

Pregão/Concorrência Eletrônica

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILMA. SR. PREGOEIRO DO CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO DA ZONA DA MATA DE MINAS GERAIS – CISAB

-Pregão Eletrônico nº 013/2023
- Processo Administrativo nº 033/2023

AGILENT TECHNOLOGIES BRASIL LTDA. ("Agilent" ou "Requerente"), pessoa jurídica de direito privado, sociedade com sede na Cidade de Barueri, São Paulo, na A Alameda Araguaia 1142 – Térreo Parte/ 1º andar, Alphaville Industrial, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.290.250/0006-06, neste ato Pregão Eletrônico acima destacado ("Edital" ou "Pregão"), vem, respeitosa e tempestivamente, com fundamento no item 11.1 do Edital, do artigo 44, do Decreto Federal nº 10.024/2019 ("Decreto") e art. 4º, inc. XVIII, da Lei Federal nº 10.520/2002 ("Lei do Pregão"), interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

em face da decisão proferida pelo Pregoeiro ("Decisão Recorrida"), que declarou a Nova Analítica Importação e Exportação LTDA. ("Nova Analítica") como vencedora do Pregão, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

1. DOS FATOS

1.1. Acudindo ao chamamento dessa Instituição para o certame licitatório acima identificado, a AGILENT veio participar do procedimento licitatório com a mais estrita observância das exigências editalícias para aquisição do Espectrômetro de emissão óptica em argônio induzido por RF (ICP/OES). Após a análise da documentação da vencedora e da forma que foi conduzido o certame, foi possível constatar graves vícios que comprometem a legalidade do processo licitatório, estando assim, em desconformidade com a Lei de Licitações e Contratos Administrativos e que portanto, tal decisão não se deve prosperar, senão vejamos:

1.2. Para começar, deve ser lembrado que este processo administrativo foi republicado 2 vezes e a Nova Analítica sempre ofertou o mesmo modelo de equipamento, quer seja, o Espectrômetro de Emissão Óptica em Argônio Induzido por RF (ICP OES) Dual View modelo ICAP PRO XP.

1.3. Ocorre que no pregão anterior, a Nova Analítica foi desclassificada e conforme V.Sas., destacaram no julgamento do recurso da mesma, destacaram que:

"Ocorre que, ao analisar a proposta anexada pela empresa NOVA ANALÍTICA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA não foram identificados vários pontos presentes no Termo de Referência e que pela limitação de caracteres do sistema não puderam ser apontados detalhadamente

.... Entendemos que alguns descritivos podem estar escritos de maneira diferente e, não há nenhuma objeção quanto à isso, o questionamento é que alguns pontos não foram nem mesmo identificados, dificultando a análises por parte da Comissão.

.... Quanto ao sistema para geração de hidretos, a proposta original é clara que o mesmo é acoplável direto à bombapéristáltica existente no equipamento, enquanto que o Anexo I – Termo de Referência expressa nitidamente que deve acompanhar o equipamento "01 (um) sistema para geração de hidretos para determinação de As, Bi, Hg, Se, Sb, Sn e Te sem acoplar à bomba peristáltica existente no equipamento, contendo pelo menos 20 mangueirassobressalentes".

1.4. Ou seja, a Nova Analítica não atendeu vários pontos do Termo de Referência e ao participar neste pregão com o mesmo equipamento, é possível verificar uma má fé por parte da mesma, pois ofertou pela terceira vez o mesmo equipamento, tendo como finalidade induzir V.Sas. a erro já que continua sem atender tais pontos, diferente da Agilent que solicitava esclarecimentos para garantir o atendimento as exigências do Edital

1.5. Deve-se destacado também que o objeto do presente pregão é relevante importância ao interesse público, considerando seu impacto no monitoramento da qualidade da água fornecida a diversos cidadãos.

2. DOS MOTIVOS TÉCNICOS

2.1. É possível que a Nova Analítica que simplesmente copiou e colou o Termo de Referência e incluiu em sua proposta dando a impressão que atendem as exigências do Edital, mas a Agilent irá demonstrar que não atendem.

2.2. No Termo de Referência é solicitado:

"...com interface de cone resfriado para remoção da zona fria do plasma ou tecnologia com emprego de ar comprimido"

2.3. O modelo ofertado pela Nova Analítica não utiliza nenhuma destas tecnologias, ele faz uso de uma tecnologia chamada "end-on gas", a qual faz uso de um fluxo de Argônio contrário ao plasma (saindo do cone da visão axial) a fim de remover a zona fria do plasma (zona que poderiam vir a causar interferências de matriz da amostra). Nesta tecnologia é necessário um fluxo de argônio a mais, sem contar o fluxo já utilizado para formação do plasma e purga da óptica.

2.4. O fato é que a tecnologia do ICP OES, modelo iCAP Pro XP, para remoção da zona fria do plasma não está contemplada no Termo de Referência. Além do que, tal tecnologia possui um consumo maior de argônio, elevando os custos ao órgão para conseguir realizar a análise do instrumento.

2.5. É possível comprovar isso no próprio catálogo enviado pela Nova Analítica (documento: "Catalogos_ICP_Microondas"; pag. 17), na qual temos a seguinte descrição da interface:

"Para evitar que a matriz da amostra e o calor do plasma entrem no caminho ótico do sistema, um fluxo da purga é guiado pelo caminho ótico, saindo pelo cone de interface de cerâmica."

2.6. Fica evidente que a tecnologia utilizada no equipamento da Nova Analítica não é de cone resfriado e nem com emprego de ar comprimido. Ou seja, foi incluído na proposta com a intenção de confundir V.Sas., levando a crer que o mesmo atende, mas não atende os requisitos mínimo solicitados. Além disso,

2.6.1. Sendo assim, não apenas o produto apresenta incompatibilidade técnica com as especificações do Termo de Referência, o que por si só já demanda a sua desclassificação, à luz dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, como aumentará os custos com a análise do instrumento pelo CISAB, em evidente prejuízo ao erário, razão pela qual se impõe sua desclassificação.

2.7. Por fim, é solicitado:

“01 (um) sistema para geração de hidretos para determinação de As, Bi, Hg, Se, Sb, Sn e Te sem acoplar à bomba peristáltica existente no equipamento”

2.8. O Termo de Referência é claro que o gerador de hidretos não deve utilizar a bomba peristáltica do ICP OES.

2.9. Se V.Sas., analisarem o modelo ofertado pela Nova Analítica é possível verificar que o mesmo não possui uma alternativa de geração de hidretos que não utilize a bomba peristáltica do equipamento. As alternativas que o modelo possui e não atendem são:

Confluência para geração de hidretos que utiliza a bomba peristáltica do iCAP Pro XP (Fonte: <https://www.thermofisher.com/order/catalog/product/842312051551>);

Gerador de hidretos com separador gás-líquido que utiliza a bomba peristáltica do iCAP Pro XP (Fonte: <https://www.thermofisher.com/order/catalog/product/842318050151>);

2.10. Sendo assim, fica nítido e evidente que ambos sistemas de geração de hidretos que podem ser ofertado com o instrumento iCAP Pro XP, utilizam a bomba peristáltica do equipamento, não atendendo novamente as exigências do órgão.

2.11. Ademais, em próprio documento do fabricante do equipamento Thermo Scientific <https://www.thermofisher.com/document-connect/document-connect.html?url=https://assets.thermofisher.com/TFS-Assets%2FCMD%2Fbrochures%2Fbr-44428-icap-pro-series-icap-oes-br44428-en.pdf>, na página 8, é possível analisar a descrição da bomba peristáltica do iCAP Pro XP, logo em seguida, tem a informação e confirmação de que ambas as opções de geração de hidretos disponíveis para o modelo, se acoplam à bomba peristáltica do ICP OES (trecho do texto do catálogo: “The iCAP PRO ICP-OES systems are fitted with either a three- or four-channel high precision peristaltic pump. Both allow for the addition of an online internal standard or the use of hydride generation accessories”).

2.12. Sendo assim, fica claro que ao utilizar a bomba peristáltica do próprio ICP OES para o acessório de geração de hidretos, o modelo iCAP Pro XP, não permite que seja utilizado um dos canais da bomba, para adicionar padrão interno de maneira on-line.

2.13. Já o instrumento como o ICP OES 5800, da marca Agilent, disponibiliza a bomba peristáltica do instrumento para outras aplicações, enquanto o gerador de hidretos trabalha com sua própria bomba peristáltica.

2.14 Forçoso, portanto, reconhecer que a aceitação do equipamento da Nova Analítica não apenas viola a vinculação ao instrumento convocatório, o que, por si só, determina sua desclassificação, mas também trará prejuízos significativos às operações do CISAB.

3. DO DIREITO

3.1. Como é sabido, a isonomia é um dos pressupostos da licitação, podendo ser traduzida no tratamento igualitário a ser dado aos sujeitos potencialmente interessados em contratar com a Administração Pública. Por esse princípio, exige-se que a Administração selecione a proposta mais vantajosa por critérios objetivos, sem a preferência indevida por um determinado licitante. Assim, o princípio da isonomia é satisfeito com a seleção, mediante critério objetivo, de uma proposta como vencedora, a ser executada em igualdade de condições, nos termos da legislação.

3.2. O princípio da isonomia exige que os critérios para todos os licitantes envolvidos seja o mesmo, ou seja, sagrar-se-á vencedor aquele que apresentar a melhor proposta do produto/equipamento descrito e detalhado no edital licitatório, desde que de acordo com as especificações constantes do Termo de Referência.

3.3. Dessa forma, a Administração, ao selecionar a proposta, deve conduzir o processo de forma criteriosa, pois o menor preço não autoriza a violação de direitos e garantias legais, visto que devem ser respeitados os princípios norteadores do sistema jurídico.

3.4. Nesse sentido, temos os entendimentos do Egrégio Tribunal de Contas da União:

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe a fiel observância às disposições editalícias, não permitindo à comissão de licitação ou ao pregoeiro deliberar de forma desatrelada das normas que regem o certame.

(...)

Portanto, não há exceções para o descumprimento aos termos do instrumento convocatório que regeu o Pregão Eletrônico 1.859/2019”. (TCU. Acórdão 4550/2020 – Plenário. Min. Marcos Bemquerer. Data da sessão: 09.12.2020)”

“Por todo o exposto, conclui-se 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”. (TCU. Acórdão 1934/2021 – Plenário. Min. Raimundo Carreiro. Data da sessão: 11.08.2021) (grifo nosso)

3.5 Com efeito, a licitação consiste em um procedimento vinculado, com trâmite e acesso públicos, com suas proposições definidas criteriosamente em lei, pelo qual não se permite aos agentes administrativos a adjudicação de objetos que não estejam de acordo com os critérios previstos no edital, sob pena de violação aos princípios da vinculação ao ato convocatório e do julgamento objetivo.

3.6 Nesses termos, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é um princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no artigo 3º da lei nº 8.666, ainda tem seu sentido explicitado no artigo 41, caput, da Lei nº 8.666/93: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

3.7 Ademais, o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. Ele se constitui num elemento de caráter normativo entre as partes, vinculando-as, nos termos e disposições contidas no ato convocatório. É inconteste que este princípio impede a adoção de critérios diferenciados aos estabelecidos no edital, mesmo que posteriormente considerados mais vantajosos para a Administração. Esta medida, objetiva evitar a existência de fatos e ocorrências não previstas em lei, para proteger os licitantes, que formulam suas propostas de acordo com estas previsões. Não se permite a adoção de critérios discricionários e subjetivos para a classificação ou desclassificação de propostas.

3.8 Vejamos o entendimento do Ilustre Professor Marçal Justen Filho, demonstrando que as partes envolvidas no certame devem observar suas disposições:

“Além da lei, o instrumento convocatório da licitação determina as condições a serem observadas por todos os

envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei." (grifo nosso)

3.9 Trazemos, ainda, jurisprudência do STJ nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL REsp 354977 SC 2001/0128406-6 (STJ) RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. LEILÃO. EDITAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. EDITAL FAZ LEI ENTRE AS PARTES. - O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório se traduz na regra de que o edital faz lei entre as partes, devendo os seus termos serem observados até o final do certame, vez que vinculam as partes."

3.10 A margem de discricionariedade do Administrador Público se encerra no momento da publicação do edital, que viabiliza a observância do princípio da isonomia e da competitividade, proporcionando a todos os potenciais interessados, aptos ao fornecimento do objeto descrito, a ofertarem lances dentro das suas proposições. Deve, ainda, ser enfatizado que os produtos/equipamentos ofertados sejam adequados às especificações determinadas, por terem sido julgadas necessárias a Administração Pública, o que "ipso facto" reveste de efetividade todo o processo licitatório, possibilitando a contratação da proposta mais vantajosa, tendo como base a descrição do edital.

3.11 Ressalta-se que a inobservância estrita dos requisitos e aspectos determinados previamente no edital, caracteriza prejuízo à Administração Pública, pois viabiliza o julgamento das propostas desvinculadas das reais necessidades previamente determinadas.

3.12 Dando continuidade, o princípio do julgamento objetivo nos informa que o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital. E também está consagrado, de modo expresso, nos artigos 44: "No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou no convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei"; e 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".

3.13 Nesse exato pensar, confirma Odete Medauar (2000, p. 218) que: "O julgamento, na licitação, é a indicação, pela Comissão de Licitação, da proposta vencedora. Julgamento objetivo significa que deve nortear-se pelo critério previamente fixado no instrumento convocatório, observadas todas as normas a respeito".

3.14 Nesta linha de argumentos, consubstanciado no princípio da vinculação ao edital previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública deverá agir sempre em conformidade com os pressupostos determinados, não se permitindo no julgamento das propostas a adoção de critérios subjetivos. Não existe possibilidade jurídica da adoção de critérios subjetivos e diferenciados do edital, mas sim por critérios técnicos essenciais.

3.15 Finalmente, como forma de sintetizar os entendimentos acima, deve ser entendido que as especificações previamente determinadas no edital, que objetivam tornar público aos prováveis licitantes os requisitos e disposições para a participação no referido certame, delineiam de forma vinculada as reais necessidades da Administração Pública, sempre orientada pelo interesse público.

3.16 Em que pese a irrefutabilidade dos temas ora narrados, a aceitação da proposta da Nova Analítica Importação e Exportação Ltda. vai de encontro a referidos preceitos que norteiam a licitação pública, porquanto (i) a proposta não está de acordo com as exigências do Edital e (ii) o produto não atende as especificações técnicas estabelecidas pelo órgão.

4. DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

4.1. Diante do exposto, a Agilent requer que o presente RECURSO ADMINISTRATIVO seja:

- a) recebido, conhecido e analisado por esta Pregoeira, para reconsiderar a Decisão, acolhendo a argumentação aqui exposta e, ato subsequente, desclassificar a proposta da Nova Analítica Importação e Exportação Ltda., ou
- b) subsidiariamente, encaminhado à autoridade superior para que seja recebido, conhecido e provido integralmente para declarar a desclassificação da proposta da Nova Analítica, sob pena de macular o Pregão.
- c) Caso seja deferido a desclassificação da Nova Analítica, que o pregão seja retornando na fase de negociação, onde a Agilent está disposta a uma negociação do seu valor final. Por fim, requer, adicionalmente, que seja mantida a recusa do produto da segunda colocada e a desclassificação da Nova Analítica, considerando diversos descumprimentos do Edital e do Termo de Referência, bem como os prejuízos que o seu equipamento trará à operação pelo CISAB, pelos fundamentos expostos acima.

Termos em que,
pede deferimento.

São Paulo, 02 de junho de 2023.

AGILENT TECHNOLOGIES BRASIL LTDA.

Paulo Sérgio Macioni

Representante Legal

Fechar