

■ Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

RECURSO :

À ILUSTRE SENHORA PREGOEIRA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS - COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 035/2015

EYES NWHERE SISTEMAS INTELIGENTES DE IMAGENS LTDA, sociedade empresária, inscrita no CNPJ nº 07.244.008/0002-23, sediada à Av. Ephigênio Salles, nº 711, Parque 10, CEP 69055-736, Manaus/AM, por seu representante subscritor desta, vem respeitosamente apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO,

nos termos da Cláusula Décima Sexta do Edital, conforme passa a expor para ao final requerer.

1. Da aplicação do Decreto Federal nº 7.174/2010

A licitação ora discutida tem por objeto a contratação de empresa especializada para prestação de serviço de acesso ao backbone da Internet, para atender ao Tribunal de Justiça do Amazonas, conforme especificações e condições definidas no Termo de Referência deste edital.

Ocorre que as licitantes foram surpreendidas com a aplicação de um direito de preferência estranho às disposições regulamentadas no edital e, ainda, utilizando Decreto aplicável somente à esfera federal da Administração Pública. Não poderia o TJAM aplicar o referido decreto e, mesmo que o pudesse, não seria da forma realizada pela Pregoeira e muito menos sem a devida previsão criteriosa no edital.

A única menção ao Decreto no edital é:

28.12 - Esta licitação submete-se às regras relativas ao direito de preferência estabelecidas no Decreto n.º 7.174, de 12 de maio de 2010.

Com a ausência de clara indicação e regulamentação sobre a preferência ligada ao processo produtivo dos equipamentos, esta licitante entendeu que havia apenas um reforço às normas de preferência ligadas à qualidade de microempresa e empresa de pequeno porte prevista na Lei Complementar nº 123, pois o Decreto também regula tal situação (art. 4º). Por esse motivo, não entendeu necessário impugnar os termos do edital.

Contudo, foi surpreendida com aplicação de preferência quanto ao PPB, utilizando normatização não aplicável ao TJAM e, pior, sem específica regulamentação requisitada pelo Decreto. Passa-se aos problemas específicos que demonstram a nulidade de todo o procedimento licitatório.

1.1. Da aplicabilidade na esfera federal

Ainda que se entenda que existam regulamentos de aplicação geral a todas as esferas da Administração Pública, não é o caso do Decreto nº 7.174 conforme facilmente verificável. O mesmo aplica-se apenas para a Administração Pública Federal. É suficiente fazer uma análise comparativa, por exemplo, com o outro Decreto utilizado no presente certame: Decreto nº 5.450.

A primeira diferença, mais evidente, está na ementa de ambos os decretos:

O Decreto 5.450 dispõe:

Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

Já o Decreto nº 7.174/2010 dispõe:

Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União.

O primeiro não faz qualquer menção à esfera de atuação, uma vez que tendente a regulamentar a Lei Geral do Pregão. Na falta dessa especificação, considera-se o mesmo aplicável a todos os entes da federativos – conforme também já decidido no âmbito do Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 2392/2012-Plenário. O segundo, 7.174, claramente define a aplicação à Administração Pública Federal, o vínculo à União.

Em complemento, tem-se o ponto também essencial da indicação de fundamento para a atuação do Presidente da República: a diferença é sutil, mas relevante e incontornável.

O Decreto 5.450 dispõe:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002,

Já o Decreto nº 7.174/2010 dispõe:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea "a", da Constituição, e tendo em vista o disposto no § 4º do art. 45 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991, na Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, e na Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006,

Além da clara diferença entre os incisos citados como fundamento, o primeiro inciso, IV, refere-se ao poder de regulamento do Presidente da República, todavia, é quanto ao segundo inciso, VI, que se verifica a aplicação à esfera federal, já que o mesmo expõe tal vinculação específica. Veja-se o texto do art. 84 da Constituição Federal:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

(...)

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

Por todas as considerações acima, resta comprovado que há uma diferenciação entre o âmbito de aplicação dos Decretos acima citados, mas principalmente: o Decreto nº 7.174 só pode ser aplicado pela Administração Pública Federal, conforme expressa disposição no mesmo. Não há essa possibilidade de aplicação subsidiária pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, como fez parecer a Pregoeira durante o transcurso do certame.

1.2. Da necessidade de previsão e regulamentação no edital

Mesmo que o Decreto nº 7.174 pudesse ser aplicado pelo TJAM, o que se admite apenas a título argumentativo, deve-se deixar claro que a simples menção do item 28.12 do edital nem de longe é suficiente. É que um procedimento dessa magnitude, que irá alterar decisivamente a classificação de propostas dos licitantes, deve estar claramente regulamentado no instrumento convocatório, com todos os passos do procedimento e requisitos a serem satisfeitos pelas empresas que participem do certame.

Basta traçar um paralelo com o direito de preferência às microempresas e empresas de pequeno porte, que está exaustivamente regulado na Cláusula Décima Primeira do instrumento convocatório. Quanto ao Decreto nº 7.174 não há nem sombra de um procedimento traçado para a aplicação do direito de preferência. Pior, na Cláusula Décima Quarta relativa às Declarações a serem apresentadas pelos licitantes, sequer é solicitada a Declaração prevista expressamente no art. 8º, §3º do Decreto nº 7.174.

Assim, tal qual o procedimento das ME e EPP descrito no edital, o mínimo que deveria ter sido realizado pelo TJAM era a definição também do procedimento referente ao Decreto nº 7.174. Nem se diga que não o fez por força das especificações já constarem na norma, pois isso também ocorre no caso das ME e EPP, bem como será demonstrada a necessidade requisitos essenciais exigidos expressamente pelo Decreto nº 7.174 e que não foram aqui observados.

Além do paralelo com o tratamento diferenciado nas ME e EPP, a necessária regulamentação é exigida pela própria Lei nº 8.666/93:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

Em complemento, tem-se as lições de Marçal Justen Filho, onde há expressa menção ao Decreto nº 7.174, tanto no que tange à aplicação federal quanto à necessidade de previsão extensa no edital:

24) Outras indicações (inc. XVII)

O edital poderá (deverá) conter outras previsões, a depender das condições de cada caso. O elenco do art. 40 não é exaustivo. A liberdade está circunscrita pelos princípios constitucionais e administrativos, tanto gerais como específicos às licitações. A obrigatoriedade ou dispensa da previsão de certos elementos apura-se em função do atendimento a tais princípios. Uma disciplina exaustiva por parte da lei acerca do conteúdo do edital seria impossível e indesejável.

Lembre-se que no âmbito federal, o Decreto nº 7.174 estabeleceu requisitos específicos, que devem constar do edital, por ocasião da contratação de bens e serviços de informática e automação.

Pelo exposto, mesmo que fosse possível ao TJAM aplicar o procedimento do Decreto nº 7.174, deveria regular todo o procedimento de preferência no instrumento convocatório, tanto para conhecimento quanto para controle dos licitantes e demais interessados.

Trata-se de outro ponto que impõe a nulidade do presente certame.

1.3. Dos requisitos não observados pelo Tribunal

Não bastassem os pontos acima, já plenamente suficientes para a anulação do certame, tem-se ainda a ausência dos requisitos expressamente previstos na legislação específica.

O art. 3º do Decreto nº 7.174 é expresso e inconfundível:

Art. 3º Além dos requisitos dispostos na legislação vigente, nas aquisições de bens de informática e automação, o instrumento convocatório deverá conter, obrigatoriamente:

I - as normas e especificações técnicas a serem consideradas na licitação;

II - as exigências, na fase de habilitação, de certificações emitidas por instituições públicas ou privadas credenciadas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Inmetro, que atestem, conforme regulamentação específica, a adequação dos seguintes requisitos:

a) segurança para o usuário e instalações;

b) compatibilidade eletromagnética; e

c) consumo de energia;

III - exigência contratual de comprovação da origem dos bens importados oferecidos pelos licitantes e da quitação dos tributos de importação a eles referentes, que deve ser apresentada no momento da entrega do objeto, sob pena de rescisão contratual e multa; e

IV - as ferramentas de aferição de desempenho que serão utilizadas pela administração para medir o desempenho dos bens ofertados, quando for o caso.

Portanto, era essencial que o instrumento convocatório prevísse não apenas o procedimento de aplicação do Decreto, como já acima exposto, mas também as normas, especificações e exigências que deveriam ser satisfeitas pelos licitantes. Especificar quais equipamentos seriam abrangidos pela preferência – todos, roteador, cabos –, bem como as certificações necessárias. Trata-se de um mínimo previsto pelo Decreto para constar no edital, o que não foi observado pelo Tribunal.

Todos os fatos e fundamentos acima demonstram que o procedimento de preferência foi manifestamente irregular, desconsiderou toda a normatização e sua aplicação, impondo assim a anulação do certame.

2. Da classificação e habilitação da empresa AXXESS

Caso a Pregoeira entenda por não acolher o fundamento acima e considerar regular a aplicação do Decreto Federal nº 7.174/2010, o que se admite apenas a título argumentativo, ainda assim necessário destacar que merece reforma a decisão de habilitar e classificar a empresa AXXESS, pois reconhecidamente apresentou equipamento que não atendia às especificações do edital. Veja-se.

Primeiramente, cumpre lembrar que o edital especificava claramente os serviços a serem prestados e a forma de execução, da mesma forma que incluiu no instrumento um anexo técnico voltado exclusivamente a caracterizar os equipamentos utilizados. Isso demonstra o interesse em equipamentos específicos e aptos à execução, vinculando tanto os licitantes quanto o próprio julgamento do Pregoeiro.

Pois bem, eis que na fase de apresentação das propostas a Pregoeira constatou que os equipamentos ofertados pela licitante AXXESS não atendiam às especificações do edital e não eram adequados à execução do objeto.

Para que não reste qualquer dúvida quanto a essas informações, na Ata do Pregão consta:

Pregoeiro 12/11/2015 15:14:56 Informo aos Srs. que a equipe técnica de informática deste Poder comunicou acerca da necessidade de realização de diligências para levantamento de informações sobre as características técnicas dos equipamentos que fazem parte da solução licitada.

Pregoeiro 12/11/2015 15:15:35 Tal setor solicitou o prazo de 48h para a conclusão das diligências.

Pregoeiro 12/11/2015 15:16:54 Assim, considerando a relevância da análise desse setor, suspendo o certame para a conclusão da análise da proposta recebida, e agendo a sua continuidade para o dia 17/11/2015, às 9h (horário de Manaus) / 10h (horário de Brasília).

Pregoeiro 12/11/2015 15:17:15 Agradeço a compreensão e a participação de todos!

(...)

Pregoeiro 18/11/2015 12:12:18 Srs. licitantes, informo que a Divisão Tecnologia da Informação solicitou mais um prazo para dirimir uma dúvida quanto ao equipamento ofertado pela empresa licitante.

Pregoeiro 18/11/2015 12:13:15 Conforme informações desse setor, o equipamento ofertado pela empresa licitante corresponde a: CISCO 1905.

(...)

Pregoeiro 18/11/2015 14:41:43 Consoante análise realizada pela Divisão de Tecnologia da Informação, o equipamento SISCO, série 1905, ofertado pela licitante, não atende à exigência prevista no item 4.1.6 do Termo de Referência do edital.

Pregoeiro 18/11/2015 14:42:20 Qual seja: "4.1.6 Prover suporte ao protocolo BGP Full Routing, visto que o TJAM é um AS – Autonomous System."

Pregoeiro 18/11/2015 14:43:23 Para AXXESS TELECOMUNICACOES LTDA ME Desse modo, solicito ao licitante que ofereça outro produto ou solicite sua desclassificação por não atender aos requisitos mínimos estabelecidos no edital.

Há também a própria informação da Divisão de Tecnologia do Tribunal, que analisou os equipamentos e constatou o não atendimento ao edital (t0050_-_dvtic-tj_para_cpl-tj).

Ou seja, após indicar a importância dos equipamentos técnicos empregados, a Pregoeira analisou a proposta da licitante AXXESS e constatou que aquele produto ofertado pela licitante "não atende à exigência prevista no item 4.1.6 do Termo de

Em qualquer outro procedimento licitatório no Brasil, a referida empresa seria prontamente desclassificada do certame por não atender ao edital, contudo, no âmbito do TJAM não se tem ideia do que motivou a Pregoeiro a autorizar a AXXESS a ofertar outro equipamento ou, num completo descompasso com as responsabilidades do certame, “solicitar sua desclassificação”. Veja-se, desclassificação não é solicitada pelo licitante, é decidida pelo Pregoeiro/Comissão: mostra-se completamente ilegal o procedimento adotado no presente certame, vez que é incompatível com a legislação de regência e com os termos do edital.

Não há argumento de proposta mais vantajosa que autorize tamanha ilegalidade. Tem-se que deixar claro que não se trata de erro qualquer: a licitante AXXESS supostamente tem experiência na execução dos serviços ora licitados, o que leva a considerar os motivos para apresentar equipamento incompatível com a expressa disposição do edital e com o serviço a ser executado. De todo modo, seja qual for o motivo para ofertar equipamento que sabe ser incompatível, fato é que não poderia permanecer no certame, deveria ser desclassificada por proposta em desconformidade com as disposições do edital e com o serviço a ser executado.

No máximo poderia autorizar a Pregoeira uma correção na proposta de preços, conforme cláusula 13.4 do edital, mas nunca nas características do equipamento. Aliás, tal item do edital só é aceito por já estar pacificado entre os operadores de licitações (e Tribunais), mas apenas para erros de cálculo e equívocos em planilhas de preços. Nunca para ser utilizado de forma ilegal como ocorreu no presente certame.

Quanto ao julgamento das propostas, além da clara compatibilidade de equipamentos exigida no edital, a Lei nº 10.520 possui expressa indicação nesse sentido:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
(...)

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

(...)

XV - verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

Tem-se ainda a própria normatização da Lei Geral de Licitações, 8.666/93:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

(...)

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

(...)

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

Chega a ser estranho ter de defender a desclassificação de licitante que reconhecidamente não atendeu às especificações do edital, pois além da obviedade, é questão básica de procedimento licitatório a necessária observância dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e isonomia.

Joel de Menezes Niebuhr ensina:

Antes de julgar propriamente as propostas, a Administração deve analisar a aceitabilidade delas, ou melhor, deve verificar se as propostas apresentadas pelos licitantes atendem às condições e às exigências erguidas no instrumento convocatório. Nesse talante, a Administração deve avaliar três aspectos:

a) se os objetos ofertados pelos licitantes são compatíveis com o objeto descrito no instrumento convocatório;

(...)

A análise da aceitabilidade das propostas em relação ao objeto e às formalidades é deveras objetiva. A Administração deve apenas verificar se as propostas apresentadas pelos licitantes atendem às especificações do instrumento convocatório em relação ao objeto e se atendem às formalidades previstas. Por exemplo, se o instrumento convocatório demanda o oferecimento por parte dos licitantes de cadeiras de auditório estofadas, o licitante que ofertou cadeiras não estofadas deve ser desclassificado.

Um dos princípios primordiais do procedimento licitatório, além da própria vinculação ao instrumento convocatório, é o julgamento objetivo pelo Pregoeiro ou Comissão. Esse garante a imparcialidade e a observância objetiva dos ditames editalícios, evitando análises subjetivas que rompem a lisura e a isonomia que permeiam o certame. A aplicação de privilégio subjetivo à licitante declarada vencedora, possibilitando que a mesma alterasse o equipamento ofertado para a execução do serviço, mostra-se incompatível com um procedimento lícito.

A necessária desclassificação de licitantes que não atendam às disposições do edital também é pacífica na jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL DE

LICITAÇÃO. 1. Sobre o assunto, deve ser prestigiado o princípio da vinculação ao edital de licitação, interpretado este como um todo, de forma sistemática. Desta maneira, os requisitos estabelecidos nas regras editalícias devem ser cumpridos fielmente, sob pena de inabilitação do concorrente, nos termos do art. 43, inciso IV, da Lei nº 8666/93. 2. No caso em tela, apesar de toda a argumentação ventilada, certo que a empresa impetrante apresentou equipamento fora das especificações técnicas exigidas para o objeto da licitação em questão, desatendendo às exigências estabelecidas no instrumento editalício, impondo-se, desta maneira, a consequente inabilitação para o certame. (TRF-4 - APELAÇÃO CÍVEL: AC 50240272420124047200 SC 5024027-24.2012.404.7200, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA, Data de Julgamento: 11/12/2013, TERCEIRA TURMA)

* * *

LICITAÇÃO. PREGÃO. DESCUMPRIMENTO DO EDITAL. DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA. 1. Sentença que denega mandado de segurança contra a decisão administrativa que reviu a desclassificação da proposta da empresa BIOSYSTEMS NE COMÉRCIO DE PRODUTOS LABORATORIAIS E HOSPITALARES LTDA para o lote 7 do Pregão Eletrônico nº 081/2011 promovido pela UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. 2. Apelação reafirmando a falta de motivação da decisão revisora e o acerto da decisão revista de desclassificar proposta que não cumprira exigência do edital da licitação. 3. Ato revisor originado do acolhimento implícito de um parecer jurídico destinado à subsidiar o julgamento do recurso administrativo interposto da decisão desclassificatória. 4. Na falta de julgamento formal do recurso administrativo, revela-se infundada a modificação da decisão desclassificatória original apenas com base no parecer opinativo da assessoria jurídica da entidade promotora da licitação. 5. Ademais, nem o recurso administrativo nem o parecer jurídico lograram desautorizar a convicção de que a proposta desclassificada deixou de atender ao edital na parte em que ele exigia dos licitantes o compromisso de instalar e manter, sem qualquer custo para a Administração, um analisador hematológico automático capaz de contar leucócitos, sem incluir os eritroblastos na contagem. 6. Ao contrário do sugerido no citado parecer jurídico, nada, nos autos, autoriza relativizar a importância das especificações técnicas exigidas no edital para o equipamento a ser emprestado pelo virtual adjudicatária do objeto licitado. 7. Apelação provida, para restabelecer os efeitos da decisão da pregoeira que desclassificou a proposta da empresa BIOSYSTEMS NE COMÉRCIO DE PRODUTOS LABORATORIAIS E HOSPITALARES LTDA. (AC 00086275120114058400, Desembargadora Federal Niliane Meira Lima, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::29/05/2013 - Página::125.)

* * *

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SUSPENSÃO DOS ATOS DE HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA. 1) Cinge-se o recurso através do qual a apelante contra sentença que concedeu segurança pretendida reconhecendo a nulidade dos atos de adjudicação e de homologação referentes ao item n.º 2 da Concorrência n.º 55/99, ordenando a autoridade impetrada que promova a intimação da impetrante de forma inequívoca de modo que tome ciência do justificado motivo que ocasionou a sua desclassificação no procedimento licitatório em exame. 2) Alega a União Federal que a licitação objetiva a aquisição de equipamentos de alta complexidade para o INCA. A Comissão de Licitação realizou vistorias e testes nos equipamentos à verificação de sua qualidade, eficiência e durabilidade com intuito de verificar o perfeito atendimento às especificações previstas no ato convocatório, e foi constatado que a máquina do impetrante não atendia a 5 (cinco) itens do edital, determinando sua desclassificação, conforme parecer técnico nos autos em fls.203/205, nos termos do art. 48 da Lei de Licitações. 3) Tendo a impetrante interposto recurso administrativo contra a decisão que a desclassificou do certame, que foi julgado improcedente fls.190, por decisão de 17.01.2000, não há falar-se em desrespeito aos princípios da publicidade e da legalidade da Administração Pública. 4) A Administração Pública, que no poder de retificar e anular seus próprios atos quando contrário à lei, reconheceu seu equívoco em considerar o recurso da autora intempestivo, procedendo a sua análise e proferindo decisão fundamentada, inexistindo motivos que autorizem anulação parcial do procedimento licitatório por ausência de intimação da impetrante da decisão que a desclassificou, eis que não houve ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa. 5) Não restou evidenciado efetivo prejuízo à impetrante a justificar a anulação do procedimento que visa suprir o Instituto Nacional do Câncer de equipamentos necessários à implantação do Programa Nacional de Controle do Câncer de Mama. 6) Dou provimento ao recurso e a remessa necessária. (TRF-2 - AMS: 57460 2000.51.01.011360-3, Relator: Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND, Data de Julgamento: 30/11/2004, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data::16/12/2004 - Página::230)

* * *

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - EDITAL - IMPUGNAÇÃO - DECADÊNCIA - DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPETRANTE - LEGALIDADE - EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA - CONDIÇÕES TÉCNICAS EXIGIDAS PELO EDITAL - NÃO ATENDIMENTO - ATO IMOTIVADO - INOCORRÊNCIA. 1 - Se a pretensão no writ é a anulação ab initio do procedimento licitatório, sob alegação de cláusula editalícia ,ilegal ou imprópria à finalidade da concorrência, a impugnação dirige-se ao próprio Edital, iniciando-se o prazo decadencial de 120 (cento e vinte dias) para a propositura do Mandado de Segurança na data da publicação do instrumento convocatório. 2 - Afeição-se a estrita legalidade o ato que desclassificou a impetrante, pois, na hipótese, esta não dispunha do equipamento de informática nas especificações técnicas exigidas pelo Edital (Processo de Handoff), não havendo lugar para o argumento de ato imotivado se a empresa impetrante reconhece que, no processo de diagnóstico de falhas do sistema, qualquer defeito seria corrigido com a substituição de três placas do equipamento em 5% (cinco por cento) dos casos, quando, por especificação técnica o Edital exigiu que a substituição se limitasse a duas placas. 3 - O Edital não adotou o tipo "técnica e preço" para licitar os bens e serviços; por consequência, não há suporte legal para a pretensão da impetrante de que esse critério seja observado no julgamento das propostas. 4 - Apelação improvida. (TRF-1 - AMS: 34546 DF 94.01.34546-5, Relator: JUIZA ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 19/02/1999, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 17/06/1999 DJ p.15)

No mesmo sentido são também os julgados do Tribunal de Contas da União:

Acórdão 265/2010 Plenário

Realize o julgamento das propostas de forma totalmente objetiva, em estrita vinculação com os critérios previamente estabelecidos no instrumento convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, nos termos dos arts. 3º, 40, inciso VII, 41, 43, inciso V, 44 e 45 da Lei nº 8.666/1993.

Estabeleça de forma detalhada e inequívoca os atributos técnicos obrigatórios para a prestação dos serviços a fim de não prejudicar o julgamento objetivo das propostas, levando em conta ainda que tais atributos deverão não só guardar estrita correlação com o modelo de serviço desejado, bem como estarem acompanhados da respectiva fundamentação, em atenção ao disposto nos arts. 3º, §1º, inciso I, e 44, §1º, da Lei nº 8.666/1993.

* * *

Acórdão 2345/2009 Plenário (Sumário)

Não pode a Administração descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, nos termos do art. 41 da Lei nº 8.666/1993.

No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos, conforme o art. 44 da Lei nº 8.666/1993.

Julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle, em atendimento ao disposto no art. 45 da Lei nº 8.666/1993.

* * *

Acórdão 2479/2009 Plenário

Deixe de aceitar propostas em desacordo com as especificações técnicas, em obediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

Desse modo, a legislação, o instrumento convocatório e jurisprudência pacífica sobre o tema determinam a desclassificação da empresa que indica equipamentos incompatíveis com o disposto no edital, logo, completamente ilegal o procedimento adotado pela Pregoeira de autorizar a substituição.

Além da ilegalidade em permitir a alteração do equipamento, deve-se dizer que o novo ofertado também permaneceu não atendendo aos serviços requisitados no edital. Isso fica claro ao analisar-se o arquivo "dilig-encia_dvtic_-_axxess" disponibilizado aos licitantes. É que o CISCO 2951 por si só não é capaz de propiciar o protocolo BGP Full Routing, tornando-se inviável para a execução do objeto.

Dessa inviabilidade surgiu nova ilegalidade no procedimento. Para contornar a inviabilidade do equipamento, foi o próprio Coordenador de TI do TJAM que por e-mail indicou o que deveria ser realizado para atender ao especificado no edital:

conforme informação repassada pela AXCESS sobre o modelo do roteador que será entregue no Pregão Eletrônico nº035/2015, referente a serviço de acesso ao backbone de internet, e que seria entregue equipamento CISCO 2951, e que originalmente vem com 512Mb de memória, pergunto:

1. Será realizada UPGRADE (expansão) de memória no equipamento para atender ao item do Termo de Referência, conforme descrito abaixo:

4.1.6 Prover suporte ao protocolo BGP Full Routing, visto que o TJAM é um AS – Autonomous System.

Necessito de resposta urgente!

Diante de tais informações, foi simples ao licitante apenas corroborar o procedimento indicado pelo técnico do TJAM e indicar o que realizaria para cumprir o edital. Nem técnico do TJAM e nem a Pregoeira deram-se conta de que essa expansão de memória solicitada é mais cara do que o próprio equipamento roteador indicado, manifestando assim dúvidas quanto à exequibilidade da proposta da AXCESS, já bastante baixa em função de supostos descontos.

Assim, os procedimentos adotados para se chegar ao equipamento apto a atender ao edital foram ilegais, destituídos de qualquer fundamento na lei ou no edital e, ainda, tornando impraticável o preço proposto pela AXCESS.

Perceba-se, a atuação do Pregoeiro e Comissão é vinculada aos termos do instrumento convocatório: não poderiam ser realizados os procedimentos acima, sem fundamento e rompendo com a isonomia do certame. Qualquer procedimento licitatório realizado pelo Poder Público deve ater-se às regras e especificações estipuladas previamente, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/93 (princípio da vinculação ao instrumento convocatório):

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.

Detalhando esse princípio, o art. 41 da mesma lei destaca:

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

É justamente o caso em tela, onde a Administração fixou as especificações dos equipamentos que tencionava contratar, entretanto acabou por classificar empresa que ofertou produtos incompatíveis com o descrito no instrumento convocatório. Em complemento, realizou uma série de procedimentos ilegais para ao fim selecionar proposta com indícios claros de inexequibilidade.

Hely Lopes Meirelles afirma:

A vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia se a Administração fixasse no edital a

forma e a participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação ou propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.

Assim, estabelecidas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para aquela licitação durante todo o procedimento. Se no decorrer da licitação a Administração verificar sua inviabilidade, deverá invalidá-la e reabri-la em novos moldes, mas, enquanto vigente o edital ou convite, não poderá desviar-se de suas prescrições, quer quanto à tramitação, quer quanto ao julgamento.

A Jurisprudência também é firme nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, RESP 200101284066, 1ª Turma, Rel. Humberto Gomes de Barros, DJ 09/12/2003, p. 213; Superior Tribunal de Justiça, ROMS 199900384245, 2ª Turma, Rel. Laurita Vaz, DJ 18/02/2002, p. 279; AC 199934000002288, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:09/07/2010 PAGINA:87; AC 200033000172851, JUIZ FEDERAL CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO (CONV.), TRF1 - SEXTA TURMA, DJ DATA:26/11/2007 PAGINA:106; AMS 200138000384776, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 - SEXTA TURMA, DJ DATA:31/05/2004 PAGINA:131.

Por todo o exposto, além da própria nulidade do procedimento de preferência com base no Decreto nº 7.174, tem-se ainda a nulidade da decisão que classificou a empresa AXXESS, mesmo esta tendo descumprido os termos do edital e apresentado equipamento incompatível com o serviço a ser executado.

3. Do Pedido

Ante o exposto, requer-se o conhecimento e provimento do presente recurso para:

1. Anular a presente licitação, tendo em vista a realização irregular do procedimento de preferência e aplicação do Decreto nº 7.174/2010;
2. Caso assim não entenda, o que se admite apenas a título argumentativo, requer-se a desclassificação da licitante declarada vencedora, Axxess Telecomunicações Ltda, uma vez que a mesma não atendeu aos termos do edital.

Estes os termos em que, por ser de direito
Pede Deferimento

Voltar