

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

À ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA ANDRESSA FOLCHINI DA CASA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANÁ - HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DO OESTE

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 041/2023

A BRAZIL 3 BUSINESS PARTICIPAÇÕES LTDA, pessoa jurídica de Direito Privado devidamente inscrita no CNPJ sob o nº 10.515.403/0001-27, Inscrição Estadual nº 206.444.055.113, com sede na Av. Piraíba, 296 – SI 04 – Centro Comercial Jubran, Barueri – SP – CEP: 06.460-121, telefone: 11 – 3078-2522, endereço eletrônico de e-mail bruno.oliveira@bluehealth.com.br, doravante denominada B3B ou simplesmente “Recorrente”, irressignada com o ato que resultou na classificação da proposta da ora Recorrida, vem mui respeitosamente perante V. Sa., por intermédio de seu representante, infra-assinado, com fundamento no art. 5º, LV, da Constituição Federal c/c art. 109 da Lei nº 8.666/1993 e item 13 do Edital, apresentar

MEMORIAIS DE RECURSO

Por entender indevida a aceitação da proposta da empresa IMEX MEDICAL COMÉRCIO E LOCAÇÃO LTDA, já qualificada, doravante denominada IMEX ou simplesmente “Recorrida” vez que deixou de atender ao descritivo exigido no Termo de Referência, sendo imperiosa sua desclassificação consoante se demonstrará nas linhas que seguem.

I – DA TEMPESTIVIDADE

Estabelece o Edital que após a declaração do vencedor no certame, caso algum licitante entenda que houve alguma irregularidade que eivou a declaração, terá a oportunidade de recorrer do ato, devendo fazê-lo no prazo de até 03 (três) dias, contados do deferimento do Pregoeiro no sistema:

“13.1 - Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias úteis para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentarem contrarrazões, em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vistas imediata dos autos”

Desta forma, tal como consta no sistema o prazo findo encontrar-se-á esgotado no dia 25/04/2023 o que comprova que a medida encontra-se absolutamente tempestiva, devendo ser recebida, conhecida e apreciada em todos os termos, para ao fim ser decidido por esta Douta Comissão.

II – DA SÍNTESE DOS FATOS

O Edital em comento objetiva a seleção de propostas visando o Pregão Eletrônico, do Tipo Menor preço por item, objetivando a aquisição de equipamentos médicos do Hospital Universitário do Oeste do Paraná – HUOP conforme condições, especificações, valores e estimativas de consumo constante no Anexo I, e nos termos deste edital e seus anexos, e para fornecimento de acordo com as necessidades do Hospital Universitário da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE.

Aberta a sessão e finda a etapa de lances, a empresa IMP EQUIPAMENTOS MEDICOS LTDA ofertou a menor proposta, no valor de R\$ 258.256,00 (duzentos e cinquenta e oito mil duzentos e cinquenta e seis reais), e após análise da proposta e catálogo, a equipe técnica declarou desclassificada uma vez que o produto ofertado “não atende o descritivo do edital no quesito “Tempo de Exposição corpo inteiro de no máximo 360 seg”, conforme manual -ANVISA, PRIMUS- pag. 23, o tempo de exposição do corpo total (aprox. 6 m 50 s).”

Passou-se à análise da empresa subsequente na ordem de classificação: IMEX MEDICAL COMERCIO E LOCACAO LTDA, com o valor de lance de R\$ 260.865,00 (duzentos e sessenta mil oitocentos e sessenta e cinco reais), e após análise da proposta e catálogo e dos documentos de habilitação, restou declarada aceita e habilitada no certame.

Ocorre que a proposta aceita pela equipe do pregoeiro não atendeu a totalidade das características técnicas exigidas no Edital uma vez que o Termo de Referência solicita:

a) Equipamento de densitometria óssea por Raios-X com no mínimo 16 detectores físicos (não será considerado duplicação virtual) e tecnologia para aquisição de imagens em única passagem sem sobreposição ou subamostragem de dados, FAN-BEAM real ou similar.

A proposta ofertada pela IMEX descreve:

1. Detector:

- Tecnologia 2D-FAN BEAM.
- Detector: Multi array de 256 elementos (matriz 4 x 64)
- Tipo de Detecção: Detecção Direta
- Material do Detector: CdTe de estado sólido (Telureto de cádmio 1 mm)

- Precisão BMD inferior a 1%

Este tipo de tecnologia, não é multidetecção real de 256 elementos. É formação com 04 placas de 64 elementos, para somar número de 256. Solicitamos a verificar atestado de conformidade deste equipamento por usuário, no intuito de comprovar a eficiência de aquisição das imagens, e melhor resolução espacial.

Em outra parte:

4. Scanner:

- MÉTODO DE SCAN: VARREDURA RETILÍNEA

A aquisição de imagens em passagem única – também conhecida como linear – ocorre quando o equipamento faz o escaneamento de forma linear, obtendo as imagens em uma única passagem pela região.

Por sua vez, o equipamento ofertado na proposta da IMEX descreve varredura retilínea, que trabalha com várias passagens pela região diagnosticada, o que certamente IRÁ CAUSAR SOBREPOSIÇÃO DAS ESTRUTURAS NO ESCANEAMENTO E, CONSEQUENTEMENTE OCASIONAR A SUB AMOSTRAGEM DE DADOS RECHAÇADA CLARAMENTE NO EDITAL.

É importante ressaltar que estas mesmas falhas ocasionaram a desclassificação da empresa no processo do Hospital de Área de São Paulo (UASG 160495 – Pregão 33/2022), pois trata-se de falha substancial que compromete a acurácia dos exames no Hospital.

Não bastasse as falhas apontadas, a proposta da IMEX também desatende ao solicitado no edital:

DEVE POSSUIR COMPATIBILIDADE COM O SOFTWARE TBS (TRABECULAR BONE SCORE), OU RECURSO SIMILAR.

Em momento algum a proposta relata compatibilidade com o software TBS, tampouco o manual do usuário registrado na ANVISA também possui qualquer menção à tecnologia.

De bom tom ressaltar ainda que qualquer alteração que não possua registro ou protocolo aprovado pela ANVISA deve ser rechaçada, consoante determina a Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 185, de 22 de outubro de 2001 que aprovou o Regulamento Técnico que consta no anexo desta Resolução, tratando do registro, alteração, revalidação e cancelamento do registro de produtos médicos na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, vejamos:

“Art.3º [...]

Parágrafo único. A alteração, revalidação ou cancelamento do cadastro de produto referido neste artigo, deve adotar os mesmos procedimentos previstos nos itens 9, 10, 11 e 13 da Parte 3 do Regulamento anexo a esta Resolução, estando sujeito às disposições das Partes 4 e 5 deste Regulamento.”

“9. Para solicitar a alteração do registro de produto médico, o fabricante ou importador deve apresentar no mínimo o documento requerido no item 5(a), Anexo III.A preenchido e demais documentos exigidos para o registro original do produto, cuja informação foi modificada. ”

“10. Para solicitar a revalidação do registro de produto médico, o fabricante ou importador deve apresentar o documento requerido no item 5(a), assim como o Anexo III.A preenchido. Esta informação deverá ser apresentada no prazo previsto pela legislação sanitária, o que não interromperá a comercialização do produto até o vencimento de seu registro.”

“11. O fabricante ou importador detentor do registro de produto médico, pode solicitar o cancelamento do registro mediante a apresentação do Anexo III.A preenchido.”

“13. O registro de produtos de saúde terá validade por 5 (cinco) anos, podendo ser revalidado sucessivamente por igual período.”

Ademais, a conjunção de todas as especificações constantes nas Instruções de Uso protocoladas no Portal da ANVISA demonstram desatendimento de dois requisitos técnicos exigidos no instrumento convocatório, o que deverá acarretar a desclassificação de sua proposta, consoante preconiza o subitem 8.11.1 do edital.

Destarte, a B3B, ora Recorrente, foi diretamente prejudicada pela classificação indevida da proposta da IMEX, por ato que contraria ao edital e, consequentemente, viola princípios basilares dos procedimentos licitatórios – em especial o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da estrita legalidade.

Essas violações implicam em NULIDADE de todos os atos subsequentes à classificação da Recorrida, tendo em vista que o equipamento ofertado pela Recorrida descumpra as especificações mínimas estabelecidas no instrumento convocatório, tornando-se inarredável a reforma ora pleiteada.

III – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Os atos administrativos são pautados pela legalidade, conforme determina o art. 37 da Constituição Federal. A legalidade, quando se refere à Administração Pública, nada mais é do que a estrita legalidade, na qual o servidor público somente pode fazer ou omitir-se de fazer algo se autorizado expressamente por Lei.

O princípio da legalidade representa uma garantia para os administrados, visto que qualquer ato administrativo somente terá validade se respaldado em lei, em sua acepção ampla. A estrita legalidade reside no fato de, enquanto a pessoa civil somente é proibida de fazer o que a lei lhe veta a Administração Pública está proibida de fazer aquilo que a lei não prevê, além daquilo que expressamente lhe proíbe. Desta forma, representa um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrado em relação ao abuso de poder.

Os atos administrativos são pautados pela legalidade, conforme determina o art. 37 da Constituição Federal. A legalidade, quando se refere à Administração Pública, nada mais é do que a estrita legalidade, na qual o servidor público somente pode fazer ou omitir-se de fazer algo se autorizado expressamente por Lei.

O princípio da legalidade representa uma garantia para os administrados, visto que qualquer ato administrativo somente terá validade se respaldado em lei, em sua acepção ampla. A estrita legalidade reside no fato de, enquanto a pessoa civil somente é proibida de fazer o que a lei lhe veta a Administração Pública está proibida de fazer aquilo que a lei não prevê, além daquilo que expressamente lhe proíbe. Desta forma, representa um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrado em relação ao abuso de poder.

Segundo este princípio, a Administração Pública deve ater-se ao que determina a legislação, seguindo estritamente todos os ditames determinados nas normas e demais princípios, sob pena de incorrer em ilegalidade do ato.

Nas palavras do jurista Bruno Silva, o princípio "é o principal conceito para a configuração do regime jurídico-administrativo, pois segundo ele, a administração pública só poderá ser exercida quando estiver em conformidade com a lei. Segundo o princípio em análise, todo ato que não possuir embasamento legal, é ilícito." (SILVA, Bruno Tulum. Noções de Direito Administrativo. NOVA, 2015, pg. 1)

Citando as sábias palavras de Hely Lopes Meirelles:

"A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeitos aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso".

No princípio da legalidade a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina, trata-se de uma relação de subordinação para com a lei. Pois se assim não o fosse, as autoridades administrativas poderiam impor obrigações e proibições aos administrados, independente de lei. Daí decorre que nessa relação só pode fazer aquilo que está expresso na lei.

Como é cediço, o art. 41 da Lei nº 8.666/1993 estabelece o princípio da vinculação ao instrumento convocatório conforme descrito em seguida e a Administração Pública há que se ater às disposições editalícias, sendo-lhe vedado o fator surpresa.

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

O Tribunal de Contas da União conceitua o princípio da vinculação ao instrumento convocatório nas seguintes palavras:

"Obriga a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no instrumento de convocação" Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 29.

Neste sentido é a lição de 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 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." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 246).

Afina no mesmo diapasão o ilustre jurista 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 específicos 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" (STJ, MS nº5.596- DF, Rel. Min. Américo Luz. DJU de 04.02.98, pág.03, in Comentários à Lei de Licitações e contratações da administração pública, ed. Renovar,

O STF (RMS 23640/DF) tratou da questão em decisão assim ementada:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apocrifia, a inexistência do documento. 2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência. 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso. A inobservância da lei, por parte da administração pública, gera atos nulos ou passíveis de nulidades, devendo ser rechaçada toda e qualquer ação que resulte em desobediência a lei ou preceito administrativo.

Dito isto, vez que o Edital exigiu algumas características como requisito mínimo que o equipamento ofertado deveria conter/especificar, qualquer desatendimento à estas exigências caracterizam inaptidão da proposta devendo ser desclassificada. O licitante precisa estar atento às exigências do instrumento convocatório e seguir à risca tudo o que ali estiver determinado, dentro dos parâmetros da legalidade.

A Lei de Licitações, em seu art. 48 estabelece como regra que o descumprimento do edital, por parte da licitante, acarretará sua desclassificação, vejamos:

"Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;"

Na mesma toada o subitem 8.11.1 do Edital, determina com clareza os critérios de julgamento das propostas, contendo as hipóteses em que caracterizarão a desclassificação das proponentes no certame, dentre as quais destaca-se:

"8.11 - SERÁ DESCLASSIFICADA A PROPOSTA QUE:

8.11.1 - Não atender aos requisitos deste Edital;"

Isto posto, considerando a falta de comprovação de requisitos mínimos no manual de instrução de uso e da proposta, não resta alternativa à ilustre Pregoeira que, lastreado pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório e pela segurança jurídica que reveste o ato, deverá reformar sua decisão para preservar a legalidade do processo licitatório passando a desclassificar a proposta da IMEX, eis que deixou de comprovar total atendimento ao instrumento convocatório.

Reitera-se que o descumprimento de requisitos técnicos é grave, pois, quando um descritivo técnico é elaborado para contemplar um edital em um processo licitatório, as informações são especificadas em um contexto ideal ao setor de mamografia em que o equipamento a ser adquirido será instalado.

Quadra trazer a lume que, a partir do momento em que a Administração Pública toma conhecimento da ausência de requisitos obrigatórios de classificação de uma proposta, tal como ocorre no quadro em tela, nasce o poder-dever de adotar as providências cabíveis, sob pena de incorrer em NULIDADE do certame por descumprimento do edital e das normas licitatórias.

Nesse diapasão, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório possui extrema relevância, vinculando não só a Administração, como também os administrados. É o que determina os artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei nº 8.666/93.

Nos ensinamentos de Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, o instrumento convocatório "é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da Administração Pública quanto dos licitantes".

Portanto, ao restar comprovado o descumprimento de especificações mínimas exigidas para o objeto do certame, requer a IMEDIATA DESCLASSIFICAÇÃO da proposta da Recorrida e a consequente publicação de nova grade ordenatória das propostas classificadas e desclassificadas, conforme determina o subitem 8.11.1 do Edital.

IV – DOS PEDIDOS:

Ex positis, com supedâneo na CF/ 88 e na Lei nº. 8.666/93 e suas posteriores alterações, bem como as demais legislações vigentes, requer se digne Vossa Senhoria a Receber o presente recurso com efeito suspensivo, eis que se encontra revestido de tempestividade, para REFORMAR as decisões que declararam vencedora a licitante IMEX MEDICAL COMÉRCIO E LOCAÇÃO LTDA com a consequente DESCLASSIFICAÇÃO de sua proposta, conforme determina o Edital no subitem 8.11.1, bem como o art. 48 da Lei nº 8.666/1993, passando à análise da proposta da proposta subsequente;

Caso não seja esse o entendimento, requer seja o presente recurso em conjunto com todo o processo encaminhado à autoridade superior para apreciação e julgamento fundamentado, nos termos do § 4º do art. 109 da Lei nº 8.666/1993.

Nestes Termos pede e espera deferimento.

BRUNO DE OLIVEIRA
ADVOGADO DE LICITAÇÕES
OAB/SP 437.821

Fechar