

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR IAN BARROS MOLLMANN - PREGOEIRO DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DE LICITAÇÕES - SUPEL/RO - PREGÃO ELETRÔNICO Nº 058/2019 - PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 0033.433477/2018-28

L & L INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI,
pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 07.605.701/0001-01,
com sede na Av. Lauro Sodré, nº 3055, Bairro Nacional, CEP: 76.802-449, Porto
Velho - RO, representada por EBER E SERRATE ADVOGADOS ASSOCIADOS, sociedade inscrita na Ordem dos
Advogados do Brasil, Seccional de Rondônia, sob o nº 048/12, com escritório localizado a Rua Rui Barbosa, nº
1019, B. Arigolândia, Cep. 76.801- 196, e-mails: renato@eshr.adv.br e vanessa@eshr.adv.br, telefone(s): (69)
3301- 6650, através de seus advogados infra firmados (procuração em anexo), vem respeitosamente, a presença
de Vossa Senhoria apresentar
RECURSO ADMINISTRATIVO

Com base na norma legal e princípios basilares da administração pública, em especial ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, contra a decisão que classificou as empresas SABOR A MAIS COMERCIO DE ALIMENTOS EIRELI e BANDOLIN FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES LTDA que sequer deveriam ter sido habilitadas para o certame, pois não demonstraram atendimento as regras editalícias atinentes ao atendimento das regras descritas no instrumento convocatório para classificação das propostas e comprovação de qualificação técnica.

I - BREVE ESCORÇO DOS FATOS

A Superintendência Estadual de Licitações - SUPEL, publicou edital de pregão Eletrônico nº 058/2019, que tem por objeto a Aquisição de refeições prontas (desjejum, almoço, jantar e lanche da noite), para atender as necessidades do Sistema Prisional Porto Velho/RO, pelo período de 12 (doze) meses consecutivos e ininterruptos, a pedido do Núcleo de Alimentação/GAF/SEJUS, de acordo com o memorando nº 105/2018/SEJUS e seus anexos.

Ocorre que as empresas SABOR A MAIS COMERCIO DE ALIMENTOS EIRELI e BANDOLIN FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES LTDA descumpriram diversos itens do instrumento convocatório referente a fase de proposta e de habilitação ao longo do processo licitatório em apreço, o que resultará em contratação irregular, fazendo-se mister que estas sejam desclassificadas e/ou inabilitadas do certame.

II - DAS RAZÕES DE RECURSO PROPRIAMENTE DITAS

II.1 - DA NECESSIDADE DE ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

Sabe-se que a licitação é o instrumento legal e adequado para atingir a finalidade das contratações públicas. Os fins buscados pela licitação indicam os princípios constitucionais mais relevantes que o certame se subordina. As regras editalícias devem guardar harmonia com a legalidade e deter de legitimidade, no intuito de resguardar à Administração a contratação mais segura e satisfatória.

Para desenvolver tal mister, é necessária a observância de diversos princípios, um deles do da vinculação ao instrumento convocatório.

Pois bem. O princípio da vinculação ao instrumento vinculatório aduz que, uma vez nele estabelecidas as regras do certame, elas devem ser cumpridas, em seus exatos termos.

Os princípios a serem obedecidos se encontram descrito expressamente, dentre outros, no art. 3º da Lei nº 8.666/93, descreve:

Art. 30. 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.

(...)

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

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;(grifo nosso)

Desta feita, nas licitações públicas devem ser garantido a observância dos princípios constitucionais e processados e julgados em ESTRITA conformidade com os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, visto que a não vinculação as exigências contidas no edital por parte de todas as licitantes e da própria Administração, está imediatamente causando também infringência ao princípio da legalidade e da isonomia.

A jurisprudência teceu diversos julgados sobre a necessidade de obediência ao princípio da vinculação do instrumento convocatório, quando aquele estiver, principalmente, em total consonância a legislação vigente:

CONTRATAÇÃO PÚBLICA - PREGÃO - PRINCÍPIO - VINCULAÇÃO AO EDITAL - DOCUMENTO NÃO APRESENTADO - INABILITAÇÃO - OBRIGATORIEDADE - STJ. Ao julgar recurso especial, o STJ concluiu que, em razão do princípio da vinculação ao edital, a Administração não pode habilitar licitante que apresente documento diferente do descrito no instrumento convocatório: "Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei nº 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão

recorrido (fl. 264), 'a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa', este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação – protocolo de pedido de renovação de registro – que não a requerida, não supre a exigência do edital". De acordo com o Tribunal, a conduta é reprovável por ferir a isonomia: "aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes. 4. Recurso especial não provido". (STJ, REsp nº 1.178.657/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 08.10.2010.)

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ALTERAÇÃO DE PROPOSTA PELO VENCEDOR. VINCULAÇÃO AO OBJETO DO EDITAL DE LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. ALTERAÇÃO DA PONTUAÇÃO E DA QUALIDADE DO SERVIÇO PRESTADO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. O princípio da vinculação ao edital, previsto no art. 41, caput, da Lei n. 8.666/93, impede que a Administração e os licitantes se afastem das normas estabelecidas no instrumento convocatório, sob pena de descumprimentos dos princípios que norteiam o processo licitatório. 2. Apelação conhecida e provida. Decisão unânime. (TJAL, Apelação nº 07313322220148020001, Rel. Juiz Conv. Maurício César Brêda Filho, DJ de 14.03.2016.)

Contratação pública – Edital – Vinculação – Dever – Cumprimento das normas e condições previstas na Lei – TJ/SP O TJ/SP entendeu que o "dever de vinculação ao edital ou ao instrumento convocatório (...) se traduz no rigor com que a Administração e os licitantes devem cumprir suas normas e condições, na forma do art. 41 da Lei nº 8.666/93". (TJ/SP, Apelação Cível nº 850.901.5/4-00, Rel. Vera Angrisani, j. em 05.05.2009.)

Demais disso, as Orientações e Jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre Licitações e Contratos são bastante elucidativas no que se refere à necessidade de vinculação não só do certame, mas também do próprio contrato e de sua execução ao instrumento convocatório:

Insere-se na esfera de discricionariedade da Administração a eleição das exigências editalícias consideradas necessárias e adequadas em relação ao objeto licitado, com a devida fundamentação técnica. Entretanto, em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, é inadmissível que a Administração deixe de aplicar exigências previstas no próprio edital que tenha formulado. (Acórdão 2730/2015 – Plenário)

A doutrina também se manifesta acerca do tema, deixando bem claro a importância de se obedecer ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Vejamos:

"...é a garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial" (CARVALHO FILHO, José dos Santos – "Manual de Direito Administrativo". 16ª Edição. Lumen Juris Editora)"

"O instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo seja quanto àquelas de procedimento. Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frutua a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia. O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. (...) (JUSTEN FILHO, Marçal - Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16ª edição, pg.764 e 765).

Desta feita, demonstrada a importância do princípio da vinculação ao edital, visto que o seu descumprimento incide na infringência de outros princípios e regras descritos na legislação, e rechaçado pelos órgão de controle, o edital torna-se lei entre as partes no qual deve-se no processamento da contratação atentar-se a todas as regras descritas no instrumento convocatório, sob pena de afronta as legislações vigentes.

Assim sendo, as propostas das empresas SABOR A MAIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI E BANDOLIN FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES LTDA devem ser desclassificadas por falta de atendimento a diversos itens do edital, e consequentemente inabilitadas em razão de outros descumprimentos que afrontam aos princípios republicanos, especialmente quanto ao da legalidade e vinculação ao instrumento convocatório, o que será demonstrado detalhadamente nos subitens a seguir, evitando a transcrição e fundamentação do mesmo embasamento jurídico em todos os tópicos que demonstram os descumprimentos.

II.2 – DA NECESSIDADE DE INABILITAÇÃO DA EMPRESA SABOR A MAIS PELA NÃO COMPROVAÇÃO DA HABILITAÇÃO JURÍDICA - OCULTAÇÃO DO REAL QUADRO SOCIETÁRIO E PROCURAÇÃO INVÁLIDA – DESCUMPRIMENTO AOS ITENS 11.4.1 ALÍNEA "D", 11.11, 11.121, 11.13 E 11.15 DO EDITAL

Quanto a importância de atendimento a comprovação de habilitação referente a qualificação jurídica, descreve a doutrina através do professor Marçal Justen Filho:

A habilitação jurídica – objeto do art. 28 desta Lei – é pressuposto inafastável de qualquer contratação – mesmo fora do âmbito da Administração Pública. Constitui pressuposto de existência e validade do ato jurídico. (...)

A prova da habilitação jurídica corresponde à comprovação de existência, da capacidade de fato e da regular disponibilidade para exercícios das faculdades jurídicas. Somente pode formular proposta aquele que possa validamente contratar. (...)

Encontra-se em situação de habilitação jurídica o sujeito que, em face do ordenamento jurídico, preenche os requisitos necessários à contratação e execução do objeto.

Dessa forma, para ser apta a ser contratada pela Administração Pública deve as interessadas atenderem a comprovação de habilitação jurídica estabelecidas no art. 28 da Lei nº 8.666/93 e ao item 11.4.1 do edital e item 16.1.1.5 do termo de referência.

Será demonstrado neste tópico, que a empresa SABOR A MAIS sequer poderia ter se credenciado para participar do certame, muito menos habilitada, considerando que a titular Sra. ELZA CATANI constante no contrato social para comprovar a habilitação jurídica, não é mais proprietária da empresa, tornando inválida a procuração pública apresentada, o que culmina pela cassação dos poderes atribuídos aos procuradores que atuaram como representantes legais da empresa.

Inclusive, o procurador Sr. ELIAS CORREA ALVES constante na procuração apresentada é o atual procurador da empresa GÊNEROS ALIMENTÍCIOS SANTISTA (doc. anexo) – empresa participante do certame – sendo o representante da mencionada empresa na sessão pública, e durante a atual execução do contrato emergencial firmado com a SEJUS, o que está demonstrado em outro tópico do recurso.

O item 11.4.1, alínea "D" do edital e 16.1.1.5 do termo de referência, em consonância com o artigo 28 da lei 8.666/93, exigiu:

D) Ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, com suas alterações devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais e no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores, no qual sejam expressos os poderes dos titulares para exercer direitos e assumir obrigações em nome da empresa.

Para atender ao item acima descrito, a empresa apresentou a constituição de sociedade datada de 09/06/2006 e a alteração contratual de nº 06, datada de 15/12/2014, sendo uma alteração de transformação para Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, figurando na alteração contratual a Sra. ELZA CATANI como única proprietária da empresa SABOR A MAIS. Além disso, apresentou procuração datada em 20/08/2019 da ex-titular, outorgando poderes ao Sr. PATRICK DE LIMA OLIVEIRA MORAIS E ELIAS CORREA ALVES (doc. anexo).

Todavia, em consulta ao site da receita federal para emissão do CNPJ da empresa, consta no quadro de sócios da empresa o Sr. PATRICK DE LIMA OLIVEIRA MORAES (doc. anexo), o que demonstra que a Sra. ELZA CATANI não tinha mais poderes para outorgar procuração em nome da empresa.

Após a constatação da mudança do quadro societário indicado na Receita Federal, por solicitação da Recorrente, fora emitida a certidão simplificada da Junta Comercial em 10/09/2019 (doc. anexo), o que ratifica a constatação da alteração, por constar que o Sr. PATRICK é efetivamente o titular da empresa SABOR A MAIS com início do mandato em 28/08/2019.

Frisa-se que a procuração apresentada no certame está datada de 20/08/2019 e conforme certidão simplificada da JUCER, na data da licitação já havia sido realizada a alteração contratual.

Ou seja, considerando que a abertura da sessão pública ocorreu em 05/09/2019, em hipótese alguma a empresa poderia ter apresentado nos documentos de habilitação a procuração firmada pela Sra. ELZA CATANI.

Ora, se o item 11.4.1 alínea "D" do edital exige a apresentação de contrato social com todas as alterações, é indiscutível o descumprimento com a apresentação da última alteração contratual do ano de 2014.

Além disso, houve o descumprimento dos itens 11.11 e 11.12 do edital, que se tratam das seguintes exigências:

11.11. Se a empresa se fizer representar por procurador, faz-se necessário a apresentação da cópia de sua cédula de identidade e de outorga por instrumento público ou particular, com menção expressa de que lhe confere amplos poderes, inclusive para formular lances, negociar preços, receber intimações e notificações, desistir ou não de recursos, bem como praticar os demais atos pertinentes ao certame. Se a outorga se der por instrumento particular ou o instrumento público que não indique expressamente os poderes outorgados por Sócio-Administrador, esta deve vir acompanhada de cópia do ato de constituição da empresa ou do ato de investidura na direção da empresa.

11.12. Fazendo-se representar a licitante pelo seu sócio-gerente, diretor ou proprietário, este deverá apresentar cópia de sua cédula de identidade e cópia do ato de constituição da empresa ou ato de investidura que habilitem como representante, no qual estejam expressos seus poderes para exercer direitos e assumir obrigações em decorrência de tal investidura.

Veja que para demonstrar a representação da empresa, o edital exige a comprovação do subitem 11.11 OU 11.12.

Vislumbra-se que o item 11.11 do edital dispõe que se a empresa for representada por PROCURADOR, é necessária a apresentação de procuração, porém, a procuração apresentada não tem a menor validade, já que fora firmada por titular que não compõe mais o quadro societário da empresa.

Alternativamente, o item 11.12 do edital possibilita a representação através do proprietário, que no caso é o Sr. PATRICK, porém, para que o procurador pudesse ser reconhecido como proprietário deveria apresentar cópia do ato de constituição que o habilite como tal, todavia, só fora apresentada a 6ª alteração contratual onde a Sra. ELZA CATANI ainda figurava como titular.

Destarte, considerando o descumprimento dos itens 11.4.1 "d", 11.11 e 11.12 do edital, a empresa SABOR A MAIS deve ser desclassificada e inabilitada do certame já que as propostas e documentos assinados e apresentados foram firmados por quem não comprovou poderes de representação conforme exigências do edital, bem como pela não comprovação de sua habilitação jurídica, conforme dispõe os itens 11.13 e 11.15 do edital e item 16.1.1.5 do termo de referência, em razão do descumprimento aos itens do edital em afronta ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório.

II.3 – DOS INDÍCIOS DE CONLUÍO ENTRE AS EMPRESAS SABOR A MAIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI E GENEROS ALIMENTÍCIOS SANTISTA LTDA

O conluio em licitações é definido pelo art. 90 e seguintes da própria lei de licitações como crime, tal ato consiste em fraudar o caráter competitivo da licitação quando os participantes da licitação combinam estratégias para evitar os efeitos da concorrência.

Conforme dito no item anterior, consta nas documentações de habilitação das licitantes procuração datada do dia 20/08/2019, declarando como representante da empresa o Sr. Elias Correa Alves e o Sr. Patrick de Lima Oliveira Moraes.

Cumprir registrar, que o Sr. Elias Correa Alves detentor de poderes para representar a empresa, inclusive vender e atuar com poderes de um verdadeiro proprietário, atuou como representante da empresa GENEROS ALIMENTÍCIOS SANTISTA LTDA na contratação emergencial do processo administrativo nº 0033.183012/2019-00 anteriormente deflagrado por esta Secretaria, conforme procuração emitida em 20/05/2019 (doc. anexo) e Ata da sessão Pública realizada em 21/05/2019 (doc. anexo).

Destaca-se que a empresa GENEROS ALIMENTÍCIOS SANTISTA LTDA também participou da presente licitação, o que caracteriza indício de conluio entre esta e a empresa SABOR A MAIS.

Convém ainda apontar que a empresa GENEROS ALIMENTÍCIOS SANTISTA LTDA é a atual executora dos serviços para os Lotes I e V – EMERGENCIAL, no qual o próprio Sr. Elias Correa Alves, atua hoje como representante da empresa, respondendo pelas atividades executadas, conforme se pode notar pela ordem de fornecimento dos serviços em 31/05/2019 (doc. em anexo) constante nos autos do processo administrativo nº 0033.183012/2019-00, assinada por este, em razão da vigência da procuração apresentada.

Ora, como duas empresas concorrentes em uma licitação podem passar poderes para o mesmo representante legal sem ferir a impessoalidade e a competitividade do certame? Há plena possibilidade de que o representante das duas empresas detenha informações de ambas as empresas, ainda que na presente licitação, tenha este atuado apenas representando uma das empresas, caracteriza total afronta a competitividade do certame.

A lei de licitações é clara quanto à ilegalidade do conluio:

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

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

Nesse sentido, extrai-se do inteiro teor do prejulgado do TCU nº 010.468/2008-8:

"[...] 5 COMPROMETIMENTO DA COMPETITIVIDADE DA LICITAÇÃO

Para alguns, a apresentação de propostas por duas empresas do mesmo grupo econômico poderia ensejar a figura delituosa descrita no art. 90 da Lei nº 8.666/93:

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

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

Para se saber se a participação de duas empresas do mesmo grupo econômico em uma mesma licitação pode ser havida como ilícita, é importante verificar como a melhor doutrina analisa e identifica quais condutas são suscetíveis de aplicação do mencionado dispositivo penal.

Duas são as condutas puníveis: frustrar e fraudar, quando incidentes sobre o indispensável caráter competitivo da licitação.

Frustrar significa enganar, baldar, tornar inútil, no caso, a competitividade da licitação. É conduta comissiva. Há que haver uma ação.

O caráter competitivo é a circunstância que torna a escolha do negócio de interesse da Administração Pública dependente de licitação. É a essência mesmo da licitação, já que somente cabe esse procedimento onde mais de um interessado pode atender ao desejado por quem está obrigado, em tese, a licitar. O que se proíbe, então, é frustrar ou fraudar mediante ajuste, combinação ou por qualquer outro meio essa competição, evitando a disputa entre os interessados e abrindo oportunidade para a contratação direta. [...]"

Observa-se que o Tribunal de Contas da União já se manifestou quanto ao tema:

A existência de fortes indícios de conluio entre os participantes de procedimento licitatório pode levar à declaração de inidoneidade de empresa licitante, independentemente de ela ter colhido algum benefício, bastando que tenha concorrido para a fraude ou dela participado. (Acórdão 1737/2011 – Plenário TCU)

Convém registrar que o conluio é uma prática rechaçada pela legislação e pelas cortes fiscalizatórias:

ADMINISTRATIVO. REPRESENTAÇÃO. EDITAL DE LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. REVOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO. EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA. PERSISTÊNCIA DAS IRREGULARIDADES APURADAS. APLICAÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE.

1. O princípio da autotutela estabelece que a Administração Pública pode controlar os seus próprios atos, seja para anulá-los, quando ilegais, ou revogá-los, quando inconvenientes ou inoportunos, conforme entendimento sedimentado nas Súmulas n. 346 e 473 do STF.

2. A autotutela exercida na espécie pela Administração Municipal culminou na revogação do Edital de Concorrência Pública n. 074/2011, da esfera jurídica, persistindo, no entanto, as irregularidades decorrentes da formação de dois grupos de empresas, sendo que cada um se mancomunou para frustrar a competitividade de certame licitatório e auferir indevida vantagem.

3. Representação conhecida por estarem presentes seus requisitos autorizativos, para no mérito ser julgada procedente, ante a comprovação de grave irregularidade decorrente de conluio para frustrar o certame licitatório, o que justifica a imposição da multa sancionatória prevista no inciso II, do artigo 55, da Lei Complementar Estadual n. 154/1996, uma vez que as condutas ilícitas das empresas culminaram com a revogação do Edital de concorrência pública n. 074/2011 pela Administração Municipal.

4. Precedente jurisprudencial, processo n. 3.435/2014-TCERO.

5. Recomendação. (TCE/RO - Processo: 00630/12 - Rel. Conselheiro Wilber Carlos dos Santos Coimbra - j. 11/05/2016 - <http://tce.ro.gov.br/AbrirPdfConvocado/963c64b69b2222b6b150a7424a795f1a>)

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL AUTUADA POR FORÇA DO ACÓRDÃO 1.298/2014-TCU-PLENÁRIO COMO APARTADO AO TC 015.160/2012-2 (AUDITORIA DE CONFORMIDADE). CONTRATO DE REPASSE. INDÍCIOS DE CONLUIO ENTRE OS LICITANTES E DE CONTRATAÇÃO DE EMPRESA SEM A DEVIDA CAPACIDADE OPERACIONAL. CITAÇÃO. REVELIA. DETERMINAÇÃO PARA O SANEAMENTO DOS AUTOS, POR MEIO DO ACÓRDÃO 8.497/2017-TCU-2ª CÂMARA. DILIGÊNCIAS. CITAÇÃO. EXECUÇÃO FRAUDULENTA DO CONTRATO DE REPASSE. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE OS RECURSOS FEDERAIS TRANSFERIDOS E OS SUPOSTOS DISPÊNDIOS NO AJUSTE. REJEIÇÃO PARCIAL DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO E DE FUNÇÃO DE CONFIANÇA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. DETERMINAÇÃO. COMUNICAÇÃO. (TCU - Acórdão 988/2019 - Plenário)

Com efeito, tendo em vista o conjunto de fatores capazes de macular o caráter competitivo do processo licitatório, imperioso se torna que a Administração tome providências para apuração, e que haja apresentação de manifestação por parte das empresas envolvidas.

Deste modo, com o fito de não prejudicar o processo licitatório, respeitando a livre competição e isonomia entre os licitantes, solicita-se o afastamento das empresas do certame em razão da atuação do mesmo procurador para as duas empresas participantes.

II.4 – DAS IRREGULARIDADES ATINENTES À CLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS DAS LICITANTES

II.4.1 DA MÁ-FÉ DA EMPRESA SABOR A MAIS NA ELABORAÇÃO DE PROPOSTA MAJORADA AO VALOR OFERTADO NA LICITAÇÃO – DESCUMPRIMENTO AO ITEM 6.6 DO EDITAL.

Nota-se na presente licitação que a empresa SABOR A MAIS COMERCIO DE ALIMENTOS EIRELI apresentou no presente certame proposta elaborada com má-fé, tendo em vista que os valores apresentados se encontram evidentemente majorados.

O item 6.6 do edital dispõe da seguinte forma referente a elaboração das propostas:

6.6. Preço unitário e cálculo total de cada item, em algarismos arábicos e por extenso (total), expressos em moeda corrente nacional (R\$), com no máximo 02 (duas) casas decimais, considerando as quantidades constantes no Termo de Referência (Anexo I) deste Edital;

Ao analisar a proposta da empresa apresentada no comprasnet, percebeu-se o superfaturamento. Vejamos a análise individualizada de cada lote:

Quanto ao Lote II:

Percebe-se que ao ser calculado o valor total apresentado pela empresa para o item 1 do Lote II (R\$433.000,00) e dividindo-se o valor pela quantidade tem-se que o valor unitário deveria ser R\$1,491637528635651, no entanto, fora apresentado pela empresa como valor unitário de R\$1,49, porém, ao se calcular o valor unitário (1,49) calculado pelo valor total ofertado pela empresa e as quantidades estabelecidas no edital tem-se o total de R\$432.524,65.

Para o item 2 do Lote II (R\$1.274.200,00) e dividindo-se o valor pela quantidade tem-se que o valor unitário deveria ser R\$4,389449062479546, no entanto, fora apresentado pela empresa como valor unitário de R\$4,39, porém, ao se calcular o valor unitário (4,38) calculado pelo valor total ofertado pela empresa e as quantidades estabelecidas no edital tem-se o total de R\$1.271.457,06.

Para o item 3 do Lote II (R\$1.274.200,00) e dividindo-se o valor pela quantidade tem-se que o valor unitário deveria ser R\$4,389494426148186, no entanto, fora apresentado pela empresa como valor unitário de R\$4,39, porém, ao se calcular o valor unitário (4,38) calculado pelo valor total ofertado pela empresa e as quantidades estabelecidas no edital tem-se o total de R\$1.271.433,92.

Ou seja, para o Lote II pelo valor total ofertado pela empresa o valor do lote deveria ser de R\$ 2.975.425,63.

Quanto ao lote III:

Para o item 1 do Lote III (R\$354.200,00) e dividindo-se o valor pela quantidade tem-se que o valor unitário deveria ser R\$1,498834193054245, no entanto, fora apresentado pela empresa como valor unitário de R\$1,50, porém, ao se calcular o valor unitário (1,49) calculado pelo valor total ofertado pela empresa e as quantidades estabelecidas no edital tem-se o total de R\$352.112,33.

Para o item 2 do Lote III (R\$1.033.000,00) e dividindo-se o valor pela quantidade tem-se que o valor unitário deveria ser R\$4,374820009825346, no entanto, fora apresentado pela empresa como valor unitário de R\$4,37, porém, ao se calcular o valor unitário (4,37) calculado pelo valor total ofertado pela empresa e as quantidades estabelecidas no edital tem-se o total de R\$1.031.861,88.

Para o item 3 do Lote III (R\$1.035.000,00) e dividindo-se o valor pela quantidade tem-se que o valor unitário deveria ser R\$4,375692289480582, no entanto, fora apresentado pela empresa como valor unitário de R\$4,38, porém, ao se calcular o valor unitário (4,37) calculado pelo valor total ofertado pela empresa e as quantidades estabelecidas no edital tem-se o total de R\$1.033.653,58.

Ou seja, para o Lote III pelo valor total ofertado pela empresa o valor do lote deveria ser de R\$ 2.417.627,82.

Quanto ao Lote IV:

Para o item 1 do Lote IV (R\$280.420,00) e dividindo-se o valor pela quantidade tem-se que o valor unitário deveria ser R\$1,49999732544518, no entanto, fora apresentado pela empresa como valor unitário de R\$1,50, porém, ao se calcular o valor unitário (1,49) calculado pelo valor total ofertado pela empresa e as quantidades estabelecidas no edital tem-se o total de R\$278.551,03.

Para o item 2 do Lote IV (R\$779.800,00) e dividindo-se o valor pela quantidade tem-se que o valor unitário deveria ser R\$4,337596021738042, no entanto, fora apresentado pela empresa como valor unitário de R\$4,34, porém, ao se calcular o valor unitário (4,33) calculado pelo valor total ofertado pela empresa e as quantidades estabelecidas no edital tem-se o total de R\$778.343,41.

Para o item 3 do Lote IV (R\$806.800,00) e dividindo-se o valor pela quantidade tem-se que o valor unitário deveria ser R\$4,325170476476391, no entanto, fora apresentado pela empresa como valor unitário de R\$4,33, porém, ao se calcular o valor unitário (4,32) calculado pelo valor total ofertado pela empresa e as quantidades estabelecidas no edital tem-se o total de R\$805.835,52.

Ou seja, para o Lote IV pelo valor total ofertado pela empresa o valor do lote deveria ser de R\$ 1.862.820,96.

Quanto ao Lote VI:

Para o item 1 do Lote VI (R\$358.500,00) e dividindo-se o valor pela quantidade tem-se que o valor unitário deveria ser R\$1,499567070594682, no entanto, fora apresentado pela empresa como valor unitário de R\$1,50, porém, ao se calcular o valor unitário (1,49) calculado pelo valor total ofertado pela empresa e as quantidades estabelecidas no edital tem-se o total de R\$356.212,81.

Para o item 2 do Lote VI (R\$1.028.000,00) e dividindo-se o valor pela quantidade tem-se que o valor unitário deveria ser R\$4,299959844732967, no entanto, fora apresentado pela empresa como valor unitário de R\$4,30, porém, ao se calcular o valor unitário (4,29) calculado pelo valor total ofertado pela empresa e as quantidades estabelecidas no edital tem-se o total de R\$1.025.618,88.

Para o item 3 do Lote VI (R\$1.026.000,00) e dividindo-se o valor pela quantidade tem-se que o valor unitário deveria ser R\$4,292366198243728, no entanto, fora apresentado pela empresa como valor unitário de R\$4,29, porém, ao se calcular o valor unitário (4,29) calculado pelo valor total ofertado pela empresa e as quantidades estabelecidas no edital tem-se o total de R\$1.025.434,41.

Ou seja, para o Lote VI pelo valor total ofertado pela empresa o valor do lote deveria ser de R\$ 2.407.266,10.

Calculando-se o total nos Lotes II, III, IV e VI tem-se o valor total de R\$9.663.140,51, no entanto, na proposta apresentada pela empresa SABOR A MAIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI é de R\$9.683.120,00.

Dessa forma, a diferença calculada em cumprimento ao item 6.6 do edital será de R\$ 19.979,49.

É evidente a má-fé da empresa ao elaborar planilha no qual o valor apresenta-se majorado, fazendo-se necessária a desclassificação da empresa por não obedecer às exigências descritas no instrumento convocatório.

II.4.2 DAS FALHAS APRESENTADAS NO CADASTRAMENTO DAS PROPOSTAS DAS EMPRESAS SABOR A MAIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI E BANDOLIN FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES LTDA – DESCUMPRIMENTO AOS ITENS 6.6.1 DO EDITAL E 10 DO TERMO DE REFERÊNCIA PELAS LICITANTES.

O edital estabelece no item no item 6.1.1 quanto ao cadastramento das propostas no sistema comprasnet:

6.1.1. Após a divulgação do edital no endereço eletrônico www.comprasnet.gov.br, os licitantes deverão REGISTRAR suas propostas de preços, com a descrição completa do objeto ofertado, quantidade e preço, além do local e prazo de execução, no prazo disposto no caput, sob pena de desclassificação de sua proposta. (grifo nosso) Observa-se que o instrumento convocatório é cristalino ao advertir as licitantes que quando do momento do cadastramento das propostas no sistema comprasnet - sob pena de desclassificação das propostas - deveriam registrar suas propostas com a descrição completa do objeto ofertado, quantidade, preço, local, e prazo de execução.

No entanto, ao se analisar as propostas na Ata da sessão pública observa-se que as empresas SABOR A MAIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI E BANDOLIN FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES LTDA não cadastraram suas propostas de acordo com o descrito no item 6.1.1 do edital.

De outro giro, cumpre registrar que o item 10 do termo de referência também apresenta disposições referente a apresentação das propostas pelas licitantes, o que fora descumprido pelas empresas SABOR A MAIS E BANDOLIN.

Quanto a esse descumprimento, é importante registrar que talvez, por ironia do destino, a empresa BANDOLIN descumpriu o mesmo item do Termo de Referência em que tentou utilizar erroneamente para desclassificar a proposta da ora Recorrente na última disputa para contratação direta por dispensa de licitação.

Trata-se do item 10.1 do termo de referência que não exigia e nem exige a apresentação de cardápio juntamente com a proposta, tanto, que no certame atual a empresa BANDOLIN não enviou. Porém, a mesma tentou forçar a exigência que o termo de referência não fez.

Vejamos o documento apresentado pela empresa BANDOLIN no processo administrativo nº 0033.183012/2019-00, conforme ID nº 6047586 para contratação emergencial:

2.1.1 EMPRESA L&L INDÚSTRIA COM. ALIM. EIRELI

a)Item 10.1 do Projeto Básico – Não apresentou juntamente com a proposta “todos os elementos que influenciam no valor final da contratação”, ou seja, o cardápio que será fornecido;(DESCCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA) (...)

2.2.1 DO DESCUMPRIMENTO DO ITEM 10.1 DO PROJETO BÁSICO – DESCCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA

O projeto básico em seu item 10.1 disciplina que a proposta deverá contar todos os elementos que influenciam no valor final da contratação, vejamos:

10.1 As propostas deverão ser apresentadas de forma clara e objetiva, em conformidade com este Projeto Básico, devendo conter todos os elementos que influenciam no valor final da contratação, em envelopes lacrados, e identificados sob pena de desclassificação.

(...)

A empresa L&L INDÚSTRIA COM. ALIM. EIRELI não apresentou o cardápio exigido no item 10.1 do projeto básico, não cumprindo com a determinação de apresentar todos os elementos que influenciam no valor final da contratação, devendo ter sua proposta desclassificada. Os princípios da licitação, dentre eles o da isonomia entre os licitantes deve ser respeitado, analisando os documentos dos licitantes vencedores, TODOS APRESENTARAM CARDÁPIO, em que pese o cardápio apresentado pela empresa GÊNEROS ALIMENTÍCIOS SANTISTA LTDA ser inadequado, mas apresentaram, demonstrando assim que o Projeto Básico é claro quando a obrigatoriedade.

Nota-se pelo disposto no item 10.1 do T.R, que não se exigia a apresentação de cardápio e ainda assim, de forma infundada, a empresa BANDOLIN pleiteava a desclassificação da Recorrente.

No pregão atual de nº 058/2019, a empresa BANDOLIN e SABOR A MAIS deixaram efetivamente de cumprir o item 10.1 do Termo de Referência, que dispõe:

10.1 As propostas deverão ser apresentadas de forma clara e objetiva, em conformidade com este Termo de Referência, devendo conter todos os elementos que influenciam no valor final da contratação, detalhando:

10.2 Os preços unitários por refeição e o valor global da proposta;

10.3 Relação dos materiais e equipamentos que serão utilizados para efetivo fornecimento das refeições, o quantitativo e as especificações.

Dessa forma, as licitantes deveriam ter apresentado além dos preços unitários por refeição e o valor global da proposta, a relação de materiais e equipamentos a serem utilizados para o efetivo fornecimento das refeições oriundas da contratação, o quantitativo e as especificações.

Não obstante, ambas as licitantes não apresentaram juntamente com as propostas a relação dos equipamentos, os quantitativos e as especificações, descumprindo o item 10 do termo de referência, sendo que o item 10.1 do termo de referência não é facultado, e sim obrigatório.

Portanto, é evidente que não deveriam ter sido sequer classificadas as propostas das empresas SABOR A MAIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI E BANDOLIN FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES LTDA para o presente certame, o que merece reforma nesta oportunidade.

II.5 – DO DESCUMPRIMENTO AO ITEM 11.6.2 DO EDITAL PELO NÃO ENVIO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO DA FILIAL

O edital descreve no item 11.6.2 do edital:

11.6.2 Caso a licitante pretenda efetuar o fornecimento do objeto desta licitação por intermédio de outro estabelecimento, matriz ou filial, conforme o caso deverá comprovar também que este atende a todas as exigências habilitatórias.

O instrumento convocatório da presente licitação, descreve expressamente que caso a empresa interessada pretendesse efetuar o fornecimento do objeto da contratação por intermédio de outro estabelecimento, matriz ou filial, deveria comprovar também pelo outro estabelecimento que atende a todas as exigências habilitatórias.

A empresa SABOR A MAIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI, registrou em sua proposta de preços, que no caso de eventual contratação, compromete-se em assinar o contrato utilizando-se os dados da sua filial, através do CNPJ número nº 08.113.612/0002-83, na cidade de Pimenta Bueno/RO. Trata-se da filial existente, conforme a alteração social nº 06 apresentada juntamente com a Constituição da sociedade enviada pela licitante em sua documentação de habilitação.

Posteriormente, quando do momento de sua habilitação a empresa apresentou em sua documentação sua consulta ao CNPJ, e demais documentos, registrados sob o nº 08.113.612/0001-00, notadamente, refere-se apenas da sua matriz.

Ora, o edital fora claro quanto a necessidade de apresentação dos documentos de habilitação referente ao estabelecimento classificado, logo, se esta apresentou proposta para o estabelecimento da Filial registrada sob o nº 08.113.612/0002-83, deveria ter apresentado sua documentação de habilitação também para a filial.

Ocorre que a empresa apresentou proposta condicionando a contratação pela sua filial, sem enviar os documentos habilitatórios desse estabelecimento, em total afronta à legislação pertinente e as regras estabelecidas no instrumento convocatório.

O instrumento convocatório é claro ao dispor que se a empresa pretende efetuar o fornecimento do objeto desta licitação por intermédio de outro estabelecimento, matriz ou filial, deverá comprovar também que este atende a todas as exigências habilitatórias.

Aliás, sobre o tema o Tribunal de Contas da União já se manifestou. Veja-se:

“[Relatório]

14. Acrescente-se que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ. (TCU. Acórdão nº 3056/2008 – Plenário. Min. Rel. Benjamin Zymler. Julgado em 10/12/2008.)(grifo nosso)

Dessa forma, se caso a empresa não pretendesse efetuar o fornecimento pela filial, deveria ter apresentado toda a documentação de habilitação referente a filial da empresa e conjuntamente toda a documentação de habilitação da matriz, pois, trata-se de estabelecimentos distintos ainda que de uma mesma pessoa jurídica.

Isso porque, matriz e filial são a mesma pessoa jurídica, mas para fins tributários, podem ser considerados os diversos estabelecimentos para emissão das certidões de comprovação de regularidade fiscal.

Dessa forma, houve expresse descumprimento ao item 11.6.2 do edital, por ter a empresa deixado de apresentar as documentações de habilitação referente a filial, razão pela qual, faz-se necessário a inabilitação da empresa SABOR A MAIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI para o certame.

II.6 – DA NECESSIDADE DE INABILITAÇÃO DA EMPRESA SABOR A MAIS EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE CAPACIDADE TÉCNICA OPERACIONAL NO QUANTITATIVO MÍNIMO DE 40% DO OBJETO DA AQUISIÇÃO – DESCUMPRIMENTO AO ITEM 11.4.3 ALÍNEAS “D e D.1”

A habilitação técnica das licitantes é uma das etapas que compõem a habilitação das empresas nas licitações, que

tem por finalidade aferir as condições pessoais dos interessados em contratar com a Administração Pública.

Sobre a qualificação técnica, a Constituição Federal determina que:

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.”

Ou seja, a qualificação técnica descrita no instrumento convocatório é necessária e indispensável para garantir o contrato.

Já a Lei de Licitação, dispõe que:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I – registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III – comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV – prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.”

Dessa forma, a lei determina quais as regras gerais que devem ser seguidas nas contratações públicas quanto a comprovação de qualificação técnica.

Do mesmo modo, a doutrina dispõe sobre a capacidade técnica da seguinte forma:

A verificação da qualificação técnica, conforme consta no art. 30 da Lei nº 8.666/936, bem como da econômica, (...), deve ter sempre o objetivo de assegurar que o licitante estará apto a dar cumprimento às obrigações assumidas no contrato com a Administração. (Furtado, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos – 4ª Edição – Belo Horizonte - Editora Fórum, 2012)

Convém ainda mencionar que segundo o doutrinador Marçal Justen Filho:

Em termos sumários, consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado.

Dessa forma, indispensável o atendimento às regras estabelecidas no edital quanto a qualificação técnica das licitantes, não podendo ser relativizada, tendo em vista que fundamenta-se no aferimento da capacidade de fornecimento e cumprimento contratual a ser contratado.

No presente processo licitatório, após o envio de proposta e documentos de habilitação, o i. Pregoeiro declarou a empresa SABOR A MAIS como vencedora dos lotes 2, 3, 4 e 6, todavia, a referida empresa não detém de capacidade técnica operacional para todos os lotes, conforme exigência do item 11.4.3, alínea “d” do edital:

D) Entende-se por pertinente e compatível em quantidades os atestados que em sua individualidade ou soma de atestados concomitantes no período de execução (tendo sido o objeto executado no mesmo período), contemple, no mínimo, quarenta por cento do objeto d presente aquisição, qual seja refeições prontas (desjejum, almoço e jantar).

Registra-se que a Recorrente apresentou impugnação administrativa sobre a qualificação técnica (ID SEI/RO 5205049), sendo esclarecido pela Pregoeira Substituta Samara Rocha o que segue, conforme consta no ID SEI/RO nº 5306989:

3.3.1 - DA NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTO QUANTO À FORMA DE AFERIÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA EM QUANTIDADES:

Quanto a esse ponto, a SEJUS se manifestou nos seguintes termos (doc. 5246358):

"Em relação a compatibilidade em quantidade, o instrumento convocatório exige por pertinente e compatível em características os atestados que em sua individualidade ou soma de atestados concomitantes no período de execução (tendo sido o objeto executado no mesmo período), contemple, no mínimo, 40% (quarenta por cento) do objeto da presente aquisição.

O art. 30, §2º da Lei 8666/93 dispõe que as parcela de maior relevância técnica e de valor significativo serão definidas no instrumento convocatório, nesse sentido, esclarecemos que capacidade não será aferida para todos os itens constantes no lote, mas apenas para as de maior relevância, ou seja, almoço ou jantar." (Grifo nosso)

Nota-se que fora esclarecido pela ora Pregoeira que a capacidade técnica operacional seria aferida sobre o quantitativo de apenas um dos itens do lote, sendo almoço ou jantar, porém, o fornecimento deveria ser realizado em períodos concomitantes.

Assim, para possibilitar a soma, a empresa deve comprovar que forneceu as refeições no mesmo período, não sendo possível somar o quantitativo fornecido no almoço e jantar, já que a capacidade operativa da empresa não pode ser somada em períodos distintos.

Ou seja, não será exigido 40% do quantitativo considerando o somatório almoço e jantar, e nem será possível comprovar o fornecimento somando o que fora fornecido no almoço e jantar, já que foram produzidos em ocasiões distintas.

Será demonstrado a seguir, que a empresa SABOR A MAIS não comprovou desempenho anterior em compatibilidade com o que fora exigido no edital, deixando de atender o quantitativo mínimo exigido de 40%, considerando o somatório de todos os lotes arrematados.

Imperioso apresentar o item 11.4.3, alínea “D.1” do edital, que dispõe:

D.1) Caso a licitante venha ofertar proposta para dois ou mais LOTES, esta deverá comprovar que possui qualificação técnica equivalente à somatória dos valores para aqueles que apresentar proposta, devendo este informar para qual dos lotes possui preferência.

Diante da exigência editalícia, importante destacar o quantitativo de refeições fornecidos pela empresa ora Recorrida aos municípios de Rolim de Moura e Pimenta Bueno no período de 12(doze) meses, de forma concomitante:

2013: 166.870 unidades de almoço e 180.840 unidades de jantar.

2014: 161.699 unidades de almoço e 173.384 unidades de jantar.

2015: 192.675 unidades de almoço e 197.093 unidades de jantar.

2017: 210.543 unidades de almoço e 212.452 unidades de jantar.

2018: 213.632 unidades de almoço e 216.490 unidades de jantar.

Considerando que 2018 foi o ano com maior fornecimento de refeições, para aferição da capacidade técnica operacional em quantidades, tomar-se-á como base as 216.490 refeições anuais fornecidas no jantar por tratar-se de quantitativo superior ao fornecido no almoço, o que representa 18.040 refeições mensais, devendo este ser o quantitativo utilizado para aferição da capacidade técnica operacional.

Conforme consta no edital, a soma do quantitativo anual para os lotes 2, 3, 4 e 6 alcança 945.260 unidades de almoço e 952.386 unidades de jantar. Assim, aplicando o percentual mínimo de 40% exigido no edital ao quantitativo anual de todos os lotes arrematados pela empresa SABOR A MAIS, a empresa deveria demonstrar que já forneceu, no mínimo, 378.104 unidades de refeições tipo almoço ou 380.951 unidades de refeição tipo jantar, no período de 12 (doze) meses.

Considerando que o somatório dos lotes 2, 3, 4 e 6 do quantitativo de jantar é superior ao quantitativo de almoço, esta deve ser a ferramenta para aferição dos 40% mínimo exigido no edital, o que resulta em 380.951 refeições/ano e 31.745 refeições/mês.

Conclui-se, portanto, que o quantitativo de 216.490 refeições/ano fornecidos no ano de 2018 aos Municípios de Rolim de Moura e Pimenta Bueno, considerando a soma por fornecimento em período concomitante, é insatisfatório para comprovar a capacidade técnica operacional em quantidades, que deveria ser de, no mínimo, 380.951 refeições/ano, o que representa 31.745 refeições/mês.

Para ser ainda mais claro, apresenta-se individualmente o quantitativo exigido de cada lote, considerando os 40% exigidos no edital:

LOTE 02 – 290.284 refeições/ano. Aplicando 40% sobre este quantitativo, a empresa deveria demonstrar capacidade técnica de 116.113 refeições/ano, o que representa 9.676 refeições/mês.

LOTE 03 – 236.534 refeições/ano. Aplicando 40% sobre este quantitativo, a empresa deveria demonstrar capacidade técnica de 94.613 refeições/ano, o que representa 7.884 refeições/mês.

LOTE 04 – 186.536 refeições/ano. Aplicando 40% sobre este quantitativo, a empresa deveria demonstrar capacidade técnica de 74.614 refeições/ano, o que representa 6.217 refeições/mês.

LOTE 06 – 239.029 refeições/ano. Aplicando 40% sobre este quantitativo, a empresa deveria demonstrar capacidade técnica de 95.611 refeições/ano, o que representa 7.967,58 refeições/mês.

Vislumbra-se pelo somatório das quantidades mínimas de refeições exigidas nos lotes 02 e 03, que totaliza 210.726 refeições/ano e 17.560 refeições/mês, que o atestado de capacidade técnica apresentado não supre, considerando que demonstra apenas 18.040/mês e 216.490/ano, sem possibilidade de comprovar a capacidade técnica para os demais lotes 04 e 06.

O tema da capacidade técnica operacional foi exaustivamente debatido em diversas impugnações enfrentadas pelo Pregoeiro, causando surpresa a habilitação da empresa em todos os lotes, tendo em vista que a empresa SABOR A MAIS visivelmente não cumpriu com as exigências editalícias quanto a comprovação de capacidade técnica necessária estabelecida no instrumento convocatório, desvirtuando-se das regras estipuladas e afrontando ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório.

II.7 – DA IMPOSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO E APRECIACÃO DO RECURSO APRESENTADO PELA EMPRESA BANDOLIN PELA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO – AFRONTA AO ART. 4º, XVIII DA LEI 10.520/2002 E ITEM 12.1 DO EDITAL

O registro de intenção de recurso apresentado pela empresa BANDOLIN não foi apresentado de forma motivada, o que afronta à legislação vigente e o próprio edital. Vejamos:

Manifesto registro de intenção de recurso, tendo em vista, os documentos de habilitação e proposta apresentados pela empresa, os quais serão, analisados e posteriormente pontuados por esta recorrente, em fase recursal. Vale salientar que o direito de intenção de recurso, é inviolável para o licitante.

Veja, íncito Pregoeiro, que pela intenção registrada no sistema, a empresa admite que a análise dos documentos seria realizada posteriormente, sem motivar sua intenção de recurso.

O artigo 4º, inciso XVIII da lei 10.520/2002 é claro quanto a necessidade de manifestação motivada:

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

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

Além disso, o item 12.1 do edital dispõe:

12.1. Qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, imediatamente após a divulgação da vencedora, de forma motivada e sucinta em campo próprio do sistema eletrônico, motivar sua intenção de recorrer.

A lei possibilita a apresentação dos recursos, desde que de forma sucinta, porém motivada, devendo expor as razões pelo qual a empresa pretende recorrer.

Vejamos a doutrina e jurisprudência sobre o tema, demonstrando a legalidade do ato do pregoeiro ao recusar intenção de recurso sem apontar de maneira específica do que iria recorrer:

Contratação pública – Pregão – Recurso – Motivação – Obrigatoriedade – TRF 2ª Região

Em sede de apelação, a 6ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região consignou que “a Lei nº 10.520/2002, em seu art. 4º, XVIII, exige que a intenção de recorrer seja motivada, devendo ser rechaçada a premissa de que a motivação deveria ser apresentada tão-somente (sic) por ocasião das razões de recurso. Tal exigência de motivo tem por finalidade obstar manifestações nitidamente protelatórias ou nas quais não haja interesse de agir”. No caso em análise, a “impetrante fundamentou sua intenção de recurso genericamente, de forma excessivamente vaga, sem apontar de maneira específica quais preceitos legais ou quais regras do edital foram efetivamente infringidos, o que ensejou a correta recusa pelo pregoeiro”. Desse modo, foi negado provimento ao recurso. (TRF 2ª Região, AC nº 2009.51.01.007304-9, Rel. Des. Frederico Gueiros e Juíza convocada Maria Alice Paim Lyard, j. em 29.08.2011.)

O que não se permite é análise antecipada do mérito por parte do pregoeiro, devendo aceitar as intenções de recursos motivadas. Se a empresa registrou intenção de recurso alegando que houve descumprimento do item “x”, ou que a empresa não comprovou a qualificação técnica, independente de o Pregoeiro concordar ou não, DEVE aceitar a intenção de recurso sem antecipação de mérito e aguardar a apresentação dos recursos para posterior julgamento.

Entretanto, é inadmissível concordar com aceitar a intenção de recurso sem qualquer motivação, de empresa que admite que sequer analisou os documentos e o fará posteriormente, descumprindo a premissa legal da motivação para validação do registro.

Apresentar-se-á diversos julgados sobre a obrigatoriedade de motivação da intenção do recurso para possibilitar o recebimento da peça recursal:

Contratação pública – Pregão – Recurso – Manifestada a intenção de recorrer – Rejeição pelo pregoeiro –

Possibilidade – TRF 4ª Região

Trata-se de apelação interposta em mandado de segurança que discute a nulidade de ato praticado em pregão eletrônico, consistente na rejeição da intenção de recurso de licitante por ausência de motivação. A apelante alega, em síntese, que “não caberia ao pregoeiro questionar os pressupostos intrínsecos da intenção do recurso, mas apenas os pressupostos extrínsecos, quais sejam: a tempestividade e a existência de motivação”. Sustenta, ainda, não haver a “possibilidade de rejeição sumária da intenção de recurso dos licitantes, não tendo o pregoeiro competência para praticar ato que desborde da admissibilidade formal da intenção de recorrer, manifestando antecipadamente suas próprias convicções sobre o mérito do assunto que será deduzido na peça recursal”. Em análise, o Relator confirmou a sentença que denegou a segurança, adotando as razões de decidir ali expostas, segundo as quais “não está vedada ao pregoeiro a rejeição de pronto da manifestação de intenção de recurso dos licitantes, bastando que fosse constatada a não implementação dos requisitos postos na própria lei de regência do certame, ou seja, a manifestação expressa e a motivação que a embasa”. De acordo com a decisão, considerando que a rejeição foi fundamentada na inexistência de motivação, entendida genérica pelo pregoeiro, o ato questionado encontra respaldo no art. 26 do Decreto nº 5.450/05 e no art. 4º, inc. XVIII, da Lei nº 10.520/02, não havendo que se falar em nulidade. Com base nessas razões, o Relator votou por negar provimento à apelação, no que foi acompanhado, por unanimidade, pela 4ª Turma do TRF da 4ª Região. (TRF 4ª Região, AC nº 5027988-16.2011.404.7100, Rel. Des. Cândido Alfredo Silva Leal Junior, j. em 16.12.2014.)

O Tribunal de Contas da União em diversas oportunidades deixou claro em seus julgados que cabe ao pregoeiro tão somente a análise de admissibilidade sem antecipação de mérito, porém, para que seja admitido o recurso, a intenção conforme a lei deve ser motivada. Vejamos:

Contratação pública – Pregão – Licitação – Recurso – Pregoeiro – Juízo de admissibilidade – Limites – TCU

Acerca da atuação do pregoeiro na realização do juízo de admissibilidade de recursos, o TCU entendeu que, “nas sessões públicas (pregão eletrônico ou presencial) (...), o pregoeiro deve verificar apenas a presença dos pressupostos recursais, ou seja, a sucumbência, a tempestividade, a legitimidade, o interesse e a motivação, abstendo-se de analisar, de antemão, o mérito do recurso”. (Grifamos.) No mesmo sentido: Acórdãos nºs 1.168/2016, 2.952/2014, 694/2014, 1.462/2010, 339/2010, todos do Plenário. (TCU, Acórdão nº 2.627/2013, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU de 04.10.2013.)

No caso concreto, não há que se falar na antecipação do julgamento de mérito, porque a empresa BANDOLIN não informou qual o seu descontentamento para recorrer. Assim, resta claro pelo teor do registro da intenção de recurso, que a empresa sequer analisou os documentos, deixando de cumprir a legislação vigente que obriga a motivação da intenção, sendo requisito indispensável para viabilizar o recebimento do recurso.

Deste modo, de forma alguma pode ser recebido e apreciado eventual recurso que seja apresentado pela empresa BANDOLIN.

III – DO PEDIDO

Com base nos fundamentos de fato e de direito acima expendidos, a Recorrente requer:

a) Preliminarmente, o recebimento do presente Recurso administrativo, uma vez que preenchidos os pressupostos de admissibilidade, em obediência ao edital e a norma legal aplicada a espécie;

b) No mérito, seja dado provimento ao presente Recurso Administrativo, DECLARANDO DESCLASSIFICADAS E/OU INABILITADAS AS EMPRESAS SABOR A MAIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI PARA OS LOTES II, III, IV E VI, E EMPRESA BANDOLIN PARA O LOTE I, conforme demonstrado nas razões de recurso, por descumprimento às diversas exigências editalícias do Edital do Pregão Eletrônico nº 058/2019;

c) O retorno à fase de classificação das propostas, convocando os licitantes remanescentes para continuidade do pregão até sua adjudicação e homologação;

d) Caso o Sr. Pregoeiro mantenha a decisão, que remeta o processo à Autoridade Superior para apreciação e julgamento;

Termos em que, pede e espera deferimento.

Porto Velho (RO), 11 de setembro de 2019.

VANESSA MICHELE ESBER SERRATE

ADVOGADA

OAB/RO 3875

RENATO JULIANO SERRATE DE ARAÚJO

ADVOGADO

OAB/RO 4705

L & L INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI,

CNPJ nº 07.605.701/0001-01

OBS: Considerando a inexistência de ferramenta no portal do comprasnet que possibilita o envio dos anexos mencionados nesse recurso, informa-se que os mesmos serão enviados para o e-mail desta Comissão Especial de Licitação (celsupelro@gmail.com).

Fechar