

Processo: A – 06/249
Interessado: Gerência Administrativa
Assunto: Aquisição e instalação do sistema de missão crítica, composto pelos seguintes bens: 02 UPS's de 60 kVA e 02 PDU's
Referência: Apreciação de Recurso Administrativo – Pregão Presencial nº. 035/2006

Senhor Gerente Administrativo,

A empresa **Leistung Comércio e Serviços de Sistemas de Energia Ltda.**, ora denominada Recorrente, por intermédio de seu representante legal, inconformada com a r. decisão deste Pregoeiro que classificou, em 1º lugar, a empresa Union Sistemas e Energia Ltda., declarando-a vencedora do certame, e conforme consignado na Ata da Sessão Pública realizada em 11/12/2006, apresentou tempestivamente as razões de recurso, conforme a seguir aduzido.

Por ocasião da Sessão Pública, a licitante HDS Sistemas de Energia Ltda., manifestou sua intenção em recorrer, face a decisão que classificou em 1º lugar, a empresa Union Sistemas e Energia Ltda., consignando em Ata: *“A Proposta apresentada pela Licitante UNION SISTEMAS E ENERGIA LTDA. não atende ao solicitado quanto ao item tolerância de tensão de entrada com carga na saída, sem descarregar as baterias: + 15% - 30%, especificado no Edital, Anexo I – Memorial Descritivo, para as características elétricas dos UPS's.”*

Entretanto, conforme certificado, decorreu “in albis” o prazo sem apresentação das contra-razões pela licitante HDS Sistemas de Energia Ltda.

A Recorrente, **Leistung**, manifestou sua intenção em recorrer, consignando em Ata que:

“A Proposta apresentada pela Licitante UNION SISTEMAS E ENERGIA LTDA. não atende tecnicamente ao especificado no Anexo I – Memorial Descritivo, do Edital.”

As razões do recurso administrativo apresentadas tempestivamente pela Recorrente, **Leistung**, pautam-se exclusivamente em questões técnicas, concernentes às Características Elétricas dos UPS's: Retificador/Carregador de Baterias: **“Tolerância de tensão de entrada com carga na saída, sem descarregar as baterias: +15% - 30%.”**

Nestes termos, ao apresentar as razões de recurso, alega a Recorrente, em síntese o que segue:

1. A empresa proponente “UNION” apresentou em sua proposta os equipamentos no-breaks da marca “GE” modelo LanPro 33 de 60 kVA.
2. Ainda, a “UNION” apresentou em sua proposta dados técnicos e documentação técnica GE do produto LanPro, os quais expressam claramente a variação possível da tensão de entrada de alimentação do no-break proposto pela mesma, isto é, de 320v a 460vac.
3. *A falta de atendimento pelo produto ofertado pela “UNION” é um problema sério, pois, “...o item passou despercebido e não foi apontado como não cumprimento da exigência do edital...”*

Infere a Recorrente, que “O edital em referência é claro em seu Anexo I – pág. 18 onde descreve a variação de tensão admissível na entrada de -30%, isto é, a tensão de entrada mínima deverá obrigatoriamente atender a tensão de entrada mínima de 266vca.”

A Recorrente justifica, em resumo, que:

1. *Apesar de estar claro este não atendimento pelo equipamento LanPro de 60kVa ofertado pela proponente “UNION” a este processo, na característica de limites de variação de tensão de entrada, salientamos mais uma vez que a tensão mínima de entrada ofertada de 320 vac não atende a tensão mínima solicitada no edital de 266vca (380vca – 30%).*
2. *Esta tensão mínima é essencial à boa performance do sistema, pois afeta diretamente a segurança de saída dos no-breaks e conseqüentemente alimentação de suas cargas críticas.*
3. *Por que V. Sas. e outros clientes especificam a tensão mínima de entrada que o no-break pode suportar sem atuação das baterias em operação de descarga?*
4. *Esta resposta é fácil de elucidar, pois caso a tensão de entrada provinda de grupo gerador ou rede da concessionária estiver variando dentro do limite especificado de 266vca (-30% de 380 vca), o no-break proposto pela proponente “UNION” (320vac) entrará em bateria e conseqüentemente as cargas irão ser (sic) desligadas abruptamente após o tempo de autonomia e sem necessidade, pois o no-break estaria sendo alimentado por tensão dentro dos parâmetros.*
5. *Assim sendo, esta característica é essencial e não pode ser ignorada pelos proponentes e principalmente pelos futuros usuários destes equipamentos, sendo um motivo suficiente para a real*

desclassificação da proposta da empresa “UNION” neste certame editalício.

6. *A Administração não pode acatar uma proposta em desacordo com as condições do edital, e os equipamentos propostos pela “UNION”, está, comprovadamente pela própria proposta da mesma, contrariando as determinações do instrumento convocatório deste certame.*

Por derradeiro, requer a **desclassificação da empresa “UNION”** e que seja aplicado o subitem 15, do item VII – Do Procedimento e do Julgamento, **chamando, assim, a oferta subsequente de menor preço, no caso a Leistung Com. e Serv. de Sistemas de Energia Ltda.**, ora Recorrente.

Dentro do prazo legal, a **Empresa UNION Sistemas de Energia Ltda.**, apresentou suas contra-razões, enfocando que a empresa Leistung Comércio e Serviços de Sistemas de Energia Ltda., não apresentou marca/fabricante, nem mesmo catálogos técnicos dos equipamentos ofertados.

Ressalta que *“Em pesquisa junto ao mercado ficou comprovado conforme documentos anexos a inexistência de equipamentos que atendam à tensão de entrada de -30% e + 15% da tensão nominal, exigido no Edital.”*

Desta forma, consideramos que nenhum dos equipamentos apresentados atenderiam, sendo comum uso o apresentado por nossa empresa: “Características: -16% e + 21%”. (sic) (grifos nossos)

Ao final, pleiteia, em suas contra razões, a *“... manutenção da declaração de vencedora do certame e na impossibilidade do mesmo declare que a empresa Leistung Ltda também (sic) não atende à característica ora recursada apresentando catálogo do fabricante com características técnicas”*.

Em diligência, conforme faculta o artigo 43, § 3º, da Lei Federal nº. 8.666/93 e suas alterações, combinado com o artigo 9º, da Lei Federal nº. 10.520/02 e legislação correlata, a Recorrente, Leistung, apresentou o Catálogo, com a descrição completa do UPS que compõe o sistema de missão crítica, a que se refere a Proposta apresentada no Pregão Presencial nº. 35/2006.

Instados a se manifestarem, os dois membros da Equipe de Apoio e representantes da Empresa autora do Projeto, que compõe o Anexo I – Memorial Descritivo do Edital do Pregão Presencial nº. 35/2006 , concluíram tecnicamente que:

“Da análise das proponentes, observa-se:

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Todas as características técnicas exigidas pelo memorial, exceto o quesito “variação da tensão de entrada do retificador”, que era especificado em -30% + 15% da tensão nominal, foram atendidas.

Analisando-se especificamente o quesito acima reportado, apresentamos síntese dos resultados obtidos dos catálogos dos proponentes, que foram aplicados na análise técnica:

Notar que por consistência técnica, estamos considerando equipamento a plena carga (100% da carga), uma vez que o sistema projetado contempla tal possibilidade.

<i>Proponente</i>	<i>Limite máximo de variação de tensão</i>	<i>Limite mínimo de variação de tensão</i>
<i>Leistung</i>	<i>+15%</i>	<i>-23%</i>
<i>Union</i>	<i>+21%</i>	<i>-16%</i>
<i>HDS</i>	<i>+15%</i>	<i>-15%</i>
<i>Power On</i>	<i>+10%</i>	<i>-15%</i>
<i>Attack</i>	<i>+10%</i>	<i>-15%</i>

Conclusões:

-A proponente Leistung apresentou recurso para desclassificar a empresa UNION pela não observância do quesito em análise.

-Analisando o catálogo da própria Leistung (reclamante) observou-se que ela também não atende este quesito.

-As outras proponentes também não atendem a especificação. Dado o não atendimento de nenhuma das proponentes ao memorial descritivo, recomenda-se cancelar o pregão.”

É o relatório.

O Pregoeiro, em face do recurso apresentado, entende que deva ser o mesmo **CONHECIDO**, vez que presentes os pressupostos de admissibilidade, contudo, e diante da questão prejudicial de ordem pública aventada pelo descumprimento dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, restará prejudicado o exame de mérito, pelos motivos de fato e direito relacionados a seguir:

A Administração Pública, nos termos da Constituição Federal (art.37, XXI), para contratações de suas obras, serviços, compras e alienações deve realizar um procedimento licitatório, a fim de assegurar a igualdade entre os participantes e o respeito à legalidade, já que, para ela só é possível fazer o que a lei permite, selecionando a proposta mais vantajosa, tendo em vista a satisfação do interesse público.

Assim, a licitação, como procedimento administrativo, deve obedecer aos ditames constitucionais, aos princípios gerais de direito e à lei, aqui citando particularmente a Lei Federal nº. 10.520/02, Decreto Estadual nº. 47.297/02 e Resolução CEGP-10/02, e subsidiariamente, no que couber, as disposições contidas na Lei Federal nº. 8.666/93, Lei Estadual nº. 6.544/89 e Decreto Estadual nº. 48.034/03 e alterações posteriores, que regulam a modalidade de licitação denominada Pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, seguindo todo um procedimento formal (art. 4º, parágrafo único, da Lei de Licitações), de estrita observância aos princípios básicos descritos no artigo 3º da mesma lei, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, entre outros.

O artigo 41, da referida Lei, dispõe que **“A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”**

Para o Mestre Hely Lopes Meirelles, in “Licitação e Contrato Administrativo”, (pág. 165 e 166, 13ª Edição, 2002):

*“Recurso Administrativo, em sentido amplo, é todo meio de provocação de revisão interna dos atos ou decisões da Administração; em sentido restrito, é a via específica para a correção de ato ou decisão inferior pelo superior hierárquico. Os recursos em sentido amplo abrangem a *representação*, nos casos em que não caiba recurso hierárquico, e o pedido de reconsideração (art. 109, I a III).*

Através dos recursos administrativos, voluntários ou de ofício, a Administração pode rever seus atos e decisões, apreciando-lhes a legalidade e o mérito, para oportuna anulação. Essa invalidação dos atos administrativos encontra limites na irretratabilidade de certas situações que os tornam definitivos para a Administração, o que só poderá ser verificado em cada caso concreto. “ (detalhes no original)

A re-análise técnica revela que a especificação constante do Anexo I – Memorial Descritivo no item “*Tolerância de tensão de entrada com carga na saída, sem descarregar as baterias: +15% - 30%*” **não** foi cumprida pelas Licitantes participantes do certame, embora classificadas por ocasião da Sessão de Abertura do Pregão, conforme consignado em Ata “... *Ato contínuo, foram abertos os Envelopes contendo as Propostas e, com a colaboração dos membros da Equipe de Apoio, o Pregoeiro examinou a compatibilidade do objeto, prazos e condições de fornecimento ou de execução, com aqueles definidos no Edital...*”

Conforme consignado na Ata, a análise técnica das Propostas das 05 (cinco) Licitantes participantes do certame, levou aproximadamente 2 (duas) horas e foi feita por dois especialistas da área técnica que, naquele momento, não se opuseram a classificação das licitantes.

Cabe ressaltar que os licitantes que participaram do certame também induziram o Pregoeiro e a Equipe de Apoio a erro, pois declararam, sob as penas da lei, **conhecer e aceitar as condições constantes do Pregão**, o que não sana o vício constatado.

Mas, isso não impede o reconhecimento da ilegalidade que, se persistir, maculará todo o certame licitatório.

Nestes termos, Marçal Justen Filho, in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos” (pág. 401, 9ª Edição, 2002):

“A qual tempo, a Administração deve invalidar a licitação em caso de ilegalidade. Logo, se houve nulidade na decisão de habilitação, o vício pode ser conhecido a qualquer tempo. Comprovando que um determinado licitante não preenchia os requisitos para habilitação e que o defeito fora ignorado pela Comissão, a Administração tem o dever de reabrir a questão, anulando sua decisão anterior. ”

Assim, o vício no julgamento técnico das Propostas que macula todo o certame, decorre da não observância dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, consignados no artigo 3º, da Lei Federal nº. 8.666/93 e suas alterações.

Por outro lado, e diante da vinculação ao instrumento convocatório, não há amparo para alterar ou mesmo relevar os limites mínimo e máximo das variações de tensão, neste certame, pois cada equipamento apresenta a sua, de forma diferenciada.

O problema reside no interesse de terceiros, incertos e não sabidos, que não se dispuseram a participar do certame, vez que seus equipamentos não atendiam, a plena carga, a “*Tolerância de tensão de entrada com carga na saída, sem descarregar as baterias: +15% - 30%.*”

Sem focar o mérito das razões de recursos, a Recorrente fez constar de sua proposta explicitamente que “*...Tensão de entrada: 380 VCA Trifásica com transformadores adequados e conforme especificado. Fator de potência de entrada: mínimo de 0,95 indutivo a 100% da carga. Tolerância de tensão de entrada com carga na saída, sem descarregar as baterias: -30% + 15%*”, fls. 356, induzindo o Pregoeiro e a Equipe de Apoio a concluírem o atendimento ao Anexo I – Memorial Descritivo do Edital do Pregão nº. 35/2006.

Atendendo a diligência, a Recorrente apresentou o Catálogo a que se refere a Proposta apresentada no Pregão, no qual consta, em total divergência com o consignado na Proposta: “**... Tolerância de Tensão de Entrada Para carga <100% (-23%, + 15%), < 80% (-30%, +15%), < 60% (-40%. + 15%).**”, fls. Nestes termos, não restam dúvidas que a Tolerância de Tensão de Entrada constante do Catálogo, da Recorrente, **não** atende ao Anexo I – Memorial Descritivo do Edital do Pregão nº. 35/2006 e contradiz substancialmente com o descrito na Proposta.

No tocante à Licitante **UNION**, esta reconheceu, em suas razões de recurso, que nenhum dos equipamentos atende à tensão especificada no Anexo I, inclusive o por ela ofertado.

Assim, a Administração deve, de ofício ou a requerimento de terceiro, rever os seus atos a qualquer tempo, e nestes termos, entendemos que a FAPESP não deve adquirir um sistema de missão crítica de suma importância para o desenvolvimento de suas atividades, em desacordo com as normas editalícias e contrário ao interesse público.

Para Marçal Justen Filho, in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos” (pág. 440, 9ª Edição, 2002):

“Em termos gerais, a nulidade consiste em um desencontro de uma conduta concreta perante um modelo normativo. O ato concreto não corresponde ao figurino legal, o que acarreta uma consequência, usualmente caracterizada como uma “sanção”. Podem-se distinguir os vícios conforme a gravidade da “sanção”; Existem três modalidades de “sanções” para vícios de atos ocorridos no curso da licitação.”

Em uma ordem crescente de gravidade da sanção, pode-se aludir primeiramente à mera irregularidade. Verifica-se quando a ofensa ao dispositivo normativo seja inapta a acarretar lesão a interesse público ou particular. Assim, por exemplo, a ausência do número de ordem do edital no seu preâmbulo configura irregularidade. A simples irregularidade não produz reflexos sobre a validade da licitação.

Em segunda ordem de cogitação, encontra-se a anulabilidade. Esse vício ocorrerá quando houver ofensa a regra de tutela do interesse privado dos participantes na licitação. Enquanto tal, o vício apenas será pronunciável mediante provocação do interessado (titular do interesse ofendido). No seu silêncio ou omissão, a pronúncia do vício se inviabiliza, sendo acobertada por uma espécie de preclusão administrativa.

Em terceiro plano, há nulidade propriamente dita. Caracteriza-se na ofensa à regra que tutele o interesse público. Nessa óptica, o vício deverá ser pronunciado de ofício pela Administração Pública.”

De tudo dito e exposto, nos resta propor a **ANULAÇÃO** do certame licitatório, inclusive dos atos praticados pelo Pregoeiro e Equipe de Apoio consignados na Ata da Sessão Pública realizada em 11 de dezembro de 2006, restando totalmente prejudicada a análise do mérito das razões e contra-razões de recurso, respectivamente, diante das questões de ordem pública que maculam o procedimento.

Desta forma, em atendimento à legislação pertinente, submetemos à apreciação da autoridade superior a presente manifestação, que propõem a **ANULAÇÃO**, do certame, nos termos do artigo 49, da Lei Federal nº. 8.666/93 e suas alterações, combinado com o artigo 9º, da Lei Federal nº. 10.520/02 e artigo 3º, inciso VIII, do Decreto Estadual nº. 47.297/02.

São Paulo, 29 de dezembro de 2006.

Wagner Vieira

Pregoeiro