

ILUSTRÍSSIMO SR. PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO VICENTE/SP.

Pregão Eletrônico nº 108//2024

Processo administrativo nº 9547/2024

**KLM LTDA. ME**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ N.º 15.743.182/0001-68, com sede em Praia Grande/SP à Avenida Alcides Candido dos Santos, 1042 – Maracanã CEP 11705-480, neste ato representada por sua representante a Sra. LUZIA MARA CAVALHEIRO, vem perante Vossa Senhoria apresentar RECURSO ADMINISTRATIVO, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

### **DOS FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

A recorrente participou do presente pregão eletrônico realizado no dia 07/11/2024, tendo como objeto a Registro de Preços para aquisição de equipamentos odontológicos, conforme especificações constantes do Estudo Técnico Preliminar e Termo de Referência do Anexo I do edital.

A melhor oferta foi realizada pela licitante AMB DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E MATERIAIS HOSPITALARES LTDA.

Ocorre que o modelo ofertado pela licitante AMB DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E MATERIAIS HOSPITALARES LTDA., não cumpre as especificações técnicas previstas no Estudo Técnico Preliminar e Termo de Referência do Anexo I do edital.

Portanto, a proposta apresentada pela licitante AMB DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E MATERIAIS HOSPITALARES LTDA. deve ser desclassificada, diante da violação ao princípio da legalidade.

**DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 59 INCISO II DA LEI Nº14133/21 - DA VIOLAÇÃO DOS ITENS 7.1.4 E 9.8.2 DO EDITAL - DA VIOLAÇÃO DO ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR E TERMO DE REFERÊNCIA DO ANEXO I DO EDITAL – O MODELO OFERTADO PELA LICITANTE**

**VENCEDORA AMB DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E MATERIAIS HOSPITALARES LTDA. NÃO CUMPRE AS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS – DA DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA – DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL.**

Reservado o entendimento diverso, o modelo ofertado pela licitante AMB DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E MATERIAIS HOSPITALARES LTDA., não cumpre as especificações técnicas previstas no Estudo Técnico Preliminar e Termo de Referência do Anexo I do edital.

Constam as seguintes especificações técnicas referente ao ITEM/LOTE 10: “COMPRESSOR DE 65 LITROS (PARA ATÉ 2 CONSULTÓRIOS) Isento de óleo. Cabeçote duplo com 02 motores e 02 pistões com 1,12 HP / 830 w (127 v) e 1,14 HP / 850 w (220 v). Protetor térmico contra sobreaquecimento. Filtro de saída de ar. Adequado para 02 consultórios. Pintura interna do reservatório antioxidante. Capacidade do tanque de 65 litros. **Fluxo de ar: 424 litros/min.** Dotado de manômetro para pressão do reservatório, manômetro para pressão de saída, regulador de pressão na saída com filtro de ar e dreno para água, registro para controle da vazão e registro para drenagem do acúmulo de água no reservatório, características que facilitam a operação e manutenção do equipamento. Sistema de segurança com válvula que entra em funcionamento para liberação da pressão, caso haja falha do pressostato e protetor de sobrecarga com a finalidade de proteger o equipamento de superaquecimento. Reservatório com pintura eletrostática interna e externa garantindo uma maior durabilidade do compressor. Nível de Ruído até 84 dB; Garantia mínima de 1 ano a partir da instalação, reservatório com garantia mínima de 5 anos. Assistência técnica e reposição de peças gratuita durante a garantia, na região da Baixada Santista. Manual de Instalação, operação e manutenção em língua portuguesa. Apresentar certificado INMETRO e registro na ANVISA.”

A licitante vencedora AMB DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E MATERIAIS HOSPITALARES LTDA. apresentou oferta do produto da marca CHIAPERINI, modelo MC 10 BPO RV 65L

Conforme apresentado em seu catálogo, documento este anexado na plataforma, segue a informação técnica acerca da capacidade de operação do equipamento:



#### Características Técnicas:

|                                                                                   |                      |                    |
|-----------------------------------------------------------------------------------|----------------------|--------------------|
|  | Deslocamento teórico | 283 l/min - 10 pcm |
|  | Pressão máxima       | 120 psi - 8,3 bar  |
|  | Reservatório         | 65L                |
|  | Tempo enchimento     | 3'32"              |
|  | Nº de cilindros      | 2                  |
|  | Nº de estágios       | 1                  |
|  | RPM do bloco         | 1740               |
|  | Motor elétrico       | 2 hp - 4P          |
|  | c/embalagem [mm]     | 538x538x1600       |
|  | Peso do cabeçote     | 15 kg              |
|  | Peso c/ embal c/m    | 54 kg              |

Fica evidente que o deslocamento teórico é de “**283l/min – 10 pcm**” contudo, o edital solicita “**Fluxo de ar: 424 litros/min**” (conforme grifamos acima) o que caracteriza o descumprimento das especificações técnicas do edital, em especial do item “6.20.2.” do edital.

O deslocamento teórico/fluxo de ar é a característica do compressor responsável pela capacidade operacional do mesmo, esta determina a capacidade de fluxo do ar comprimido gerando assim eficiência em atender consultórios ( com ou sem bomba de vácuo) sem comprometer o motor com esforços excessivos, o que ocasionaria em menor vida útil, requerendo maior manutenção do equipamento.

Isso tudo a longo prazo poderá acarretar em maior incidência de atendimentos parados por necessidade de manutenção e até em uma compra de outro equipamento por quebra do motor.

Do fator legal, a proposta apresentada pela licitante AMB DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E MATERIAIS HOSPITALARES LTDA não merece acolhimento, diante de sua evidente incompatibilidade com os princípios da legalidade e da vinculação ao edital, uma vez que não está em consonância com as especificações técnicas, devendo ser desclassificada com fundamento no item 6.20.2 do edital.

Incide o artigo 59 inciso I da Lei nº14133/21:

**“Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:**

(...)

**II - não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;”**

Por força do princípio da vinculação ao edital o Ilustre Pregoeiro não pode afastar-se do edital para proferir seu julgamento em qualquer das fases do processo licitatório. O edital, nesse caso, torna-se lei entre as partes.

Ensina Lucas Rocha Furtado: **“O instrumento convocatório é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.** *(in Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416).*

No mesmo sentido ensina Marçal Justen Filho: **“Quando o edital impuser comprovação de certo requisito não cogitado por ocasião do cadastramento, será indispensável a apresentação dos documentos correspondentes por ocasião da fase de habilitação”** (Pregão. Comentários à Legislação do Pregão Comum e do Eletrônico, 4ª ed., p. 305). Como exemplo de violação ao referido princípio, o referido autor cita a não apresentação de documento exigido em edital e/ou a apresentação de documento em desconformidade com o edital (como documento enviado por fac-símiles em apresentação dos originais posteriormente).” *(in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 69 e 813).*

Também é a lição de José dos Santos Carvalho Filho *(in Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 246)*: **“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 administrativa ou judicial. O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. Se**

o instrumento de convocação, normalmente o edital tiver falha, pode ser corrigido, desde que oportunamente, mas os licitantes deverão ter conhecimento da alteração e a possibilidade de se amoldarem a ela. Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto.”

Pedimos vênias para citar a lição de Jessé Torres Pereira Jr: “**A vinculação da Administração às normas e condições do edital (vale também para a carta – convite), que a lei qualifica de estrita, acarreta pelo menos cinco consequências importantes:**

- (a) a discricionariedade da Administração para estabelecer o conteúdo do edital transmuda-se em vinculação uma vez este publicado, passando a obrigar tanto o administrador quanto os competidores;
- (b) o descumprimento de disposição editalícia, pela Administração, equivale à violação do direito subjetivo dos licitantes de se submeterem ao certame segundo regras claras, previamente fixadas, estáveis e iguais para todos os interessados; (c) para que o edital vincule legitimamente a Administração e os licitantes, necessários é que todas as suas cláusulas e condições conformem-se aos princípios regentes da matéria e à lei, seguindo-se que o edital não é peça intangível, ao inteiro alvedrio da Administração;
- (d) observância estrita não é sinônimo de apego cego à literalidade de palavras isoladas, impondo-se no caso de dúvida razoável, a busca interpretação que assegure a prevalência do interesse público, de acordo com o sistema de princípios e normas que o moldam;
- (e) tampouco é conveniente “para o bom êxito de certame licitatório a inclusão de exigências que se prestam apenas a dificultar a participação dos concorrentes. Os requisitos que verdadeiramente importam devem ser aqueles referentes ao específico objeto do contrato e não à forma como os documentos devem ser apresentados. A burocracia e a formalidade excessivas podem afastar excelentes candidatos, em prejuízo final da própria Administração” (*in Comentários à Lei de Licitações e contratações da administração pública, ed. Renovar, pag. 436/437*).

Isso significa que tanto as regras de regência substantivas quanto procedimental não poderão ser atropeladas pela Administração e pelos licitantes, permanecendo vigorosas ao longo da licitação.

Conclui-se, pois, que a Administração Pública, no curso do processo de licitação, não pode se afastar das regras por ela mesma estabelecidas no instrumento convocatório, pois, para garantir segurança e estabilidade às relações jurídicas decorrentes do certame licitatório, bem como para se assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, é necessário observar estritamente as disposições constantes do edital ou instrumento congênere.

No caso em tela, deve ser afastada a **QUEBRA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**, já que todos os participantes devem ser tratados de igual forma, devendo cumprir as normas legais e editalícias.

Por tais motivos, há violação ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital, uma vez que o Ilustre Pregoeiro não cumpriu fielmente o disposto nas especificações técnicas do edital.

O artigo 5º da Lei nº14133/21 determina que deve ser observado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

O edital se constitui no documento fundamental da licitação, onde são definidas as regras específicas quanto ao objeto licitado.

Os participantes e a Administração Pública devem obediência à Lei e ao edital, também este último definido como “lei interna”. Nada pode ser decidido além ou aquém do edital, pois as partes ficam adstritas as normas e condições ali previstas.

A competência discricionária da Administração Pública encerra no momento da confecção do edital, e após os participantes tomarem conhecimento das regras ali previstas, todos devem observar rigorosamente as exigências contidas, sob pena de ofensa ao princípio da vinculação obrigatória ao edital.

É de inteira contradição exigir a rigorosa observância das regras editalícias, e ao mesmo tempo, atribuir exercício de competência discricionária à Administração Pública.

Ao contrário do exercício da potestade vinculada, a norma positiva não indica qual o único caminho a ser perseguido pelo administrador no momento da expedição do ato administrativo, possibilitando uma pluralidade de comportamentos diante dos fatos desencadeados no mundo do ser contejados com a previsão no mundo do dever-ser. O comportamento não é estabelecido de antemão, e há uma carga de subjetividade colocada à disposição do administrador, mas tão-somente para exercê-la com vistas ao cumprimento do interesse público imposto pela norma.

A moldura legal traçada autoriza um resíduo de liberdade de apreciação administrativa, como forma de completar este espaço vazio deixado pela norma. De plano, destaca-se que esta livre apreciação do administrador não resulta em atividade extra-legal, pois nenhum exercício de poder pode ser qualificado como de Estado sem habilitação jurídica. Esta livre apreciação, justamente, completa e integra a moldura legal desenhada pelo ordenamento jurídico. Não há exercício de potestade discricionária nas hipóteses de omissão legislativa. O espectro da potestade discricionária é uma atividade administrativa intra legal, em obediência a lei e ao Direito.

Perante o processo licitatório, estamos diante do exercício de potestade vinculada, não comportando opções ao agente administrativo.

O conhecimento prévio, de forma clara e cristalina, das regras do certame é pressuposto de legalidade, não podendo o agente administrativo o que está além das regras editalícias.

Está vedada a alteração das regras do edital após a realização do certame, exigindo especificação técnica que não estava elencada no ANEXO I do edital, em claro detrimento ao princípio da legalidade, da vinculação ao edital e da isonomia.

As especificações técnicas do produto licitado devem constar de modo expreso e exaustivo no edital, não podendo ser ventilada a hipótese de imposição de surpresa aos participantes, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Esta é a lição de Marçal Justen Filho (*in Comentários à lei de licitação e contratos administrativos*, 9ª edição, São Paulo: Dialética, 2002, p. 314): **“O conteúdo e a extensão da qualificação técnica dependem diretamente do objeto da licitação. Ao definir o objeto a ser contratado, a Administração Pública está implicitamente delimitando a qualificação técnica que deverão apresentar os eventuais interessados em participar da licitação. Mas não basta esta limitação implícita. As exigências quanto à qualificação técnica devem estar previstas de modo expreso”**. (g.n.).

De mais a mais, o comportamento do agente administrativo deve guardar consonância com o princípio da moralidade, pois caso sejam acolhidas as razões recursais da recorrente, restará claro que houve comportamento de modo diverso ao previsto no edital.

Em cumprimento ao princípio da legalidade, consoante o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, não há outra alternativa à Administração Pública, senão exigir somente os requisitos técnicos previstos no edital.

O único comportamento lícito da Administração Pública é que o produto licitado esteja em plena consonância com as especificações técnicas do edital, descritas a exaustão no ANEXO I do edital, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

A manutenção da proposta da licitante vencedora em desacordo com a especificação técnica do edital, comprova que o agente administrativo extrapola o contorno jurídico dos requisitos mínimos relacionados ao objeto licitado.

O agente administrativo somente está autorizado a pautar seus atos com base na legalidade, pois age movido pelo interesse público, gerenciando bens alheios, estando vedada a prática de atos administrativos sem a rigorosa observância do princípio da legalidade.

Portanto, o agente administrativo que autoriza a entrega de produto em desacordo com as condições técnicas do edital se comporta de forma ilegal.

A função administração está limitada pelas condutas permitidas no ordenamento jurídico, devendo ser prevista na legislação vigente a atuação concreta do agente administrativo, sob pena de impregnar o ato administrativo com o vício da ilegalidade.

Não há nenhum espaço franco e livre no qual a Administração Pública pode atuar com base em poder ajurídico, pois todos os movimentos devem estar submetidos ao Direito.

O artigo 5º da Lei nº14133/2021 reza que a licitação destina-se a garantir a isonomia dos participantes e a proposta mais vantajosa para Administração Pública, e no julgamento das propostas serão observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, e ainda, o princípio da eficiência, acrescido pela Emenda Constitucional nº19/98 no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Certo é que os princípios da licitação são os norteadores do administrador no momento da elaboração do edital, devendo sempre adotar a solução compatível com os princípios previstos no artigo 5º da Lei nº14133/2021.

Esta é a lição de Marçal Justen Filho (*idem*, p. 58): **“O art. 3º sintetiza o conteúdo da Lei, no âmbito da licitação. Os dispositivos restantes, acerca de licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o artigo 3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º. Se existir mais de uma solução compatível com ditos princípios, deverá**

**prevalecer aquela que esteja mais de acordo com eles ou que os concretize de modo mais intenso e amplo. Essa diretriz deve nortear a atividade tanto do administrador quanto do próprio Poder Judiciário. O administrador, no curso das licitações, tem de submeter-se a eles. O julgador, ao apreciar conflitos derivados de licitações, encontrará a solução através desses princípios”.**

Desta forma, o ato administrativo será introduzido no sistema jurídico com a observância da lei e de todos os princípios inerentes à função administrativa, haja vista serem estes que concedem sentido integrativo à norma, ou melhor, dão o oxigênio para o dispositivo legal.

Os princípios da Administração Pública são a atmosfera no qual gravita a norma de Direito Positivo utilizada pelos administradores.

Lançadas tais premissas, vemos que a tentativa da licitante vencedora de alterar das condições técnicas do produto licitado após a ocorrência do certame, avilta os princípios do processo licitatório, e em especial, ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital.

Por tais motivos, o modelo ofertado pela licitante AMB DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E MATERIAIS HOSPITALARES LTDA , não cumpre as especificações técnicas previstas no Estudo Técnico Preliminar e Termo de Referência do Anexo I.

Desta forma, deve ser acolhido o recurso apresentado, devendo ser determinada a desclassificação da proposta da licitante AMB DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E MATERIAIS HOSPITALARES LTDA, com fundamento no artigo 59 inciso II da Lei nº14133/21 e item 6.20.2 do edital.

Sem mais, estamos a disposição para mais esclarecimento.

Aproveitamos a oportunidade para apresentar os votos de estima e elevada consideração.

Praia Grande, 03 de Dezembro de 2024.

**KLM LTDA ME**