Pregão/Concorrência Eletrônica

- **Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões**

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE PLACAS, ESTADO DO PARÁ.
Sra. Shayane Nayara Farias Kostov
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 035/2022 – UASG 980060
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº176/2022

Objeto: REGISTRO DE PREÇO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA COM PROPOSTA MAIS VANTAJOSA POR ITEM PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE LOCAÇÃO DE VEICULOS E MAQUINAS PESADAS.

RECURSO ADMINISTRATIVO

JPE LOCAÇÕES E SERVIÇOS DE TERRAPLENAGEM LTDA CNPJ/MF nº 14.130.631/0001-30 Endereço: RUA RIO NOVO, QUADRA 94 LOTE SN SALA A, Nº S/N BAIRRO: HABITAR FELIZ CEP: 68.515-000 – Cidade: Parauapebas/PA e-mail: comercial@jpeengenharia.com.br – Fone (94) 99251-4822, devidamente qualificada no processo licitatório Pregão Eletrônico nº 035/2022-UASG 980060, Processo Administrativo nº 176/2022 vem perante Vossa Senhoria, com fulcro no item 12.1 do Edital, bem como na alínea "a", do inciso I, do Artigo 109 da Lei n° 8.666/93, interpor o presente RECURSO ADMINISTRATIVO contra sua INABILITAÇÃO pelos fatos e fundamentos a seguir aduzidos:

I - O DIREITO DE PETIÇÃO

O recurso administrativo tem como fundamento a previsão constitucional do "Direito de Petição", consagrada na alínea "a" do inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, CF, segundo o qual:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

É dessa garantia constitucional que decorrem as diversas formas de provocação da Administração Pública para o exercício do direito de petição, nesse sentido vejamos as palavras de Di Pietro:
Dentro do direito de petição estão agasalhados inúmeras modalidades de recursos administrativos... É o caso da representação, da reclamação administrativa, do pedido de reconsideração, dos recursos hierárquicos próprios e impróprios da revisão (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, p 579. São Paulo: Atlas, 2000).

Seguindo esse entendimento, Carvalho Filho afirma que o direito de petição é um meio de controle administrativo e dá fundamento aos recursos administrativos por que tais recursos nada mais são do que meios de postulação a um órgão administrativo. O instrumento que propicia o exercício desse direito consagrado na CF é o recurso administrativo.

Desta feita, temos que o recurso administrativo instrumentaliza o exercício do direito de petição junto ao poder público.

O princípio do contraditório e da ampla defesa é também apontado como fundamento dos recursos administrativos. Tal princípio é insculpido no inciso LV do artigo 5º da CF, vejamos:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

II – DA INABILITAÇÃO INDEVIDA
A decisão de INABILITAÇÃO da recorrente é INDEVIDA, tendo em vista que a recorrente cumpriu as exigências referente à sua habilitação, pois, os documentos informados pelo julgador que não teriam sidos apresentados não merecem prosperar, tendo em vista que todos os foram.
A certidão simplificada da JUCEPA (item 6.3.4 do edital) está devidamente anexada na pasta "habilitação" dos anexos do processo.
A declaração de haver trabalhos degradantes (item 6.4.7 do edital) está na pasta "proposta" dos anexos do processo.
A certidão referente empresas inidôneas e suspensas (item 6.3.1 do edital) está inclusa na pasta "habilitação" com o nome Consulta consolidada" comprovando nada constar em nome da recorrente.
Sobre a alegação de que não foi apresentado o prazo de entrega o mesmo consta na proposta como prazo de execução, pois, a recorrente expressou sua concordância com os termos do edital e anexos. Apesar do item 8.6 não aceitar o termo "conforme edital" como declaração expressa, não tem o poder de desclassificar propostas sumariamente, tendo em vista que de forma "implícita" está informando que o prazo será de 5 (cinco) dias.
Além disso o item o item 9.35 e 9.36, do edital, disciplina que a Pregoeira poderá solicitar informações complementares se entender necessária, verbis:
(...)

9.35 Na hipótese de necessidade de suspensão da sessão pública para a realização de diligências, com vistas ao saneamento das propostas, a sessão pública somente poderá ser reiniciada mediante aviso prévio no sistema com, no mínimo, 12h de antecedência, e a ocorrência será registrada em ata. (grifos nosso)

9.36 Dentre os documentos passíveis de solicitação pela pregoeira, destacam-se os que contenham as características do material ofertado, tais como marca, modelo, tipo, fabricante e procedência, além de outras

informações pertinentes, a exemplo de catálogos, folhetos ou propostas, encaminhados por meio eletrônico, ou, se for o caso, por outro meio e prazo indicados pela pregoeira, sem prejuízo do seu ulterior envio pelo sistema eletrônico, sob pena de não aceitação da proposta. (grifos nosso)

(...)

Neste caso é DEVER do agente público efetuar tal ato, para cumprimento do objeto da licitação e interesse público que é a busca da proposta mais vantajosa.

Além do mais, tal informação (prazo de entrega) poderá ser corrigida na proposta readequada, tendo em vista que não é "ausência de informação que deveria contar da proposta" mas tão somente esclarecimento das apresentadas de forma diversa do requerido.

A respeito do tema, anotam em sede doutrinária EGON BOCKMANN MOREIRA e FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES ("in Licitação Pública: A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratação/RDC, Ed. Malheiros, São Paulo, 2015, 2ª ed. atualizada, revista e aumentada, p. 389):

"Não se dúvida de que o processo de licitação é marcado pelo princípio do formalismo, sendo esse a receita para evitar desvios de fim na manipulação de competências administrativas. Todavia, trata-se de formalismo moderado: as formas não poderão ser entendidas como um fim em si mesmas, desencontradas das finalidades próprias do certame. Elas revelam-se meramente instrumentais à realização do escopo da licitação. (...).

Em erudito Voto o Relator no RMS nº 70084253202 TJ/RS, decidiu que:
Não seria despropositado afirmar que uma tendência aparentemente irreversível na evolução da disciplina jurídica da licitação está na flexibilização da vinculação estrita ao edital de licitação, em homenagem ao incremento da disputa propriamente dita, fim último da licitação. Flexibiliza-se o formalismo para alcançar a maior vantagem buscada com a licitação. Esta filosofia tem permeado as legislações mais recentes acerca do tema, como a Lei do Pregão, a Lei das PPPs e o RDC – todos preveem a relativização do formalismo como diretriz a ser seguida no desenvolvimento da licitação."

E a jurisprudência do mesmo Tribunal é coerente acerca do tema:
(...) PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BUSCA PELA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Apontamentos com fundamento em formalidades excessivas sucumbem diante da preponderância do princípio da busca pela obtenção da maior vantagem para as contratações da administração pública. Observados os princípios da razoabilidade e da instrumentalidade das formas, bem como o interesse público, é de ser reconhecida a legalidade da habilitação da impetrante. (...) afigura-se descabida a inabilitação da apelante, sob pena de chancelar-se formalismo excessivo, em detrimento à proposta mais vantajosa para a Administração Pública. (Precedentes do TJRS. Sentença concessiva da segurança mantida. SENTENÇA MANTIDA EM REMESSA NECESSÁRIA. UNÂNIME. (Reexame Necessário, Nº 70072599525, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em: 29-06-2017)

(...) Apesar da formalidade que permeia o processo licitatório, não se mostra razoável que mera irregularidade seja suficiente para excluir do certame a impetrante, haja vista que a licitação deve dar-se sempre na busca da oferta mais vantajosa à Administração. 3. O formalismo exacerbado pode gerar danos não só ao Estado como às concorrentes, razão porque, o princípio do procedimento formal merece ser relativizado. SENTENÇA CONFIRMADA EM REMESSA NECESSÁRIA. (Remessa Necessária Cível, Nº 70081754871, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em: 31-07-2019)

(...) Impossibilidade de inabilitação, com base em formalismo excessivo na interpretação do edital, sob pena de afastamento de proposta mais vantajosa à Administração Pública. Precedentes. APELAÇÃO DESPROVIDA, UNÂNIME (Apelação Cível, Nº 70081870594, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em: 28-08-2019)

ODETE MEDAUAR ensina que o princípio do formalismo moderado consiste:

Na previsão de ritos formais simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa, em segundo se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto à forma para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas. visa impedir que minucias e pormenores não essenciais afastem a compreensão da finalidade da atuação administrativa. Exemplo de formalismo exacerbado destoante desse princípio, encontra-se no processo de licitação, ao se inabilita ou desclassificar participantes por lapsos em documentos não essenciais, passiveis de serem supridos ou esclarecidos sem diligências. A Processualidade no Direito Administrativo, RT, 1986, p.133.
Pelo princípio do formalismo moderado os ritos são simplificados em prol da finalidade e enquanto que pelo princípio da instrumentalidade que não se confunde com o primeiro o foco é o aproveitamento do ato nulo, mas que atingiu sua finalidade como exemplo o decidido no HC 560.741/RS, sendo Relator para o Acórdão o Min. Rogério Schietti Cruz, j. 12.05.2020.

Em matéria de nulidade, rege o princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual não há nulidade sem que o ato tenha gerado prejuízo para a acusação ou para a defesa. Não se prestigia, portanto, a forma pela forma, mas o fim atingido pelo ato. Por essa razão, a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual só pode acarretar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado, trazendo prejuízo a qualquer das partes da relação processual.
Para a declaração de nulidade de determinado ato processual, deve haver a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte, de modo que não é suficiente a mera alegação da ausência de alguma formalidade, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, consoante o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal.

Além do mais a doutrina e jurisprudência tem entendimento consolidado que tais inconsistências não têm força para inabilitação de empresas em processos licitatórios. Até mesmo porque havendo dúvidas sobre as informações constantes do documento a Administração poderá utilizar a ferramenta jurídica da diligência, conforme Art. 43 da

Lei 8.666/93.
Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
(...)
§ 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.
É nítido caso de aplicação do princípio do formalismo moderado, aceitando o preenchimento de um dos requisitos de habilitação por via distinta daquela prevista no edital. Neste sentido temos acórdão do Tribunal de Contas da União:
''5. De fato, a administração não poderia prescindir do menor preço, apresentado pela empresa vencedora, por mera questão formal, considerando que a exigência editalícia foi cumprida, embora que de forma oblíqua, sem prejuízo à competitividade do certame.
6. Sendo assim, aplica-se o 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 formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, tudo de acordo com o art. 2º, § único, incisos VIII e IX, da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. (TCU, Acórdão nº 7.334/2009, Primeira Câmara, Rel. Min. Augusto Nardes, j. em 08.12.2009.)
No Acórdão nº 1211/2021 – Plenário, o Tribunal de Contas da União proferiu decisão interessantíssima, sob a relatoria de Walton Alencar Rodrigues, acerca da polêmica temática envolvendo o saneamento de defeitos nos documentos de habilitação de licitantes.

Trata-se de Representação, com solicitação de adoção de medida cautelar para suspender pregão eletrônico, regido pelo Decreto nº 10.024/2019, que objetivava a "contratação de serviços técnicos especializados de desenvolvimento/manutenção de sistemas e soluções de tecnologia da informação". Na oportunidade, o representante "alegou que o pregoeiro concedeu irregularmente, aos licitantes, nova oportunidade de envio da documentação de habilitação, após a abertura da sessão pública, o que beneficiou um único licitante, ao fim, declarado o vencedor do certame, e afrontou o disposto no Decreto 10.024/2019 e no edital de licitação."

Ao responder a Representação, dois aspectos foram destacados pelo Relator:

(i) diferente do Decreto nº 5.450/05, no Decreto nº 10.024/2019, no cadastramento das propostas todos os participantes devem incluir seus documentos de habilitação; e (ii) o art. 47 do Decreto nº 10.024/2019 permite, tanto na fase de julgamento das propostas, quanto na habilitação, o pregoeiro sanar erros ou falhas que não alterem a substâncias das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes. O art. 17, inciso VI, do mesmo normativo, enfatiza existir um dever para o pregoeiro nesse sentido.
No caso concreto, após o encerramento da fase de lances, iniciado o julgamento das propostas, houve suspensão da sessão. Quando da retomada, o pregoeiro "iniciou o chat 'para uma nova oportunidade para envio da documentação, no prazo de 30 minutos', informando que seriam convocadas todas as empresas (peça 1, p. 4)." (grifos no original) "Quatro empresas enviaram documentos, uma delas, que foi posteriormente declarada vencedora, dentro do prazo estabelecido; e as demais com atrasos de até 51 minutos. Às 14:05:14 do mesmo dia, o pregoeiro suspendeu a sessão para análise da nova documentação de habilitação anexada, marcando a reabertura para o dia seguinte."
Um primeiro ponto de análise teve em vista suposto cerceamento do direito dos licitantes quanto à igual oportunidade, para saneamento de defeitos na documentação. Quanto a tal aspecto, o Relator enfatizou que o prazo de 30 minutos foi concedido a todos os licitantes, durante a fase de julgamento das propostas, antes da negociação do último lance mais vantajoso e da avaliação da documentação de habilitação (arts. 17, inciso VI, e 47 do Decreto 10.024/2019). O problema, com o que anuiu o Relator, foi a falta de fundamentação para essa abertura de oportunidade para o reenvio de documentos (art. 8º, inciso XII, alínea "h", e o art. 47, parágrafo único, do Decreto 10.024/2019). E concluiu: "A ausência da fundamentação, além de contrariar o Decreto 10.024/2019 e a regra editalícia expressa, impossibilitou aos licitantes analisarem as razões do ato, tendo em vista que o pregoeiro não declinou quais seriam os erros e falhas passíveis de saneamento, dentro da margem de correção possibilitada pelos normativos incidentes. Destaco ainda que a fundamentação dos atos administrativos é requisito essencial para a respectiva validade."

No que diz respeito à abrangência do saneamento, o Relator criticou a interpretação literal do termo "[documentos] já apresentados" do art. 26, §9º, do Decreto 10.024/2019 e da vedação à inclusão de documento "que deveria constar originariamente da proposta", prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, pontuando ser contrária ao entendimento da jurisprudência do TCU. Como colocou, o procedimento licitatório dever ter por norte assegurar a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração, assegurando igualdade de oportunidade de participação aos interessados.

E continuou:

"Em alinhamento com esse entendimento, a vedação à inclusão de documento "que deveria constar originariamente da proposta", prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, deve se restringir ao que o licitante não dispunha materialmente no momento da licitação. Caso o documento ausente se refira a condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, e não foi entregue juntamente com os demais comprovantes de habilitação ou da proposta por equívoco ou falha, haverá de ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro. Isso porque admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim)."

Ao final, citando o art. 64 da Lei nº 14.133/21, destacou que, apesar de o dispositivo reproduzir a vedação à inclusão de novos documentos, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, "deixa salvaguarda a possibilidade de diligência para a complementação de informações necessárias à apuração de fatos existentes à época da abertura do certame, o que se alinha com a interpretação de que é possível e necessária a requisição de documentos para

sanear os comprovantes de habilitação ou da proposta, atestando condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame." (destaques no original) E finalizou citando exemplo: "Assim, nos termos dos dispositivos citados, inclusive do art. 64 da Lei 14.133/2021, entendo não haver vedação ao envio de documento que não altere ou modifique aquele anteriormente encaminhado. Por exemplo, se não foram apresentados atestados suficientes para demonstrar a habilitação técnica no certame, talvez em razão de conclusão equivocada do licitante de que os documentos encaminhados já seriam suficientes, poderia ser juntado, após essa verificação no julgamento da proposta, novos atestados de forma a complementar aqueles já enviados, desde que já existentes à época da entrega dos documentos de habilitação."

Trata-se de precedente importante, alicerce para a Administração Pública em análises envolvendo saneamento de defeitos na documentação apresentada por licitantes.

É possível identificar, claramente, uma evolução nos entendimentos jurisprudenciais no que diz respeito à temática do saneamento. Há alguns anos o enfoque para permitir ou não o saneamento decorria da diferença entre vícios formais e materiais e de uma análise bastante restrita do princípio da isonomia. Na atualidade a discussão progride, com ênfase para o objetivo central da licitação: seleção da proposta mais vantajosa, observado procedimento isonômico.

Além de tudo isso o Art. 4º da Lei 10.520/2002 à qual este Pregão encontra-se vinculado conforme preâmbulo e item 2 (Legislação) disciplina que:
(...)
XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores–Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes; (grifos nossos)
É explicito, portanto, que mesmo havendo ausência total de documentos os mesmos poderão ser sanados através dos já existentes em cadastros junto a esta Prefeitura.
Temos, ainda, a LC 123/2006, a qual estabelece tratamento diferenciado e simplificado às ME e EPP sediadas local e regionalmente, o que é o caso da recorrente, conforme seus Art. 1º e 47, verbis:
Art. 1o Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere: (grifos nosso)
(...)
Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (grifos nosso) (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (Vide Lei nº 14.133, de 2021
Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. (grifos nosso) (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)
Cristalino, portanto, o tratamento diferenciado a ser dispensado às ME e EPP visando o desenvolvimento regional. Ora, se o Estado, concede às ME e EPP o benefício de regularizar débitos fiscais, muito mais deverá ser dado a oportunidade de complementação de documentos jurídicos. Não venham aqui falar em benefícios não previstos, pois, o Art. 47 é de clareza impar, pois, não limita a nenhum tipo de tratamento (fiscal, jurídico, econômico-financeiro, técnico). Ainda mais quando combinado com o Art. 43, §3º da Lei 8.666/93, não tendo outra opção ao agente público, que seja dá oportunidade às ME/EPP que sanem possíveis inconsistências documentais para o fiel cumprimento do comando legislativo e do interesse público.
Pelo exposto não resta outra alternativa ao Pregoeiro que não seja a anulação da decisão proferida, e DECLARAR a recorrente HABILITADA e VENCEDORA do certame.
III– DOS PEDIDOS
Ante o exposto requer:
1) O recebimento do presente RECURSO ADMINISTRATIVO com efeito suspensivo previsto em lei;
2) Que seja declarado NULO o ato de INABILITAÇÃO da recorrente e DECLARÁ-LA HABILITADA, ato contínuo como VENCEDORA do certame nos itens que apresentou o melhor preço;
3) No caso de não atendimento do pedido, faça este subir à autoridade superior para análise e decisão.
4) Que a decisão da autoridade superior seja embasada em parecer independente dos pareceres do Pregoeiro, elaborado por servidor isonômico em relação ao Pregoeiro e área técnica.

Voltar **Fechar**