

ILUSTRÍSSIMO SR PREGOEIRO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS-SP.

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO N.º 116/2020

PROCESSO N.º 1220/2020

Data da abertura da sessão:15/01/2021 às 09h30min

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA., sociedade empresária, com sede estabelecida na Av Morumbi, 8234 - 3.andar, Santo Amaro, São Paulo/SP, CEP 04703-901, inscrita no C.N.P.J. sob o n.º 00.331.788/0001-19, e com filial estabelecida na Via Vicinal Antônio Sarti, 540, Vila Industrial, Sertãozinho/SP, inscrita no C.N.P.J. sob o n.º 00.331.788/0012-71, doravante denominada **RECORRENTE**, por intermédio de seu procurador que a esta subscreve, com fundamento no inciso XVIII do Art. 4º da Lei nº 10.520/2002, vem, respeitosamente e tempestivamente, **INTERPOR RECURSO ADMINISTRATIVO** contra a decisão do Sr. Pregoeiro que a declarou DESCLASSIFICADA para os Lotes 01 e 02, deste processo licitatório, requerendo que seja este recebido e, após analisado, seja reformada a decisão proferida ou faça-o subir à Autoridade Superior, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I. **CONSIDERAÇÕES INICIAIS.**

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, garante que:

“Art. 5º (...)

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

Com base nesta garantia constitucional, a **RECORRENTE** pede vênias a esta Douta Comissão de Licitação para apresentar seus memoriais de recurso contra a decisão do Nobre Julgador que declarou a **RECORRENTE** desclassificada, para os Lotes 01 e 02 na licitação em referência, pelas razões que serão abaixo aduzidas.

Impende evidenciar que as razões que serão aqui apresentadas encontram respaldo nos princípios e normas que regem o processo licitatório e no entendimento pacificado dos nossos mais ilustres juristas, razão pela qual o presente recurso não tem por objetivo procrastinar o regular andamento do processo licitatório em referência, mas tão somente garantir que os atos administrativos sejam realizados de forma a observar e cumprir os ditames legais que regulam o procedimento da licitação.

Sendo assim, conforme será fundamentado a seguir, a decisão da Nobre Julgadora merece ser reformada, como forma de garantir a mais lúdima e impostergável JUSTIÇA.

II. DOS FATOS.

Na data de 15 de janeiro de 2021 houve a abertura do certame modalidade Pregão Eletrônico n.º 116/2020, tendo por objeto o “Registro de Preços para locação de aparelhos de ventilação mecânica invasiva para atendimento dos pacientes do SUS.”

Antes do início da etapa de lances, o Sr. Pregoeiro declarou a Recorrente DESCLASSIFICADA para os lotes 01 e 02, sob a seguinte justificativa:

Fornecedor desclassificado, conforme item 5.3.1. do edital: "No site www.licitacoes-e.com.br apresentar a marca dos itens de cada um dos lotes da seguinte forma: 1-XXXXXX;2-XXXXXX;3-XXXXXX,4-XXXXXX."

Porém, temos que discordar da análise do Ilmo. Pregoeiro sobre a decisão de desclassificação da Recorrente, pois, como iremos discorrer, ocorreram vícios insanáveis, resultando em NÃO ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, conforme apontaremos a seguir.

III. SOBRE O PARECER EQUIVOCADO DA INABILITAÇÃO DA EMPRESA AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.

A decisão consignada em processo licitatório declara equivocadamente a desclassificação da Recorrente por alegar que esta não indicou a marca na descrição da proposta no sistema eletrônico, descumprindo exigência do item 5.3.1 do Edital.

Todavia, o cerne de toda questão, é que a RECORRENTE de fato agiu de acordo com a exigência do ato convocatório e legislação aplicável, e foi inobservadamente considerada INABILITADA do processo licitatório.

Trata-se de garantia à moralidade e impessoalidade administrativa, bem como ao primado da segurança jurídica.

Destarte, caso isso venha a acontecer, para a Administração Pública corresponde à violação dos princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como o da legalidade, da moralidade e da isonomia e, para o concorrente, o descumprimento significa uma penalização, tal qual foi aplicada à Recorrente.

Em assim sendo, não é justo que a Recorrente, que apresentou documentação em conformidade com a exigência do edital seja considerada desclassificada na licitação perante esta Administração Pública, por apenas não ter indicado a marca na proposta eletrônica.

Dessa forma, **a RECORRENTE pede que, seja revista a decisão de DESCLASSIFICAÇÃO por este Ilmo Pregoeiro em decorrência da ausência de indicação de marca na proposta eletrônica, em conformidade com a exigência contida no item 5.3.1. do Edital.**

IV. DO MÉRITO DA ILEGALIDADE DO ATO DE DESCLASSIFICAÇÃO

Ultrapassadas a análise das questões fáticas, inicia-se a demonstração do direito, a fim de realizar o silogismo necessário à compreensão do caso.

Prevê o Art. 5º, “caput” e inciso LIV da Constituição Federal:

Art. 5º **TODOS SÃO IGUAIS PERANTE A LEI**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa **SENÃO EM VIRTUDE DE LEI**;

Corroborando, aduz o Art. 37 do diploma ordenador:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **LEGALIDADE**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Da mesma forma, o artigo 2º da Lei nº 9.784/99:

LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da **LEGALIDADE**, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Trata-se do Princípio da Legalidade, pilar do ordenamento jurídico pátrio e intrínseco à ideia de Estado de Direito, motivo pelo qual ele próprio submete-se às normas fruto de sua criação.

Princípio responsável por disciplinar direitos e deveres e, portanto, limitar a conduta dos indivíduos, a fim de garantir a todos, de forma igualitária, a observância a direitos e garantias fundamentais.

Para tanto, sabendo que a igualdade é alcançada na medida que tratam-se sujeitos diferentes de forma desigual, referido princípio se divide para alcance do fim almejado.

Daí porque a legalidade do Estado não pode ser a mesma do sujeito privado, objeto de aplicação das suas próprias normas. É o que entende Henrique Savonitti Miranda, que compara a aplicação do princípio ao ente privado face a autonomia da Administração:

*“O administrador privado conduz seu empreendimento com dominus, agindo com os poderes inerentes à propriedade em toda a sua extensão. **Assim, tudo o que não é proibido, é permitido ao gestor privado.** Diga-se, ainda, que o administrador privado pode inclusive conduzir ruinosamente seu empreendimento sem que muito possa ser feito por terceiros(...) O gestor público não age como “dono”, que pode fazer o que lhe pareça mais cômodo. Diz-se, então, que **ao Administrador Público só é dado fazer aquilo que a lei autorize, de forma prévia e expressa. Daí decorre o importante axioma da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.**”¹*

Assertivas que resultam no famoso entendimento de Hely Lopes Meirelles, de que: **“Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”**²

Pois bem.

Com o efeito, como consta dos autos, a licitação objeto de impugnação fora convocada tendo por modalidade o procedimento de **PREGÃO ELETRÔNICO**, do tipo menor preço, razão pela qual desprende-se do edital as normas de análise obrigatória por administrador e administrado, sejam elas Decreto nº 10.024/19 e

¹ MIRANDA, Henrique Savonitti. Curso de direito administrativo. 3.ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

² MIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Lei nº 8.666/93, com vistas à observância ao Devido Processo Administrativo legal (Art. 5º LIV da CF/88 e Art. 2º da Lei nº 9.784/99):

O MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS – PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS, pessoa jurídica de direito público interno, com sede nesta cidade de São Carlos - SP, à Rua Episcopal, nº 1.575, Centro, inscrita no CNPJ sob nº 45.358.249/0001-01, torna público para conhecimento de todos os interessados que no dia e hora abaixo indicados, será realizada licitação na modalidade **PREGÃO ELETRÔNICO, do tipo MENOR PREÇO POR LOTE, PELO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS – SRP – que será regido pela Decreto nº 10.024 de 20/09/2019 que regulamenta o Pregão Eletrônico, pelo Decreto Municipal n.º151, de 14/07/2004, pelo Decreto Municipal n.º 065, de 14/03/07 e suas alterações posteriores, com aplicação subsidiária da Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações, Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006, Lei Complementar nº 147/2014 e 155/2016 além das demais disposições legais aplicáveis** com o objetivo de LOCAÇÃO DE APARELHOS DE VENTILAÇÃO MECÂNICA INVASIVA PARA ATENDIMENTO DOS PACIENTES DO SUS, conforme demais especificações que se encontram descritas no presente Edital e seus anexos.

Insta-nos a esclarecer ao Exmo. Pregoeiro e Ilma Comissão de Licitação, que na legislação de regência, **a regra é a vedação à indicação de marca (arts. 15, §7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993).**

Diz o art 15, §7º, da Lei 8.666/93:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido **sem indicação de marca;**

II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;

III - as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material.

(grifo nosso)

Ainda diz o art 25, inciso I, da Lei 8.666/93:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, **vedada a preferência de marca**, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
(grifo nosso)

Além das vedações na legislação que regulamenta o processo licitatório, o próprio ato convocatório, trouxe em seu item 5.3.2 a vedação de dados ou informações que permitissem a identificação do licitante, senão vejamos:

5.3.2. Serão desclassificadas propostas que apresentarem dados ou informações que permitam a identificação do licitante na disputa eletrônica, mesmo que estas constem de qualquer anexo por ele inserido no sistema.

Ora, Nobre Pregoeiro e Douta Autoridade Superior, se o licitante é o fabricante do produto, automaticamente quando ele indica a marca, estará inserindo informações que o identificam, causando-lhe a desclassificação.

Nesse caso, a melhor solução, é o que foi praticado pela Recorrente, que é a não indicação da marca na proposta eletrônica, mas com a especificação de marca e modelo dos equipamentos nos documentos anexos a proposta, fazendo assim que este não seja identificado.

Neste sentido, a mera falta de indicação da marca, APENAS na proposta eletrônica, não é grave o bastante para alijar a Recorrente do pregão, considerando que a marca dos itens estavam indicadas na documentação anexada ao portal, e deste modo restou prejudicado um dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório que é o da seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

O Egrégio Tribunal de Contas da União — TCU, já se manifestou diversas vezes acerca do tema, sempre asseverando a ilegalidade de desclassificação de licitante pela ausência de informações como marca/modelo, a exemplo do julgado o TCI 016.462/2013-0 considerou o seguinte:

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 no de 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, § 3", da Lei n" 8.666/1993), a fim de suprir a 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 \ Campeio, 4.12.2013.***

O Tribunal de Contas da União já pacificou entendimento de que quando há necessidade de obtenção de marca/modelo e informações, há a possibilidade do Pregoeiro abrir diligências dentro do certame a fim de suprir qualquer esclarecimento à instrução do processo licitatório, conforme previsto no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, senão vejamos:

TC 020.648/2015-4

109. Contudo, **a realização de diligências é faculdade que se destina a esclarecer ou a complementar a instrução do processo. No ponto em questão, a necessidade de obter a indicação de marca e modelo dos equipamentos a serem entregues, bem assim maiores esclarecimentos a respeito da natureza dos serviços prestados e desempenho dos**

equipamentos entregues em contratos anteriores, em nada dependeriam de a licitante haver ou não realizado as visitas técnicas.

110. **A ausência de tais informações poderia ter sido suprida com a realização de diligências**, conforme previsto no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 26, § 3º, do Decreto 5.450/2005, pois **a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de condenar a inabilitação de licitantes em virtude da ausência de informações que possam ser supridas por diligência**, sem que essa pesquisa se constitua inserção de documento novo ou afronta à isonomia (dentre outros, Acórdãos 3.615/2013 e 918/2014, ambos do Plenário).

O dever de diligência é previsto em lei e é claro que tal fato aduz certo trabalho ao pregoeiro, todavia, como aduz a própria lei, **REMETE AO DEVER DE DILIGÊNCIA NECESSÁRIO À OBSERVÂNCIA DA GARANTIA À BUSCA À MELHOR PROPOSTA PELA ADMINISTRAÇÃO.**

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

§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 desclassificação da Recorrente, pela não apresentação da marca, no entendimento do próprio TCU e da Lei 8.666/93 (Lei das Licitações) que também regulamenta o edital, seria um excessivo formalismo e rigor por parte da Comissão de Licitação, ferindo de morte o princípio da competitividade e razoabilidade das licitações perante a administração pública, que poderia ter obtido preços mais vantajosos.

Decorre do princípio administrativo da autotutela a administração pública pode e deve exercer controle sobre seus próprios atos, tendo portanto, a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inoportunos. Isso ocorre porque a Administração está vinculada à lei, podendo exercer o controle da legalidade de seus atos.

Razões da necessária reforma da decisão para que seja a Recorrente declarada classificada e apta a participar de todo o certame, respeitando o princípio da legalidade.

V. DO EXCESSO DE FORMALISMO - RAZOABILIDADE/PROPORCIONALIDADE

Na temática, vale argumentar que, no processo licitatório predomina o dever da Administração em atestar aos licitantes tratamento isonômico, aplicando, sem subjetivismos, as regras objetivas do edital, é o que prevê o Art. 3º da Lei nº 8.666/93:

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.

Todavia, referido dever não é absoluto, visto que, ao analisar a vinculação ao edital em estritos termos, a Administração não pode abster-se em observar os demais princípios que regem a licitação, como a escolha pela proposta mais vantajosa, a razoabilidade e proporcionalidade.

É o que previu a Constituição Federal, em Capítulo destinado à atuação da Administração Pública:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, *as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **O QUAL SOMENTE PERMITIRÁ AS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E ECONÔMICA INDISPENSÁVEIS À GARANTIA DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES.***

Em consonância, o Art. 3º do regulamento do inciso supra, Lei nº 8.666/93 previu:

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.

Em outras palavras, nas lições de Celso Antônio Bandeira de Melo:

*“Licitação – em suma – é um certame que as entidades governamentais devem promover e **no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, PARA ESCOLHER A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA ÀS CONVENIÊNCIAS PÚBLICAS.** Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se podem assumir. “*

Ainda, especificamente:

*“Aliás, deve-se entender que o simples **princípio da igualdade** de todos perante a lei (Art. 5º da CF) e, a fortiori, perante a Administração – **obrigada a agir com “impessoalidade”, nos termos do Art. 37, caput, da Lei Magna. [...]**”*

*“A licitação visa alcançar **DUPLO OBJETIVO: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais presentem realizar com os particulares [...]**”*

*“Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: **proteção aos interesses públicos e recursos governamentais** – ao se procurar a oferta mais satisfatória; **respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade** (previstos nos arts. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, **obediência aos reclamos de probidade administrativa**, imposta pelos arts, 37, caput, e 85, V, da Carta Magna Brasileira”.*

De tal forma, verifica-se que o objeto público do certame é garantir a **obtenção da proposta mais vantajosa, enquanto**, para tanto, o ente convocador **deve seguir um procedimento formal definido na Lei de Licitações.**

Procedimento que, dentre suas fases, prevê a fase de **habilitação**, seja ela: **a fase em que será avaliada a aptidão dos licitantes ou qualificação técnica indispensável para que sua proposta possa ser objeto de consideração.**

Em suma, fase que é analisada mediante divisão de seus aspectos, sejam eles: jurídico, técnico, econômico-financeiro, e cumprimento no disposto no Art. 7º, XXXIII da Constituição Federal;

Como ilustra Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“A lei esclarece que podem ser exigidos exclusivamente documentos relativos a estes tópicos mencionados (art. 27) e aponta o que pode ser demandado para comprovar a capacidade dos interessados (arts. 28 -31). **O que se verifica, nesta ocasião, é o atendimento de requisito concernentes à pessoa do licitante”.***

Colaciona-se, ainda, às disposições do referido dispositivo da Lei nº 8.66/93:

Art. 27 Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal.

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Ressalte-se, que os argumentos que acarretaram a manifestação ora recorrida guardam relação com a elaboração da proposta, mas analisando o íntimo da decisão, ela encontra relação com a capacidade técnica da licitante no cumprimento dos objetivos do Órgão.

Nesse sentido, além da regularidade da previsão editalícia com base na legislação, o que vem sendo discutido e analisado é **o excesso de formalismo** com que agem os administradores ao desclassificarem administrados que poderiam apresentar boas propostas nos procedimentos licitatórios.

Ao menos este é o posicionamento predominante do C. STJ:

STJ: “AS REGRAS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DEVEM SER INTERPRETADAS DE MODO QUE, SEM CAUSAR

QUALQUER PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO E AOS INTERESSADOS NO CERTAME, POSSIBILITEM A PARTICIPAÇÃO DO MAIOR NÚMERO DE CONCORRENTES, A FIM DE QUE SEJA POSSIBILITADO SE ENCONTRAR, ENTRE VÁRIAS PROPOSTAS, A MAIS VANTAJOSA”. (RESP n° 512.179-PR, rel. Min. Franciulli Netto)

E, pelo Guardião da Constituição da República, Supremo Tribunal Federal:

STF: **“SE A IRREGULARIDADE PRATICADA PELA LICITANTE VENCEDORA, QUE NÃO ATENDEU À FORMALIDADE PREVISTA NO EDITAL LICITATÓRIO, NÃO LHE TROUXE VANTAGEM NEM IMPLICOU PREJUÍZO PARA OS DEMAIS PARTICIPANTES, BEM COMO SE O VÍCIO APONTADO NÃO INTERFERIU NO JULGAMENTO OBJETIVO DAS PROPOSTAS, NÃO SE VISLUMBRANDO OFENSA AOS DEMAIS PRINCÍPIOS EXIGÍVEIS NA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CORRETA É A ADJUDICAÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO À LICITANTE** que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa.”(STF – RO em MS n. 23.714-1, DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

É o que também entende o Tribunal de Contas da União:

“NO CURSO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVE PAUTAR-SE PELO PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO, QUE PRESCREVE A ADOÇÃO DE FORMAS SIMPLES E SUFICIENTES PARA PROPICIAR ADEQUADO GRAU DE CERTEZA, SEGURANÇA E RESPEITO AOS DIREITOS DOS ADMINISTRADOS, PROMOVENDO, ASSIM, A PREVALÊNCIA DO CONTEÚDO SOBRE O FORMALISMO EXTREMO, RESPEITADAS, AINDA, AS PRAXES ESSENCIAIS À PROTEÇÃO DAS PRERROGATIVAS DOS ADMINISTRADOS.” (TCU. Acórdão 357/2015 – Plenário).

“DEVE SE EVITAR A DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTAS PELO DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS POUCO RELEVANTES, EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO E DA OBTENÇÃO DA PROPOSTA

MAIS VANTAJOSA À ADMINISTRAÇÃO. RECOMENDAÇÃO.”
(TCU. Acórdão 11907/2011 – Segunda Câmara).

De tal modo, bastasse os acórdãos colacionados para demonstrar o verdadeiro absurdo que, por ora, faz paralisar o certame.

Diga-se de passagem, que tem por objeto **A LOCAÇÃO DE APARELHOS DE VENTILAÇÃO MECÂNICA INVASIVA PARA ATENDIMENTO DOS PACIENTES DO SUS.**

Motivo que, por si só, já justificaria a imediata continuidade ao certame, **CONSIDERANDO QUE A INDICAÇÃO DA MARCA, NA PROPOSTA ELETRÔNICA, NÃO INFLUENCIARÁ NO CUMPRIMENTO DO OBJETO.**

Todavia, se ainda assim sobrevier dúvida, na oportunidade, colacionam-se o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento de caso análogo:

LICITAÇÃO. Pregão Eletrônico. Impetração contra a decisão de inabilitação da empresa vencedora em certame licitatório. Ato administrativo fundado na exigência de que todos os documentos e certidões tivessem sido expedidos em data anterior ao início da sessão do pregão e que o atestado de qualificação técnica apresentasse informações excedentes àquelas previstas no anexo do edital. Descabimento. Edital do procedimento de licitação que não consignou tais exigências. **EXCESSO DE FORMALISMO CARACTERIZADO, DESRESPEITADOS OS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E DE PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, JULGAMENTO OBJETIVO E, PRINCIPALMENTE, VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.** Sentença concessiva da segurança mantida. REEXAME NECESSÁRIO NÃO ACOLHIDO E RECURSOS VOLUNTÁRIOS NÃO PROVIDOS. (TJ-SP - APL: 10062939220178260609 SP 1006293-92.2017.8.26.0609, Relator: Jarbas Gomes, Data de Julgamento: 03/09/2019, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/09/2019)

No mais, vale a leitura do brilhante ensinamento de Hely Lopes Meirelles, em Direito Administrativo Brasileiro, p. 261-262, 27ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, *in verbis*:

“PROCEDIMENTO FORMAL, ENTRETANTO, NÃO SE CONFUNDE COM ‘FORMALISMO’, QUE SE CARACTERIZA

POR EXIGÊNCIAS INÚTEIS E DESNECESSÁRIAS. Por isso mesmo, NÃO SE ANULA O PROCEDIMENTO DIANTE DE MERAS OMISSÕES OU IRREGULARIDADES FORMAIS NA DOCUMENTAÇÃO OU NAS PROPOSTAS, DESDE QUE, POR SUA IRRELEVÂNCIA, NÃO CAUSEM PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO OU AOS LICITANTES. A regra é a dominante nos processos judiciais: não se decreta a nulidade onde não houver dano para qualquer das partes.”

Não fosse só, vale lembrar que à Administração cabe agir nos limites da razoabilidade, o que, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo significa que: **“a administração, ao atuar no exercício de discricção, terá que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.”**

Isto porque, o Art. 2º da Lei nº 9.784/99 prevê:

*Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

Perceba que, a indicação da marca e modelo dos equipamentos estão contidos na documentação anexa à proposta no portal.

Logo, cabe lembrar que a Lei 8.666/93 veda a indicação de marca na proposta, assim como a proibição de preferência de marca.

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido **sem indicação de marca**;

II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;

III - as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material.

(grifo nosso)

Ainda diz o art 25, inciso I, da Lei 8.666/93:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, **vedada a preferência de marca**, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

(grifo nosso)

Além das vedações na legislação que regulamenta o processo licitatório, o próprio ato convocatório, trouxe em seu item 5.3.2 a vedação de dados ou informações que permitissem a identificação do licitante, senão vejamos:

5.3.2. Serão desclassificadas propostas que apresentarem dados ou informações que permitam a identificação do licitante na disputa eletrônica, mesmo que estas constem de qualquer anexo por ele inserido no sistema.

Vale lembrar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê:

*Art. 4º **QUANDO A LEI FOR OMISSA, O JUIZ DECIDIRÁ O CASO DE ACORDO COM A ANALOGIA**, os costumes e os princípios gerais de direito.*

Fato que corrobora com a ausência de razoabilidade na medida.

Além disso, não observa a contratação da proposta mais vantajosa, seja ela a mais econômica e eficiente, haja vista a Recorrente não ter tido a oportunidade de apresentar sua proposta na etapa de lances.

Tal escolha tem valor de princípio estampado nos dispositivos dos artigos 1º, §1º, Art. 16, I, Art. 43, II e Art. 90, §2º da Lei nº 8.443/92, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, denominado princípio da **Economicidade**.

Lei Nº 8.443, DE 16 DE JULHO DE 1992.

*Art. 1º No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a **legalidade, a legitimidade e a economicidade** dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.*

*§ 1º No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, **a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão** e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.*

Art. 16. As contas serão julgadas:

*I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, **a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;***

Art. 43. Ao proceder à fiscalização de que trata este capítulo, o Relator ou o Tribunal:

*II - se verificar a ocorrência de irregularidade quanto à **legitimidade ou economicidade**, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa.*

Art. 90. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas da União será exercida pelo Congresso Nacional, na forma definida no seu regimento comum.

*§ 2º No relatório anual, o Tribunal apresentará análise da evolução dos custos de **controle e de sua eficiência, eficácia e economicidade.***

A doutrina de Paulo Soares Bulgarelli explica as razões pelas quais suscita-se, nesse momento, a invocação do princípio:

*“[...]à ideia fundamental de desempenho qualitativo. **TRATA-SE DA OBTENÇÃO DO MELHOR RESULTADO ESTRATÉGICO POSSÍVEL DE UMA DETERMINADA ALOCAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS, ECONÔMICOS E/OU PATRIMONIAIS EM UM DADO CENÁRIO SOCIOECONÔMICO.**”*

*“[...]Partindo da definição dada pelo respeitado dicionário Aurélio, de que economicidade abrange a qualidade ou caráter do que é econômico, ou que consome pouco em relação aos serviços prestados, vemos que a expressão está diretamente ligada à ciência econômica ou à economia política, cujo centro de atenção é a atividade humana voltada para a produção de riquezas, segundo suas necessidades. Realmente, a evolução da sociedade demonstra um permanente esforço de crescimento para fazer frente às necessidades – em outras palavras, para conseguir maiores resultados com os meios disponíveis. **DAÍ A IDÉIA DE ECONOMICIDADE OU DO QUE É ECONÔMICO ENVOLVER ATOS E COMPORTAMENTOS EXPRESSOS COMO EFICIENTES, PRODUTIVOS, EFICAZES, RENTÁVEIS E OUTROS, OU AINDA, NOUTRO SENTIDO, O OPOSTO DO “DESPERDÍCIO.**”*

Sobre a EFICIÊNCIA, Egon Bockmann Moreira, em sua obra “processo administrativo e princípio da eficiência. As leis de processo administrativo – Lei Federal 9.784/1999 e Lei Paulista 10.177/1998” ilustra:

*“[...] **É IMPORTANTE DESTACAR QUE EFICIÊNCIA E EFICÁCIA SÃO COMUMENTE DESIGNADAS COMO SINÔNIMOS, PARA TANTO VALORIZANDO O ASPECTO TELEOLÓGICO (EM NÍVEL DOS FINS) DOS TERMOS – OU SEJA, SER EFICIENTE IMPLICARIA OBTER O RESULTADO ALMEJADO COM PERFEIÇÃO (SEM RELEVAR OS MEIOS).** Em sentido diverso, eficácia administrativa também pode representar a concreção dos fins preestabelecidos em lei, ou seja, a situação atual d disponibilidade para a produção dos efeitos típicos esperados do ato; **ENQUANTO EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA EXIGIRIA QUE O CUMPRIMENTO DA LEI SEJA REALIZADO DA MELHOR FORMA POSSÍVEL EM ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO SUBJACENTE.**”*

Nesse sentido, perceba que a Recorrente poderia vencer o presente, pregão, visto que, **PODERIA APRESENTAR PREÇO INFERIOR À MÉDIA PREVISTA PELA ADMINISTRAÇÃO PARA OS LOTES 1 E 2.**

Sendo assim, medida que se impõe à observância à **ECONOMICIDADE, EFICIÊNCIA E EFICÁCIA** do presente certame, não é outra, que não **A CLASSIFICAÇÃO DA RECORRENTE PARA PARTICIPAR DA ETAPA DE LANCES**.

Mais do que isso, **DE LEGALIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE** e, não menos importante, **À SAÚDE POPULAÇÃO**, que sofrerá os efeitos negativos da desclassificação da Recorrente.

Razões pelas quais pugna a Recorrente pelo recebimento, conhecimento e provimento do presente recurso, a fim de ter reformada a decisão sobre sua desclassificação.

É a tese defensiva.

VI. DO PEDIDO.

Na esteira do exposto, a **RECORRENTE PEDE O ACOLHIMENTO** desta petição como RECURSO, e requer:

- 1) Seja reconsiderada a decisão de Vossa Senhoria que declarou a **RECORRENTE AIR LIQUIDE BRASIL LTDA**, desclassificada para os Lotes 01 e 02, deste processo, estabelecendo seu julgamento de acordo com os preceitos e normas que regem as licitações públicas, declarando a Recorrente CLASSIFICADA no presente processo licitatório, e por consequência, que seja reiniciada a etapa de lances.

Caso o (a) Sr (a). Pregoeiro (a) não reforme a referida decisão, encaminhe este RECURSO devidamente informado à Autoridade Superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei nº 8.666/93.

Termos em que,
Pede deferimento.
Sertãozinho (SP), 22 de janeiro de 2021.

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.

Elisângela de Carvalho
Especialista em Licitações