

Município de Palmitos – Santa Catarina

Sr. Prefeito Municipal

Edital de Pregão Eletrônico nº 011/2018

Processo de Licitação nº 112/2018

Objeto licitado: **ESCAVADEIRA HIDRÁULICA**

Recorrente: Bertinatto Máquinas Eireli – EPP

BERTINATTO MÁQUINAS EIRELLI - EPP, pessoa jurídica de direito privado, sediada na rua Voluntários da Pátria, nº 1013, bairro Floresta, Porto Alegre/RS, CEP 90.230-011, CNPJ 11.920.102/0001-41, revendedora autorizada da *LiuGong Latin América Máquinas para Construção Pesada Ltda*, CNPJ 11.260.925/0002-79, vem, com base no art. 109, inciso I e §1º ao 5º e art. 110 da Lei Federal n.º 8.666/1993 e item 7 e seguintes do Edital, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO** nos termos do art. 109 da Lei Federal nº 8.666/93.

Em 20.11.2018 foi realizada a sessão de disputa de preços do pregão eletrônico 011/2018, tendo por objeto uma escavadeira hidráulica, onde a JHC Máquinas, da marca XCMG, restou como licitante que apresentou o menor preço da disputa.

Contudo, a JHC Máquinas apresentou documentação que não corresponde à veracidade das especificações técnicas da máquina ofertada por ela, isso porque, as informações constantes no site do fabricante são diferentes da *Proposta* apresentada por ela.

Antes de entrar nessa questão de mérito do recurso, impende dizer que não foi formalizada e disponibilizada a ATA da sessão da licitação no sistema eletrônico. Essas questões só tem relevância, neste recurso, caso a sra. pregoeira indefira o recebimento do recurso. Se não for esse o caso, não tem relevância apreciar essa alegação recursal.

Caso a pregoeira entenda que não houve manifestação do recurso ou outra questão formal a ele relacionada, cabe dizer, então, inicialmente, que a teor do Decreto Municipal nº 082 de 26.07.2013, cabe ao pregoeiro:

Art. 9. Caberá ao pregoeiro, em especial:

(...)

VIII - indicar o vencedor do certame;

Essa indicação do vencedor não foi feita, assim como também não foi formalizada a ATA da sessão do pregão, a qual, deveria conter justamente essa indicação do vencedor, a teor do art. 27, inciso XI do Decreto Municipal nº 082/13. Veja-se o que diz esse decreto no seu art. 23, §9:

“Constatado o atendimento às exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor”

Somente a partir do momento em que é **declarado o vencedor** da licitação, poderá fluir o prazo de 3 dias úteis para interposição de recurso, a teor do art. 23, *caput* e §1º do Decreto Municipal 082/13 e art. 4º, inciso XVIII da Lei Federal nº 10.520/02. Contudo, deve ser considerado que *“nenhum prazo de recurso (...) se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado”*, a teor do art. 109, §5 da Lei Federal nº 8.666/93.

No caso, não houve formalização da ATA, não houve declaração expressa do vencedor e a documentação da JHC Máquinas só foi disponibilizada para a recorrente no dia 22.11.2018, iniciando o prazo recursal somente dia 23.11.2018, sexta-feira.

A rigor, o prazo para recurso nem estaria fluindo pois sequer foi declarado o vencedor, mas tão somente encaminhada a documentação da licitante que teria ficado em primeiro lugar na disputa. Portanto, há sim, como se vê, uma carência de atendimento de requisitos formais na licitação quanto ao contraditório e ampla defesa.

Quanto a questão de mérito do recurso, verifica-se que a JHC máquinas incorreu em várias injuridicidades. Se não, Vejamos.

O edital exige:

ESCAVADEIRA HIDRÁULICA, (...) **“VAZÃO HIDRÁULICA MÍNIMA DE 242”**...

O site da XCMG¹ diz o seguinte:

VAZÃO MÁXIMA

2x120

Porém, a **Proposta** da JHC Máquinas diz o seguinte:

vazão hidráulica de 242 litros/minuto.

Neste sentido, o próprio site da fábrica informa que a máquina XE150BR da marca XCMG, possui 240 litros de vazão hidráulica e portanto, não atende à vazão hidráulica de 242 litros exigida no edital, pois como se vê, há uma diferença de 2 litros entre uma e outra. A *Proposta* da JHC Máquinas está inequivocamente em desconformidade com os requisitos do instrumento convocatório. Com base nisso, a JHC Máquinas incorreu em duas práticas indevidas: apresentou *documentação falsa*, referente à sua **Proposta**, e fez *declaração falsa*, relativa ao cumprimento dos requisitos de sua *Proposta*.

¹ <http://xcmg-america.com/pt-br/produto/escavadeira-xe150br/>

Mas não é só.

O edital exige:

ESCAVADEIRA HIDRÁULICA, (...) "**PESO OPERACIONAL MÍNIMO DE 13.000 KG E PESO OPERACIONAL MÁXIMO DE 14.250 KG**" (...).

O site da XCMG² diz o seguinte:

PESO OPERACIONAL (KG)

14290 ~ 14890

Porém, a Proposta da JHC Máquinas diz o seguinte:

(...) **peso operacional de 14.000 kg**
e peso operacional máximo de 14.250 kg,

O site da fábrica informa que a máquina XE150BR da marca XCMG, possui PESO OPERACIONAL entre 14.290 kg e 14.890 kg, ou seja, a informação do próprio fabricante dá conta de que o menor peso da escavadeira XCMG já é superior ao peso máximo exigido no edital: o edital exige escavadeira com peso máximo de 14.250 kg e o menor peso da escavadeira da XCMG é 14.290 kg.

Portanto, a escavadeira da XCMG na sua configuração mais leve, já supera em 40 kg o peso exigido no edital.

Ocorre que a JHC Máquinas apresentou Proposta com peso operacional máximo de 14.250 kg, o que é inverídico, visto que o próprio fabricante já dá conta de que essa escavadeira não possui e não poderá atingir esse peso, pois ultrapassa ele.

Além disso, há outro problema: a Proposta da JHC Máquinas contém DOIS PESOS OPERACIONAIS, o que não tem cabimento pois o edital é claro ao exigir uma faixa de peso, entre um mínimo e um máximo. Diante disso, caberia à tal licitante apresentar a sua Proposta indicando objetivamente o peso operacional de sua escavadeira, o que não foi feito, deixando um rastro de dúvida e incerteza

Não existe escavadeira hidráulica com dois "pesos operacionais": ou o peso é um, ou é outro. A mudança da concha ou de algum acessório da máquina implica na alteração de seu peso, porém, o peso destes acessórios é predefinido e portanto não há justificativa para não indicar o peso do equipamento. Da forma como foi expressa a Proposta

² <http://xcmg-america.com/pt-br/produto/escavadeira-xe150br/>

da JCH Máquinas, não se tem como saber, afinal, qual é a configuração e qual o peso real da máquina, pois além de não estar descrito de forma precisa e objetiva, o próprio fabricante informa um peso diferente, conforme dito.

Assim, a *Proposta* da JHC Máquinas está inequivocamente em desconformidade com os requisitos do instrumento convocatório, também quanto ao *peso operacional*, e com base nisso, a JHC Máquinas incorreu novamente nas duas práticas indevidas referidas anteriormente: apresentou *documentação falsa*, referente à sua *Proposta*, e fez *declaração falsa*, relativa ao cumprimento dos requisitos de sua *Proposta*.

O Decreto Municipal nº 082/2013 diz o seguinte:

Art. 19. A partir do horário previsto no edital, a sessão pública na internet será aberta por comando do pregoeiro com a utilização de sua chave de acesso e senha.

(...)

§ 2º O pregoeiro verificará as propostas apresentadas, desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital.

Compete ao pregoeiro (a) desclassificar as propostas em desconformidade com os requisitos do edital, antes da disputa de lances, isso porque, o “Pregão” é modalidade de licitação em que a fase classificatória vem antes da disputa. Em razão da desclassificação da JHC Máquinas não ter sido feita antes, algo que foi errado, recai ao pregoeiro o dever de proceder à constatação da desconformidade da Proposta com os requisitos do edital neste ensejo, sob pena de assumir a responsabilidade por atos contrários à legislação, notadamente violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

O princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório é um “standart” de toda e qualquer licitação, isso porque, as *Leis* não preveem todas as situações de um certame, como por exemplo, a determinação do seu objeto.

Felizmente o art. 5º, inciso II da *Constituição Federal* prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Veja-se, a *Constituição Federal* não está falando em fazer ou deixar de fazer em virtude de “edital”, mas sim, em virtude de LEI, em sentido estrito.

O *edital* regulamenta a legislação de licitação no âmbito de determinado certame, sendo o documento focal que o torna público e reúne as disposições normativas não previstas em lei. por isso, o edital logicamente não pode contrariar a LEI, pois é a LEI que torna o Edital um ato jurídico válido perante o direito por força do *princípio da legalidade*, previsto no art. 5, II e art. 37, *caput* da *Constituição Federal*.



Portanto, se o edital contrariar a lei, o edital simplesmente será nulo, pois estará contrariando aquilo que lhe dá validade.

Se por um lado o edital não pode contrariar a LEI, a própria LEI diz que o edital não pode ser descumprido, e portanto, aquele que descumprir o edital estará praticando ato contrário à LEI: trata-se do princípio da **Vinculação ao Instrumento Convocatório**, previsto na Lei Federal nº 8.666/93:

*Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do **julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos.*

Em razão deste princípio, todos os atos praticados pelos licitantes e agentes públicos devem estar vinculados ao edital sob pena de nulidade. Os motivos dessa vinculação são muito evidentes: não seria correto fazer exigências, cobranças, acertos ou combinações entre licitantes e agentes públicos sem que antes, toda a sociedade e demais interessados pudessem saber, incluindo aí os órgãos de controle, e além disso, essa previsibilidade atende à finalidade de confrontar o edital com a LEIS de regência na matéria.

Neste sentido, o vai além e atende ao *princípio da publicidade* previsto no art. 37, *caput* da *Constituição Federal*, dando conhecimento **prévio** à todos sobre as regras do certame.

De nada adiantaria o conhecimento prévio das regras do certame se depois essas regras não são cumpridas. Para que isso não aconteça, existe o princípio da **Vinculação ao instrumento Convocatório**.

Além disso, o mesmo art. 3 também prevê o *princípio do **Julgamento Objetivo***, segundo o qual, não há margem para subjetivismos ou abstrações nos julgamentos do certame pelos agentes públicos. Nessa linha, a Lei Federal em questão prevê:

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

I - **objeto** da **licitação**, em **descrição sucinta e clara**;

(...)

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

Por sua vez, o Edital prevê no seu Item 9:

9 – JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

9.1 Após análise da proposta e documentação, o pregoeiro anunciará a(s) licitante(s) vencedora(s).

9.2 Na hipótese da proposta ou do lance de menor preço não ser aceito, ou se a licitante vencedora não atender as exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a proposta ou lance subsequente, verificando a sua aceitabilidade e procederá a sua habilitação na ordem de classificação, segundo o critério do menor preço, e assim sucessivamente até a apuração de uma proposta ou lance que atenda ao Edital.

9.3 Sendo suscitada alguma dúvida quanto ao objeto proposto pela(s) licitante(s) vencedora(s), em razão das especificações indicadas na proposta, o pregoeiro poderá solicitar declaração expedida pela empresa proponente, de que o objeto possui as características indicadas na proposta, como condição necessária para adjudicação do objeto.

9.3.1 A licitante que não atender ao disposto no item anterior, em prazo estabelecido pelo pregoeiro, estará sujeita à desclassificação do item proposto.

Portanto, o edital não oferece nenhum critério diferente do que a legislação já não preveja, que é o **julgamento objetivo das propostas**.

O **julgamento objetivo da proposta** da JHC Máquinas exige à **Vinculação ao Instrumento Convocatório**, pois este dois princípios são de observância obrigatória. A **Proposta** da JHC Máquinas não atende aos requisitos previamente estabelecidos no edital pois sua máquina não possui a **vazão hidráulica** e nem o **peso operacional** previstos previamente no instrumento convocatório, e tudo indica, sem dúvidas, que apresentou documento ideologicamente ou materialmente falso e fez declaração falsa.

Então, diante disso, não se admite outra providência se não desclassificar essa **Proposta**, isso, no mínimo, sem mencionar a questão sobre o uso de documento inverídico para obter o êxito na licitação, sem o qual, sequer poderia ter sido classificada.

Veja-se o que prevê o Decreto Municipal nº 082/13:

Art. 25. Aquele que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não assinar o contrato ou ata de registro de preços, deixar de entregar documentação exigida no edital, **apresentar documentação falsa**, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, **fizer declaração falsa** ou cometer fraude fiscal, garantido o direito à ampla defesa, ficará impedido de licitar e de contratar com o município, e será se for o caso, descredenciado no SICAF, ficando impedido de participar de licitações com a administração pública pelo

prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Essa previsão diz respeito às punições administrativas para a apresentação de documentação falsa e declaração falsa, contudo, veja-se o **Código Penal**:

Falsidade ideológica

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de **prejudicar direito, criar obrigação** ou **alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante**:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Emana firme do site da XCMG que a escavadeira em questão possui a vazão hidráulica e o peso operacional claramente diferentes da **Proposta** apresentada pela JHC Máquinas ao município, portanto tal licitante violou não apenas as normas licitatórias, mas afrontou a Lei Penal: é o que se conclui do que está em tela.

Importante dizer que a ***vinculação ao instrumento convocatório*** é princípio que obriga a observância do edital por duas “partes”; de um lado o licitante interessado no certame, e de outro, os agentes da adm. pública. O descumprimento do edital por cada uma destas partes provocará responsabilidades diferentes.

Prevê a Lei Federal nº 8.666/93:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

Neste sentido, a lei impõe o dever de agir de ofício ao sr. pregoeiro e demais agentes públicos que forem julgar e decidir, sobretudo, em se tratando do chefe do poder executivo municipal, o sr. prefeito, no sentido de que, a partir do momento em que tomando ciência do claro e inequívoco não atendimento da **Proposta** da JHC aos requisitos do instrumento convocatório, não há outra providência se não a sua desclassificação.

Em sede conclusiva, veja-se o que diz a Lei Federal nº 8.666/93:

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.

Pode a autoridade determinar a **realização de diligência** junto à máquina da **XCMG** para aferir o seu *peso operacional* e *vazão hidráulica*, uma vez que a documentação apresentada por ela é claramente discrepante da informação do site do fabricante.

Essa diligência implica em pesar a escavadeira hidráulica em uma balança e não apenas em “ver” a etiqueta da máquina, e quanto a vazão hidráulica, na perícia cabível, necessariamente facultada a presença de assistente técnico dos demais licitantes com base no contraditório e ampla defesa.

Neste sentido, requer a recorrente BERTINATTO MÁQUINAS:

a) o recebimento, apreciação, julgamento e disponibilização da decisão do presente recurso no prazo legal e com intimação da recorrente, sob pena de nulidade por violação dos princípios do contraditório e ampla defesa.

b) A **desclassificação** da **Proposta** da **JHC Máquinas** por estar o objeto ofertado por ela em desconformidade com os requisitos do edital, tal seja, a **vazão hidráulica** e o **peso operacional**;

c) a **desclassificação** também em razão da referida **Proposta** conter informações inverídicas em relação aos dados fornecidos pela própria fábrica, conforme o site da mesma;

d) a **realização de diligência** quanto ao *peso operacional*, para o fim de pesar a escavadeira hidráulica em uma balança, e quanto a *vazão hidráulica*, a realização de perícia franqueada a presença de assistente técnico ou prepostos das demais empresas licitantes, sob pena de nulidade, com base nos princípios do contraditório e ampla-defesa;

e) Caso o sr. pregoeiro (a) não proveja o recurso, que o mesmo seja encaminhado para a autoridade superior para apreciação e julgamento, nos termos da legislação.

Nestes termos, pede deferimento.

Porto Alegre, 27 de novembro de 2018



Marcos Giovane da Silva Corrêa
CPF 920.166.260-20
Analista Comercial
admcomercial@priorigrupo.com.br
Fone: 51 3061.2221

11.920.102/0001-41
BERTINATTO MAQUINAS EIRELI - EPP
RUA VOLUNTÁRIOS DA PÁTRIA, 1013
FLORESTA - CEP 90230-011
PORTO ALEGRE-RS