



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

**AOS CUIDADOS DO COMISSÃO DE LICITAÇÕES/PREGOEIRO DA CONCORRÊNCIA
Nº 20/0010 DO SESC - SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - PALMAS**

BIDDEN COMERCIAL LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 36.181.473/0001-80, sediada na Rua Capitão João Zaleski, 1763SEDE, Lindóia, CEP 81010-080, Curitiba (PR), por seu sócio administrador e advogados devidamente constituídos, vem perante Vossa Senhoria, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

DOS MOTIVOS PARA ANULAÇÃO DA RECUSA DA PROPOSTA E CONSEQUENTE RECLASSIFICAÇÃO DA RECORRENTE

A recorrente participou da concorrência nº 20/0010 que tinha por objeto a aquisição de produtos para manutenção e conservação de piscinas conforme especificações contidas no instrumento convocatório. Ocorre que a empresa recorrente deve ter a recusa de sua proposta anulada e conseqüentemente ser reclassificada pelo cumprimento integral das cláusulas editalícias.

É importante registrar que caso haja indeferimento deste recurso, a Administração Pública dispenderá o valor de R\$ R\$ 39.481,00 (trinta e nove mil quatrocentos e oitenta e um reais) a mais para aquisição do mesmo objeto.

Conforme registrado na Ata da Sessão Pública, a desclassificação ocorreu por supostamente não preencher os requisitos contidos no item 6.17¹ e seus subitens do edital que exigiam a amostra do produto antes da data da sessão.

Ocorre que é irrazoável encaminhar amostra antes da sessão, uma vez que a amostra só deve ser exigida do licitante classificado em primeiro lugar, ou seja, tanto que a empresa apresentou impugnação nesse sentido que, de forma equivocada, não foi acatada.

Ocorre que tal exigência, além de evidentemente despropositada, é ilegal e frustra o caráter competitivo do certame, uma vez que as empresas teriam custos desnecessários somente para participar da licitação, sendo que a documentação do produto comprova o atendimento aos requisitos exigidos.

É importante frisar que o edital exigia que fosse apresentada a comprovação de registro do produto na ANVISA, ficha técnica e FISPQ, documentos que contêm todas



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

as informações referentes ao produto ofertado, deixando claro sua qualidade e composição química, de maneira que poderia ser comprovado o completo atendimento as necessidades do órgão.

Por ora, apresentar uma ficha técnica detalhada, registro na anvisa e FISQP não esclareceria, de início, a composição do produto? Qual a lógica de solicitar a apresentação de tais documentos se não seriam avaliados? Para fins de verificação de qualidade do material ofertado, seria razoável exigir a amostra do produto somente do licitante vencedor, não exigir que as empresas apresentassem anteriormente.

Isso porque não é tão simples que a empresa licitante consiga enviar determinada mercadoria para a cidade em que a licitação vai ocorrer, no exíguo prazo, fazendo com que haja quebra da isonomia em favor de empresas que tem sede perto do órgão.

Sendo assim, é notório o dano causado tanto ao Poder Público, quanto a empresa participante, visto que restringiu diretamente o caráter competitivo da licitação, onerando os cofres públicos e diminuindo a concorrência.

DO DIREITO

DA EXIGÊNCIA INDEVIDA EM SOLICITAR QUESITOS QUE EXIJAM GASTOS ANTERIORES À ASSINATURA DO CONTRATO

Sabe-se que a exigência em determinar que os licitantes apresentem documentos na fase de habilitação que geram gastos abusivos é totalmente ilegal e incabível, todavia, o edital exige que a empresa vencedora, anteriormente da assinatura do contrato apresente, veja-se:

6.17.1 – No caso de apresentação de uma nova marca o licitante deve apresentar amostras de todos os itens, em conformidade com o item 6.15.1.

É perceptível que esta exigência, antes da assinatura do contrato carece de base legal, e sua exigência frustra o caráter competitivo da licitação e, por consequência, viola o art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666, de 1993, além de contrariar os vários posicionamentos consolidados pelo Plenário do Tribunal de Contas da União:

É indevido exigir ou pontuar qualquer quesito que exija das licitantes gastos anteriores à assinatura do contrato, como a existência prévia de **profissionais certificados** pertencentes ao quadro da empresa ou de estrutura de e-learning. (Relator André de Carvalho Acórdão 4614/2008-Segunda Câmara) (grifou-se)

Não é cabível exigir ou incluir quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento as empresas licitantes tenham de incorrer em despesas que sejam desnecessárias e anteriores à própria celebração do contrato ou frustrem o caráter competitivo do certame, **como a exigência de profissionais certificados com a comprovação de vínculo**



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

empregatício prévio. (Acórdão 237/2009-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER) (grifou-se)

É ilegal e restringe a competitividade do certame licitatório a exigência de documentos de habilitação além daqueles previstos nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993. (Acórdão 3192/2016-Plenário - Relator MARCOS BEMQUERER)

É vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato, como a exigência que a licitante tenha em seu quadro de pessoal, no momento do certame, profissional com qualificação técnica para a execução do objeto a ser contratado, bem como certidão que comprove o tempo de experiência dos profissionais que prestarão os serviços. (Acórdão 526/2013-Plenário Relator MARCOS BEMQUERER)

Nesse tema, o debate há de ser iniciado pelo texto do Enunciado nº 272 da Súmula da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, ora transcrito: “No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.”

Dessa forma, fica notório que a exigência no edital é complementemente abusiva, o que restringe o caráter competitivo da licitação, sendo imprescindível a retirada desta exigência da habilitação, visto que incorre em custos desnecessários.

DA EXIGÊNCIA INDEVIDA EM SOLICITAR AMOSTRA ANTES/DURANTE A SESSÃO PÚBLICA

É de entendimento doutrinário que a amostra só deve ser exigida do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar:

Se for o caso de apresentação de amostras, afigura-se evidente o descabimento de impor-se a exigência em relação a todos os licitantes. A única alternativa será determinar que o licitante cuja oferta sagrar-se vencedora deverá apresentar a amostra antes da assinatura do contrato. Ou seja, os licitantes terão conhecimento de que, se saírem vencedores do certame, terão de encaminhar imediatamente a amostra do objeto ofertado” (cf. Marçal Justen Filho in Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 2ª ed., Dialética, São Paulo, 2003, p. 116).

O Tribunal de Contas da União também possui o mesmo entendimento:

A exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar. (Acórdão 2640/2019-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS)

Somente é cabível exigir amostra de produto objeto de certame ao licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar. (Acórdão 1634/2007-Plenário | Relator: UBIRATAN AGUIAR)

A exigência de amostra ou protótipos deve ser feita apenas ao licitante provisoriamente em primeiro lugar, de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório. (Acórdão 3130/2007-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER)

É aceitável que se exija apresentação, apenas por parte do licitante vencedor, de amostra de material de consumo a ser adquirido no certame, com vistas a garantir a qualidade dos produtos. (Acórdão 1182/2007-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER)



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

Note-se que a exigência abaixo colacionada vai diretamente ao encontro dos entendimentos supracitados:

6.17.1 – No caso de apresentação de uma nova marca o licitante deve apresentar amostras de todos os itens, em conformidade com o item 6.15.1.

Dessa forma, fica notório que a exigência no edital é complemente abusiva, o que restringe o caráter competitivo da licitação, sendo imprescindível a retirada desta exigência da ou que seja feita somente do licitante provisoriamente vencedor e em prazo razoável, que não seja menor que 5 dias úteis para envio e 10 dias úteis para recebimento pela Administração.

A solicitação de amostras, caso exigida, deve cumprir os requisitos previstos pelo Tribunal de Contas:

Em caso de exigência de amostra, o edital de licitação deve estabelecer critérios objetivos, detalhadamente especificados, para apresentação e avaliação do produto que a Administração deseja adquirir. Além disso, as decisões relativas às amostras apresentadas devem ser devidamente motivadas, a fim de atender aos princípios do julgamento objetivo e da igualdade entre os licitantes. (Acórdão, 529/2018 – Plenário, Data da sessão 14/03/2018 Relator BRUNO DANTAS)

Em licitações que requeiram prova de conceito ou apresentação de amostras, deve ser viabilizado o acompanhamento dessas etapas a todos licitantes interessados, em consonância com o princípio da publicidade. (Acórdão 1823/2017 – Plenário Data da sessão 23/08/2017 Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES)

Diante do exposto, resta claro que a exigência da amostra era incabível para o caso em tela, indo contra os princípios que norteiam as licitações.

DA IRREGULAR DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA VANTAJOSA À ADMINISTRAÇÃO POR OCORRÊNCIA QUE PODERIA SER SANADA MEDIANTE DILIGÊNCIA - AFRONTA AO INTERESSE PÚBLICO

O Tribunal de Contas da União entende irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por ocorrência de baixa materialidade:

É irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência, por afrontar o interesse público. (ACÓRDÃO 2239/2018 – PLENÁRIO, Relator Ana Arraes)

É evidente que, neste caso, o pregoeiro deveria ter realizado diligência para requerer que a licitante, esclarecesse possíveis dúvidas quanto ao ocorrido. O esclarecimento de possíveis dúvidas quanto o objeto deste recurso pode ser feito com uma simples diligência, que ajudará a Administração a decidir pela procedência ou não do presente recurso.

Há possibilidade da comissão ou autoridade competente promover diligência, para esclarecer ou complementar a instrução do processo, conforme artigo 43, §3º da Lei Federal nº 8.666 de 1.993.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

A realização de diligência é realizada sempre que a comissão julgadora, ou autoridade competente em presidir o certame, esbarra em alguma dúvida, sendo mecanismo necessário para afastar imprecisões e confirmação de dados contidos nas documentações apresentadas pelos participantes do processo licitatório.

A diligência já deveria ter sido feita, pois não há discricionariedade da Administração em optar ou não pela realização de diligência, sempre que houver dúvidas sobre alguma informação, tal providência se torna obrigatória. Com brilhantismo e clareza, Marçal Justen Filho leciona:

A realização da diligência não é uma simples “faculdade” da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora. Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. Se a dúvida for sanável por meio de diligência será obrigatória a sua realização.” (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, 16ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pág. 804.)

Comumente se questiona a possibilidade de juntar documentos durante a realização de diligência, tal alteração decorre de uma interpretação equivocada do texto legislativo, isto porque o art. 43, § 3º da Lei Federal nº 8.666 de 1.993 preconiza que:

§ 3o É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta

Deste modo, a correta interpretação é de que a vedação para inclusão de documentos, restringe-se somente a inclusão de documentos que deveriam ser entregues inicialmente, por conseguinte, admitindo a inclusão de qualquer outro documento que sirva como complemento necessário a elucidação de obscuridades, dúvidas ou, até mesmo, veracidade dos documentos já apresentados. Exemplo típico é o caso da inclusão de notas fiscais ou contratos que visam esclarecer a quantidade fornecida de determinado material, quando o atestado de capacidade técnica é omissivo, ou dúbio, em relação a quantidade fornecida.

Nas palavras de Ivo Ferreira de Oliveira, a diligência visa:

(...) oferecer meios para que a Comissão de Licitação ou a Autoridade Superior possa promover inquirições, vistorias, exames pertinentes a questões que eventualmente surjam e até autorizar a juntada de documentos, permitindo à Comissão ou à Autoridade julgar corretamente o certame, graças aos esclarecimentos que a diligência lhe propiciou, mas sem perder de vista os princípios constitucionais e legais que norteiam o processo licitatório. (Ivo Ferreira de Oliveira, Diligências nas Licitações Públicas, Curitiba, JM Editora, 2001, p. 24.)

Isto é afirmado pois a diligência não está condicionada a autorização prévia no instrumento convocatório ou ao pleito do particular, em verdade deve ser realizada de ofício visando salvaguardar a Supremacia do Interesse Público. Todavia, nada impede



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

que na omissão da Administração, haja provocação do interessado para sua realização e quando suscitada será obrigatória, excetuada a decisão motivada e satisfatória que justifique a negativa.

Por todo exposto, resta evidente que a medida correta para a Administração era analisar todos os documentos apresentados, sendo eles a ficha técnica, registro na Anvisa e FISQP, a fim de comprovar a qualidade dos produtos e suas composições.

DA SUJEIÇÃO DAS ENTIDADES DO SISTEMA "S" AO PRINCÍPIOS DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Não cabe à Administração alegar que por ser entidade paraestatal não estaria sujeita às decisões do Tribunal de Contas da União, pois ainda que tenha regulamento licitatório próprio é notório que seus atos podem ser fiscalizados pelo TCU e que devem respeitar os princípios constitucionais das licitações públicas:

As entidades do Sistema S sujeitam-se aos seus regulamentos próprios de licitações e contratos, e apenas subsidiariamente aos ditames da Lei 10.520/2002, da Lei 8.666/1993 e das demais normas pertinentes a essa temática, devendo, contudo, respeitar os princípios gerais que regem a contratação pública. Acórdão 7596/2016-Primeira Câmara | Relator: WEDER DE OLIVEIRA

Não há restrição a que licitantes ofereçam representações ao TCU, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, em face de licitações conduzidas no âmbito do Sistema S. Apesar de as entidades integrantes do Sistema se submeterem apenas subsidiariamente aos ditames da Lei 10.520/2002, da Lei 8.666/1993 e demais legislação correlata, devem respeitar os princípios gerais que regem a contratação pública. Acórdão 7596/2016-Primeira Câmara | Relator: WEDER DE OLIVEIRA

Sendo assim requer-se o julgamento da presente peça com base nos princípios gerais das licitações públicas.

DOS PEDIDOS

Receber o recurso administrativo e, ao final, seja dado provimento, pois a recorrente deve ser declarada vencedora pelo cumprimento integral de cláusulas editalícias e da legislação pertinente.

Nestes termos pede deferimento.

Curitiba (PR), 4 de novembro de 2020.

Tiago Sandi
OAB/SC 35.917

Bruna Oliveira
OAB/SC 42.633