

COMUNICAÇÃO EXTERNA

REMETENTE:	NÚMERO:	DATA:
8ª SL	023/2023	10/10/2023

DESTINATÁRIO:
LICITANTES DO EDITAL Nº 06/2023

E-MAIL:	TELEFONE:
8a.sl@codevasf.gov.br	(98) 3198-1300/1341/1343

ASSUNTO:
RECURSO – PREGÃO ELETRÔNICO – EDITAL Nº 06/2023

DESCRIÇÃO:

A COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA – CODEVASF-8ª/SR, por intermédio da 8ª Secretaria Regional de Licitações, em atenção ao **Edital nº 06/2023-PE**, cujo objeto é o fornecimento de tratores, implementos agrícolas e máquinas pesadas, destinados ao atendimento de municípios e comunidades rurais localizados na área de atuação da 8ª Superintendência Regional da Codevasf, no estado do Maranhão, **COMUNICA** que foi apresentado **RECURSO** ao resultado do item 17 da licitação pela empresa **XCMG BRASIL INDUSTRIA LTDA, CNPJ 14.707.364/0001-10**, cujo conteúdo segue em anexo.

RESPONSÁVEL PELAS INFORMAÇÕES / FUNÇÃO:

ASSINADO ELETRONICAMENTE

Tiago Melo Gonsioroski
Chefe da Secretaria Regional de Licitações-8ª/SL
CODEVASF 8ª/SR

End: Avenida Senador Vitorino Freire, nº 48 - Areinha
CEP: 65.030-015 – São Luís - MA
Tel.: (98) 3198-1300/1341/1343
Site: www.codevasf.gov.br email: 8a.sl@codevasf.gov.br

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA SECRETARIA DE LICITAÇÕES DA OITAVA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DA COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA - CODEVASF/MA

Ref.: Pregão Eletrônico nº. 006/2023

Objeto: Fornecimento de Máquinas Pesadas

XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA. ("Recorrente"), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o número 14.707.364/0001-10, com sede na Rodovia Federal BR-381, sem número, km 854-855, Distrito Industrial, no município de Pouso Alegre/MG, CEP 37.556-830, por intermédio de seu procurador "in fine" assinado, vem, perante Vossa Senhoria, com fulcro na cláusula 5.3, do Edital, cumulado com artigo 4º, inciso XVIII, da Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002, e artigo 44, do Decreto nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019, apresentar suas RAZÕES RECURSAIS contra a r. decisão proferida nos autos do processo licitatório em epígrafe que declarou vencedor do item 17, do Edital, o licitante VANPRIME COMÉRCIO E EQUIPAMENTOS LTDA. ("Recorrido"), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o número 08.601.480/0001-58, com estabelecimento situado na Rua Lázaro Vieira, número 211, sala 03, Bairro Centro, no município de Iporá, Estado de Goiás, CEP 76.200-000, pugnano para que seja reconsiderada a decisão recorrida ou seja as razões recursais encaminhadas para deliberação da ilustre Autoridade Superior, consoante as razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

I - FUNDAMENTO DE FATO

I.1 - A PRIMEIRA ILEGALIDADE: A HABILITAÇÃO DE PARTICIPANTE QUE NÃO APRESENTOU, A TEMPO E MODO, OS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO:

1. A Oitava Superintendência Regional da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba deflagrou procedimento licitatório para registro de preço na modalidade Pregão, na forma Eletrônica, do tipo menor preço por item, registrado sob o número 006/2023, tendo por objeto o fornecimento de máquinas pesadas, conforme condições, quantidades e exigências constantes do Edital e de seus Anexos.

2. O instrumento convocatório estabeleceu a qualificação técnica e qualificação econômico-financeira como dois dos requisitos para habilitação do licitante, mediante a apresentação de atestados de capacidade técnica, balanço patrimonial, certidão negativa de falência ou recuperação judicial, dentre outros documentos, sob pena de inabilitação, nos termos das cláusulas 10.1, 10.4 e 10.5, do Edital, in verbis (sem grifo):

- Edital:

"10. HABILITAÇÃO

10.1. A PROPOSTA classificada em primeiro lugar, nos termos do item 9 deste Edital, deverá apresentar os documentos necessários à comprovação da habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira, relacionados nos subitens seguintes.

(omissis)

10.4. Qualificação Técnica:

a) A Qualificação Técnica constituir-se-á dos documentos apresentados na HABILITAÇÃO exigidos no subitem 9.1 do Termo de Referência, Anexo I, que integra o presente Edital, devendo ser apresentados na forma ali estabelecida para fins de avaliação da qualificação técnica.

a1) No caso de comprovação da capacidade técnica do licitante e dos profissionais em serviços realizados no exterior, deverá ser apresentado Atestado de Capacidade Técnica, devidamente regularizado no país de origem, registrado no Consulado Brasileiro, que para efeito de habilitação, poderá ser apresentado em tradução livre, nos termos do subitem 10.11 do Edital;

(omissis)

10.5. Qualificação Econômico-Financeira:

a) Certidão Negativa de Falência ou Recuperação Judicial, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica ou execução patrimonial expedida pelo domicílio de pessoa física;

b) O licitante poderá dar lance, ou seja, participar de todos os itens. No entanto, as licitantes vencedoras deverão apresentar capital social mínimo de 10% (dez por cento) do valor orçado pela Codevasf no item da Licitação que concorrer, não sendo de forma acumulativa.

c) Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta, tomando como base a variação, ocorrida no período, do ÍNDICE GERAL DE PREÇOS – DISPONIBILIDADE INTERNA - IGP-DI, publicado pela Fundação Getúlio Vargas - FGV ou de outro indicador que o venha substituir;

3. Os documentos de habilitação deveriam ter sido apresentados pelos licitantes concomitantemente com a proposta e ser protocolizado no sistema do comprasnet até a data e hora designados para a abertura da licitação, nos termos da cláusula 6.1., do Edital, *ipsis litteris* (sem grifo):

- Edital:

“6. ENVIO DAS PROPOSTAS / DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

6.1. Após a divulgação do Edital no portal <https://www.gov.br/compras> o licitante deverá encaminhar proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, com observância aos preços máximos unitários e global orçados pela CODEVASF, concomitantemente com os documentos de habilitação exigidos no edital, até a data e horário marcados para abertura da sessão, quando então encerrar-se-á automaticamente a fase de recebimento de propostas.”

4. As regras editalícias ora invocada conduzem a única interpretação: o licitante deverá juntar no sistema do comprasnet até a data e hora para início da sessão pública os documentos de habilitação, sob pena de ser inabilitado.

5. Em análise aos documentos apresentados pelo Recorrido, observou-se que não foram apresentados com a proposta os documentos para comprovação da habilitação em relação a qualificação técnica e qualificação econômico-financeira, em específico os atestados de capacidade técnica, balanço patrimonial, certidão negativa de falência ou recuperação judicial, dentre outros documentos.

6. Todavia, o Recorrido apresentou os referidos documentos quando foi convocado pelo ilustre Pregoeiro para apresentar a proposta atualizada com o preço final após a etapa de lances; contudo a Administração Pública não percebeu que os documentos de habilitação foram incluídos após o momento adequado previsto no Edital.

7. O instrumento convocatório facultou à Administração Pública a prerrogativa de promover diligências para confirmar a autenticidade dos documentos apresentados pelos participantes, vedando-lhe, todavia, a recepção de documento ou informação que deveria constar no ato da sessão pública, nos termos da cláusula 25.3, do Edital, cumulado com as normas contidas no artigo 43, § 3º, da Lei nº.8.666, de 21 de junho de 1993, e artigo 64, da Lei nº. 14.133, de 1º de abril de 2021, *in verbis* (sem grifo):

- Edital:

“25.3. No julgamento das propostas e da habilitação, o Pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação.”

* * * *

- Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993:

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.

* * * *

- Lei nº. 14.133, de 1º de abril de 2021:

“Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

8. Todavia, o ilustre Pregoeiro não inabilitou o Recorrido, em afronta a disposição contida no artigo 28 e artigo 43, § 4º, do Decreto nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019, *ipsis litteris* (sem grifo):

- Decreto nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019

“Art. 43. A habilitação dos licitantes será verificada por meio do Sicaf, nos documentos por ele abrangidos, quando os procedimentos licitatórios forem realizados por órgãos ou entidades integrantes do Sisg ou por aqueles que aderirem ao Sicaf. (...)

§ 4º Na hipótese de a proposta vencedora não for aceitável ou o licitante não atender às exigências para habilitação, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital.”

9. Outrossim, não há falar em formalismo exacerbado por parte do Apelante ao impor à própria Administração o cumprimento das exigências editalícias. Ora, ordenar que a Administração atue conforme disposição do instrumento convocatório resguarda os princípios da legalidade e da isonomia, permitindo a prevalência do

Interesse Público.

10. Ante o exposto, requer seja o Recorrido inabilitado por não ter apresentado os documentos de habilitação concomitantemente com a proposta antes de iniciar a sessão pública, em detrimento das regras previstas nas cláusulas 6.1, 10.1, 10.4 e 10.5, do Edital, sob pena de se negar vigência a norma positivada no artigo 43, § 3º, da Lei nº.8.666, cumulado com artigo 28 e artigo 43, § 4º, do Decreto nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019.

I.2 - A SEGUNDA ILEGALIDADE: CAPITAL SOCIAL INFERIOR A 10% DA PROPOSTA

11. O instrumento convocatório, em sua cláusula 10.5, exigiu a comprovação de capital social mínimo no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor total do item vencido pelo concorrente, in verbis (sem grifo):

- Edital:

10.5. Qualificação Econômico-Financeira: (...)

b) Registro de capital social mínimo no valor de 10% (dez por cento) do valor orçado pela Codevasf para cada item;"

12. A referida exigência encontra-se em consonância com a Instrução Normativa nº. 02/2018 e observou os critérios previsto no verbete sumular nº. 275, do Colendo Tribunal de Contas da União, *ipsis litteris* (sem grifo):

- Verbetes Sumular:

"SÚMULA TCU 275: Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços."

13. Em análise a proposta apresentada pelo Recorrido verifica-se que ele apresentou proposta para os itens 11, 15, 17 e 18, pelo valor total de R\$ 11.771.000,00 (onze milhões, setecentos e setenta e um mil reais).

14. De outra feita, o balanço patrimonial apresentado pelo Recorrido apresenta o capital social de apenas R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), das quais R\$ 256.592,23 foram integralizados e os R\$ 42.311,33 ainda devem ser integralizados.

(imagem 01 – capital social – balanço patrimonial)

15. A considerar a regra prevista na cláusula 10.5, alínea "b", bem como o capital social do Recorrido constante no balanço patrimonial, ele não poderia ter participado da disputa para a ofertada de produtos em valor superior a R\$ 2.565.922,30 (dois milhões, quinhentos e sessenta e cinco mil, novecentos e vinte e dois reais e trinta centavos).

16. Destarte, a proposta do Recorrido deveria ter sido desclassificada por não atender a exigência do Edital, em especial por não possuir capital social equivalente a 10% do valor total da proposta, nos termos da cláusula 7.2, do Edital, *ipsis litteris* (sem grifo):

- Edital:

7.2. O Pregoeiro analisará as propostas de preços divulgadas pelo sistema, desclassificando, motivadamente, conforme subitem 9.3 deste Edital.

17. Não fosse o suficiente, o Recorrido foi declarado vencedor dos itens 15, 17 e 18, do certame, pelo valor total de R\$ 7.701.050,00 (sete milhões, setecentos e um mil e cinquenta reais), o equivalente a 3,9% (três inteiros e nove décimos por cento) do capital social do Recorrido, razão pela qual deverá ser desclassificado a sua proposta.

18. Por todo o exposto, requer seja desclassificada a proposta apresentada pelo Recorrido por não possuir capital social mínimo de 10% (dez por cento) do valor total ofertado, em detrimento da regra prevista na cláusula 10.5, alínea 'b', do Edital, sob pena de se negar vigência a norma positivada na cláusula 7.2, do instrumento convocatório.

I.3 - A TERCEIRA ILEGALIDADE: INDÍCIOS DE SIMULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO E A INVALIDADE DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

19. O instrumento convocatório estabeleceu a qualificação técnica como um dos requisitos para a habilitação do participante mediante a comprovação de fornecimento mínimo de 30% (trinta por cento) do quantitativo licitando, mediante atestado de capacidade técnica.

20. Os atestados de capacidade técnica exigidos no Edital deveriam ser sido apresentados pelo Recorrido com os demais documentos para habilitação protocolados no sistema do comprasnet até a data e hora designados para a abertura da licitação.

21. As regras editalícias ora invocada conduzem a única interpretação: o licitante deverá juntar no sistema do comprasnet até a data e hora para início da sessão pública os documentos que atestam o fornecimento de, no mínimo, 30% do quantitativo das máquinas para o comprovar a qualificação técnica dos itens 15, 17 e 18, sob pena de ser inabilitado.

22. Em análise aos documentos de habilitação apresentados pelo Recorrido, observou-se que, em relação a

qualificação técnica para os itens 15, 17 e 18, do certame, foi apresentado atestado emitido pela empresa EBR Brasil Forte Comércio e Equipamentos LTDA., inscrita no CNPJ/MF sob o número 07.865.480/0001-00, que confirma, em tese, o fornecimento de 02 (duas) unidades de Rolo Compactador.

(imagem 02 – atestado de retroescavadeira emitido pela EBR Brasil Forte)

23. Em que pese a exigência editalícia, o Recorrido NÃO vendeu nenhuma máquina para a EBR Brasil Forte, o que, a todo sentir, evidencia a falsidade da declaração e a simulação da nota fiscal emitida pelo Recorrido, conforme passa-se a elucidar:

PRIMEIRA PROVA – EMPRESA DE FACHADA:

O Recorrido está situado na Rua Lázaro Viêira, número 211, Sala 03, Bairro Centro, no município de Iporá, Estado de Goiás, CEP: 76.200-000:

(Imagem 03 – Endereço constante no Contrato Social – Vanprime)

(Imagem 04 – Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral – Vanprime)

No referido endereço funciona a empresa Escritório Saja LTDA. (“Saja Gestão Contábil”), inscrita no CNPJ/MF sob o número 33.303.553/0001-72, que exerce por atividade econômica serviço de gestão contábil, conforme extrai-se das provas adrede:

(Imagem 05 – Registro Fotográfico do Endereço - Google Maps)

(Imagem 06 – Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral – Saja Gestão Contábil)

(Imagem 07 – Endereço constante no website da Saja Gestão Contábil, disponível na rede mundial de computadores no link <https://sajagestacontabil.business.site/>)

Não fosse o suficiente, o balanço patrimonial apresentado pelo Recorrido é suficiente para provar que não foi registrado movimentos de compras, receitas, custos, estoques ou despesas operacionais, mas apenas despesas de pró-labore, no exercício de 2022.

Aliás, não há capital de giro e o Recorrido não possui ativo imobilizado, o que, a todo sentir, evidencia que a referida empresa não exerceu qualquer atividade no ano de 2022:

(Imagem 08 – Balanço Patrimonial de 2022 – Inexistência de Venda)

Em relação ao ano de 2023, a nota fiscal nº. 000.000.001, emitida pelo Recorrido em 15 de agosto de 2023 para SIMULAR a venda de Rolo Compactador para a empresa EBR Brasil Forte Comércio e Equipamentos LTDA., inscrita no CNPJ/MF sob o número 07.865.480/0001-00, comprova a ausência de vendas pelo Recorrido.

24. As provas adrede colacionadas são suficientes para provar que o Recorrido trata-se de uma empresa de fachada, em especial por não possuir um endereço próprio (ie. está situada em um endereço de uma empresa de gestão contábil) e, principalmente, por não ter registrado nenhuma operação nos exercícios de 2022 e 2023.

25. Inclusive, a suposta venda de Rolo Compactador para a empresa EBR Forte Comércio trata-se, a todo sentir, de um negócio jurídico simulado entre as empresas (vistas que o Recorrido não possui as máquinas em estoque) para produzir um atestado de capacidade técnico, conforme passa-se a demonstrar:

SEGUNDA PROVA – INDÍCIOS DE SIMULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO:

A Sra. Vanessa Soares de Farias, sócia e administradora da empresa Vanprime Comércio e Equipamentos LTDA, ora Recorrido, é CASADA sob o regime de comunhão parcial de bens com o Sr. Everthon Barbosa Ribeiro, sócio e administrador da EBR Brasil Forte Comércio e Equipamentos LTDA, ora declarante.

(Imagem 09 – Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral – Vanprime)

(Imagem 10 – Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral – EBR Brasil)

(Imagem 11 – Declaração sobre o matrimônio, sob o regime de comunhão parcial de bens, constituída pela Sra. Vanessa e o Sr. Everton em 05 de janeiro de 2008)

Aproveitando-se dessa relação de extrema confiança entre ambos, eles arquitetaram a SIMULAÇÃO DE UM NEGÓCIO JURÍDICO PARTICULAR ANTEDATADO, em detrimento da norma prevista no artigo 167, § 1º, inciso III, da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: (...)

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Explica-se: A EBR Brasil Forte Comércio e Equipamentos LTDA., inscrita no CNPJ/MF sob o número 07.865.480/0001-00, firmou a declaração de fornecimento em 06/09/2023, com reconhecimento de assinatura pelo cartório em 06/09/2023, porém a nota fiscal nº. 000.000.001 que, em tese, lastreia a referida declaração, foi emitida pelo Recorrido apenas em 15/09/2023, restando provado a simulação da declaração.

(Imagem 12 – Data da Declaração e do Reconhecimento de Firma – EBR Brasil Forte)

(Imagem 13 – Nota Fiscal nº. Nota Fiscal nº. 000.000.001 emitida em 15/09/2023)

Em diligência realizada no website da Receita Federal do Brasil, apurou-se que a EBR Brasil Forte exerce as mesmas atividades econômicas do Recorrido, em especial o comércio de máquinas pesadas, o que demonstra a simulação da venda.

Aliás, o capital social da EBR Brasil Forte é de módicos R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), o que evidencia a falta de recurso financeiro para adquirir dois Rolo Compactadores no valor de R\$ 720.000,00 (setecentos e vinte mil reais).

Uma cautelosa diligência por parte da Administração pública deverá apurar (i) a origem dos Rolo Compactadores adquiridos pelo Recorrido (ou seja, como esses equipamentos entraram no estoque do Recorrido, já que não constam no balanço); (ii) o local físico onde estes equipamentos permaneceram até a suposta venda para EBR Brasil Forte (considerando que o Recorrido está em um endereço sem estrutura para receber as máquinas); (iii) houve a efetiva compra, mediante o pagamento das máquinas e a efetiva entrega das máquinas, sob pena de se recorrer a esfera judicial para provar a simulação.

26. Ante o exposto, requer seja dado provimento ao recurso para inabilitar o Recorrido por ter apresentado atestado de capacidade técnica inidôneo, emitido por empresa que cujo sócios-administradores possuem relação matrimonial, de modo que o Recorrido trata-se de uma empresa de fachada da EBR Brasil Forte, utilizado por esta para participar de licitações quanto aquela outra está prestes a extrapolar o limite para enquadramento de EPP, tendo simulado a declaração de assistência técnica, em violação a norma contida nas cláusulas 10.1 e 10.4, alínea "a", do Edital, cumulada com cláusula 9.1.3, alínea "a", incisos I, II e III, do Anexo I – Termo de Referência.

II - FUNDAMENTO DE DIREITO

II.1 - A SUBORDINAÇÃO DO ESTADO AS REGRAS DO EDITAL - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DO JULGAMENTO OBJETIVO

27. É um pressuposto inquestionável do Estado Democrático de Direito a subordinação do Estado ao ordenamento jurídico vigente e, como notório, no âmbito da Administração Pública, tal pressuposto se traduz na observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, in verbis (sem grifo):

- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

"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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência."

28. No âmbito específico do pregão eletrônico, o Decreto nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019 consagrara a observância aos seguintes princípios (sem grifo):

- Decreto nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019

"Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos."

29. Do exposto acima, depreende-se que a atividade administrativa deve ser exercida em absoluta conformidade com a Lei e com os princípios inerentes. Dessa premissa extrai-se a seguinte fórmula: a Administração Pública e os interessados estão vinculados e obrigados ao cumprimento dos termos e condições previstos no Edital.

30. A Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu artigo 41, prescreve que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, *ipsis litteris* (sem grifo):

- Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993

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

31. Acrescentando-se, cite-se como inarredável a observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, com relação ao qual Diógenes Gasparini esclarece:

"(...) estabelecidas as regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis a partir da publicação do instrumento convocatório e durante todo o procedimento. (...)"

32. Nesse toar é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"O edital constitui-se no documento fundamental da licitação. Habitualmente se afirma, em observação feliz, que é a sua lei interna". Com efeito, abaixo da legislação pertinente à matéria, é o edital que estabelece as regras específicas de cada licitação. Para tanto, a Administração fica estritamente vinculada às normas e condições nele estabelecidas, das quais não pode se afastar. (...)"

33. No mesmo sentido assevera José dos Santos Carvalho Filho:

"A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o 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 administração ou judicial. (...)"

34. Sem embargos de duntas opiniões em sentido contrário, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório possui extrema importância para o julgamento das propostas e análise da habilitação, pois, além de evitar a alteração de critérios de julgamento e de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração, evita-se qualquer brecha para privilegiar ou perseguir qualquer licitante, em louvor aos princípios da moralidade administrativa, impessoalidade e a probidade, ao não permitir que as regras estabelecidas no Edital não sejam descumpridas pela Administração ou pelos licitantes.

35. Portanto, o edital torna-se Lei entre as partes, assemelhando-se a um contrato de adesão cujas cláusulas são elaboradas unilateralmente pelo Estado. Em sendo Lei, o edital e os seus termos atrelam tanto a Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, pois o descumprimento por parte da Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola vários princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: da legalidade, da moralidade e da isonomia.

36. Outrossim, não há falar em formalismo exacerbado por parte do Recorrente ao impor à própria Administração o cumprimento das exigências editalícias. Ora, ordenar que a Administração atue conforme disposição do instrumento convocatório resguarda os princípios da legalidade e da isonomia, permitindo a prevalência do Interesse Público.

37. A somar, o entendimento do Tribunal de Contas da União é claro ao refutar os casos em que a Administração Pública não obedece às diretrizes traçadas no Edital. Veja:

- Precedentes do Eg. TCU:

"(...) Pedido de reexame. Representação. Violação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Negativa de provimento [VOTO] 4. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expresso no caput do art. 41 da Lei nº 8.666/1993, dispõe: "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada. (...)"

38. A Administração Pública possui o dever de desclassificar ou inabilitar o Recorrido por (i) não apresentar os documentos de habilitação concomitantemente com a proposta antes de iniciar a sessão pública, em detrimento das regras previstas nas cláusulas 6.1, 10.1, 10.4 e 10.5, do Edital; (ii) não possuir capital social mínimo de 10% (dez por cento) do valor total ofertado, em detrimento da regra prevista na cláusula 10.5, alínea 'b', do Edital; e (iii) apresentar atestado de capacidade técnica inidôneo, dada a simulação da venda para empresa do mesmo grupo familiar.

39. Nesse sentido, as normas contidas nos artigos 28 e 43, § 4º, do Decreto nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019, determina a desclassificação ou inabilitação do licitante que esteja em desconformidade com as exigências do Edital, *ipsis litteris* (sem grifo):

- Decreto nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019

"Art. 28. O pregoeiro verificará as propostas apresentadas e desclassificará aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital.

(omissis)

Art. 43. A habilitação dos licitantes será verificada por meio do Sicaf, nos documentos por ele abrangidos, quando os procedimentos licitatórios forem realizados por órgãos ou entidades integrantes do Sisg ou por aqueles que aderirem ao Sicaf. (...)

§ 4º Na hipótese de a proposta vencedora não for aceitável ou o licitante não atender às exigências para habilitação, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital."

40. Em que pese a claridade das regras do certame instituídas pela própria Administração Pública, a insigne Comissão de Licitação descumpriu as normas editalícias por ter declarado vencedor o licitante que (i) não apresentou os documentos de habilitação concomitantemente com a proposta antes de iniciar a sessão pública, em detrimento das regras previstas nas cláusulas 6.1, 10.1, 10.4 e 10.5, do Edital; (ii) não possui capital social mínimo de 10% (dez por cento) do valor total ofertado, em detrimento da regra prevista na cláusula 10.5, alínea 'b', do Edital; e (iii) apresentar atestado de capacidade técnica inidôneo, dada a simulação da venda para empresa do mesmo grupo familiar.

41. Por melhor que possa revelar a intenção da Administração Pública, a sua atuação casuística violou os princípios da isonomia, do julgamento objetivo e da vinculação ao Edital, positivados no artigo 3º, da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 .

42. Na lição da doutrinadora Maria Sílvia Zanella di Pietro "o princípio da igualdade (ou isonomia) constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar".

43. Esse princípio até admite ressalvas, tais como a preferência a produtos nacionais e empresas de pequeno porte. Contudo, as exceções estão previstas em lei e não podem ser aplicadas de acordo com o bel-prazer da autoridade.

44. O procedimento adotado na licitação materializou tratamento privilegiado ao Recorrido em detrimento dos demais concorrentes. O critério previamente estabelecido no Edital não foi observado no julgamento das propostas.

45. Por todo o exposto, requer que seja dado provimento ao recurso para determinar a desclassificação ou a inabilitação do Recorrido por ter descumprido as normas previstas no Edital e seus Anexos, sob pena de afrontar aos princípios da isonomia, do julgamento objetivo e da vinculação aos termos do Edital, nulidades estas que contaminaram a adjudicação e posterior celebração do contrato administrativo.

II.2 - DUPLO GRAU - REMESSA À AUTORIDADE SUPERIOR

46. O direito à "revisão" ou "duplo grau" da decisão administrativa no âmbito das licitações é assegurado pelo artigo 109, § 4º, da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, mormente aplicável, de forma subsidiária, à espécie, por imposição do artigo 9º, da Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002, in verbis (sem grifo):

- Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993

"Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem: I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de: (...)

§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade."

* * * *

- Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002

"Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993."

47. Não se pode olvidar, outrossim, que o direito à revisão das decisões administrativas é amplamente amparado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seus princípios de acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório, relação com a qual a renomada jurista e professora Dra. Lucia Valle Figueiredo esclarece que o direito ao duplo grau é inerente ao contraditório e a ampla defesa, in verbis (sem grifo):

"O direito ao 'duplo grau' ou à revisibilidade é inerente ao contraditório e à ampla defesa, ou seja, o direito à revisão do decidido singularmente, quer sejam atos administrativos, que atinjam o administrado, quer seja em processos sancionatórios e/ou disciplinares."

48. Por todo o exposto, na hipótese da r. decisão não ser reconsiderado pela ilustre Pregoeira, o que seria se admite por amor ao debate, requer que o presente recurso seja submetido ao julgamento da Autoridade Superior, sob pena de responsabilidade, nos termos do artigo 109, § 4º, da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.

III - PEDIDOS

Por todo o exposto, requer o Recorrente:

(a) seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso tendo em vista a verossimilhança dos fatos e a probabilidade do direito aqui e ora vindicado e a eminência de dano irreparável ou de difícil reparação para a Administração Pública;

(b) a comunicação dos demais licitantes para que, caso queiram, apresentem contrarrazões ao presente recurso administrativo, nos termos da cláusula 11.1, do Edital, cumulado com artigo 4º, inciso XVIII, da Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002;

(c) seja dado provimento ao recurso administrativo para sanar as ilegalidades observadas na condução do certame, em especial por (i) não apresentou os documentos de habilitação concomitantemente com a proposta antes de iniciar a sessão pública, em detrimento das regras previstas nas cláusulas 6.1, 10.1, 10.4 e 10.5, do Edital; (ii) não possui capital social mínimo de 10% (dez por cento) do valor total ofertado, em detrimento da regra prevista na cláusula 10.5, alínea 'b', do Edital; e (iii) apresentar atestado de capacidade técnica inidôneo, dada a simulação da venda para empresa do mesmo grupo familiar, determinando-se o retorno do processo a fase de aceitação/habilitação para análise do licitante subsequente;

(d) seja enviado cópia integral da licitação para o Ministério Público e ao Tribunal de Contas para que tomem conhecimento e providências sobre as irregularidades aqui e ora apresentadas; e

(e) de forma alternativa, caso a r. decisão recorrida não seja retratada pelo ilustre Pregoeiro, requer-se que o presente recurso administrativo seja devidamente instruído e remetido à Autoridade Superior para o seu julgamento;

Nestes Termos.
Pede Espera Deferimento.

Pouso Alegre/MG, 09 de outubro de 2023.

(assinatura eletrônica)
XCMG BRASIL INDUSTRIA LTDA

Por HANGUANG LI
Administrador

Fechar