



ILMO. SR. PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA-FMS-SE

**PREGÃO PRESENCIAL Nº004/2019**

**WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA**, já qualificada nos autos do processo licitatório, inscrita no CNPJ MF sob o nº 24.380.578/0041-76, respectivamente, vem tempestivamente à presença de V.S<sup>a</sup>, por seu procurador abaixo (Doc. 01), interpor com fundamento no item 10.1 do Edital, art. 4º, XVIII, da Lei 10.520/2002 e art. 11, inciso XVII do Decreto 3.555/00,

**RECURSO ADMINISTRATIVO**

contra decisão do Ilmo. Sr. Pregoeiro que habilitou e declarou vencedora a empresa CR OXIGÊNIO E EQUIPAMENTOS LTDA, mesmo ciente das violações a dispositivos do Edital, a diversos princípios e ausência de segurança jurídica e operacional, razão pela qual requer que, após os tramites legais, que seja aplicado o princípio da reconsideração a fim de **DECLASSIFICAR/INABILITAR** Recorrida, e caso assim não entenda, que seja a presente peça de recurso devidamente encaminhada a autoridade superior.

Salvador, 25 de março de 2019.

N. Termos,  
E. Deferimento.

**WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.**

## **RAZÕES DO RECURSO ADMINISTRATIVO**

**RECORRENTE**: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.

**RECORRIDA**: CR OXIGÊNIO E EQUIPAMENTOS LTDA;

**DECISÃO RECORRIDA** – PROFERIDA PELO ILUSTRE PREGOEIRO QUE DECLAROU A EMPRESA CR OXIGÊNIO E EQUIPAMENTOS LTDA COMO VENCEDORA DO CERTAME, MESMO COM VIOLAÇÃO AOS DISPOSITIVOS DO EDITAL E A DIVERSOS PRINCÍPIOS.

### ***Respeitado Julgador***

A decisão que culminou no prosseguimento do certame sem observância dos vícios acima citados, em que pese o zelo de seu prolator, *permissa vênia*, deve ser reformada em sua totalidade, posto que esta incorreu em visível equívoco e contrariou dispositivos do Edital, além de violar diversos Princípios Administrativos e normas legais das Leis 8.666/93 e 10.520/02.

## **I - DOS FATOS EM SUA ESSÊNCIA**

No dia 21/03/2019 a Recorrida foi declarada vencedora do certame, mesmo tendo apresentado vícios em seus documentos, vejamos:

- 1) A Recorrida violou o Edital, já que a empresa apresentou AFE (Autorização de Funcionamento) de terceiro (fabricante LINDE), ao invés de apresentar AFE em seu nome, já que a Recorrida possui CNAE como empresa fabricante de gases. Aliás, o Edital exige que os documentos devem ser do CNPJ da licitante e que o fabricante apresente AFE. Ainda, ficou claro que a Recorrida vai subcontratar o objeto, o que é vedado pela Lei 8.666/93 e pelo contrato;
- 2) Não foi apresentado CNAE pertinente ao objeto do certame (comercialização de gases).

Desse modo, é de convir que a contratação da Recorrida é temerária e coloca em risco a coletividade, principalmente pela incerteza da qualidade do produto que será entregue.



Sendo assim, deve ser desclassificada/inabilitada a Recorrida.

## **II - DAS RAZÕES DE MÉRITO**

Em suma, foram identificadas irregularidades na documentação da Recorrida. Pois bem, em relação a AFE apresentada pela Recorrida, esse assunto será tratado em tópico próprio. No tocante a Recorrida não apresentar CNAE compatível com o objeto, ou seja, atividade de Comercialização de Gases Medicinais é salutar que é uma violação ao Edital. A alegação de que o CNAE da Recorrida possui comércio de produtos químicos não é compatível com o objeto do certame, pois se deve constar comercialização de gases.

Ora ilustre Pregoeiro, firmar uma contratação com uma empresa que não é especialista em comercialização de gases medicinais seria temerária e colocaria em risco a vida da população. Vale ressaltar que a não observância desse elemento pode implicar em ações criminais e de improbidade contra os agentes públicos que dão azo a tal risco.

Nesse sentido o Edital é claro ao permitir a participação de empresas que comprovem pertencer ao ramo de atividade pertinente ao objeto da contratação, o que não é o caso da Recorrida. Vejamos:

4.1. Poderão participar deste Pregão os interessados que atenderem a todas as exigências, inclusive quanto à documentação, constantes deste Edital e seus Anexos, e que **detenham atividade compatível e pertinente com o seu objeto.**

Aliás, ao não desclassificar a Recorrida, a Administração está violando os Princípios da Isonomia, Vinculação ao Instrumento Convocatório, Eficiência, Segurança Jurídica e Operacional, ao Procedimento Formal e ao art. 41 da Lei 8.666/93 (“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha **estritamente vinculada**”).

Sendo assim, houve violação aos dispositivos supracitados e aos arts. 40, 41, 43, 45 e 48 da Lei 8.666/93:

“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:

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

Art.45. **O julgamento das propostas será objetivo**, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, **os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório** e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, **de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes** e pelos órgãos de controle.

Art. 48. Serão desclassificadas:

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

Do mesmo modo 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.

O STJ já se manifestou diversas vezes a respeito do tema (por exemplo: RESP 595079, ROMS 17658). No RESP 1178657, o tribunal decidiu:

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa", **este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica.** Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a requerida, **não supre a exigência do edital.** Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, **é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes.**

O TRF1 também já decidiu que a Administração deve ser fiel ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (AC 199934000002288): "Pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, 'a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada' (Lei nº 8.666/93, art. 3º, 41 e 43, I). O edital é a lei da licitação. A despeito do procedimento ter suas regras traçadas pela própria Administração, **não pode esta se furtar ao seu cumprimento**, estando legalmente vinculada à plena observância do regramento".

O mesmo TRF1, noutra decisão (AC 200232000009391), registrou:

Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º [Lei nº 8.666/93], pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. (...) **O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido**, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica a pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las (...) "(Justen Filho, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 8ª ed., São Paulo, Dialética, comentários ao art. 41, pgs. 417/420). A conduta da Administração na condução do pleito foi de estrita observância e vinculação ao edital, sendo o direito prejudicado pertencente a terceiro que não observou as prescrições editalícias, sendo descabida a pretensão de beneficiar-se de sua desídia.

Dessa forma, a Recorrida deve ser desclassificada, já que houve descumprimento do Edital.

## **II.1 - AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO**

Inicialmente é importante frisar que o Edital exige comprovação de Autorização de Funcionamento e exige que os documentos devem ser com o CNPJ da licitante. No caso em comento, a Recorrida apresentou a Autorização de Funcionamento (AFE) de um terceiro (LINDE).

Ocorre que a Recorrida é fabricante de gases, então deveria apresentar AFE em seu nome. No mais, o Edital aduz **sob pena de inabilitação**, que os documentos apresentados deverão estar em nome da licitante e com o número do CNPJ. Insta registrar que a norma do Edital é clara, ou seja, não deixa espaço para outra interpretação a não a inabilitação.

Portanto, como a Recorrida não apresentou o documento da forma devida, a mesma deve ser inabilitada sob pena de violar os Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório, Isonomia e Procedimento Formal.

Para piorar, ficou claro que a Recorrida não possui AFE, pois apresentou de um outro fabricante (LINDE). Contudo, é válido mencionar que a Recorrida possui CNAE de fabricante de gases, o que enseja a obrigatoriedade da AFE, pois a mesma não é uma simples distribuidora. **A RECORRIDA É FABRICANTE, DEVENDO APRESENTAR AFE CONFORME EXIGE O EDITAL!!**

Por oportuno, vale ressaltar o entendimento da RDC nº69 da Anvisa que exige a AFE até mesmo para distribuidor no caso de comercialização de gases medicinais. Nessa esteira, o subitem 2.2 da RDC nº69 da ANVISA aduz que este regulamento se aplica não somente à empresa que produz o gás medicinal, mas **todas aquelas que, sem realizar o processo completo**, participam do controle, **da elaboração de alguma etapa do processo**, do fracionamento, do acondicionamento, **da distribuição, do transporte** e da importação do gás medicinal.

Pois bem, a Autorização de Funcionamento (AFE) é um documento de apresentação obrigatória por exigência legal, imprescindível para comprovar que as licitantes tem autorização para exercer as atividades sob regime de Vigilância Sanitária, mediante comprovação de requisitos técnicos e administrativos específicos. Portanto, a exigência da AFE não é uma opção, mas obrigação legal consoante determina as RDC's 09e 69 da ANVISA.

Logo, a empresa que pretende fornecer à administração, respeitando o interesse público, deve necessariamente possuir a AFE, cumprindo as normas vigentes, cabendo a administração, exigir dos participantes obediência as legislações, tendo em vista que a autorização é um documento indispensável para a habilitação e contratação **sob pena de ineficiência quanto a execução do objeto.**

**Sendo assim, é latente que a Recorrida deveria ter apresentado a AFE pertinente a sua empresa, já que é ela quem vai fornecer, é ela que está participando do certame e que deve comprovar que possui a segurança devida!**

Logo, tal omissão acarreta insegurança jurídica e violação ao Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, pois, a Administração só deve contratar com empresas que possuam a documentação, o que não é o caso da Recorrida.

Também, deve ser enfatizado que houve violação ao subitem 22.5 do Edital e ao Princípio do Procedimento Formal que estabelece no art. 41, o seguinte:

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

9.17. Se a oferta não for aceitável, ou se a Licitante desatender às exigências para a habilitação, o Pregoeiro examinará as ofertas subsequentes de menor preço, negociará com a sua autora, decidirá sobre a sua aceitabilidade e, em caso positivo, verificará as condições de habilitação e assim sucessivamente, até a apuração de uma oferta aceitável cuja autora atenda aos requisitos de habilitação, caso em que será declarada vencedora do(s) lote(s) ofertado(s);

Ora, se o artigo aduz que a Administração é vinculada às condições do Edital, não há razão para habilitar a Recorrida.

Então, se a Recorrida descumpriu tal item do Edital, não apresentando tal documentação ou apresentando de forma que não é devida, sua contratação é temerária e põe em risco a execução do serviço e conseqüentemente a coletividade, transgredindo o Princípio da Segurança Jurídica e da Indisponibilidade do Interesse Público.

Desta feita, a conduta do pregoeiro em aceitar a AFE apresentada na forma indevida viola o Princípio da Isonomia, Igualdade, Impessoalidade e Legalidade, consoante dispõe o art. 3º da Lei 8.666/93.

**Ademais, os documentos apresentados no certame devem ser da pessoa jurídica participante do certame, ou seja, todos os documentos de habilitação devem ser apresentados em nome e de acordo com o CNPJ da empresa participante do certame, o que não é o caso em tela.**

Aliás, a alegação da Recorrida é de que é revendedora da Linde, no entanto não ficou provado que a declaração é verdadeira. No caso, a Recorrida deveria apresentar declaração do fabricante acompanhada de contrato da relação comercial, procuração e atos constitutivos/contrato social do fabricante.

O entendimento acima serve para verificar as condições de quem vai executar o contrato, especialmente quando diz respeito a qualificação técnica.





Em que pese os fatos e as alegações da Recorrida, é de convir que a mesma subcontrata com outrem (LINDE), sendo uma conduta antiética. A conduta também pode ser considerada uma burla a legislação.

Insta registrar que a subcontratação é prática vedada na Lei 8.666/93 e que acarreta rescisão do contrato, vejamos:

Art. 78. Constituem motivo para **rescisão do contrato**:

**VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial,** bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

### **MINUTA DO CONTRATO**

#### **Cláusula Décima Terceira - da Denúncia e da Rescisão**

**13.** O presente Contrato poderá ser denunciado, por acordo entre as partes, mediante notificação expressa, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias e rescindido, a juízo do **contratante**, nos casos previstos no Art. 79, inciso I, da Lei nº 8.666/93, com alterações posteriores, reconhecidos os direitos da Administração.

Esse entendimento faz jus a natureza personalíssima do contrato administrativo, daí surge a impossibilidade de o contratado transferir ou ceder a terceiros a execução, sob pena de violar a impessoalidade e a natureza contratual (Marçal Justen Filho, 11ª Edição, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

A título de esclarecimento, a jurisprudência do TCU orienta-se no sentido de exigir prévia e expressa autorização da Administração, **veiculada por previsão em edital e em contrato, para que o contratado possa subcontratar parte** do objeto contratual. Tal entendimento decorre de interpretação conjunta dada aos artigos 72 e 78, VI da Lei 8.666/93.

À luz das prescrições legislativas citadas, a Corte de Contas vem **considerando ilegal a subcontratação não permitida no instrumento convocatório e contratual** (o que é o caso dos autos!). Nesse sentido, veja-se, exemplificativamente, o Acórdão nº 1014, proferido ainda do ano de 2005:



“nos ensinamentos de Jessé Torres Pereira Junior (in Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, Editora Renova, 2002, p. 694.) “(...) poderá subcontratar se for em parte e **desde que tal possibilidade houvesse sido prevista no ato convocatório e no contrato, vedada a inclusão, em regulamento, de autorização genérica para subcontratar**, uma vez que a subcontratação terá de ser expressamente admitida em cada contrato, inclusive com a fixação de limite condizente com o objeto deste.” (grifei) Assim, deve-se observar a previsão de subcontratação no instrumento convocatório do certame licitatório e no contrato celebrado com a empresa, nos termos dos arts. 78, IV, combinado com o art. 72, todos da Lei nº 8.666/1993.” (TCU, Acórdão nº 1014/2005, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 20.07.2005).

Considerando o TCU, a regra é que a subcontratação esteja autorizada no edital e no contrato, sob pena de conduzir à rescisão do contrato, na forma do art. 78, VI da Lei nº 8.666/93. **O presente caso se enquadra a proibição legal, uma vez que não há previsão no contrato e nem no edital da subcontratação, contrariando o entendimento da lei, da doutrina e do TCU**, razão pela qual se pede a inabilitação da Recorrida.

Por fim, vale frisar a finalidade da legislação, onde se enfatiza nos arts. 66 e 76 que o contrato deve ser executado pelas partes e haverá a rejeição de fornecimento em desacordo com o contrato, vejamos:

Art. 66. O contrato deverá ser **executado fielmente pelas partes**, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial.

Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou **fornecimento executado em desacordo com o contrato**.

Portanto, uma vez que está comprovado que o fornecimento não vai se dá pela empresa licitante, havendo uma subcontratação proibida em lei (seja pela não permissão no Edital, por violação a Lei ou aos Princípios), deve haver a inabilitação da empresa sob pena de violação aos Princípios da Legalidade, Segurança Jurídica e Razoabilidade.



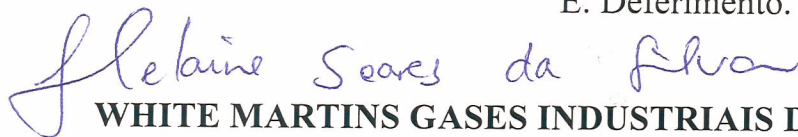
Isto posto, é latente que a Recorrida deve ser inabilitada a ponto de garantir lisura e transparência ao certame.

### **III – CONCLUSÃO**

Diante de todo o exposto, a Recorrente espera que V.S<sup>a</sup>, exemplarmente, reformule a decisão desclassificando/inabilitando a empresa CR OXIGÊNIO E EQUIPAMENTOS LTDA, em face dos vícios cometidos e convocando a Recorrente para análise dos documentos de habilitação.

Salvador, 25 de março de 2019.

N. Termos,  
E. Deferimento.



**WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.**