

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

AO SR. RAIMUNDO NONATO MENEZES DE ABREU PREGOEIRO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE

PROCESSO SEI Nº. 0005472-46.2021.01.0000
PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº: 045/2022

A Empresa, nome fantasia ENBRASSOL COMERCIO DE MATERIAIS ELETRICOS E ENERGIA SOLAR LTDA, inscrita no CNPJ nº 36.293.232/0001-22, representada neste ato por seu procurador legal já qualificado nos autos do certame eletrônico em epígrafe, vem mui respeitosamente, perante a ilustre presença de Vossa Senhoria, nos termos do instrumento convocatório do certame em espeque, especificamente no item 14.2, bem como, em amparo jurídico ao dispositivo legal inc. XVIII, art. 4º, da Lei Federal nº. 10.520/2002 e alicerce principiológico do direito administrativo, apresentar:

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da decisão proferida por intermédio da Equipe técnica, ratificada pelo Pregoeiro, o qual entendeu por inabilitar esta recorrente de forma totalmente equivocada, em face de suposta transgressão as normas editalícias. Ressalta-se, que a medida recursal em evidência tem o condão jurídico/administrativo de INDICAR E DEMOSTRAR expressamente os fatos e motivos que ENSEJAM de imediato a reforma da decisão que a DESCLASSIFICOU no certame em espeque, sob a legação de descumprimento do subitem 9.7, letra "a" do Edital e seus anexos. Diante o exposto, S.M.J, após a averiguação e análise concreta da presente peça recursal, reconheça-se o equívoco técnico administrativo quanto desclassificação da empresa supradita.

Por fim, pede-se e aguarda-se que seja o recurso em espeque reconhecido e provido em seu ápice, DECLARANDO-SE DE IMEDIATO CLASSIFICADA esta RECORRENTE, por atender as normas e princípios basilares da administração pública frente a licitação ora tratada.

Nestes Termos.
Pede-se Deferimento.
Rio Branco, 03 de julho de 2022.

ENBRASSOL COMERCIO DE MATERIAIS ELETRICOS E ENERGIA SOLAR LTDA
CNPJ nº 36.293.232/0001-22
PROCURADOR LEGAL

EXCELENTÍSSIMO SR. PRESIDENTE DO TRIBUNAL, PREGOEIRO E RESPECTIVOS MEMBROS DA EQUIPE DE APOIO SIGMA DA SUPERINTENDENCIA ESTADUAL DE COMPRAS E LICITAÇÕES DO DE RONDÔNIA.

PROCESSO SEI Nº. 0005472-46.2021.01.0000
PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº: 045/2022

RAZÕES DE RECURSO

OBJETO: Contratação de empresa especializada para instalação de sistema de geração de energia solar fotovoltaica conectados à rede (on grid), compreendendo a elaboração do projeto executivo, a aprovação deste junto à concessionária de energia, o fornecimento, montagem, comissionamento e ativação de todos os equipamentos e materiais, a efetivação do acesso junto à concessionária de energia, o treinamento e suporte técnico, operação e manutenção do sistema instalado na Cidade da Justiça de Rio Branco-AC, conforme as condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

1- DA TEMPESTIVIDADE.

O recurso em epígrafe cumpre fielmente com o prazo positivado no instrumento convocatório item 12.2.3, bem como, em atenção ao juridicamente preconizado na inc. XVIII, art.4º, da Lei Federal nº. 10.520/2002. Ressalta-se que a decisão ora combatida fora publicitada (ciência) na data de 30.06.2022, iniciando-se assim o prazo do recorrente na data de 01.07.2022, e encerrando-se em 03.07.2022(domingo), ficando prorrogado para o primeiro dia útil subsequente, portanto, dia 04.07.2022 (segunda-feira) conforme inteligência dos dispositivos

abaixo citado, vejamos;
REPRODUÇÃO EDITALICIA.

12.2.3 Uma vez admitido o recurso, o recorrente terá, a partir de então, o prazo de 3 (três) dias para apresentar as razões, pelo sistema eletrônico, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contrarrazões também pelo sistema eletrônico, em outros 3 (três) dias, que começarão a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses..

Lei Federal nº. 10520/2002.

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

Desta feita, em observância estrita ao lapso temporal tríduo disposto no item supra dito, não se vislumbra óbice para o seu recebimento, diante da tempestividade evidenciada.

2- DA SÍNTESE DOS FATOS

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE, por intermédio do(a) pregoeiro(a) designado(a) pela Portaria nº 262, de 18/02/2022, publicada no Diário da Justiça nº 7.013, de 22/02/2022, torna pública a abertura de procedimento licitatório, na modalidade PREGÃO ELETRÔNICO, pelo modo de disputa ABERTO, com critério de julgamento MENOR PREÇO POR ITEM, tendo por finalidade a contratação de empresa especializada para instalação de sistema de geração de energia solar fotovoltaica conectados à rede (on grid), compreendendo a elaboração do projeto executivo, a aprovação deste junto à concessionária de energia, o fornecimento, montagem, comissionamento e ativação de todos os equipamentos e materiais, a efetivação do acesso junto à concessionária de energia, o treinamento e suporte técnico, operação e manutenção do sistema instalado na Cidade da Justiça de Rio Branco-AC, conforme as condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

Que conforme dispostos editalícios, na data aprazada no respectivo instrumento, fora realizado a abertura das atividades técnicas inerente a licitação supra indicada, participando da mesma a empresa recorrente.

Através de um amplo estudo dos elementos técnicos, características dos serviços, abrangidas pelo escopo, prazos de execução e características do local de realização da prestação dos serviços, a Recorrente, formulou a montagem da apresentação de seus documentos de habilitação e de proposta.

Ocorre que, por equívoco técnico administrativo a D. Pregoeira / Equipe técnica reconheceu pela Desclassificação da Proposta da empresa:

Decisão da equipe técnica:

Por fim, noticio que a empresa não apresentou o catálogo dos cabos de energia, quadros de proteção e controle e estrutura de suporte, tendo sido enviado apenas os catálogos dos módulos fotovoltaicos e inversor.

Portanto, diante do exposto e em conformidade com o Edital e Adendo ao Edital, desclassificamos a proposta apresentada pela empresa ENBRASSOL devido a ausência de documentação exigida

Decisão do Pregoeiro:

Do exposto, a empresa ENBRASSOL COMERCIO DE MATERIAIS ELETRICOS E ENERGIA SOLAR LTDA (id's 1224815, 1224822, 1224823) terá a sua proposta recusada, por descumprimento do subitem 9.7, letra "a" do Edital e seus anexos. Na sequência passaremos a nova convocação.

Do comentário da empresa:

36.293.232/0001- 22 24/06/2022 15:35:31 – É extremamente passível de diligência, uma vez q fora encaminhado todo prospecto.

Conforme restará demonstrado, a desclassificação da empresa recorrente, pautada na motivação de suposta mácula à relevante exigência editalícia, não deve prosperar, uma vez que todas as informações constam nos catálogos apresentados.

Conforme se extrai da Ata de Realização do Pregão Eletrônico Nº 00045/2022, na data de 24.08.2020 a Recorrente fora julgada inabilitada por descumprimento dos itens 9.7, letra "a" do instrumento convocatório. Vejamos o que dispõe o referido item:

"9.7. O Pregoeiro encaminhará para a área técnica demandante a DOCUMENTAÇÃO e a carta de apresentação da PROPOSTA DE PREÇOS das participantes para análise técnica e, posteriormente, o Pregoeiro aprecia o Parecer Técnico emitido e declara o VENCEDOR, desclassificando aquela proposta que:

a) Deixar de apresentar qualquer um dos documentos relacionados no item 14 (DA PROPOSTA DE PREÇOS) ou apresentá-los em desacordo com qualquer exigência do Termo de Referência;"

Desta feita, em detrimento a decisão já proferida, o presente recurso durante o curso de toda sua estrutura técnica, tratará de sanar o equívoco administrativo infra disposto, para que restabeleça o direito da pleiteante em permanecer por próprio direito no presente certame.

Diante o exposto, após a averiguação e constatação do equívoco administrativo, pede-se e aguarda-se, que seja o recurso em espeque reconhecido e provido em seu ápice, tratando consequentemente de declarar habilitada a presente recorrente.

3. DO EQUIVOCO TÉCNICO ADMINISTRATIVO NO JULGAMENTO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO.

3.1. DA NÃO INFRIGENCIA AO ITEM EDITALICIO.

Com a máxima Vênia, esta recorrente discorda integralmente do posicionamento adotado por este Pregoeiro/Equipe técnica, bem como, tal ato fere de morte o princípio da eficiência pública, segundo o qual os servidores frente à execução dos serviços públicos devem dispender/empregar todos os meios necessário para com

maestria laborar com destreza, maestria, conhecimento, inteligência, aperfeiçoamento e demais correlatos.

Conforme explicitado no Edital, a licitante deve apresentar em sua proposta:

14.7.1. A PROPOSTA DE PREÇOS (ver modelo: Anexo 01), assinada obrigatoriamente pelo representante legal da LICITANTE, com preço global em Real, para prestação de serviço de fornecimento de um sistema fotovoltaico de potência mínima de 524 kWp e geração média mínima de 56.000 kWh/mês conectados à rede, a elaboração de projeto executivo/as built, sua aprovação junto a concessionária de energia elétrica, o fornecimento de todos os materiais e equipamentos da solução apresentada bem como a instalação, configuração, comissionamento, a efetivação de acesso, o desenvolvimento de software de monitoramento e aquisição de dados, treinamento operacional, operação e manutenção preventiva e corretiva por 12(doze) meses para suprir a demanda de energia elétrica de parte das edificações pertencentes ao Tribunal de Justiça do Estado do Acre objeto deste Termo de Referência e prazo de validade da proposta de no mínimo 60 (sessenta) dias corridos, contados a partir da data da apresentação.

14.7.2. Catálogos dos materiais e equipamentos: apresentar o catálogo, folder, ou documento similar dos equipamentos e materiais descritos abaixo conforme características técnicas mínimas descritas:

- Modulo fotovoltaico;
- Inversor;
- Cabos de energia;
- Quadros de proteção e controle;
- Estrutura de suporte.

14.7.3. As informações descritas no item anterior visam definir os principais equipamentos e materiais que a LICITANTE pretende aplicar na execução da implantação dos sistemas fotovoltaicos e que são fundamentais para o atendimento das características técnicas descritas neste Termo de Referência.

Segundo parecer técnico a empresa deixou de apresentar "o catálogo dos cabos de energia, quadros de proteção e controle e estrutura de suporte, tendo sido enviado apenas os catálogos dos módulos fotovoltaicos e inversor".

Contudo, embora não tenha apresentado um catálogo individual para cada característica citada no item 14.7.2 supramencionado, os catálogos apresentados descrevem as características dos cabos de energia, quadros de proteção e controle e estrutura de suporte, tidas como faltantes no parecer técnico.

Desta forma, a recorrente, apresentou a documentação solicitada no edital, consubstanciada na proposta detalhada e no catálogo do fabricante. O fato de no catálogo do fabricante não estar descritas todas as características exigidas no edital, não é motivo por si só suficiente para a desclassificação da proposta apresentada, mormente se considerarmos que tal catálogo não foi feito e moldado especificamente para apresentação nesta licitação, mas para apresentação do produto ao público em geral. Aliás, como o catálogo de todo e qualquer fabricante.

De toda sorte, ainda que houvesse informações incompletas na proposta, caberia ao pregoeiro realizar diligências a fim de esclarecer os fatos, contudo o pregoeiro não acatou as alegações da empresa ainda durante o certame acerca de que os esclarecimentos seriam passíveis de diligência e que todas as informações estavam nos prospectos, agindo com o excesso de formalismo no procedimento licitatório contrariando a exigida competitividade do certame, além de prejudicar a finalidade precípua da busca da proposta mais vantajosa à administração.

Tem-se por certo que a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e será processada e julgada em 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 lhe são correlatos.

Nessa linha, a Administração está sujeita à observância de certas formalidades para a determinação das condições de seus contratos e para a seleção dos contratados, em outras palavras, a licitação pública é um conjunto de formalidades impostas à Administração como condição para a celebração de contratos.

Em que pese a fundamental relação entre licitação e formalidade, é vedada à Administração no procedimento da licitação, realizar exigências que não produzem efeitos substanciais, despropositadas, desprovidas de nexo de utilidade com o objeto do futuro contrato, enfim, meras formalidades ou excessos que comprometem a plena competitividade.

Ainda que o artigo 43, § 3º da Lei 8.666/1993, admita 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 originalmente da proposta", ou seja, que a desatenção ao edital proíbe posterior inclusão de documentos, a jurisprudência nacional tem considerado que falhas meramente formais cometidas pelos licitantes, que possam ser supridas por informações já disponibilizadas ou que não repercutam concretamente, não autorizam a inabilitação ou a desclassificação de propostas, ao contrário, autoriza que a Administração releve certas falhas meramente formais ou que tais falhas sejam saneadas.

Ressalte-se que, ao efetuar as diligências, a administração não estaria admitindo no processo inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente da proposta, uma vez que, conforme já relatado, a proposta apresentada veio devidamente detalhada e acompanhada do folder do fabricante.

DILIGÊNCIA (art. 43, inciso VI, § 3º)

Conforme já mencionado, 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. Logo, conclui-se que o pregoeiro se PRECIPITOU ao desclassificar a empresa recorrente, tendo em vista que, poderia solicitar tais documentos, considerados complementares, porém, não o fez.

Não se pode admitir, em qualquer hipótese, a desclassificação imediata do licitante sem oportunizar o saneamento

do vício por mera diligência, sobretudo, quando se tratam de documentos complementares. Por fim, vale ressaltar que a exclusão da recorrente implicará prejuízo ao próprio erário, em manifesta violação ao princípio da seleção mais vantajosa para a administração, probidade administrativa, dentre outros princípios insculpidos no artigo 3º da Lei 8.666/93.

O pregão eletrônico em questão tem apreço como critério de julgamento o “menor preço por item”, o que demonstra o interesse da Administração Pública na contratação de licitante que apresente a proposta de menor valor, nesse caso a ENBRASSOL.

Ressalto que a empresa ENBRASSOL, ora recorrente, apresentou o menor valor do certame (R\$ 2.800.000,00) e com a sua desclassificação, as empresas habilitadas que apresentaram os menores valores na sequência foram declaradas vencedoras. Noto que haveria um aumento no valor final de R\$ 267.000,00, uma vez que a empresa declarada vencedora ganhou por R\$ 3.067.000,00.

EXCESSO DE FORMALISMO NAS LICITAÇÕES:

A licitação pública destina-se, conforme dispõe o art. 3º da Lei no 8.666/1993, a garantir que a proposta mais vantajosa seja selecionada pela Administração. Essa seleção deve ser julgada em conformidade com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Durante a seleção, a comissão de licitação deverá ter cautela para não infringir os princípios licitatórios. Nesse sentido, é preciso evitar os FORMALISMOS EXCESSIVOS e INJUSTIFICADOS a fim de impedir a OCORRÊNCIA DE DANO ao erário e valorizar a economicidade e vantajosidade da proposta.

O Tribunal de Contas da União – TCU posiciona-se veementemente contra o excesso de formalismo:

“As exigências para o fim de habilitação devem ser compatíveis com o objeto da licitação, evitando-se o FORMALISMO DESNECESSÁRIO. Caberia, no máximo, por parte da instituição promotora da licitação “promover diligência destinada a esclarecer a questão, indagando da empresa a utilização ou não de menores aprendizes”, o que não configuraria irregularidade, qualquer que fosse a resposta obtida. Por conseguinte, votou pelo provimento dos recursos de revisão intentados, e, no ponto, pela rejeição das justificativas apresentadas pelos responsáveis envolvidos, levando o fato em consideração para votar, ainda, pela irregularidade das contas correspondentes, sem prejuízo de aplicação de multa, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão no 7334/2009 – 2ª Câmara.

ESTE ACÓRDÃO ORIENTOU A COMISSÃO A INDAGAR O LICITANTE QUE NÃO ANEXO A DECLARAÇÃO DE NÃO POSSUIR MENOR DE 18 ANOS NO QUADRO DE EMPREGADOS, DOCUMENTO ESTE LISTADO NA LEI 8.666/93. LOGO, CONCLUI-SE QUE O MESMO PROCEDIMENTO DEVERIA SER ADOTADO, AINDA MAIS, COM DOCUMENTOS QUE NÃO ESTÃO RELACIONADOS NA LEI.

Em acórdão recente, o TCU novamente fez um alerta a respeito da necessidade de ocorrer FLEXIBILIZAÇÃO nas regras de editais de licitação, já que é uma medida benéfica, sem a INCIDÊNCIA DE BURLA à lisura do certame. Nesse sentido, por meio do Acórdão no 342/2017 – 1ª Câmara, oriundo de representação que foi considerada prejudicada por perda de objeto em face da revogação da Tomada de Preços, foi dada ciência ao município de Itaetê/BA.

Salienta-se também que, quando há situações nesse sentido, o TCU costuma orientar os gestores a interpretar o edital sob a perspectiva da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes. 1 TCU. Processo TC no 008.284/2005-9. Acórdão no 2003/2011– Plenário. Relator: ministro Augusto Nardes. 2TCU. Processo TC no 032.051/2016-6. Acórdão no 342/2017 – 1ª Câmara. Relator: ministro Augusto Sherman.

Nesse sentido, colaciono um dos acórdãos mais citados sobre o tema:

[...] 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 escoimado-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 [...]. O formalismo no procedimento licitatório não significa que possa se desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes. (STJ. MS 5.418/DF, 1ª Seção. Rel. Demócrito Reinaldo) (grifo nosso)

Atende-se aqui, em primeiro plano, ao princípio da razoabilidade, admitindo-se um abrandamento ou a desconsideração de formalidade exigida no instrumento editalício, mas não atendida pelo licitante, desde que se configure como mero formalismo e que não produza efeito substancial. Aliás, reside na avaliação desses aspectos, as dificuldades da Administração em diferenciá-los, visto ser de cunho subjetivo.

Nesse sentido, o TJMT decidiu sobre o formalismo;

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – SUSPENSÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE VIDEOMONITORAMENTO-EXCLUSÃO DE LICITANTE DO CERTAME POR AUSÊNCIA DE DOCUMENTO – ALEGADO EXCESSO DE FORMALISMO – AGRAVO PROVIDO.

Em respeito ao artigo 37, XXI, da Constituição Federal, as exigências editalícias para participar de LICITAÇÃO não podem restringir a competitividade e, mais, devem observar os princípios da isonomia e da razoabilidade na busca da proposta mais vantajosa à Administração Pública. O procedimento licitatório é baseado na rígida observância de seus regramentos, mas não se pode olvidar que o objetivo do referido processo é garantir que a Administração adquira bens e serviços de acordo com a proposta mais vantajosa e conveniente. As exigências demasiadas e rigorismos exacerbados com a boa exegese da lei devem ser afastados. Os documentos indispensáveis à

comprovação da habilitação jurídica da licitante foram juntados, sendo, inclusive, reconhecida pelo próprio pregoeiro, de forma que o rigor imposto pela Comissão de LICITAÇÃO não se justifica, sendo desarrazoado o ato que inabilitou a impetrante. Recurso Provido. (TJMT – N. U 1003413-31.2017.8.11.0000, AGRADO DE INSTRUMENTO, ANTÔNIA SIQUEIRA GONÇALVES RODRIGUES, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Julgado em 22/08/2017, Publicado no DJE 5/9/2017) (grifo nosso)

Assim, percebo que o aspecto essencial a ser considerado no julgamento é aferir se a formalidade desatendida pelo licitante pode influenciar na averiguação, pela Comissão Licitante, de sua aptidão ou não para cumprir o futuro contrato e se a proposta é adequada ou não. Se não atrapalhar essa avaliação, não produzirá efeito substancial, caso em que, aplicando-se o critério da razoabilidade, tal formalidade poderá ser relevada ou mesmo saneada pela própria Administração.

Nessa linha, o TCU aponta a obrigatoriedade da realização de diligência para suprir meras irregularidades formais, antes do estabelecimento do juízo pela desclassificação ou desabilitação dos licitantes:

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 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 – Plenário).

É irregular a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação de pouca relevância sem que tenha sido feita a diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 3615/2013 – Plenário).

Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993). (Acórdão 3418/2014 – Plenário)

No que se refere à motivação da referida decisão de desclassificação da Comissão de Licitação, em face da proposta incompleta (falta de catálogo específico para os módulos), entendo que houve a aplicação literal do princípio da vinculação ao edital, que prescreve que quem descumprir as suas exigências deve ser desclassificado. Porém o apego rigoroso ao instrumento convocatório pode, a depender das especificidades do caso, ocasionar mais malefícios que benefícios, por isso faz-se necessária a ponderação entre eles, de forma a não prejudicar a Administração.

Nesse sentido, vale citar entendimento de Lucas Rocha Furtado, representante do Ministério Público de Contas da União:

É certo que, se o instrumento convocatório de uma licitação impõe determinado requisito, deve-se reputar como relevante tal exigência, arcando o licitante com as consequências de sua omissão. Essa é a regra. Esse rigor não pode ser aplicado, no entanto, de forma a prejudicar a própria Administração.

Nesses termos, a Administração, afastando o excesso de formalismo, deve preferir consagrar vencedora a proposta mais vantajosa, mesmo que para isso tenha de abrir mão de exigências previstas no Edital, desde que isso não implique em lesão e direito dos demais participantes. (Curso de Licitações e contratos administrativos. São Paulo: Atlas. 2001, p.31) (grifo nosso)

Embora a determinação legal imponha à Administração o cumprimento das normas e condições previstas no edital, devemos lembrar que o formalismo não é uma finalidade em si própria, mas um instrumento utilizado na busca do interesse público, o qual, na licitação, orienta-se pela busca da melhor proposta para a Administração, resguardando o respeito a isonomia entre os interessados (Binômio: Vantagem e Isonomia). (Leis de Licitações Públicas Comentadas, 9ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 566) (grifo nosso)

Analisando a redação da cláusula 14.7.2. do edital, não dispõe que deve ser apresentado um catálogo para cada módulo descrito. Portanto a redação poderia gerar duas interpretações diferentes: 1ª) a de que a empresa deveria apresentar juntamente com a proposta de preços um catálogo específico para cada módulo (Modulo fotovoltaico; - Inversor; - Cabos de energia; - Quadros de proteção e controle; - Estrutura de suporte). 2ª) a empresa deveria apresentar catálogos que descrevessem os módulos, não necessariamente tendo que ser um específico para cada ponto, conforme foi apresentado pela recorrente.

Ademais, o item 14.7.3. dispõe que “as informações descritas no item anterior visam definir os principais equipamentos e materiais que a LICITANTE pretende aplicar na execução da implantação dos sistemas fotovoltaicos e que são fundamentais para o atendimento das características técnicas descritas neste Termo de Referência.” Portanto, o que deveria ser analisado pela comissão era as descrições dos equipamentos e não a quantidade de catálogos apresentados pela licitante, devendo ser analisada as características do produto em si, mesmo que estas estivessem descritas em um único catálogo ou documento análogo.

Tanto o é, que a desclassificação da empresa se deu por esta deixar de apresentar “o catálogo dos cabos de energia, quadros de proteção e controle e estrutura de suporte, tendo sido enviado apenas os catálogos dos módulos fotovoltaicos e inversor”. Veja que não existe citação de especificação técnica do equipamento em si que justifique o não atendimento do Edital, mas somente a não apresentação de catálogo específico.

É conveniente ressaltar que o objetivo primordial do instrumento convocatório é disciplinar a licitação pública, esclarecendo aos interessados todas as suas condições, exigências, regras e procedimentos. Portanto, o instrumento convocatório deve registrar todas as informações a respeito da licitação, de forma completa, sistematizada, clara e objetiva, evitando-se as contradições. É o que se depreende do artigo 40 da Lei 8.666/1993, que pormenoriza as condições e cláusulas para os editais de licitação pública.

Sobre isso, creio não ser razoável penalizar o licitante, caso haja possibilidade de existir no edital, contradições ou

duplas interpretações.

De tudo quanto se expôs receio que a decisão da Comissão de Licitação não considerou a percepção instrumental do procedimento licitatório e, na medida em que os licitantes somente devem ser inabilitados ou desclassificados, como foi o caso em questão, em razão de vícios insanáveis e que causem efeitos substanciais à licitação.

Por isso, é clarividente que a desclassificação da empresa recorrente por excesso de formalismo, possa ter prejudicado o caráter competitivo do certame, malferindo a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração do Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

Desta feita, diante todo o exposto, e devidamente comprovado na presente PEÇA RECURSAL, INDUBITAVELMENTE NÃO PAIRA QUALQUER IRREGULARIDADE, MACULA OU TRANSGRESSÃO EDITALÍCIA POR PARTE DA EMPRESA RECORRENTE, JUNTO A SUA PROPOSTA DE PREÇOS, MOTIVO ESTE QUE ENSEJA A REFORMA IMEDIATA DA DECISÃO POR PARTE DA PREGOEIRA, dito posto, a RECORRENTE crê por ser o mais límpido direito e por corroborar com a licitude do certame, que a decisão de inabilitação da DEVA SER REFORMADA, EM RESPALDO EXIGUO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, EFICIÊNCIA E DEMAIS CORRELATOS, EXTINGUINDO EM DEFINITIVO O ATO ADMINISTRATIVO EIVADO DE VICIO DO CASO CONCRETO ORA EXPOSTO.

4 - NÃO HIERARQUIA PRINCIPIOLOGICA E DO FORMALISMO MODERADO FRENTE AS LICITAÇÕES PÚBLICAS.

Não existe entre os princípios gerais do direito HIERARQUIA, estejam eles explícitos ou implícitos na Constituição Federal, o certo é que cada princípio possui o seu próprio valor.

O que existe são campos distintos de atuação. Cada princípio visa uma determina—da proteção, ou seja, o campo de aplicação de um distingue-se do outro.

Embora, muitas vezes, pareça haver uma superioridade de um princípio em relação a outro, de fato, todos possuem o mesmo valor jurídico.

O que se pode observar entre eles é uma diferença quanto à aplicação, ou seja, alguns possuem uma utilização mais ampla, constituindo conceitos abertos, e são usados para dirimir diversos conflitos.

Por isso, afir—ma-se que inexistência subordinação entre os princípios presentes no corpo constitucional quando tratados isoladamente. De maneira geral, os princípios estão dispostos lado a lado.

A colisão entre os princípios somente ocorre quando convocados a dirimir conflito no mesmo caso concreto, o que é a presente questão.

Por isso, quando isolados, não há preponderância de um em detri—mento do outro.

Segundo Silva Júnior (2008, p. 60): "Ideologicamente, pode-se afirmar que não há hie—rarquia entre os princípios constitucionais, desde que analisados isoladamente, de forma abstrata".

Assim sendo, considerando a NÃO HIERARQUIA entre os princípios regentes dos atos administrativos deste Pregoeiro, não há que se falar que o princípio da vinculação ao ato convocatório, É, superior sobremaneira sobre os princípios da economicidade, vantajosidade e eficiência, vez que tratar com extremo rigor os procedimentos contratuais em detrimento da melhor proposta é ser INEFICIENTE, perante as compras e serviços.

Assim sendo, considerando, que não há qualquer macula nos documentos econômicos – técnico – fiscal- trabalhista e demais da empresa, afasta-la do certame licitatório por ausência de SIMPLES CATALOGO ESPECÍFICO, qual inclusive JUNTO A PROPOSTA FOI APRESENTADO CATÁLOGOS QUE DESCREVEM OS ITENS TIDOS COMO FALTANTES, tornar-se-á ato de extremo rigor, que prejudica em seu ápice a economicidade aos cofres públicos.

Ressalta-se, que o próprio instrumento convocatório no item 22.9 explicita que o desatendimento de exigências formais não implicará no afastamento da licitante, desde que seja possível a aferição de sua qualificação [...], vejamos;

22.4. O desatendimento de exigências formais não essenciais não importará o afastamento do licitante, desde que seja possível o aproveitamento do ato, observados os princípios da isonomia e do interesse público..

Esta RECORRENTE apresentou INDUBITAVELMENTE todos os documentos de habilitação jurídica, fiscal e trabalhista, econômica e técnica, sendo totalmente possível a aferição por parte dessa Equipe de Compras de sua qualificação e exata compreensão de sua proposta de preços, tornando-se assim, o ato de exclusão da mesma do certame, eivado de vícios quanto a sua eficiência, e infringência direta aos princípios da economicidade, vantajosidade e transgressão ao contido no item 22.4. do ato convocatório..

O entendimento contrário, quanto a habilitação da empresa por não apresentar UM CATÁLOGO ESPECÍFICO PARA CADA MODULO JUNTO À PROPOSTA DE PREÇOS, apenas prestigia o formalismo exacerbado em detrimento a obtenção da proposta mais vantajosa a este órgão, e ainda, vai de encontro frontal com a jurisprudência majoritária e ATUALIZADA do Tribunal de Contas da União, vejamos;

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.

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 da licitação, qual seja: busca da proposta mais vantajosa, economicidade, procedimentos formais e não burocráticos e busca permanente da qualidade.

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório que dispõe sobre a impossibilidade de se descumprir as normas e condições do edital. Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios.

Vejamos acordo do caso em concreto;

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-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)

[...] 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 a LICITAÇÃO não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades e do interesse público.

Nas palavras do professor Adilson Dallari:

a "licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital". OBS: ENTENDA-SE LICITAÇÃO COMO ATO CONVOCATORIO.

Por inteligência jurisprudencial, o emprego da razoabilidade e proporcionalidade no julgamento do Pregoeiro se fazem necessários. O princípio da razoabilidade dispõe, essencialmente, que deve haver uma proporcionalidade entre os meios de se que utilize a contratante e os fins que ela tem que alcançar.

Entendimento contrário a ser adotado pela Equipe SIGMA feriria mormente os princípios basilares Constitucionais insculpidos a luz do art. 37 caput, CRFB 1988, e art. 3 caput da Lei Federal Nº.8666/93 abaixo citados; CRFB 88

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte;

Lei Federal 8666/93

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.

Desta feita, considerando todo o exposto e por restar devidamente preconizado Autoridade do certame o poder conferido no Ato Convocatório, quanto a relevar omissões puramente formais, e ainda, observar a aplicabilidade dos princípios que mais se adequam ao caso concreto a ECONOMICIDADE E VANTAJOSIDADE - é que esta recorrente, pugna pela reforma da decisão originária, sendo declarado assim a sua CLASSIFICAÇÃO da mesma, por ser medida de lícito direito e coadunar em seu ápice com jurisprudência majoritária do TCU e dispositivos editalícios, VEZ QUE JUNTO A PROPOSTA FOI APRESENTADO CATALOGOS QUE DESCREVEM OS ITENS TIDOS COMO FALTANTES, e A NÃO APRESENTAÇÃO DIRETA E ESPECIFICA DE UM CATÁLOGO PARA CADA ITEM, não deve ter o condão de macular a classificação da recorrente, vez que todas as informações necessárias constam na proposta e documentos apresentados.

5. DOS PRINCIPIOS DA VANTAJOSIDADE E ECONOMICIDADE

Sabe-se que as licitações públicas devem a priori preceituar e considerar a busca da a proposta mais vantajosa.

Ato contínuo enuncia diversos princípios que devem ser os norteadores no processamento e julgamento do ato convocatório, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao ato convocatório e julgamento objetivo.

Diante da opção de obter-se a proposta mais vantajosa frente aos certames públicos serão apresentadas algumas conceituações de licitação (ato convocatório – seleção de fornecedores) oriundas de juristas renomados, que reconhecem, sem exceções, a proposta mais vantajosa como objetivo do procedimento licitatório.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua conceituação, diz que esse procedimento "é um certame [...] no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa (MELLO, 2000, p. 455)".

Hely Lopes Meirelles leciona que " é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse (MEIRELLES, 2005, p. 254)".

Odete Medauar aduz que: no ordenamento jurídico brasileiro a licitação é o "procedimento administrativo em que a sucessão de fases e atos leva a indicação de quem vai celebrar o contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar [...] por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público (MEDAUAR, 2000, p. 213)".

Já Diógenes Gasparini conceitua: "como o procedimento administrativo através do qual a pessoa ou ente a isso juridicamente obrigado seleciona [...] a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse (GASPARINI, 2000, p. 376)".

Nota-se que as conceituações de vários dos mais renomados juristas pátrios contemplam a figura da proposta mais vantajosa como estando intrinsecamente relacionada com a finalidade do ato convocatório.

Diógenes Gasparini faz alusão ao tema da melhor proposta, tanto para a seara pública quanto para a privada: "A procura da melhor proposta para certo negócio é procedimento utilizado por todas as pessoas. Essa busca é, para umas, facultativa, e, para outras obrigatória. Para as pessoas particulares é facultativa. Para, por exemplo, as públicas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia) e governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista, fundação, é, quase sempre obrigatórias, já que essas entidades algumas vezes estão dispensadas de licitar em outras tantas a licitação é para eles inexigível ou mesmo vedada)" (GASPARINI, 2000, p. 375).

Ao arremate faz-se mister apresentar a lição de Marçal Justen Filho citada abaixo, que traz a vantajosidade com uma espécie de desdobramento do princípio da República:

"O ideal vislumbrado pelo legislador é, por via da licitação, conduzir a Administração a realizar o melhor contrato possível: obter a melhor qualidade, pagando o menor preço possível. [...] (JUSTEN FILHO, 2008, p. 63)".

Pode-se dizer que a vantajosidade abrange a economicidade, mas não se limita a ela, pois transcende a órbita meramente econômica para, como se observa acima, abarcar um conceito mais amplo relacionado com a melhor opção para suprir os interesses supra-individuais (econômicos ou não).

A economicidade, por seu turno, está intimamente conectada com uma relação de bens escassos confrontados com uma demanda infundável. Trazendo isso para a realidade das contratações com verba pública temos que, dada a limitação fática dos recursos em face de uma demanda praticamente infinita por serviços públicos os administradores devem buscar sempre a otimização dos resultados econômicos, tanto na seara quantitativa quanto na qualitativa (JUSTEN FILHO, 2008, p. 64).

Jessé Torres Pereira Júnior tem entendimento semelhante, qual seja: "Selecionar a proposta mais vantajosa é, a um só tempo, o fim de interesse público que se quer alcançar em toda a licitação (sentido amplo) e o resultado que busca em cada licitação (sentido estrito). Licitação que não instigue a competição, para dela surtir a proposta mais vantajosa, descumpra sua finalidade legal e institucional, impondo-se à autoridade competente invalidá-lo por vício de ilegalidade, a par de apurar responsabilidades administrativa e penal por desvio de poder, caracterizado que houver sido ato de improbidade administrativa [...](PEREIRA JÚNIOR, 2007, 60)".

Em suma, os doutrinadores mencionados não divergem muito sobre o princípio da vantajosidade estar intimamente relacionado com a aquisição de produtos e serviços de maior qualidade pagando o menor preço possível.

Em observância aos atos realizados na sessão pública do ato convocatório em evidência, pode-se concluir que a Comissão de Compras SIGMA, reiteradamente age em total desconformidade com os preceitos legais, vez que a inabilitação da Recorrente por não apresentar UMA SIMPLES DECLARAÇÃO, FERE DE MORTE O PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE, optando assim a Comissão de Compras por DESCLASSIFICAR A EMPRESA DE OFERTA DE MENOR VALOR E COM CAPACIDADE TÉCNICA - FISCAL - TRABALHISTA - E - ECONOMICA DEVIDAMENTE COMPROVADA.

Denota-se piamente, que a muitos o formalismo moderado vem sendo aplicado, visando assim, a contratação por parte dos entes gestores e recebedores de verbas públicas da melhor proposta, vantajosidade e economicidade, não podendo assim prosperar o ato da Comissão de Compras em inabilitar a Recorrente, pois, conforme devidamente apresentado, vai de encontro com a base principiológica do direito administrativo, maculando em sua integralidade os princípios da legalidade, vantajosidade, economicidade, eficiência e demais correlatados inerente ao caso em tela.

Ademais, é imperioso ressaltar que o interesse público, a motivação pública, a eficiência e a legalidade, compõem o rol principiológico constitucional que devem ser observados, pois, um olhar voltado a administração pública dotado de excessivo rigor, somente corrobora com a ineficiência estatal.

Ressalto que a empresa ENBRASSOL, ora recorrente, apresentou o menor valor do certame (R\$ 2.800.000,00) e com a sua desclassificação, as empresas habilitadas que apresentaram os menores valores na sequência foram declaradas vencedoras. Noto que haveria um aumento no valor final de R\$ 267.000,00, uma vez que a empresa declarada vencedora ganhou por R\$ 3.067.000,00.

Por derradeiro, em face de todo o exposto esta Recorrente, pugna pela reforma da decisão originária do Pregoeiro, sendo declarado assim a CLASSIFICAÇÃO da mesma, por ser medida de lidimo direito e coadunar em seu ápice com a legislação vigente, jurisprudência majoritária do TCU, bem como, dispositivos do ato convocatório.

6. DO DIREITO DA REALIZAÇÃO DE DILIGENCIAS. ITEM 2.4 E 22.2 DO EDITAL.

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

"§ 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." (Destacamos)

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

Não há discricionariedade da Administração optar ou não na realização de diligência, sempre que houver dúvidas sobre alguma informação a diligência torna-se 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.)

Com base no instituído no item 22.2, do certame em destaque, vejamos;

22.2. É facultado ao(à) Pregoeiro(a) e à Autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo licitatório e a aferição do bem ofertado, bem como solicitar a órgãos competentes a elaboração de pareceres técnicos destinados a esclarecer dúvidas ou a fundamentar decisões.

Entendendo o pregoeiro por incompleto as razões de recursos nesta peça recursal devidamente exposta e comprovada nas alíneas supra descritas, pede-se que seja realizado DILIGÊNCIAS – QUANTO AO SOLICITADO NA PROPOSTA DE EMPRESA visando assim desmitificar, qualquer entendimento de suposta irregularidade OU descumprimento do Edital.

Uma vez que tal medida administrativa tem o condão jurídico administrativo de sanar por completo quaisquer dúvidas que a ofertante do menor valor, possui capacidade aquém do instituído no instrumento convocatório, estando apta assim, a se sagrar vencedora, com base no princípio da formalidade moderada, vantajosidade, economicidade, eficiência e afins.

7 – DOS PEDIDOS

Em face das razões causídicas que foram devidamente expostas, a RECORRENTE requer mui respeitosamente, que seja a PRESENTE reconhecida e provida em sua integralidade, nos moldes abaixo elencados, prosseguindo assim a licitude e lisura do certame em comento;

a) REFORMA DA DECISÃO, QUAL TRATOU DE DESCLASSIFICAR A EMPRESA RECORRENTE, POR RESTAR DEVIDAMENTE COMPROVADO A INEXISTENCIA DE MACULA OU TRANSGRESSÃO EDITALICIA POR PARTE DA MESMA EM SEUS DOCUMENTOS, COM AMPARO INTEGRAL AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

b) RECONHEÇA O PRINCÍPIO DA FORMALIDADE MODERADA, EM DETRIMENTO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATORIO, EM HOMENAGEM ASSIM AO PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE, VANTAJOSIDADE, EFICIENCIA E CORRELATOS.

B.1.) Prosseguimento do feito APÓS A REFORMA DA DECISÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA RECORRENTE, quanto as demais fases licitatórias, por COADUNAR com os mandamus principiológicos Constitucionais e Lei de Licitação, VISTO QUE ESTÁ COMPROVADO MUITO AQUEM DO NECESSARIO A CAPACIDADE DA EMPRESA PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PLEITEADO NO PRESENTE CERTAME.

c) ALTERNATIVAMENTE, entendendo não ser suficiente as comprovações contidas na presente peça recursal, que realize DILIGENCIAS ADMINISTRATIVAS, para sanar definitivamente com quaisquer entendimentos de irregularidade junto aos documentos, da empresa Recorrente.

Nestes termos.

Pede-se deferimento.

Rio Branco, 03 de julho de 2022.

ENBRASSOL COMERCIO DE MATERIAIS ELETRICOS E ENERGIA SOLAR LTDA
CNPJ nº 36.293.232/0001-22
PROCURADOR LEGAL

OBS: PARA UMA MELHOR VISUALIZAÇÃO, SERÁ ENCAMINHADO VIA EMAIL TAMBÉM

Fechar