTOS
EIRELI-ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº
24.679.947/0001-39, com sede na Av. Embaixador Abelardo Bueno,
1 – SL: 334 – Bl:1 -, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, RJ, vem, com
fulcro no art. 4º, XVIII, da lei 10.520/02, interpor:

RECURSO ADMINISTRATIVO

o que faz consubstanciado nas razões de direito que passa a expor:

1. BREVE RESUMO DOS FATOS

O recorrente participou do prélio em questão onde foi credenciado. Ato contínuo, foi apresentado a amostra das papeleiras para serem analisadas conforme item 8.2 do Edital.

Ocorre, que após entregar o produto para amostra, foi informado que o mesmo havia sido reprovado.

Para a nossa surpresa fomos a única empresa a ser reprovada supostamente por não conter a ABNT 13.230. Vale ressaltar que não foi exigida em edital, sendo única e exclusivamente necessário a marcação no produto da ABNT 16.006.

Porém, como ficará demonstrado, a desclassificação da amostra da recorrente violou o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e lançou mão de critério não previsto em edital, sendo este caracterizado como um critério oculto ou sigiloso, o que é vedado por lei. Desta forma sua desclassificação foi um ato ilegal e abusivo.

2. DO DIREITO

2.1. Da Ilegalidade Quanto a Exigência do Objeto Sem Fundamento Legal ou Justificativa Técnica

Primeiramente deve-se ter em mente que o edital traz de maneira objetiva tais solicitações, vejamos:

"Atenção: o produto deverá apresentar em alto-relevo: - norma ABNT nº 16006; capacidade volumétrica: 50 kg; capacidade de carga – mês e ano de fabricação."
(Anexo I – Termo de Referência) grifo nosso.

Resta claro que a recorrente, atendeu a TODAS as exigências editalícias. Diante disso a CLIN ao se valer de critério não estabelecido em edital (ABNT 13.230) violou o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois, como ensina o STJ a Administração não pode descumprir as normas contidas no instrumento convocatório.

Ao desclassificar a amostra da recorrente a CLIN violou o princípio de vinculação ao estudo convocatório que estabelece as regras entre as partes e criou critério oculto ou sigiloso. Vejamos precedentes da Corte de contas e da Justiça.

*Observe o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto nos artigos 3º e 54, § 1º, da Lei 8.666/1993, abstendo-se de prever nas minutas de contratos regras distintas das fixadas no edital. **Acórdão 668/2005 Plenário***

*Observe com rigor os princípios básicos que norteiam a realização dos procedimentos licitatórios, especialmente o da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo, previstos nos artigos 3º, 41, 44 e 45 da Lei nº 8.666/1993. **Acórdão 483/2005 Primeira Câmara***

*Atente para a necessária observância de princípios fundamentais da licitação, em especial da igualdade e impessoalidade, a fim de garantir, também, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, consoante preceitua o art. 3º da Lei de Licitações, e impedir a desclassificação de empresas que atendam às exigências contidas no Edital de Licitação relativas à especificação do objeto licitado, com conseqüente violação do comando contido no inciso IV do art. 43 dessa mesma Lei (...). **Acórdão 369/2005 Plenário***

Ao violar o princípio supracitado a Administração também violou o princípio do julgamento objetivo, que nas palavras de Marçal pode ser explicado da seguinte maneira:

O julgamento objetivo exclui a parcialidade (tomada de posição segundo o ponto de vista de uma parte). Mas isso é insuficiente. Além da imparcialidade, o julgamento tem de ser formulado à luz dos valores protegidos pelo Direito. A tutela aos interesses supraindividuais não autoriza, contudo, ignorarem-se as disposições norteadoras do ato convocatório e da Lei. [...] **A adoção de outros critérios caracteriza sigilo ou segredo incompatível com o rigor exigido pela lei.** A administração está obrigada a dar a vitória à proposta mais vantajosa, mesmo quando formulada por licitante que não seja a ela simpático.

A Lei 8.666/1993 proíbe, de modo expresso, critérios ou fatores ocultos ou sigilosos. Consagra-se a mais absoluta objetividade no julgamento. (grifo nosso)

Ao desclassificar o licitante pela suposta apresentação de amostra incompatível com o edital, por não apresentar a ABNT 13.230 em alto relevo, a CLIN lançou mão de critério não previsto em edital, sendo este caracterizado como um critério oculto ou sigiloso, o que é vedado por lei.

O instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. **Ao descumprir normas constantes do edital, a CLIN frustra a própria razão de ser da licitação,** pois viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia, a eficiência, entre outros. **O descumprimento às regras do edital acarreta a nulidade dos atos infringentes.**

É sabido que o princípio constitucional da legalidade determina que a Administração Pública somente poderá fazer aquilo que estiver previsto em lei. Como não existe determinação expressa em Edital neste sentido, a citada exigência é **ilegal**.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União é unânime no sentido de que a exigência **deverá** estar prevista em edital e deve guardar a respectiva justificativa técnica:

M

As exigências de atributos técnicos inseridas no edital devem ser absolutamente relevantes e proporcionais ao fim que se busca atingir com a realização da licitação isto é, pertinentes para o específico objeto que se intenta contratar. Para se legitimar determinada restrição em processo licitatório, deve ser apresentada a devida justificativa técnica e/ou econômica para tal. Acórdão 445/2014-Plenário

Diante da jurisprudência da Corte de Contas, indaga-se: qual a justificativa técnica para se exigir que a lixeira tenha a ABNT13.230? Qual a diferença de uma lixeira que tenha já expresso a ABNT 16.006? Obviamente não existe qualquer diferença técnica, pois o que importa, nos termos do edital, é que elas tenham as características de dimensão, carga, volume e resistência. Esta última dentro das normas da ABNT 16.006, referidas no edital.

A Jurisprudência do Tribunal de Constas do Estado de São Paulo acompanha a jurisprudência do TCU.

a previsão de exigências técnicas, que, segundo a representante, não são usuais em marcas reconhecidas no mercado, sem justificativa aparente, pode implicar em restrição indevida à ampla competitividade. Proc. nº 3561/989/14

Observo prevalecer nesta Corte o entendimento de que a determinação de paralisação de certames licitatórios, só se justifica quando constatada flagrante ilegalidade que prejudique a isonomia do certame **ou haja exigência capaz de determinar, sumariamente, a eliminação de potencial concorrente.** Proc. nº 15104/026/09

Assim, como tal exigência não encontra amparo quer legal, quer técnico, não pode ser levada em consideração no momento do julgamento da amostra, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

2.2. Da Ilegalidade Quanto ao Julgamento da Amostra

Outra ilegalidade absurda ocorreu com relação ao julgamento da amostra. O edital é completamente omissivo com relação aos critérios de julgamento. Vale ressaltar que não foi permitido aos licitantes acompanharem a realização da análise das amostras, o que fere os princípios constitucionais da publicidade, ampla defesa e do julgamento objetivo.

O edital apenas prevê no item 8.2 que:

8.2 – A licitante deverá apresentar, além dos envelopes, amostra do material cotado para aprovação pelo setor DACC. As empresas que não apresentarem amostra ou apresentarem amostra fora das especificações, serão desclassificadas.

Todavia, é completamente omissivo com relação aos testes que serão empregados, se quer sabe-se se quais os testes para averiguação das amostras.

Para se julgar qualquer amostra apresentada ao Poder Público, o edital deve trazer de forma clara e precisa **TODOS** os critérios de avaliação, conforme determina o princípio do julgamento objetivo (art. 3º, caput da lei nº 8.666/93), assim como deve ser oportunizado aos licitantes o direito constitucional do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV da CRFB), quando da apresentação do laudo técnico, além do fato do julgamento de toda e qualquer amostra deverá ser público, no estrito cumprimento do princípio constitucional da publicidade, estipulado no art. 37, caput da Carta Magna, garantias estas que se quer foram observadas¹.

Mais uma vez, socorrendo-se ao TCU, pode-se verificar que os critérios para julgamento das amostras devem ser objetivos e específicos. Ensina esta Corte de Contas que:

¹ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; 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:

"Quanto às exigências de amostras ou protótipos, deve estar definido com clareza no ato convocatório, por exemplo, as seguintes: momento de entrega, critérios de avaliação e de julgamento técnico, data e horário de inspeção para que os licitantes interessados possam estar presentes"².

"Na etapa de julgamento das propostas, amostras e protótipos dos produtos cotados podem ser solicitados. Quando não se encontrarem de acordo com as exigências da licitação, devem as propostas ser desclassificadas. É necessário que a exigência de amostras ou protótipos esteja previamente estabelecida no ato convocatório, acompanhada de critérios de julgamento estritamente objetivos"³. (grifo nosso)

"Adote em editais de pregão critérios objetivos, detalhadamente especificados, para avaliação de amostras que entender necessárias a apresentação. Somente as exija do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar no certame." Acórdão 1168/2009 Plenário (grifo nosso)

"Exija, em processos licitatórios, prova de conceito ou apresentação de amostras, documento os procedimentos que atestaram a avaliação e a homologação ou rejeição do objeto licitado, atentando para a descrição dos roteiros e testes realizados e sua vinculação com as características técnicas e funcionalidades desejadas, em obediência aos princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, bem assim da publicidade e da motivação, previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e no art. 2º da Lei nº 9.784/1999" Acórdão 2932/2009 Plenário. (grifo nosso)

"Faça constar dos editais, detalhadamente, os critérios de avaliação, as atividades de aferição de compatibilidade, assim como os planos, casos e relatórios de teste, quando se tratar de objeto cuja aceitação esteja sujeita a esses procedimentos, viabilizando, sempre que demandado por licitantes, a inspeção às amostras apresentadas, a fim de que os interessados verifiquem a compatibilidade com as exigências contidas no edital, garantindo a eficiência ao princípio da publicidade, em atenção ao disposto no arts. 3º "caput" e 40, incisos VII e XVI, da Lei nº 8.666/1993. Passe a observar os procedimentos relativos

² TCU. Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU. 4ª ed. Brasília. 2010, p. 531

³ Op cit. p 219.

M

ao planejamento da contratação nas licitações, especialmente ao escopo e registro dos estudos técnicos preliminares, em atenção ao art. 6º, inciso IX da Lei nº 8.666/1993 e aos arts. 8º a 18º da Instrução Normativa nº 4/2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MP)". Acórdão 1512/2009 Plenário (grifo nosso)

Como o julgamento das amostras não obedeceu nenhum dos critérios acima expostos, o mesmo é completamente ilegal, aos olhos do ordenamento jurídico contemporâneo, devendo ser desconsiderado.

2.3. Do Crime Contra a Lei de Licitações

Ao criar critério oculto no edital (necessidade da ABNT 13.230), com a finalidade de desclassificar a proposta do recorrente e, supostamente, beneficiar uma terceira sociedade, comete-se, possivelmente, o ilícito tipificado no art. 90 da lei nº 8.666/93.

Tais condutas são tão graves que a própria lei geral de licitações as tipificou, em seu art. 90, como crime, sujeitando os agentes responsáveis até mesmo à pena de detenção de dois a quatro anos.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Segundo lições de Marçal este delito se aperfeiçoa "inclusive quando o acordo de destina a excluir da disputa participantes potenciais [...]"⁴. No mesmo sentido explica Jessé Torres. Para este autor o tipo objetivo do delito:

⁴ Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª ed., São Paulo: RT. 2014, p. 1178.

"Contempla duas condutas distintas: frustrar (baldar, anular, impedir) e fraudar (burlar, enganar) o caráter competitivo do processo licitatório. Este é a essência da licitação e, uma vez afastado, pela supressão ou pela fraude, a própria licitação deixa de existir. Equivaleria a um "jogo de carta marcadas", cujo desfecho já estaria previamente estabelecido em favor de um dos jogadores. Assim, os demais licitantes estariam concorrendo apenas por concorrer (cientes ou não de tal circunstância), pois que o objeto do certame já estará previamente adjudicado a um deles".

Além desse delito, a desclassificação ilegal do recorrente pode ensejar na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, pois nos termos do art. 10 da lei nº 8.429/92, constitui ato de improbidade aquele que cause lesão ao erário.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

Neste ponto a lesão é evidente, haja vista que a CLIN, caso não classifique a proposta do recorrente e o habilite, amargará prejuízo com a contratação da atual empresa arrematante.

Tais fatos, caso não sejam desfeitos, poderão ser levados ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas, além de representações funcionais em nome de cada agente público conivente com essas ilegalidades.

3. DO PEDIDO

Em razão de todo o exposto requer que o presente recurso seja recebido e no mérito seja:

- 1) Que o ato administrativo seja declarado nulo de pleno direito, convocando-se o recorrente, por ter sido esse quem, dentro da legalidade, apresentou a amostra dentro do estipulado em edital.
- 2) Que o certame seja retomado na fase de propostas e o recorrente devidamente classificado.
- 3) Que caso a Comissão não entenda assim, que o processo seja encaminhado a Autoridade Superior para apreciação.

N. Termos.
P. Deferimento.

Rio de Janeiro, 23 de Maio de 2018.


Priscila M. de Souza
(Sócio Administrador)

