

## Pregão Eletrônico

### ■ Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

#### RECURSO :

Senhor Pregoeiro, Equipe de Apoio e Autoridades Competentes com fulcro no art. 109, inciso I alíneas A, B e C da Lei 8.666/93 e demais alterações, inconformado, data máxima venia, com a decisão que inabilitou minha proposta, venho interpor o presente.

#### RECURSO ADMINISTRATIVO

Requerendo seja recebido em seus regulares efeitos, bem como a juntada das inclusas razões, para, no caso de manutenção do atendimento deste colegiado, ser remetido à autoridade superior, nos termos do artigo 109 § 4 da Lei 8.666/93.

#### RAZÕES DO RECURSO ADMINISTRATIVO

Não obstante o brilho e a costumeira proficiência com que prolata as decisões, não agiu da mesma forma com o costumeiro acerto no presente caso.

Pela decisão lançada no chat oficial do portal Comprasnet, julgando por bem a inabilitação de MARCEA QUEROZ DE LIMA GOMES - ME e as demais concorrentes sem a devida observação da instrumentalidade do processo licitatório corroborando para a ilegalidade e para a condenação do princípio da isonomia e moralidade, estes tão caros para segurança jurídica necessária para a implementação de uma licitação.

Inconformado com a decisão vem o Recorrente apresentar suas razões, requerendo o provimento do presente Recurso Administrativo, para que seja reformado o decisum, in totum, como prova de lúdima Justiça.

#### RAZÕES PARA A REFORMA

No dia 19/12/2013 foi solicitado envio da proposta e documentação da empresa MARCEA QUEROZ DE LIMA GOMES - ME fui a sexto colocado após a fase de lance com isso é possível demonstrar a ilegalidade da desconsideração de algumas concorrentes mais bem colocadas, a documentação foi anexada no sistema dentro do tempo concedido pelo pregoeiro. No dia 20/12/2013 para minha surpresa tive minha proposta recusada com a seguinte mensagem "Após análise a área técnica posicionou-se em recusar a proposta pelos seguintes motivos:O produto não atende as especificações. Sendo assim, solicitamos que convoque o próximo fornecedor."

No mesmo dia solicitei vistas ao processo que inacreditavelmente não tinha nenhuma forma de organização das informações da análise técnica, de tal forma que se quer o pregoeiro ou a equipe técnica, na pessoa da senhora Beatriz, foram capazes de explicar a cronologia dos autos nem tão pouco demonstrar qual análise era referente a minha proposta pelo simples fato de não estar a mesma juntada aos autos, comprovação deste fato a minha proposta ter ficado no fim de toda minha documentação fugindo do padrão do processo. Questionada a senhora Beatriz folheia o processo querendo encontrar qualquer argumento plausível para a desclassificação sem obter sucesso, afirmando então que estava a procura de persianas tipo luxaflex que qualquer um poderia vender e não estava a procura de um fornecedor mas sim da persiana tipo luxaflex.

Aqui ficou demonstrada as reais impossibilidades legais de manutenção das decisões tomadas no certame em tela, questionamos a falta de fundamentação técnica para nossa desclassificação uma vez que após diligência (aberta após minha visita) a fundamentação da desclassificação se limita em afirmar "Em complementação informamos que os produtos apresentados pelas 2ª e 6ª empresas divergem das especificações técnicas no quesito espessura da tela, cor do perfil inferior, perfil traseiro do box." comprovando a forma fraudulenta com que a área competente julgou todas as propostas com a finalidade de premiar a vontade da Senhora Beatriz que é a responsável pelo setor de obras e engenharia, comprova-se pelo fato de que em minha proposta consta as informações acusadas. Não tenho problema algum de entregar o material com a cor solicitada no edital, contudo essa administração não demonstra qual a relevância para a finalidade do objeto a cor e a espessura da tela que valham o prejuízo que supera R\$ 230 mil reais em consideração a minha proposta e R\$375 mil reais em relação a primeira colocada, nem tão pouco comprova como a área responsável pode fazer o julgamento do meu produto se não me convocaram para a fase de amostra. Como consta na documentação anexada ao Comprasnet minha empresa cumpri todos os quesitos de habilitação e não ficou legalmente comprovado o descumprimento de nenhum quesito para aceitação da minha proposta a não ser o fato de não ofertar Luxaflex.

Situados quanto minhas alegações junto ao Recurso fundamentos que demonstram como cada posição da administração feriu o cumprimento de princípios fundamentais para Licitação e atos que estão contra a previsão constitucional e se enquadram no tipo penal previsto na Lei 8.666/93 e na Lei de Improbidade administrativa.

#### 1- Vinculação com instrumento convocatório:

Conforme determina Ricardo Ribas da Costa Berloff, Manual de Licitações Públicas pag. 25

"desta feita, estabelecidas as regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis durante todo o procedimento licitatório, nada justificando qualquer alteração de momento ou pontual para atender esta ou aquela situação."

Para Marçal Justen Filho na 9ª edição de Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pag. 64:

"A lei define as condições da atuação dos agentes administrativos, estabelecendo a ordenação(sequência) dos atos a serem praticados e impondo condições excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas."

"Impõe-se, assim, a objetividade da decisão e da escolha do administrador. Isso significa que a lei impõe que a seleção do contratante e a definição do próprio "contrato" sejam retiradas do plano de meras cogitações pessoais e particulares do administrador. Para isso, submete a escolha do

administrador a um procedimento, ou seja, uma série ordenada e conjugada de atos, cuja sucessão conduz a uma decisão final suscetível de controle quanto à racionalidade, adequação e conveniência. A Licitação, enquanto procedimento, não é apenas uma sucessão formal e mecânica de atos. A sucessão de atos significa a dissociação temporal de lógica dos diversos componentes da decisão do administrador.”

“O procedimento licitatório reduz drasticamente a liberdade de escolha do administrador. Por regra, o resultado final não decorre de qualquer decisão subjetiva do administrador. Vence a licitação a proposta que se configura como a mais conveniente para a concretização do interesse público, segundo critérios objetivos. A liberdade de escolha vai sendo suprimida na medida em que o procedimento avança. Ao final, a regra é a ausência de espaço para a decisão discricionária. Isso significa que ainda que se mudassem os julgadores, a decisão adotada na última fase seria a mesma.”

O MCTI está contrariando as previsões do próprio edital quanto ao previsto no capítulos de aceitação da proposta e na habilitação, em nenhuma das fases apontadas teria a autoridade administrativa a poder de julgar o produto e sim critérios instrumentais como valores e informações contidas na proposta e validade e veracidades da documentação necessária para a habilitação, se posicionar sobre o produto sem ter solicitado amostra, fase destinada a averiguação do produto, é claramente ilegal, desrespeita a isonomia, a legalidade, a vinculação com instrumento convocatório, o julgamento objetivo, a moralidade e a probidade administrativa, sendo possível o enquadramento no tipo penal previsto no art. 93 da Lei 8.666/93, uma vez que impede a realização de uma das fases necessárias e previstas no edital.

#### 2- Legalidade:

Conforme determina Ricardo Ribas da Costa Berloff, Manual de Licitações Públicas pag. 10:

“ ao falar em princípio da legalidade, é imprescindível mencionar as máximas suporta a Lei que fizeste e ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei, como tradução ao juízo categórico e sistemático segundo o qual a Administração está submetida à lei que o próprio Estado editou através do órgão competente, lei esta informada como base e diretriz fundamental.”

quando a administração se utiliza de documentos não discriminados nos artigo 27, 28, 29, 30 e 31 da Lei 8.666/93 com objetivo de julgo de habilitação ou de aceitação de proposta no caso em tela a alegação de que as informações contidas no folder seriam mais importantes que as constantes na proposta feriu a legalidade e proporcionalidade.

Fui diretamente prejudicado por essa ilegalidade uma vez que minha proposta não foi analisada, mas sim meu folder e como foi encaminhado mais de um, com o objetivo de “esmiuçar” as informações do produto como determina a edital, os julgadores não compreenderam a complexidade das informações que se limitaram a dizer que não corresponde as especificações do termo de referência, com tudo todas as informações neles contidas demonstram a capacidade de atender as necessidades desta administração.

#### 3- Isonomia:

Segundo Marçal 9º edição, pag. 60,

“a diferenciação e o tratamento discriminatório são insuprimíveis, sob esse ângulo. Não se admite, porém, a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público. A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. Portanto, o ato convocatório deverá definir, de modo objetivo, as diferenças que são reputadas relevantes para a Administração. A isonomia significa o tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se-as na medida em que exista diferença. Essa fórmula acarreta inúmeras consequências”

O desrespeito ao princípio da isonomia gera danos irremediáveis a licitação, o fato da senhora Beatriz buscar a marca luxaflex para a contratação fere a isonomia uma vez que gera condição de diferenciação(infundada) não permitindo que demais empresas pudessem ao menos ter sua proposta analisada com lisura podendo corresponder a tipicidade penal prevista no art. 95 da Lei 8.666/93, o fato de não ter analisado nossa proposta demonstra o desapego com a instrumentalidade do processo e a coisa pública.

#### 4- Julgamento objetivo:

Segundo Marçal 9º edição, pag. 68

“cada fase da licitação culmina com uma decisão. Mesmo nas fases ditas internas (tais como “definição do objetivo a ser licitado”, e “elaboração do edital”), são tomadas decisões fundamentais para definir a futura contratação”

“a vantajosidade da proposta deve ser apurada segundo um julgamento objetivo. O ato convocatório tem de conter critérios objetivos de julgamento que não se fundem nas preferências ou escolhas dos julgadores. O julgamento das propostas subordina-se obrigatoriamente àqueles critérios.”

Fica evidente que o julgamento por não ter fundamentação que comprove o desacordo do produto ofertado não foi feito de maneira objetiva e fundamenta-se apenas nas experiência de trabalho da Senhora Beatriz com persianas do tipo luxaflex. Não há possibilidade de comprovação lógica e cronológica da decisão proferida, exemplo disso é o fato que mesmo após a diligência a área técnica nos emitir uma nota técnica que não corresponde com os fatos, há uma alegação de que não cumpro 3 quesitos do edital sendo que em minha proposta consta todas as informações iguais a empresa habilitada.

Como pode a Administração comprovar que meu produto está ou não de acordo com o solicitado sem ao menos ter tido acesso a ele. Fica mais que evidente o abuso do poder, a intenção dolosa de fraudar o processo licitatório para adquirir um material importado que não há comprovação técnica alguma que comprove sua superioridade, nem tão pouco parecer que determine que a persiana luxaflex atende com maior eficiência as necessidades do MCTI, caso houvesse não seria possível a inclusão de outras tantas empresas interessadas em participar.

A não fundamentação formal do ato administrativo nos remete a falta de parametros legais da qual ela

se baseia e como não determina seu fundamento não deve ser aceito pela autoridade responsável, uma vez que a administração somente pode fazer ou deixar de fazer com uma previsão legal.

#### 5- Impessoalidade;

Para Ricardo Ribas da Costa Berloff, Manual de Licitações Públicas pag. 13:

"este princípio determina ao administrador público não é conferido o poder de agir indistintamente, estando ele limitado à legalidade de seus atos. Diferentemente do administrador privado, que pode fazer tudo o que a lei não proíbe, ao administrador público é imposto o limite funcional de só atuar dentro do que a lei permite. Ou seja, o funcionário público só pode fazer o que a norma legal expressamente permite – inexistente vontade pessoal ou liberdade de agir."

Segundo Rui Cirene Lima, Princípios de Direito Administrativo, 4ªed pag 51/52:

"a atividade administrativa obedece, cogentemente, a uma finalidade à qual o agente é obrigado a adscrever-se, quaisquer que sejam as suas inclinações pessoais; e essa finalidade domina e governa a atividade administrativa, imediatamente, a ponto de assinalar-se, em vulgar, a boa administração pela impessoalidade, ou seja, pela ausência de subjetividade."

A não observância a impessoalidade condena a lisura do procedimento e impossibilita segurança jurídica para os participantes. A falta de fundamentação para os atos administrativos que desclassificaram minha proposta comprova que o julgo subjetivo foi preponderante e inviabiliza a manutenção de seus efeitos.

#### 6- Moralidade:

Para Ricardo Ribas da Costa Berloff, Manual de Licitações Públicas pag. 14:

" O princípio da moralidade é extraído do conjunto de regras de conduta que regulam o agir da Administração Pública. O ato e a atividade da administração pública, mais que a lei, devem obedecer em igual condição de importância, os conceitos éticos e jurídicos que informam a atividade do funcionário público, com vistas ao interesse da coletividade, desvinculando-se do interesse ou interferência oriundos de fontes externas ao regulamento público."

"para Hely Lopes Meirelles, assim como para Manoel Oliveira Franco Sobrinho, a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do bom administrador, aquele que, usando de sua competência, determina-se não só pelos preceitos legais vigentes, como também pela moral comum, propugnando pelo que for melhor e mais útil para o interesse público."

Segundo Marçal 9ª edição, pag. 69

"é vedado ao administrador superpor um interesse particular (próprio ou de terceiros) ao interesse público. Sempre deve prevalecer o interesse público (mas o interesse primário). Demonstrado que o ato foi praticado para atender interesse particular do administrador, deve ser invalidado. Diante de uma alternativa, o administrador deve sempre agir com lealdade para com o interesse público. A moralidade e a probidade acarretam impossibilidade de vantagens pessoais serem extraídos pelo administrador. Por igual, estão proibidas vantagens ou prejuízos decorrentes de preferências pessoais dos titulares de função pública"

O MCTI por não comprovar os fundamentos de julgamento feriu o preceito do princípio da moralidade, que claramente tem uma extrema reprovabilidade tanto da sociedade como do TCU, a conduta de usar qualquer artifício com extremo rigor para uns e não para outros sem comprovar nem a necessidade, para a finalidade do objeto, da presença do artifício no instrumento convocatório.

Abstrai da conversa com a senhora Beatriz que não importaria o procedimento ou a legalidade de fato o MCTI compraria Luxaflex, e observe que foram desclassificadas 7 empresas, sem fundamentação técnica indiscutível, para que fosse logrado o êxito da servidora de usar seu poder de julgadora para influenciar a compra do material em que manifestadamente se propôs a comprar chegando a dizer que a administração não é capaz de "criar nada" por isso não seria possível ter um minha proposta toda descrição do objeto se eu não cotasse luxaflex, afirmando que retirou as descrições diretamente do fabricante da luxaflex.

#### 7- Igualdade:

Para Ricardo Ribas da Costa Berloff, Manual de Licitações Públicas pag. 11:

"toda e qualquer empresa habilitada para o certame licitatório deve competir em igual condição às demais, não se podendo, por parte da Administração Pública, realizar qualquer diferença em favor de uma ou outra licitante, sob pena de nulidade de seus atos e responsabilização civil e criminal do funcionário público que autorizou ou realizou o ato tendente à desigualdade dos licitantes."

É evidente que a utilização de subterfúgio ilegais como já demonstrado para recusar a proposta de uma empresa, com o mero objetivo de comprar o que a Senhora Beatriz deseja, há violação do princípio da igualdade tornando impossível a implementação do comando do art 5º da Carta Magna que garante que todos são iguais perante a lei.

#### 8- Economicidade:

Segundo Marçal 9ª edição, pag. 70

"Significa que os recursos públicos deverão ser administrados segundo regras éticas, com integral respeito à probidade. O administrador público não pode superpor eventuais e egoísticos interesses privados ao interesse público. Não se respeita o princípio da economicidade quando as decisões administrativas conduzem a vantagem pessoal do administrador antes do que ao benefício de toda coletividade."

"por outro lado, a economicidade delimita a margem de liberdade atribuída ao agente administrativo. Ele não está autorizado a adotar qualquer escolha, dentre aquelas teoricamente possível. Deverá verificar, em face do caso concreto, aquela que se afigure como a mais vantajosa, sob o ponto de vista das vantagens econômicas."

Marçal corrobora com o argumento já trabalhado de que a administração não provou a vantagem econômica de excluir 7 empresas com produtos que certamente iriam suprir a necessidade do MCTI,

com o objetivo de adquirir persianas luxaflex, seria possível argumentar que a cor do box inferior das peças ou a diferença milimétrica na espessura da tela no sentido de confirmar, tendo em vista a economicidade, que há uma vantagem administrativa que corresponda a um prejuízo que supera R\$ 230 mil reais? Há possibilidade do MCTI demonstrar que apenas persianas tipo luxaflex poderiam atender suas necessidades ou nos deparamos com mais um capricho ilegal de servidores?

Tendo em vista que eficiência como ordem constitucional, afirmo que o MCTI comete um crime de improbidade administrativa ao causar dano ao erário da união.

#### 9- Busca da oferta mais vantajosa;

De acordo com o Marçal Justen Filho na 9ª edição de Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pag. 59,

"A licitação não reduz a seleção da proposta mais "vantajosa" ou seja, a licitação busca realizar dois fins, igualmente relevantes,: o princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa. Se prevalecesse exclusivamente a ideia da vantajosidade ficaria a Administração a opções arbitrárias ou abusivas. Enfim poderia verificar-se confusão entre interesses primários e secundários da Administração"

...

"fica claro que a licitação não se desenvolve apenas no interesse imediato da Administração, mas representa uma garantia aos próprios particulares que possam interessar-se em contratar com ela"

...

"Não se pretende negar que a isonomia é valor essencial, norteador da licitação. Mas é necessário, assegurando tratamento idêntico e equivalente a todos os licitantes, possibilitar a seleção da proposta mais vantajosa. Não é cabível excluir proposta vantajosa ou potencialmente satisfatórias apenas por apresentar defeitos irrelevantes ou porque o "princípio da isonomia" imporá tratamento de extremo rigor."

Fica demonstrado que essa administração feriu a finalidade da licitação ao não aceitar as propostas mais vantajosas e claramente satisfatória para a o MCTI e para o interesse público.

A observação do Marçal é de extrema valia para o processo licitatório, o fato da administração está vinculada a legalidade o respeito a instrumentalidade e aos princípios legais traz de fato uma segurança para as empresas que contrataram com a administração.

Dessa forma qualquer decisão que negue a primazia deste princípio tornar inviável a segurança jurídica da licitação e deve ser analisado a conduta do administrador quanto a responsabilidade, uma vez que para não contratar com a proposta mais vantajosa somente fraudando os procedimentos licitatórios.

#### 10- Probidade administrativa:

Para Ricardo Ribas da Costa Berloff, Manual de Licitações Públicas pag. 16

"princípio destinado exclusivamente à atuação do funcionário público, entende-se que este pode atuar de forma correta sempre que seus atos funcionais estiverem livres dos vícios subjetivos pessoais - intenções- tendentes a prática de atos que importem em enriquecimento ilícito, de atos que causem prejuízo ao erário ou de atos que atentem contra os princípios da administração pública."

"nos procedimentos licitatórios, este princípio está presente sempre que o ato administrativo do licitador é analisado com vistas à verificação de eventual auferição de vantagem (elemento material) pelo funcionário público, o que caracteriza a falta de honra e defeito de caráter do funcionário público, frustrando a confiança que lhe depositava a administração pública."

A probidade administrativa bem como os demais princípios listados não se limitam a posição de interesse econômico dos administradores públicos, podemos ampliar o entendimento que para qualquer interesse particular, no caso em questão observamos uma improbidade administrativa uma vez que aplicou-se uma série de atos ilegais com o objetivo de atingir interesses pessoais dos servidores e está com a eminência de causar dano ao erário.

Demonstrado a inobservância de parâmetros legais para a instrumentalidade do processo licitatório trago decisões do TCU para confirmar a meus argumentos observando a jurisprudência.

1. O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/93, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa.

Representação relativa a pregão eletrônico para registro de preços, conduzido pela Universidade Federal Fluminense (UFF), destinado à aquisição parcelada de equipamentos de informática apontara, dentre outras irregularidades, a desclassificação indevida de diversas licitantes em razão da ausência, em suas propostas, de informações sobre a marca/modelo, a garantia ou o prazo de entrega dos equipamentos ofertados. Realizadas as oitivas regimentais após a suspensão cautelar do certame, o relator anotou que tal procedimento, "de excessivo formalismo e rigor", foi determinante para a adjudicação de alguns itens por valores acima do preço de referência. Acrescentou que, apesar de o edital exigir do licitante o preenchimento adequado do campo "descrição detalhada do objeto ofertado", sob pena de desclassificação, e de o art. 41 da Lei 8.666/93 fixar que "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital", não poderia o gestor interpretar tais dispositivos "de maneira tão estreita". Nesse sentido, destacou que "as citadas disposições devem ser entendidas como prerrogativas do poder público, que deverão ser exercidas mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles, o da seleção da proposta mais vantajosa para a administração". Por fim, consignou o relator que, no caso concreto, caberia ao pregoeiro "encaminhar diligência às licitantes (art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993), a fim de suprir as lacunas quanto às informações dos equipamentos ofertados, medida simples que poderia ter oportunizado a obtenção de proposta mais vantajosa". O Tribunal fixou prazo para a anulação dos itens impugnados, sem prejuízo de cientificar a UFF das irregularidades, nos termos propostos pelo relator. Acórdão 3381/2013-Plenário, TC 016.462/2013-0, relator Ministro Valmir Campelo, 4.12.2013.

2. O edital, ao exigir o fornecimento de informações meramente indicativas, deve explicitar que tais dados são apenas de caráter informativo, sem qualquer efeito no julgamento das propostas ou

vinculação aos termos contratuais a serem estabelecidos.

Representação versando sobre pregão presencial conduzido pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp), com vistas à contratação de empresa especializada na prestação do serviço de fornecimento de vales-transporte, apontara "exigência excessiva e desarrazoada, consistente na indicação, para fins de qualificação técnica, da relação dos postos de serviço credenciados pela licitante no Estado de São Paulo, devendo contemplar, minimamente, todos os municípios onde o Cremesp mantém delegacias, tanto na capital quanto no interior do estado". Em sede de oitiva, o Cremesp informou que, na análise do pedido de impugnação interposto pela representante, restara esclarecido que "a relação de postos de atendimento não foi exigida para fins de qualificação técnica ou critério de julgamento das propostas, mas sim teve caráter de avaliação". Mencionou ainda, em sua defesa, o Acórdão 1.878/2005- Plenário, mediante o qual fora determinado a outro órgão que "explicitasse, no corpo do edital, caso fizesse incluir exigências de fornecimento de informações meramente indicativas, sem efeito ou vinculação com o julgamento da proposta ou com os termos contratuais que se seguirem à licitação, que tais dados são apenas de caráter informativo, sem qualquer efeito no julgamento das propostas, e sem a eles vincular o proponente ou a entidade contratante". A unidade técnica observou, contudo, que o edital "nada menciona acerca do caráter meramente informativo da relação dos postos de serviço". Acrescentou que "a obscuridade do item impugnado não se mostra sanável mediante mero esclarecimento do pregoeiro ao impugnante, podendo ter gerado desestímulo a outros potenciais licitantes. Para elidir a irregularidade fazia-se necessário a alteração do texto do edital de forma a deixar explicitado que a exigência tinha caráter meramente informativo, em consonância com o próprio acórdão indicado na defesa ...". O relator, alinhado à análise da unidade técnica, e considerando a anulação do certame pelo próprio Cremesp, propôs dar ciência ao Conselho da orientação extraída do Acórdão 1.878/2005- Plenário, "vez que não fora devidamente observada pela entidade". Nesse sentido, o Plenário do TCU, acolhendo a proposta do relator, considerou prejudicada a Representação ante a perda de seu objeto, sem prejuízo de cientificar o Cremesp da irregularidade. Acórdão 3269/2013-Plenário, TC 022.945/2013-0, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 27.11.2013.

3. Constitui irregularidade a inobservância, pelos administradores de órgãos e entidades jurisdicionados, dos entendimentos firmados pelo Tribunal de Contas da União, em especial na área de licitações.

Representação acerca de possíveis irregularidades em pregão eletrônico promovido pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), destinado à contratação de empresa especializada na prestação de serviços técnicos de engenharia para fiscalização de obra de edificação, apontara possível restrição à competitividade do certame, decorrente de exigência editalícia de quantitativos mínimos para se atestar a capacidade técnica. Em sede de oitiva, após a concessão da cautelar pleiteada pela representante, a Unifesp aduziu que os quantitativos exigidos foram fixados com base no enunciado 24 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que os admite para serviços similares, em regra, na proporção de 50 a 60% da execução pretendida, ou outro percentual, desde que devidamente justificado. Analisando o argumento, lembrou o relator que "não se pode perder de vista que, no que concerne a normas gerais de licitação, devem as entidades jurisdicionadas acatar o posicionamento do Tribunal de Contas da União, conforme expresso no enunciado nº 222 da Súmula de Jurisprudência do TCU, verbis: As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios". Considerou o relator, contudo, que o caso concreto albergou extrapolação mínima do limite tradicionalmente aceito pelo TCU (50%), e em consonância com orientação do órgão estadual de controle. E que, "diante da ausência de uma regência objetiva quanto ao mencionado limite na Súmula do TCU, seria até natural que o gestor buscasse orientação complementar sumulada por outro órgão com atribuições semelhantes à Corte de Contas Federal, no caso, o TCE/SP, não sendo razoável, portanto, desaprovar sua conduta". Nesse sentido, o Plenário do TCU, acatando a proposta do relator, julgou parcialmente procedente a Representação, revogando a cautelar adotada e cientificando a Unifesp de que "constitui irregularidade a inobservância, na tomada de decisões, em especial, na área de licitações, dos entendimentos firmados no âmbito do Tribunal de Contas da União, conforme enunciado nº 222 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal". Acórdão 3104/2013-Plenário, TC 024.968/2013-7, relator Ministro Valmir Campelo, 20.11.2013.

4. A comissão de licitação deve fundamentar adequadamente as avaliações das propostas técnicas, deixando-as consignadas nos autos dos processos licitatórios, não se limitando a meramente expressar as notas/conceitos. Quanto maior a margem de subjetividade que restar ao avaliador na aplicação dos critérios de julgamento, mais consistente e fundamentada deverá ser a justificativa para a nota/conceito atribuída a cada licitante.

Representação apontara possíveis irregularidades nos editais das concorrências promovidas pela Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S/A (Valec), com critério de julgamento do tipo técnica e preço, para a elaboração do estudo de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA), do levantamento aerofotogramétrico e do projeto básico de engenharia do Corredor Ferroviário de Santa Catarina e da Ferrovia Transcontinental. Destaca-se, entre as ocorrências identificadas, a "existência de critérios de avaliação e pontuação subjetivos para o quesito 'Plano de Trabalho' da proposta técnica das empresas licitantes, em afronta ao disposto nos arts. 3º, 40, inciso VII, 44, § 1º, e 45, da Lei 8.666/1993". Em sede de oitiva, a Valec alegara que, nos termos dos editais, a análise dos critérios de avaliação do plano de trabalho (correção e precisão das abordagens dos temas, grau de profundidade, conteúdo e domínio dos temas abordados, coerência do item e sua integração com o restante da proposta, clareza da exposição, objetividade do texto, inovação e qualidade da apresentação) "permitirá ao examinador a atribuição dos seguintes conceitos": "Não abordado/ Erroneamente Abordado"; "Regular"; "Bom" e "Adequado/Excelente". O relator, a despeito de constatar a possibilidade de aprimorar a definição dos critérios de avaliação, considerou que tais critérios atenderam à ideia de "parâmetros mínimos".

Ressaltou, no entanto, que "para a escorreita e imparcial avaliação das propostas, a formulação de robusta fundamentação da avaliação procedida por cada avaliador é tão ou mais importante que a definição de critérios os mais objetivos possíveis. Quanto maior a margem de subjetividade (impossível de ser eliminada) que restar ao avaliador na aplicação dos critérios, tanto mais consistente e fundamentada deverá ser a respectiva justificativa para a nota/conceito que atribuir a cada licitante". Nesse sentido, concluiu que "a Valec deve adotar as medidas necessárias para garantir que os membros da comissão de licitação fundamentem adequadamente suas avaliações e as deixem consignadas nos autos, não se limitando a meramente expressar [cada] um dos conceitos acima elencados". O Tribunal decidiu, no ponto, julgar a representação parcialmente procedente e expedir recomendação à Valec nos termos propostos pelo relator. Acórdão 3139/2013-Plenário, TC 016.357/2013-2, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 20.11.2013.

5. A prova de conceito, meio para avaliação dos produtos ofertados, pode ser exigida do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, mas não pode ser exigida como condição para habilitação, por inexistência de previsão legal.

Em Representação contra edital de pregão eletrônico da Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), para aquisição de solução de gerenciamento eletrônico de documentos e para contratação de serviço de digitalização de documentos e certificados digitais, verificou-se, dentre outras, possível irregularidade na exigência de realização de prova de conceito pelos licitantes, como requisito de qualificação técnica. A unidade técnica especializada do Tribunal, ao analisar a matéria, esclareceu que a prova de conceito se assemelha à avaliação de amostras. No caso em questão, a prova de conceito objetivaria verificar se a solução apresentada satisfaz as exigências do termo de referência. Destacou, entretanto, que, "quando exigida, não pode constituir condição de habilitação dos licitantes, devendo limitar-se ao licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar. Caso não seja aceito o material entregue ou apresentado para análise, o licitante deve ser desclassificado, devendo ser exigido do segundo e assim sucessivamente, até ser classificada uma empresa que atenda plenamente às exigências do ato convocatório". Apoiado em jurisprudência pacificada da Corte, e em consonância com o posicionamento da unidade técnica especializada, o relator sustentou que "a prova de conceito, meio para avaliação dos produtos ofertados pelas licitantes, pode ser exigida do vencedor do certame, mas não pode ser exigida como condição para habilitação, por inexistência de previsão legal". Ao acolher a proposta do relator, o Tribunal considerou a Representação procedente e determinou à CBTU, quanto ao ponto, que em futuras licitações "abstenha-se de estabelecer prova de conceito como requisito para habilitação técnica dos licitantes, ante o disposto no art. 30, caput e § 5º, da Lei 8.666/1993". Acórdão 2763/2013-Plenário, TC 012.741/2013-2, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 9.10.2013.

6. A realização de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do procedimento licitatório independe de previsão em edital, uma vez que a Lei 8.666/93 não impõe tal exigência.

Representação versando sobre pregão eletrônico promovido pela Caixa Econômica Federal (Caixa) para a contratação de empresa para o desenvolvimento de soluções de TI apontara irregularidade na fase de habilitação do certame. A representante alegara que teria havido "rigor excessivo no julgamento dos documentos", além de "violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo", uma vez que, "apesar de terem sido apresentados os atestados de qualificação técnica exigidos no edital", a pregoeira requisitara cópias dos respectivos contratos para validação dos atestados, o que não estava previsto no instrumento editalício. Em juízo de mérito, o relator anotou que "a teor do art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, é facultada à autoridade julgadora, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo. A luz desse comando legal, que não menciona que a diligência em questão teria de estar prevista em edital, não há que se falar em extrapolação das regras do certame e, conseqüentemente, em violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo". Ressaltou ainda a razoabilidade do procedimento adotado pela Caixa, a qual, "diante da concisão dos termos em que são redigidos os atestados", buscou uma descrição técnica mais detalhada dos serviços indicados nos documentos apresentados, "com vistas à comprovação de que os trabalhos anteriormente executados pela licitante eram, de fato, compatíveis com os que pretende contratar". O Tribunal, acolhendo a proposta do relator, indeferiu a medida cautelar pleiteada e considerou improcedente a representação. Acórdão 2459/2013-Plenário, TC 021.364/2013-3, relator Ministro José Múcio Monteiro, 11.9.2013.

7. A especificação, no edital, de produto ou bem cuja descrição e características correspondem a modelo exclusivo de determinado fabricante, sem que haja justificativas técnicas, afronta o disposto nos arts. 3º, caput e § 1º, e 7º, § 5º, da Lei 8.666/93 c/c o art. 9º da Lei 10.520/02.

Representação versando sobre pregão eletrônico realizado pela Prefeitura Municipal de Seringueiras/TO para aquisição de cultivadores motorizados com enxada rotativa, mediante emprego de recursos federais oriundos de convênio, apontara irregularidade no edital relativa à "especificação de cultivador motorizado acoplado a enxada rotativa TA49 ...cuja descrição e características correspondem aos modelos exclusivos do fabricante Agritech Lavrale S.A.". Em juízo de mérito, o relator anotou que, a despeito da mencionada descrição constar do plano de trabalho que integra o convênio, "a especificação constante do edital não atende ao disposto no art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993, segundo o qual 'É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório'". Acrescentou que o referido dispositivo legal, aplicado subsidiariamente ao pregão, permite a adoção de características e especificações exclusivas nos casos em que for tecnicamente justificável, "situação não demonstrada pela administração municipal contratante". Ressaltou, por fim, que embora existam diversas marcas e modelos de cultivador motorizado com enxada rotativa, a descrição enxada rotativa "TA49" somente foi encontrada nos produtos da empresa Agritech, o que teria causado restrição indevida do caráter

competitivo do certame. Nesse sentido, o Tribunal, acolhendo a proposta do relator, determinou a anulação do certame, sem prejuízo de cientificar a prefeitura da irregularidade, bem como o concedente e a instituição financeira interveniente da falha incorrida no plano de trabalho do convênio. Acórdão 2387/2013-Plenário, TC 009.818/2013-8, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 4.9.2013.

8. Nos contratos firmados por sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, a adoção de cláusulas de juízo arbitral deve estar técnica e economicamente justificada e comprovadamente em conformidade com as práticas de mercado.

Ainda no âmbito do Pedido de Reexame interposto pela Petrobras contra o Acórdão 2094/2009-Plenário, a estatal contestou determinação para que nos contratos "em que sejam incluídas cláusulas compromissórias de resolução de conflitos em sede de juízo arbitral, restrinja a resolução de eventuais litígios a assuntos relacionados à sua área-fim e disputas eminentemente técnicas oriundas da execução dos aludidos contratos" (grifos do relator). Segundo a recorrente, "os conceitos de atividade fim e atividade meio não se prestam para a definição da disponibilidade ou não de eventual direito". O relator, ao concordar com essa tese, observou que "o deslinde da questão passa pela natureza dos direitos objeto da contratação da Petrobrás". Nesse sentido, amparado na doutrina e na jurisprudência, evidenciou a diferença entre direitos disponíveis (interesse da administração) e indisponíveis (interesse público), concluindo que, "sob a estrita ótica da natureza do bem", poderia haver a estipulação de cláusula arbitral nos contratos administrativos que versem sobre direitos disponíveis, ou seja, aqueles que envolvem uma contraprestação financeira em decorrência de fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços. Ponderou, contudo, que "como regra geral, o compromisso arbitral não é cabível nos contratos administrativos, sendo as exceções objeto de específica disposição legal". Ao analisar a situação peculiar das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas, o relator lembrou que, a despeito da ausência de disposição legal específica, o Superior Tribunal de Justiça, amparado no texto constitucional (art. 173, § 1º da CF), defende que essas sociedades podem utilizar a cláusula arbitral nos contratos de que fazem parte. Acrescentou que a jurisprudência do STJ não teria estabelecido limites para a utilização da cláusula arbitral, mas "entende-se que ... somente deve ser utilizada em situações peculiares devidamente justificadas e de modo a se seguir a comprovada prática de mercado". Nesse sentido, propôs a alteração da determinação impugnada, "de forma que a utilização de cláusula arbitral não seja restrita à atividade fim da empresa, devendo entretanto ser justificada técnica e economicamente e ser de acordo com a prática de mercado". Nesses termos, o Plenário acolheu a proposta formulada pelo relator, dando provimento parcial ao recurso. Acórdão 2145/2013-Plenário, TC 006.588/2009-8, relator Ministro Benjamin Zymler, 14.8.2013.

9. É indevida a desclassificação de licitantes em razão da ausência de informações na proposta que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações.

Representação contra o Pregão Eletrônico 4/2012 realizado pela Diretoria do Pessoal Civil da Marinha (DPCvM) para registro de preços de equipamentos de microfilmagem apontou, entre outras irregularidades, a "ausência de apresentação, pela vencedora do certame, da descrição completa do objeto ofertado, ante a omissão do modelo do equipamento". Segundo a representante, "com a omissão do modelo ..., a equipe técnica da DPCvM não teria condições de saber se o equipamento ofertado preenchia os requisitos e exigências mínimas do termo de referência do Pregão 4/2012". Argumentou ainda que a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 não se mostra cabível em algumas situações, "...ante o elevado número de informações faltantes nas propostas ..., comprometendo a análise acerca do produto ofertado e do atendimento às condições exigidas no edital". A relatora, ao endossar as conclusões da unidade técnica, destacou que os documentos acostados aos autos "comprovaram que o equipamento entregue pela empresa Scansystem Ltda. atendeu as especificações técnicas previstas no termo de referência ...". Acrescentou que "não há qualquer ilegalidade na diligência realizada pela pregoeira para esclarecer o modelo de equipamento ofertado pela Scansystem Ltda. Por um lado, porque a licitante apresentou sua proposta com as informações requeridas no edital ..., e, por outro, porque o ato da pregoeira objetivou complementar a instrução do processo, e não coletar informação que ali deveria constar originalmente". Mencionou que a jurisprudência deste Tribunal é clara em condenar a desclassificação de licitantes em virtude da ausência de informações que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações. Concluiu, por fim, que não houve prejuízo à competitividade decorrente da ausência de registro do modelo cotado pela vencedora do certame. "Cada licitante concorre com seu próprio equipamento e fornece os lances que considera justos para a venda de seu produto. O conhecimento do produto do concorrente possibilita o controle da verificação do atendimento das condições editalícias, fato que se tornou possível com a diligência realizada pela pregoeira". Acompanhando o voto da relatora, o Plenário julgou a representação improcedente. Acórdão 1170/2013-Plenário, TC 007.501/2013-7, relatora Ministra Ana Arraes, 15.5.2013.

10. É obrigatória a fundamentação, com base em estudos e levantamentos específicos, para definição dos valores de índices de qualificação econômico-financeira de licitante

Representação de empresa apontou possíveis irregularidades no edital da concorrência pública 2/2012, promovida pelo Município de Aripuanã/MT para contratação de obras de ampliação do sistema de esgotamento sanitário da região central do município custeadas com recursos federais. Entre as supostas irregularidades identificadas no certame, destaque-se a exigência, para efeito de qualificação econômico-financeira, de índice de liquidez mínimo de 2,0 e de grau de endividamento máximo de 0,30, com aparente contrariedade ao que estipula a IN 5/1995 do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) e a jurisprudência do TCU (acórdãos 2.299/2011-Plenário e 170/2007- Plenário) e de tribunais do Poder Judiciário. A relatora, a despeito de revogar medida cautelar que suspendia o andamento do contrato resultante dessa licitação por considerar que sua possível anulação implicaria prejuízos irreparáveis ao erário, promoveu a audiência dos responsáveis

acerca dos possíveis vícios no certame. Os responsáveis alegaram, em síntese, que a Lei de Licitações deixaria a critério da administração sua fixação, em face do disposto no art. 31, § 1º, da Lei 8.666/1993; que se buscou conferir segurança à contratação, uma vez que se tratava de serviços com obrigações futuras; que o objetivo da contratação foi alcançado; que a IN/MARE não obriga os municípios; que esses índices são utilizados usualmente pelo município. A relatora, ao endossar o entendimento da unidade técnica e valer-se de seus apontamentos, observou que, conforme publicação "Maiores e Melhores da Revista Exame", "no ano de 2011, a média dos índices de Liquidez Geral (LG) e de Endividamento Geral (GEG) das empresas do setor da indústria da construção foi de 1,5 e 0,478, respectivamente ...". Os índices exigidos, portanto, "extrapolaram consideravelmente o padrão médio das empresas do setor consideradas". E mais: "a média dos indicadores das empresas de nenhum dos setores da economia listados pela revista alcança os patamares de Liquidez Geral e Grau de Endividamento Geral solicitados pela municipalidade". Além disso, a despeito de reconhecer que a citada Instrução Normativa 5/1995 não se aplica a município, observou que os índices exigidos destoam, também, dos previstos nesse normativo, "que estabelece como requisito para comprovação da boa situação financeira da empresa índices de liquidez geral, solvência geral e liquidez corrente superiores a 1,0, sequer prevendo exigência de grau de endividamento". Observou ainda que "O fato de a lei não fixar o limite do índice a ser adotado não afasta a responsabilidade do gestor por sua definição, que não pode ser aleatória, nem depender de simples 'palpite' do administrador público". E arrematou: "Este Tribunal já enfrentou essa questão e deliberou no sentido da obrigatoriedade de fundamentação em estudos/levantamentos específicos que demonstre a necessidade e adequação da adoção desses índices, principalmente, quando os adotados não sejam os usuais, como no caso ora examinado (acórdãos do Plenário 2.495/2010, 170/2007 e 291/2007)". O Tribunal, então, ao acolher proposta da relatora e levar em conta o fato de ter havido efetiva restrição ao caráter competitivo do certame, decidiu: a) considerar procedente a representação; b) aplicar multa do art. 58 da Lei nº 8.443/1992 aos responsáveis. Acórdão 932/2013-Plenário, TC 019.620/2012-8, relatora Ministra Ana Arraes, 17.4.2013.

11. É admissível a flexibilização de critério de julgamento da proposta, na hipótese em que o produto ofertado apresentar qualidade superior à especificada no edital, não tiver havido prejuízo para a competitividade do certame e o preço obtido revelar-se vantajoso para a administração. Representação formulada por empresa noticiou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico 21/2011, conduzido pelo Centro de Obtenção da Marinha no Rio de Janeiro - COMRJ, cujo objeto é o registro de preços para fornecimento de macacão operativo de combate para a recomposição do estoque do Depósito de Fardamento da Marinha no Rio de Janeiro. A unidade técnica propôs a anulação do certame fundamentalmente em razão de a proposta vencedora ter cotado uniformes com gramatura superior à da faixa de variação especificada no edital (edital: 175 a 190 g/m<sup>2</sup>; tecido ofertado na proposta vencedora: 203 g/m<sup>2</sup>), o que deveria ter ensejado sua desclassificação. O relator, contudo, observou que o tecido ofertado "é mais 'grosso' ou mais resistente que o previsto no edital" e que o COMRJ havia reconhecido que o produto ofertado é de qualidade superior à prevista no edital. A esse respeito, anotou que a Marinha do Brasil está habilitada a "emitir opinião técnica sobre a qualidade do tecido". Levou em conta, ainda, a manifestação do Departamento Técnico da Diretoria de Abastecimento da Marinha, no sentido de que o produto atenderia "à finalidade a qual se destina, tanto no que se refere ao desempenho, quanto à durabilidade". Noticiou ainda que a norma técnica que trata desse quesito foi posteriormente alterada para admitir a gramatura 203 g/m<sup>2</sup> para os tecidos desses uniformes. Concluiu, então, não ter havido afronta ao interesse público nem aos princípios licitatórios, visto que o procedimento adotado pela administração ensejará a aquisição de produto de qualidade superior ao desejado pela administração contratante, por preço significativamente inferior ao contido na proposta da segunda classificada. Ressaltou também a satisfatória competitividade do certame, do qual participaram 17 empresas. E arrematou: "considero improvável que a repetição do certame com a ínfima modificação do edital (...) possa trazer mais concorrentes e gerar um resultado mais vantajoso ...". O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu julgar parcialmente procedente a representação, "em face da verificação de apenas de falhas formais na condução do Pregão Eletrônico 21/2011, que não justificam a sua anulação". Acórdão 394/2013-Plenário, TC 044.822/2012-0, relator Ministro Raimundo Carreiro, 6.3.2013.

Acórdão 0130-33/99-P

Faço uma consideração a mais quanto a previsão de crime previsto nos artigos 93 e 95 da Lei 8.666/93. Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Art. 95. Afastar ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

#### CONCLUSÃO

Por exposto, bem como pelos elementos constantes nos presentes autos, além dos subsídios de V.Sa, demonstrando amplamente que a decisão foi proferida, data a máxima venia, em desarmonia com os fatos, com a Lei, com a doutrina e jurisprudência espero que seja conhecido e provido em todos os seus termos o presente Recurso Administrativo pela reforma in totum da decisão do pregoeiro e da área técnica, à evidência dos abusos praticados, para assim decidir pela reavaliação da minha proposta e habilitação desde que seja afastado do julgo a senhora Beatriz por sua manifestada preferência ilegal já exposta neste recurso ou a revogação do certame com o objetivo de manter ilibada a conduta deste Ministério.

Assim fazendo, terá V.Sa manifestado uma vez mais o alto grau de discernimento profissional e

funcional, contribuindo para a distribuição da costumeira JUSTIÇA.

**Fechar**