

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

AOS CUIDADOS DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES/PREGOEIRO DA LICITAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 8/2023 DA COMPANHIA DE ENTREPÓSITOS E ARMAZENS GERAIS DE SÃO PAULO - CEAGESP

SANIGRAN LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 15.153.524/0001-90, sediada na Rua Jacob Gubaua, 250, Lamenha Grande, CEP 83507-500, Almirante Tamandaré (PR), por seu sócio administrador e advogados devidamente constituídos, vem perante Vossa Senhoria, apresentar RECURSO ADMINISTRATIVO, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

1. DA SÍNTESE DOS FATOS

A requerente participou da licitação Pregão Eletrônico nº 8/2023 que tinha por objeto a aquisição de materiais – raticida rodilón bloco extrusado, conforme especificações contidas no instrumento convocatório. Ocorre que durante a sessão pública ocorreram ilegalidades que motivaram a necessidade de apresentação do presente recurso administrativo, conforme argumentos de fatos e direito abaixo relacionados.

2. DOS MOTIVOS PARA RECLASSIFICAR A RECORRENTE SANIGRAN LTDA

2.1. DOS MOTIVOS PARA ANULAÇÃO DA INABILITAÇÃO E CONSEQUENTE RECLASSIFICAÇÃO DA RECORRENTE

Houve equívoco na inabilitação da recorrente, para demonstrar isto, primeiramente cabe explicitar as exigências do edital supostamente infringidas:

“

Motivo: Descumprimento ao item 8.2.4, subitens "c.1" e "c.2" do Edital.

c.1.) As licitantes deverão alcançar, para todas as fórmulas, resultados superiores a 1 (um), que serão comprovados através de análise do documento citado no item 8.2.4 letra "b". Caso os índices citados demonstrem resultados iguais ou inferiores a 1 (um), a licitante deverá comprovar sua situação financeira conforme estabelecido na letra "c.2".

c.2) Comprovação de patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor global total estimado para a contratação, por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da apresentação da proposta, correspondente ao valor de: c.2.1) Para o item 1: R\$ 7.258,80 (sete mil e duzentos e cinquenta e oito reais e oitenta centavos);

c.2.2) Para o item 2: R\$ 36.294,00 (trinta e seis mil e duzentos e noventa e quatro reais);

c.2.3) Caso o Licitante seja o vencedor para mais de um item, a comprovação para atendimento da letra c.2.) deverá ser a soma dos valores previstos nos respectivos subitens c.2.1. e c.2.2.

“

Note-se que diferente do entendimento do pregoeiro, houve real cumprimento dos requisitos de habilitação, visto que a comprovação econômico-financeira pode ser suprida pela garantia complementar.

2.1.1. GARANTIA SUPLEMENTAR PARA COMPROVAÇÃO ECONOMICO-FINANCEIRA

O seguro-garantia é a opção mais moderna de garantir que a empresa cumpra com sua obrigação com o contratante. Assim, no caso em tela, há que se considerar a sua aplicabilidade como garantia de proposta, isso se deve, ante ao fato de que, como garantia complementar supre a comprovação da qualificação econômico-financeira.

A Lei de Licitações admite a garantia complementar como qualificação econômico-financeira, é o que aduz o §2º do artigo 31:

“

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

“

Assim, o artigo supra prevê a possibilidade de exigência de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo ou ainda garantias realizadas em caução em dinheiro, seguro garantia ou fiança bancária, de modo que, sendo o presente edital destinado a contratação de serviço não há dúvidas quanto a aplicação do seguro-garantia.

Corroborando com a legislação supra o entendimento do Tribunal de Contas da União através do Acórdão nº 1.844/2005:

“

“Verifico que a exigência de capital mínimo, de patrimônio líquido mínimo ou ainda de garantias, de acordo com o que dispõem os §§ 2º, 3º e 4º do art. 31 do Estatuto de Licitações, constituiria ato discricionário dos gestores, ou seja, estaria dentro da margem de liberdade a eles conferida. Faculta-lhes a lei a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir o melhor caminho visando atender ao interesse público.” (TCU – Acórdão 1844/2005, Plenário, Relator: pelo Min. Guilherme Palmeira).

“

Por sua vez, Marçal Justen Filho enfatiza que o seguro-garantia deve possuir preferência em relação a comprovação de patrimônio líquido mínimo como qualificação econômico-financeira:

“

Não se contraponha o argumento de que a Administração disporia de discricionariedade para escolher a via que bem lhe aprovasse para apurar objetivamente a qualificação econômico-financeira dos licitantes. Esse raciocínio não pode sobreviver a uma questão também objetiva: qual é o melhor para a Administração, entre a situação de o licitante ser

titular de um certo patrimônio líquido ou de apresentar seguro garantia no mesmo valor? A resposta é evidente: o mais satisfatório é o seguro-garantia, inclusive porque a evolução dos fatos pode conduzir à redução do patrimônio líquido do sujeito, sem que tal sequer chegue ao conhecimento da Administração. Já o seguro-garantia ou outra das alternativas previstas no artigo 56, § 1º, envolve uma situação de segurança muito mais efetiva. (FILHO, M. J. - 14ª Edição. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética. Pág. 482)

Ainda, o TCU já pacificou o entendimento de que no caso de a licitante não comprovar patrimônio líquido mínimo exigido no edital procede-se com a apresentação de garantia:

“

[...]3. Em decisão que proferi à peça 18 (8/10/2021), autorizei a unidade técnica a realizar oitiva prévia da Petrobras sobre os seguintes pontos:

"10.2. realizar a oitiva prévia da Petrobrás S.A., com base no art. 276, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal para que, no prazo de cinco dias úteis, se pronuncie, referente à Oportunidade 7003646764, acerca da existência dos pressupostos da medida cautelar pleiteada e acerca dos indícios de irregularidades indicados nesta instrução, em especial quanto aos seguintes tópicos:

a) justificar a não previsão das modalidades de garantia caução em dinheiro, seguro-garantia e fiança bancária, no caso de a licitante não atender aos requisitos de Patrimônio Líquido, Liquidez Corrente e Alavancagem dispostos no instrumento convocatório, em afronta no art. 70, § 1º, da Lei 13.303/2016 c/c art. 135 do Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobras; (TCU, Acórdão 2963/2021 – Plenário, Relator: Raimundo Carreiro, Data da Sessão: 8/12/2021).

e) Habilitação dos vencedores dos RDC 1/2017 e 3/2017 sem a comprovação do patrimônio líquido mínimo exigido nos editais. (item 1.3.1.5 do Relatório de Auditoria 201800623)

Recomendação 1: Incluir nos normativos/procedimentos da UFSB a rotina de verificação, no decorrer da licitação e previamente à assinatura de contratos, se a licitante vencedora não se enquadra em quaisquer das vedações previstas na Lei Complementar nº 123/2006.

Recomendação 2: Iniciar apuração, por meio de processo administrativo, a veracidade acerca da declaração de enquadramento a Lei Complementar 123/2006, na categoria de empresa de pequeno porte apresentada pela empresa Hayek Engenharia Ltda. nos RDC 1/2017 e 3/2017.

f) Apresentação de garantias inválidas aos Contrato 9/2017 e 12/2017, originados dos RDC 1/2017 e 3/2017, respectivamente. (item 1.3.1.6 do Relatório de Auditoria 201800623)

Recomendação 1: Exigir a apresentação de garantia à execução ao Contrato 8/2017, no valor de R\$ 2.095.000,00, numa das formas previstas no art. 56, §1º, da Lei 8.666/1993 (I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, II - seguro-garantia ou III - fiança bancária) das empresas Meir Serviços e Construções Ltda, Hayek Construtora Ltda. e FPMF Arquitetos Associados Ltda. - ME, vencedoras na forma de consórcio, sob a liderança da primeira, do RDC 1/2017.

Recomendação 2: Exigir a apresentação de garantia à execução ao Contrato 12/2017, no valor de R\$ 2.455.069,05, numa das formas previstas no art. 56, § 1º, da Lei 8.666/1993 (I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, II - seguro-garantia ou III - fiança bancária) das empresas Hayek Construtora Ltda., Meir Serviços e Construções Ltda. E FPMF Arquitetos Associados Ltda., vencedoras na forma de consórcio, sob a liderança da primeira, do RDC 3/2017. (TCU, Acórdão 10829/2020 – Primeira Câmara, Relator: Walton Alencar Rodrigues, Data da Sessão: 29/09/2020).

“

À vista disso, o que observa-se no presente edital é que o órgão contratante se vê garantido por parte do licitante pelo seguro-garantia, de modo que, a exigência de patrimônio líquido mínimo ou índices mínimos apenas de mostra com viés de restringir a competitividade, considerando que a jurisprudência, em consonância com a legislação aplicável, tem entendido que a exigência de patrimônio líquido ou índices mínimos possui caráter alternativo, ou seja, ultrapassando a questão da não cumulatividade, vê-se a prática correta de apresentação de seguro-garantia, sendo solução mais do que suficiente para assegurar à Administração a certeza de ela está protegida em caso de desistência injustificada do licitante, e terá meios para cobrar eventuais punições financeiras.

2.1.2. DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA REFERENTE À INABILITAÇÃO DA RECORRENTE

Diante dos argumentos acima apontados, e a fim de auxiliar na comprovação necessária para o deferimento dos argumentos pelo julgador, faz-se necessário a elaboração de diligência com intuito de verificar que a empresa recorrente possui qualificação econômica necessária.

2.2. OBRIGATORIEDADE DE RECLASSIFICAÇÃO DA RECORRENTE

2.2.1. DO FORMALISMO MODERADO

O pregoeiro ao desclassificar a recorrente acabou dando mais ênfase à forma do que o conteúdo, excedendo-se no formalismo. Isso porque o atendimento à qualificação econômico-financeira pode ser confirmado com a possibilidade de garantia complementar.

Cabe ressaltar que o princípio da vinculação ao edital, que é diametralmente apostado ao do formalismo moderado não é absoluto, devendo ser relativizado com a exigência do edital é inútil ou ilegal. Cabe ao julgador ponderar quando deve aplicar um princípio em face do outro.

Citamos, ainda, as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

“

Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora, que não atendeu a formalidade prevista no edital licitatório, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para os demais participantes, bem como se o vício apontado não interferiu no julgamento objetivo da proposta, não se vislumbrando ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa.

(STF - RMS 23.714/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 05.09.2000, publicado no DJ de 13.10.2000, p. 21)

Não se pode perder de vista que a licitação é instrumento posto à disposição da Administração Pública para a seleção da proposta mais vantajosa. Portanto, selecionada esta e observadas as fases do procedimento, prescinde-se do puro e simples formalismo, invocado aqui para favorecer interesse particular, contrário à vocação pública que deve guiar a atividade do administrador. (STJ - ROMS 20000625558, rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de

18/03/2002, p. 174)

Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é "absoluto", de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar lhe, buscando lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração. (STJ - MS 199700660931, rel. Min. Demócrito Reinaldo, publicado no DJ de 01/06/1998, p. 24).

São frequentes as decisões do Tribunal de Contas da União que prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório:

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 – Plenário Data da sessão 22/07/2015 Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO)

Falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação da licitante. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (Acórdão 357/2015 – Plenário Data da sessão 04/03/2015 Relator BRUNO DANTAS)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 3381/2013 – Plenário Data da sessão 04/12/2013 Relator VALMIR CAMPELO)

A inabilitação de licitantes por divergência entre assinaturas na proposta e no contrato social deve ser considerada formalismo exacerbado, uma vez que é facultada à comissão, em qualquer fase do certame, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo. (Acórdão 5181/2012 - Primeira Câmara Data da sessão 28/08/2012 Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES)

Resumidamente, o formalismo moderado se relaciona a ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da Lei de Licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável:

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (ACÓRDÃO Nº 357/2015 – TCU – Plenário)

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do caput do art. 41 da Lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do edital. Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios:

Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios. (Acórdão 119/2016- TCU - Plenário)

Ao contrário do que ocorre com as regras/normas, os princípios não são incompatíveis entre si. Diante de um conflito de princípios (p. ex., vinculação ao instrumento convocatório x obtenção da proposta mais vantajosa), a adoção de um não provoca a aniquilação do outro. Como exemplo, esse raciocínio pode ser percebido nas seguintes decisões do Tribunal de Contas da União:

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências. (Acórdão 2302/2012-Plenário)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 8482/2013-1ª Câmara)

Nessas hipóteses, a análise deve considerar a importância de cada princípio no caso concreto, e realizar a ponderação entre eles a fim de determinar qual prevalecerá, sem perder de vista os aspectos normativos. Por esse motivo, as soluções não respeitam fórmulas prontas, podendo variar de um caso para outro.

Vale lembrar que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas. Nas palavras do professor Adilson Dallari: a "licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital".

Desta forma, devidamente comprovado a exigência desarrazoada do pregoeiro do certame cabe a anulação deste ato.

2.3. DA LEGALIDADE DE ABRIR PROCEDIMENTO DE DILIGÊNCIAS

O esclarecimento de possíveis dúvidas quanto o objeto deste recurso pode (e deve) ser feito com uma simples diligência, que ajudará a Administração a decidir pela procedência ou não do presente recurso.

Há possibilidade da comissão ou autoridade competente promover diligência, para esclarecer ou complementar a instrução do processo, conforme artigo 43, §3º da Lei Federal nº 8.666 de 1.993.

A realização de diligência é realizada sempre que a comissão julgadora, ou autoridade competente em presidir o certame, esbarra em alguma dúvida, sendo mecanismo necessário para afastar imprecisões e confirmação de dados contidos nas documentações apresentadas pelos participantes do processo licitatório.

A diligência já deveria ter sido feita, pois não há discricionariedade da Administração em optar ou não pela realização de diligência, sempre que houver dúvidas sobre alguma informação, tal providência se torna obrigatória. Com brilhantismo e clareza, Marçal Justen Filho leciona:

“

A realização da diligência não é uma simples “faculdade” da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora. Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. Se a dúvida for sanável por meio de diligência será obrigatória a sua realização.” (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, 16ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pág. 804.)

“

Comumente se questiona a possibilidade de juntar documentos durante a realização de diligência, tal alteração decorre de uma interpretação equivocada do texto legislativo, isto porque o art. 43, § 3º da Lei Federal nº 8.666 de 1.993 preconiza que:

“

§ 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

“

Deste modo, a correta interpretação é de que a vedação para inclusão de documentos, restringe-se somente a inclusão de documentos que deveriam ser entregues inicialmente, por conseguinte, admitindo a inclusão de qualquer outro documento que sirva como complemento necessário a elucidação de obscuridades, dúvidas ou, até mesmo, veracidade dos documentos já apresentados. Exemplo típico é o caso da inclusão de notas fiscais ou contratos que visam esclarecer a quantidade fornecida de determinado material, quando o atestado de capacidade técnica é omissivo, ou dúbio, em relação a quantidade fornecida.

Nas palavras de Ivo Ferreira de Oliveira, a diligência visa:

“

(...) oferecer meios para que a Comissão de Licitação ou a Autoridade Superior possa promover inquirições, vistorias, exames pertinentes a questões que eventualmente surjam e até autorizar a juntada de documentos, permitindo à Comissão ou à Autoridade julgar corretamente o certame, graças aos esclarecimentos que a diligência lhe propiciou, mas sem perder de vista os princípios constitucionais e legais que norteiam o processo licitatório. (Ivo Ferreira de Oliveira, Diligências nas Licitações Públicas, Curitiba, JM Editora, 2001, p. 24.)

“

Isto é afirmado pois a diligência não está condicionada a autorização prévia no instrumento convocatório ou ao pleito do particular, em verdade deve ser realizada de ofício visando salvaguardar a Supremacia do Interesse Público. Todavia, nada impede que na omissão da Administração, haja provocação do interessado para sua realização e quando suscitada será obrigatória, excetuada a decisão motivada e satisfatória que justifique a negativa.

Desta forma cabe a Administração promover a diligência ou justificar sua negativa.

3. DOS PEDIDOS

Receber o recurso administrativo e, ao final, seja dado provimento para:

- a) Declarar a recorrente vencedora pelo cumprimento integral de cláusulas editalícias e da legislação pertinente.
- b) Que sejam anuladas todas as fases da licitação ocorridas após o ato ilegal, convocando as empresas para nova sessão pública.

Requer-se também que seja comunicado o julgamento obrigatoriamente pelos e-mails tiago.sandi@sandieoliveira.adv.br, bruna.oliveira@sandieoliveira.adv.br e contato@sandieoliveira.adv.br, sob pena de nulidade.

Nestes termos pede deferimento.

Almirante Tamandaré (PR), 22 de junho de 2023.

SANIGRAN LTDA.

Voltar