

➤ Pregão/Concorrência Eletrônica

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

A AUTORIDADE SUPERIOR COMPETENTE
AO DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES PÚBLICAS
AO PREGOEIRO RESPONSÁVEL
CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SERGIPE
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 08/2022
(Processo Administrativo nº 24/2022)

RIO MADEIRA CERTIFICADORA DIGITAL EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 23.035.197/0001-08, estabelecida na AV. CARLOS GOMES, 2272 – SALA 1, BAIRRO SÃO CRISTOVÃO - PORTO VELHO – RO, E-mail: juridicos.mep@gmail.com, neste ato representado por sua procuradora, Sra. Priscila Consani das Mercês Oliveira, brasileira, casada, advogada, portadora da cédula de Identidade RG nº 10.616.831-8/SSP-PR, inscrita no CPF nº 075.082.869-28 e portadora da carteira profissional OAB/MT 18.569-B, com escritório profissional na Avenida Miguel Sutil nº 8388, sala 1005, 10º andar, Bairro Santa Rosa, na cidade de Cuiabá, estado do Mato Grosso, vem, com o devido e costumeiro respeito, à presença de Vossa Senhoria, apresentar as suas RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO frente a decisão que HABILITOU a empresa GLOBALSEC TECNOLOGIA DA INFORMACAO LTDA, pelos fatos e direitos a seguir:

I – DA TEMPESTIVIDADE

A presente intenção de recurso foi registrada em 02 de dezembro de 2022, concedendo-lhe o prazo de 3 dias úteis para apresentar as razões recursais, sendo que a resposta está sendo protocolada em 07 de dezembro de 2022, portanto, tempestiva.

II – DO BREVE REALATO DOS FATOS

Trata-se de licitação na modalidade Pregão Eletrônico nº 08/2022, onde o Conselho Regional de Enfermagem de Sergipe (Coren-SE), tinha como objetivo a "aquisição/renovação de certificados digitais, incluindo certificados e tokens criptográficos para pessoas físicas e jurídicas, ICP-Brasil do tipo A3, a fim de suprir as necessidades do Conselho Regional de Enfermagem de Sergipe (CorenSE). "

Após a fase formulação de lances onde a empresa Recorrida se tornou arrematante do certame. Ocorre que, o pregoeiro em análise aos oducmenros de habilitação inseridos pela Recorrida identificou: "Para GLOBALSEC TECNOLOGIA DA INFORMACAO LTDA - Senhor licitante, finalizamos a análise da documentação de habilitação. Identificamos a ausência, tanto no módulo Qualificação Técnica do SICAF, quanto na documentação anexa no sistema, do documento exigido pelo subitem 9.3.1 do Edital - atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado. "

Assim, devido à ausência dos referidos documentos, o Órgão optou por inabilitar a Recorrida, vindo a Recorrente se tornar arrematante de alguns itens.

Para a surpresa de todos, o Órgão retomou a licitação habilitando a empresa Recorrida sob alegação: "Senhores licitantes, informo que chegou ao conhecimento deste Pregoeiro, o Acórdão TCU nº 468/2022 - Plenário, que aborda exatamente a questão referente a inabilitação da empresa que ofertou os menores lances nos 4 itens deste Pregão, a GLOBALSEC TECNOLOGIA DA INFORMACAO LTDA, inabilitada por ausência no ato do lançamento da documentação correspondente... ..ao subitem 9.3.1 (atestados de capacidade técnica0) no sistema, nos termos dos subitens 9.1.8 e 9.1.9 do Edital, bem como do Art. 26 do Decreto nº 10.024/2019. Diante do exposto, comunico que pedirei Parecer Jurídico sobre a aplicabilidade do referido Acórdão a presente questão, em atendimento aos princípios da legalidade e da autotutela."

Em que pese o órgão ter aceito os documentos, tal ato não poderia acontecer, haja vista, que os mesmos deveriam ser inseridos até a data de abertura da sessão, conforme bem pontuado pelo Órgão em um primeiro momento.

Diante o exposto, não vemos outra forma de nos resguardamos de nossos direitos de sermos tratados de forma isonômica e legal, onde a GLOBALSEC TECNOLOGIA DA INFORMACAO LTDA possa ser inabilitada frente ao descumprimento das exigências editalícias.

III – DOS DIREITOS

III.I – DA SOLICITAÇÃO INDEVIDA DE DOCUMENTOS

Conforme informado anteriormente, o Órgão em sede de diligência solicitou documentos "complementares" a empresa Recorrida. Porém, vejamos o que dispõe o edital:

"5.1.Os licitantes encaminharão, exclusivamente por meio do sistema, concomitantemente com os documentos de habilitação exigidos no edital, proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço, até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública, quando, então, encerrar-se-á automaticamente a etapa de envio dessa documentação."

Assim é notório que todos os documentos deveriam ser inseridos até a data e horário marcado para abertura, e se a

empresa assim não fez, deve ser INABILITADA. O item 9.8 é claro ao inserir que a empresa que não apresentar os documentos de acordo com o instrumento convocatório, será inabilitada:

"9.8.Será inabilitado o licitante que não comprovar sua habilitação, seja por não apresentar quaisquer dos documentos exigidos, ou apresentá-los em desacordo com o estabelecido neste Edital."

Na licitação não basta apenas ter o menor preço, ou seja, o real objetivo de uma licitação não é somente classificar a proposta monetariamente mais vantajosa. A licitação é um processo completo, que envolve diversas fases e fatores, todas de igual importância e não se limita apenas a análise dos preços apresentados. Para lograr êxito, o licitante deve completar as exigências em todas as fases, caso isso não ocorra, deve ser: não credenciado, desclassificado ou inabilitado

III.II - DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

No momento de apresentação dos documentos o licitante deve ter conhecimento em face das exigências legais e editalícias, quais documentos deve apresentar. Não os trazer caracteriza descumprimento à lei e ao edital, devendo ocorrer a inabilitação ou a desclassificação, conforme o caso.

Insta salientar que todos os documentos deveriam ter sido anexados até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública, e, portanto, nenhum documento diverso agora pode ser aceito, ora que, vai se tratar de inserção de documentos novos!

O artigo 26 do DECRETO Federal nº 10024/2019 é bem claro quando insere os documentos devem ser enviados até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública:

"Art. 26. Após a divulgação do edital no sítio eletrônico, os licitantes encaminharão, exclusivamente por meio do sistema, concomitantemente com os documentos de habilitação exigidos no edital, proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço, até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública."

Recentemente saiu um parecer emitido pela Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos, através do PARECER n. 00006/2021/CNMLC/CGU/AGU onde os mesmos dispõem acerca da inserção de documentos novos após a abertura da sessão:

"17. A interpretação dada pelo TCU no Acórdão 1211/2021, na prática, afasta dispositivos expressos do Decreto nº 10.024, de 2019.

18. Em primeiro lugar, afasta a norma do Decreto que determina a apresentação dos documentos de habilitação juntamente com a proposta e antes da abertura da sessão pública.

19. Afasta ainda a norma que deixa claro que essa fase de apresentação de documentos se encerra com a abertura da sessão pública. A interpretação também ignora o fato de que, após a abertura da sessão pública, somente é permitida a apresentação de documentação complementar, que, segundo o §9º do art. 26, diz respeito aos necessários à confirmação daqueles exigidos no edital e já apresentados".

20. Dito de outro modo, embora a Corte de Contas afirme que esteja apenas interpretando o Decreto, está de fato afastando norma expressa e vigente.

21. O próprio Ministério da Economia, ao ser ouvido pelo TCU no caso que deu origem ao Acórdão supracitado, apontou que não caberia a complementação de documento inexistente, pois isso contrariaria o Decreto.

22. Ao se admitir que os licitantes apresentem documentos em momento posterior à abertura da sessão, essa permissão acarreta a ineficácia da norma que exige apresentação antes da sessão.

(...)

39. Suponha-se, apenas por hipótese, que não houvesse norma alguma estipulando o momento de apresentação da documentação de habilitação. Nessa hipótese, compreender-se-ia, em princípio, o entendimento do Acórdão 1211/2021 do Plenário do TCU, na parte em que admite essa apresentação no momento do julgamento da habilitação.

40. Isso porque, a rigor, a necessidade de habilitação, pelo menos no que diz respeito à técnica, é apenas para a execução do objeto. A habilitação jurídica, por sua vez, parece ser necessária desde o primeiro ato a ser praticado na licitação, para que possa ser efetivamente atribuído à pessoa que o pratica. A fiscal, de modo distinto, é exigida pelo art. 193 do Código Tributário Nacional já no momento da apresentação da proposta[11]. A econômico-financeira, por sua vez, a rigor e em princípio, somente seria necessária no momento da contratação ou mais propriamente no momento do cumprimento de suas obrigações contratuais, pois seria quando a situação da licitante seria agravada pelos deveres contratuais.

41. Porém, sabendo-se que cada licitante possui uma realidade distinta, o problema é como tratar todos de modo isonômico no procedimento licitatório, isto é, a questão é definir qual é o momento em que o licitante deve possuir a habilitação exigida na lei. E, em razão do que foi exposto no parágrafo anterior, haveria sério transtorno ao procedimento licitatório, caso se admitisse que cada condição de habilitação fosse verificada em momento distinto.

42. Além disso, a própria verificação da habilitação é outro desafio a ser enfrentado. Até em atenção ao princípio da publicidade, é necessário que a Administração verifique a habilitação e documente essa verificação para permitir o controle dos eventuais interessados, principalmente os demais licitantes. Muitas vezes, contudo, somente a própria licitante tem condições ou pelo menos tem mais facilidade para provar sua habilitação.

43. Diante desse cenário, o Poder Executivo, no exercício de sua competência constitucional de regulamentar a Lei, editou o Decreto nº 10.024, de 2019, unificando as exigências de habilitação e determinando que a comprovação delas deveria ocorrer no momento da apresentação da proposta e antes da abertura da sessão pública. E não se vê ilegalidade alguma nessa regulamentação.

44. O que pode ocorrer na prática, como apontou o TCU, é a possibilidade de eventualmente uma licitante com melhor proposta possuir condições de habilitação, mas ser inabilitada por falhas na apresentação dos respectivos documentos. Nessa hipótese, de fato, a Administração acabaria contratando outra licitante, que eventualmente poderia ter uma proposta menos vantajosa. Mas, embora a solução proposta pelo TCU, de admitir apresentação posterior de documentação de habilitação, possa, em tese, levar à contratação de proposta mais vantajosa, esse resultado não será algo inevitável e necessário. Dito de outro modo, nada garante que uma licitante que falhou na apresentação de sua documentação irá sanar a falha se lhe for dada nova oportunidade.

45. Quanto a esse aspecto, o próprio §3º do art. 43 da Lei nº 8.666, de 1993, utilizado como fundamento para permitir essa nova oportunidade, também pode ser interpretado como vedação a esta permissão. Com efeito, embora ele permita "em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo", ele deixa claro que é "vedada a inclusão posterior de documento ou

informação que deveria constar originariamente da proposta.”

46. Não se vê como superar essa vedação de apresentação posterior de documento que já deveria ter sido apresentado.

(...)

50. Não é demais lembrar também que, se por um lado, o entendimento do TCU poderia eventualmente, em princípio, atender ao princípio da busca da proposta mais vantajosa, por outro, ele ofenderia o princípio da legalidade, que tem sede no mesmo dispositivo legal. Com efeito, a legalidade não determina apenas o cumprimento da lei em sentido estrito. Obriga sim à observância de toda a cadeia normativa, em todos os seus níveis hierárquicos, desde a Constituição até a norma de menor nível, editadas, obviamente, cada qual com respeito às respectivas normas superiores.

51. É esta estrutura hierarquizada de comando que deve ser mantida, de modo a que as decisões tomadas pelos agentes sejam uniformes, levando a que todos os administrados recebam o mesmo tratamento[12].

52. Ademais, como se trata de um processo concorrencial, a necessidade de se tratar a todos de forma igual é ainda mais imperiosa, pois um tratamento mais benéfico em relação a um licitante em detrimento de outros, em certames diferentes, subverte toda a lógica da competição.

(...)

54. Desta forma, não havendo invalidade no Decreto, não há como desrespeitá-lo, embora seja possível, eventualmente, sua alteração, caso assim decida o chefe do Poder Executivo, utilizando-se do expediente adequado que é a edição de novo decreto que altere a previsão normativa outrora existente.

(...)

4. CONCLUSÃO

64. Ante o exposto, opina-se para que se mantenha a observância das normas do Decreto nº 10.024, de 2019, que estabelecem a necessidade de apresentação de documentação de habilitação juntamente com a proposta e que não permitem apresentação posterior de documento não apresentado, razão pela qual não se vê necessidade de alterar os modelos de instrumentos convocatórios, ressalvada ulterior alteração do Decreto.”

Vejamos o que fala a jurisprudência sobre o assunto:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISPENSA DE CERTIDÃO PARA FINS DE PARTICIPAR DE PROCESSO LICITATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. I. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que indeferiu o pedido da recuperanda de dispensa de certidão para fins de participar de processo licitatório. II. Contudo, o art. 52, II, da Lei nº 11.101/2005 proíbe expressamente a dispensa de certidões para contratação com o Poder Público de empresa em recuperação judicial. Ademais, não há ilegalidade na exigência da aludida certidão, tendo em vista que a Lei nº 8.666/93, que disciplina as licitações e os contratos da Administração Pública, prevê em seu art. 31, inciso II, a apresentação de certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo Distribuidor da sede da pessoa jurídica, aplicando-se extensivamente às empresas em recuperação judicial AGRADO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70077206605, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 29/08/2018). (grifei)”

ASSIM, NÃO SE PODE DEIXAR DE APRESENTAR NENHUM DOCUMENTO, haja vista ir contra a lei, contra o edital e contra os princípios que regem a licitação.

O Tribunal de Contas da União também emitiu algumas decisões acerca de documentos faltantes, ora que, para os mesmos, alegam que não pode e nem deve ser alterado o que está disposto no art. 26 do DECRETO Federal nº 10024/2019, vejamos abaixo:

“c.1) a inserção posterior de informações relativas à declaração da relação de compromissos assumidos, afirmando que 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou com a iniciativa privada, vigentes na data da sessão pública de abertura do Pregão não seria superior ao patrimônio líquido do licitante, enviada originalmente em branco, afronta o art. 47 do Decreto 10.024/2019, bem como a cláusula 22.4 do edital, que autorizavam o Pregoeiro responsável pelo certame apenas a sanar erros ou falhas que não alterassem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mas não inserir informações que deveriam constar dos documentos originários apresentados para o fim de habilitação; (ACÓRDÃO DE RELAÇÃO 113/2021 – PLENÁRIO)”

“1.7.1.2. habilitação irregular da licitante Emilson C Oliveira Santos Locação de Mão de Obra Eireli, uma vez que foram considerados documentos enviados pela empresa após o início da sessão pública para fins de atendimento às exigências contidas nos itens 8.7.5.3 e 8.8.5 do edital do certame, em violação ao disposto nos itens 8.3 e 8.16 do edital e no art. 26, caput e § 9º, do Decreto 10.024/2019 c/c o art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993. (ACÓRDÃO DE RELAÇÃO 1628/2021 - SEGUNDA CÂMARA)”

“1.7.1.2. aceitação pela pregoeira, após concluída a fase de lances, dos documentos de habilitação da empresa Nort Sat Telecomunicações Ltda., que deveriam ter sido originalmente anexados pela licitante no sistema Comprasnet, concomitantemente com a proposta comercial, em desacordo com o art. 26, caput, do Decreto 10.024/2019 e com o item 5.1 do Edital do certame). (ACÓRDÃO DE RELAÇÃO 3658/2021 - PRIMEIRA CÂMARA)”

Abaixo tem-se decisão acerca da vinculação ao instrumento convocatório:

MENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - MICROEMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL - QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO/FINANCEIRA - EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO BALANÇO PATRIMONIAL - PREVISÃO EXPRESSA NO EDITAL- RECURSO NÃO PROVIDO. - A dispensa de obrigatoriedade de formular o balanço patrimonial para MEs e EPPs optantes pelo Simples Nacional é para fins fiscais e não se estende necessariamente para outros cenários - O princípio da vinculação ao edital regulamenta o certame licitatório e é princípio administrativo que prevê que a Administração Pública deve respeitar as regras previamente estabelecidas no instrumento que convoca e rege a licitação, como medida de garantia e de segurança jurídica a ela e aos licitantes -Não sendo questionado o ato administrativo, a tempo e modo, é de se concluir que a empresa anuiu com as regras do Edital, restando preclusa a oportunidade do licitante de questionar suas cláusulas e de apresentar novos documentos. (TJ-MG - AC 10000170604367002 MG, Relator: Belizário de Lacerda, Data de julgamento: 28/09/2021 , Câmaras Cíveis / 7ª Câmara cível, data da publicação: 08/10/2021) . (grifo nosso)

Segundo Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, o instrumento convocatório:

“é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse

princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416)".

O mesmo autor prossegue no exame da questão, e reforça sua argumentação a respeito da vinculação do edital com o art. 41, §2º, da Lei 8.666: "Ali, fixa-se prazo para que o licitante possa impugnar os termos do edital. Expirado esse prazo, decairá o participante da licitação do direito de impugná-lo. Isto significa dizer que quem participa da licitação não pode esperar pela sua inabilitação ou desclassificação para, somente então, impugnar a regra contida no edital que levaria à sua exclusão do processo" (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.417).

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 legislador constitucional originário teve como destinatária a proteção do interesse público, já que todas as contratações realizadas pelo Estado devem ser realizadas mediante as melhores condições de preço, qualidade e eficiência.

À luz dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, além do direito positivado através da Lei n.º 8.666/93, não resta qualquer dúvida de que a Pessoa Jurídica de Direito Público deverá prestigiar legalidade, moralidade, eficiência e isonomia a todos os certames licitatórios em busca da contratação mais vantajosa ao interesse público.

No entanto, em que pesem tais considerações, importante ressaltar que para buscar a contratação mais vantajosa ao interesse público, toma-se necessária a segurança atribuída aos habilitantes, vinculando-os ao edital e este ao processo que o antecedeu, conforme o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Esta norma-princípio encontra-se disposta no art. 41, caput, da citada Lei:

" Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(..)

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

Diz-se por isso que o edital se torna lei entre as partes, e este, por sua vez, somente é publicado após o devido processo administrativo que o justifica e o autoriza. Deste modo, a regra que se impõe é que a realização da licitação deve ser precedida de um processo administrativo que a justifique e a autorize, somente após deve ser publicado o edital, que não poderá sofrer alterações após a publicação, salvo se assim exigir o interesse público, devendo atentar a todos os esclarecimentos, avisos e informações concedidos pelo Pregoeiro e equipe de apoio.

Desse modo, observada a legislação vigente, não cabe à Administração Pública conceder qualquer tratamento distinto do previsto em Edital, devendo, portanto, declarar a INABILITAÇÃO da empresa GLOBALSEC TECNOLOGIA DA INFORMACAO LTDA.

Insta ressaltar que a empresa Recorrida acredita na boa-fé desta Administração, e acredita que com o poder de autotutela da Pregoeira e da Comissão, o ato de habilitar a empresa que estava inabilitada será corrigido.

IV – DOS PEDIDOS

Requer que o presente RECURSO ADMINISTRATIVO seja recebido e julgado TOTALMENTE PROCEDENTE, para fins de que a empresa GLOBALSEC TECNOLOGIA DA INFORMACAO LTDA:

a) Seja inabilitada, ora que, não cumpriu com todas as exigências editalícias;

b) Caso não seja de convicção deste pregoeiro, seja o presente recurso encaminhado para o Jurídico para fins de parecer, e ao final seja encaminhado a autoridade superior competente para fins de análise e julgamento final

Estes são os termos,
Pede deferimento

Cuiabá-MT, 07 de dezembro de 2022.

Priscila Consani das Mercês Oliveira
Procuradora

OAB/MT 18569-B

Fechar