

Pregão/Concorrência Eletrônica

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO ACRE

Processo n. ° 23107.008474/2021-40

WALLACE FIDELIS DA CUNHA SILVA, pessoa jurídica de Direito Privado prestadora de serviço público com a qualificação já estampada durante o presente feito administrativo, seguindo o comando normativo contido no artigo 109, inciso I, alínea "a" da Lei n. 8.666/93, vem, com respeito e acatamento de estilo à presença de Vossa Excelência através de seu representante legal abaixo fincado, apresentar tempestivamente RECURSO quanto a inabilitação da Recorrente diante dos seguintes motivos:

DOS FATOS GERADORES DA PEÇA RECURSAL

Emergem os autos administrativos acerca de Demanda originária do Pregão Eletrônico SRP n. 47/2022, que tem como objeto o seguinte:

1.1. O presente pregão eletrônico tem por objeto a aquisição e instalação de piso tátil, mapa tátil e demais peças de sinalização, incluindo material, instalação e demais insumos necessários, visando atender as demandas da Fundação Universidade Federal do Acre (Ufac), conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

Ressalte-se que esse proceder licitatório está sendo dividida em grupos, do tipo MENOR PREÇO, com a observância dos termos do Edital, senão vejamos.

1.1. A licitação será dividida em GRUPOS, conforme tabela constante no Termo de Referência, facultando-se ao licitante a participação em quantos grupos forem de seu interesse, devendo oferecer proposta para todos os itens que o compõem.

Com as tratativas de costume, advieram as propostas quanto ao valor dosado pelo órgão administrativo e por fim, sagrou-se vencedora a empresa Recorrente.

Todavia, no transcorrer do processo, o Sr. Pregoeiro aludiu, em síntese que inabilitou a empresa por dois motivos:

a.1 – que a empresa não teria apresentado Balanço Patrimonial;

a.2 – que mesmo que a empresa apresentasse Balanço Patrimonial, este não seria aceito, visto – segundo o Pregoeiro – deveria apresentar um patrimônio líquido correspondente a no mínimo 5% do valor estimado da contratação ou do item pertinente;

a.3 – aludiu por fim que no tocante a Qualificação Técnica a empresa não teria apresentado atestados válidos para comprovação desse requisito, tendo sido enviado "apenas" ARTs.

Era o que tinha a ser sumariamente narrado. Passa-se a análise do caso.

QUANTO A NÃO APRESENTAÇÃO DO BALANÇO PATRIMONIAL

De início, tende a esclarecer que a empresa em descortino é optante pelo SIMPLES NACIONAL.

Neste contexto e dada sua situação fiscal, fica desobrigada a apresentar o seu Balanço Patrimonial, a teor do que arremonta a Lei n. ° 9.317 de 05 de Dezembro de 1996.

Naquela norma, as empresas de pequeno porte ficam obrigadas a apresentar tão somente declaração simplificada, dispensando a escrituração comercial.

Interessante ainda ressaltar que até o ano de 2021 a empresa estava no regime tributário de uma Microempresa e dado o aumento no volume financeiro passou para Empresa de Pequeno Porte que suporta um volume financeiro anual até R\$ 4,8 milhões.

Nisto, demonstra-se que existe um lastro amplo e agradável para a Empresa suportar os anseios da Administração Pública, não tendo, com a devida vênia, compreensão quanto ao fundamento de que "mesmo que seu balanço fosse aceito sua empresa não teria patrimônio líquido mínimo exigido".

Ora, tal assertiva dada pela Administração se mostra inaceitável visto que:

1 – a empresa tem um Índice de Liquidez Geral acima de 1 (um) e beirando os 2(dois) (Homenageando os termos do Edital no seu item 9.10.4);

2 - a empresa passou para EPP, cujo suporte financeiro margeia 5 milhões de reais em seu faturamento total, tendo total condição de suportar os termos do Edital;

3 – deve ser considerado ainda, como se não bastasse, que a Administração tem 12 (doze) meses para solicitar os produtos licitados, inclusive ficando com a opção de nada pleitear;

4 - com a proposta mais vantajosa, caberá a Administração sagrar vencedora a Recorrente e não fazer juízo de valor quanto à possibilidade financeira subsequente da empresa em suportar ou não a entrega dos materiais pleiteados.

5 – Tratando sobre o tema, a jurisprudência reinante dá total cobertura legislativa à empresa Recorrente, senão

vejamos:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA. EXIGÊNCIA DE BALANÇO PATRIMONIAL E DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS. EMPRESA OPTANTE DO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO POR OUTROS DOCUMENTOS HÁBEIS A COMPROVAR A SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DA LICITANTE. POSSIBILIDADE. SUPEDÂNEO LEGAL. LEI Nº. 9.317/96. ART. 31 DA LEI 8.666/93. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. 1. É competente a Justiça Federal para processar e julgar o feito, vez que a questão tratada nos autos diz respeito à legalidade da exigência de balanço patrimonial e demonstrações financeiras, de empresa de pequeno porte, cadastrada no SIMPLES, para fins de registro junto ao Cadastro de Licitações do TRT da 15ª Região, não envolvendo, pois, matéria relativa ao direito trabalhista, a teor da norma contida no artigo 114, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004. 2. Se a própria Lei nº. 9.317, de 05 de dezembro de 1996, sujeita as empresas de pequeno porte inscritas no SIMPLES a apresentar, anualmente, declaração simplificada, dispensando-as de escrituração comercial, não pode a autoridade impetrada exigir a apresentação de balanço patrimonial e de demonstrações de resultados como condição para registro no mencionado cadastro. 3. A exigência da apresentação do balanço patrimonial e das demonstrações de resultado não se mostra razoável no caso, pois, de um lado, trata-se de empresa de pequeno porte, dispensada de manter escrituração contábil, e, de outro, a aferição da capacidade econômico-financeira da licitante pode ser feita por meio de outros documentos idôneos que possibilitem tal verificação. 4. Ao buscar obter a proposta que lhe é mais vantajosa, a Administração Pública deve assegurar amplo acesso ao maior número possível de interessados no certame, devendo as exigências de qualificação ser limitadas àquelas previstas na Lei nº. 8.666/93, com o cuidado de não objetar a participação de licitante que cumpra os requisitos mínimos necessários. 5. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (TRF-3 - AMS: 14549 SP 2005.61.05.014549-5, Relator: JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS, Data de Julgamento: 22/04/2010, TERCEIRA TURMA)

E ainda:

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. Inabilitação da impetrante em razão da ausência de apresentação de balanço patrimonial registrado na JUCESP. Impossibilidade. Exigência não prevista na Lei nº 8.666/93. Vinculação ao instrumento convocatório que não é absoluta, mormente quando houver violação às disposições previstas na lei geral de licitações e na Constituição Federal. Impetrante que comprovou ter registrado o balanço patrimonial em cartório de registro civil, dando publicidade à sua situação financeira. Impetrante que é empresa optante pelo "Simples Nacional". Desnecessidade de registro da escrituração contábil, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006. Direito líquido e certo evidenciado. Sentença reformada. Segurança concedida. Recurso provido. (TJ-SP - APL: 10381747820178260224 SP 1038174-78.2017.8.26.0224, Relator: Bandeira Lins, Data de Julgamento: 26/10/2018, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/10/2018)

E por fim:

Apelação. Mandado de segurança. Licitação. Impetração visando afastar o ato que inabilitou a impetrante em certame licitatório. Licitante que é Empresa de Pequeno Porte optante do Simples Nacional. Inexigibilidade da apresentação de balanço patrimonial como condição para a sua qualificação econômico-financeira. Direito líquido e certo evidenciado. Sentença reformada, para conceder a segurança. Recurso provido. (TJ-SP - AC: 10005921420218260512 SP 1000592-14.2021.8.26.0512, Relator: Fernão Borba Franco, Data de Julgamento: 30/05/2022, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 02/06/2022)

Nisto, observa-se que tanto a Lei Complementar n.123/06 como ainda a Lei n.º 9.317 de 05 de Dezembro de 1996 dão guarida a Recorrente quanto a desnecessidade de apresentação de Balanço Patrimonial.

Mesmo assim, diante de tantos fatos e normas que dão espaço – de sobra – para resguardar os Direitos da Recorrente, esta apresentou Declaração Contábil sobre o motivo pelo qual não teria o Balanço Contábil, qual seja, o fato de que no último ano (2022) houve a mudança de MEI para EPP e como isso, não teria como lançar Balanço Patrimonial visto que este caberia para o exercício financeiro de 2021, o que obviamente não teria como proceder, visto que na época (2021) era Microempresa.

Neste contexto, necessário ainda elencar sobre o fato de que outras instituições, tendo como exemplo o Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba, Universidade Federal do Maranhão e a Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul aceitaram a Declaração dada pela contadoria da Empresa, que esclarece de forma detalhada, o motivo pelo qual a Recorrente não tinha registro do seu Balanço Patrimonial, assim como a Demonstração do Exercício Financeiro de 2021.

Neste contexto e entendendo estar devidamente esclarecido o ponto em questão e por conseguinte, solicitando desde já a habilitação da Recorrente em todos os Grupos, passa-se a questão técnica.

DA INABILITAÇÃO PELA FALTA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

A empresa foi inabilitada, também, pela suposta falta de Habilitação Técnica.

Sobre o assunto, o Sr. Pregoeiro arrazoou: Quanto à qualificação técnica, sua empresa não apresentou atestados válidos para comprovação deste requisito, o que foi enviado foram apenas ARTs que não são válidas pois não estão acompanhadas dos atestados de capacidade técnica que comprovam a boa realização do serviço.

Iremos aos fatos.

De início, ficou constatado que existem as ARTs em anexo a este caderno administrativo licitatório. É fato.

Por outro viés, necessário esclarecer que em nenhum momento foi pleiteada que se trouxesse à baila as CATs.

Quanto ao assunto, o Edital anuncia em seu item 9.11.1:

A licitante deverá apresentar a comprovação de aptidão para o fornecimento de bens em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto da contratação, por meio da apresentação de atestados de capacidade técnica fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado. Considera-se compatível, em

quantidade com o objeto da contratação, o atestado que consignar quantidade igual ou superior a 20% (vinte por cento).

Ora, caso a Administração Pública tivesse interesse em elucidar alguma dúvida existente, bastaria exercer o comando do contido na Lei n.8.666/93, mais precisamente no que se refere o seu artigo 43.

Em outras linhas, bastaria solicitar diligências para esclarecimentos complementares, a teor do que dispõe o item 8.5 do Edital, senão vejamos:

Se houver indícios de inexecuibilidade da proposta de preço, ou em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, poderão ser efetuadas diligências, na forma do § 3º do artigo 43 da Lei nº 8.666, de 1993 e a exemplo das enumeradas no item 9.4 do Anexo VII-A da IN SEGES/MP N. 5, de 2017, para que a empresa comprove a exequibilidade da proposta.

Em melhores linhas, a qualquer tempo o Pregoeiro poderá perfazer diligências para perfazer eventuais esclarecimentos, visto que, o que está em pauta é o melhor para a Administração.

Se houve, como no caso, uma melhor proposta, a Administração tem por Poder-Dever de buscar perfazer todos os esforços visando aplaudir a proposta mais vantajosa.

Se não há sequer indícios de inexecuibilidade, é de não existir razões para persistir dúvidas quanto a eventual impossibilidade de cumprimento do que vai ser avençado entre as partes.

Ora, o Atestado de Capacidade Técnica é um documento hábil para esclarecer sobre a habilidade prática da empresa, todavia, caso a Administração tivesse dúvidas quanto a eventual finalização do contrato, bastaria abrir prazo para diligências, como bem anotado no próprio Edital requerendo a apresentação das CATs. Por óbvio seriam apresentadas. Quanto ao assunto, observemos:

O Pregoeiro poderá convocar o licitante para enviar documento digital complementar, por meio de funcionalidade disponível no sistema, no prazo de 2 (duas) horas, sob pena de não aceitação da proposta.

Com a necessária permissão, deve se considerar que a Administração não poderá se pautar em questões menores, visto que o preço ofertado vai trazer uma economia para os cofres públicos, tendo a empresa total ciência sobre o dever de ofertar uma excelente qualidade nos serviços, pautado no Princípio da Eficiência que rege os atos administrativos.

Segundo Bénot há uma sobreposição do interesse público quando busca contratar com "particulares melhores qualificados e em melhores condições para obter o melhor resultado possível" (Le Droit Administratif Français, Paris: Dalloz, 1968, p. 608).

Em suma, o contrato deve tanto ser salutar para a Administração Pública, como também para a empresa privada. Havendo disparidade ou desarmonia no contrato, conseqüentemente existirá um peso maior para uma das partes e por fim, a previsível rescisão por parte de um dos lados.

Para a Recorrente a coisa pública deve ser tratada com respeito, visto que nela trabalha e dela sobrevive juntamente com várias famílias que dependem de continuação de tais parcerias para se nutrirem juntamente com sua prole.

No caso em apreço, se buscou o melhor preço, jamais buscando se divorciar da qualidade.

Pois bem. Quanto a Administração instituiu a licitação de menor preço, irá ser selecionada a proposta que contiver o melhor preço (Carlos Pinto Coelho Motta, Eficácia, cit., p. 392).

Melhor consignando, o menor (ou melhor) preço será avaliado através dos valores globais que a administração desembolsará para fruição do objeto licitado.

Segundo Marçal Justen Filho, em sua conhecida obra intitulada Comentários à lei de licitações e contratos administrativo, 11.ª, São Paulo: Dialética, 2005 que "o exame do rendimento e a apuração das qualidades propostas, enquanto meio de definir o melhor preço, não desnaturam a licitação. Trata-se de apurar o menor preço real - aquele que acarretará o menor desembolso (custo) para a Administração."

Pretendeu o conhecido estudioso esclarecer que todo licitante poderá provar como se chegou a tal valor de forma clara de precisa.

Nos itens 8.8, 8.8.1, 8.8.2, 8.9, 8.11, 8.11.1, 8.11.2 e o 8.12 fomentam o fato de que deverá haver por parte do Pregoeiro o maior número de diligências possíveis para esclarecer ou trazer o melhor preço para a Administração. É a homenagem que deve ser prestada ao Princípio da Economicidade.

Por outro lado, tendo em vista o Princípio da Vinculação do Instrumento Convocatório, o Gestor não poderá se vincular a questões menores ou deixar que o legalismo excessivo venha a trazer um prejuízo para os Cofres Públicos.

Se existe uma proposta e se está de acordo com os padrões da normalidade, é de ser aceita.

Noutro diapasão, se existe uma empresa, considerada idônea e que atende aos anseios editalícios, a comissão deverá perfazer todos os esforços para que seja possível a sua continuidade no torneio licitatório, a bem do serviço público.

Apenas a título ilustrativo, mesmo sabendo que não é o caso dos autos administrativos, mesmo que a empresa não tivesse cumprido questões miúdas do Edital e apesar da Administração estar estritamente vinculada ao

instrumento convocatório, pode a mesma alterar o seu teor, quando houver motivo superveniente de interesse público. Nesse sentido, relativizando este princípio, explica Diogenes Gasparini que:

"(...) estabelecidas as regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis durante todo o seu procedimento. Nada justifica qualquer alteração de momento ou pontual para atender esta ou aquela situação. Se, em razão do interesse público, alguma alteração for necessária, essa poderá ser promovida através de rerratificação do ato convocatório, reabrindo-se, por inteiro, o prazo de entrega dos envelopes 1 e 2 contendo, respectivamente, os documentos de habilitação e proposta. Assim retifica-se o que se quer corrigir e ratifica-se o que se quer manter. Se apenas essa modificação for insuficiente para corrigir os vícios de legalidade, mérito ou mesmo de redação, deve-se invalidá-lo e abrir novo procedimento." (19)

Quanto a noticiada licitação em momento algum foi descumprida qualquer das cláusulas e nem de longe se apartou dos escritos transcritos no Edital. Ao contrário, além do determinado, anotou ainda mais situações que pudessem espelhar como se chegou ao preço global, provando com isso (novamente) o seu compromisso as exigências do certame.

Noutro norte, apenas a título ilustrativo, o rigorismo formal não vem acampando as decisões dos tribunais superiores. A exigência da vinculação do administrador (no caso das licitações, de suas respectivas comissões), não é absoluta, sob pena de quebra da competitividade. Com essa inteligência, vêm nossos Tribunais mitigando o princípio do formalismo procedimental, quando se tratar de mera irregularidade:

"EMENTA: DIREITO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PELO JUDICIÁRIO, FIXANDO-SE O SENTIDO E O ALCANCE DE CADA UMA DELAS E ESCOIMANDO EXIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS E DE EXCESSIVO RIGOR PREJUDICIAIS AO INTERESSE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA ESSE FIM. DEFERIMENTO.

O Edital, no sistema jurídico-constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, é norma fundamental da concorrência, cujo objetivo é determinar o objeto da licitação, discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e o Poder Público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas. Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao Edital não é absoluto, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração. O procedimento licitatório é um conjunto de atos sucessivos, realizados na forma e nos prazos preconizados na lei; ultimada (ou ultrapassada) uma fase, preclusa fica a anterior, sendo desfeito, à Administração, exigir, na (fase) subsequente, documentos ou providências pertinentes àquela já superada. Se assim não fosse, avanços e recuos mediante a exigência de atos impertinentes a serem praticados pelos licitantes em momento inadequado, postergariam indefinidamente o procedimento e acarretariam manifesta insegurança aos que dele participam. O seguro garantia a que alai se refere (art. 31, III) tem o vis de demonstrar a existência de um mínimo de capacidade econômico-financeira do licitante para efeito de participação no certame e sua comprovação condiz com a fase de habilitação. Uma vez considerada habilitada a proponente, com o preenchimento desse requisito (qualificação econômico-financeira), descabe à Administração, em fase posterior, reexaminar a presença de pressupostos dizentes a etapa em relação à qual se operou a preclusão. O Edital, in casu, só determina, aos proponentes, decorrido certo lapso de tempo, a porfiar, em tempo cômputo, pela prorrogação das propostas (subitem 6.7); acaso pretendesse a revalidação de toda a documentação conectada à proposta inicial, te-lo-ia expressado com clareza, mesmo porque, não só o seguro-garantia, como inúmeros outros documentos têm prazo de validade. No procedimento, é juridicamente possível a juntada de documento meramente explicativo e complementar de outro preexistente ou para efeito de produzir contra-prova e demonstração do equívoco do que foi decidido pela Administração, sem a quebra de princípios legais ou constitucionais. (STJ, MS nº 5.418/DF, 1ª S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 01.06.1998)

Finalmente, também o STF já se expressou sobre a matéria, senão, vejamos:

"EMENTA: LICITAÇÃO: IRREGULARIDADE FORMAL NA PROPOSTA VENCEDORA QUE, POR SUA IRRELEVÂNCIA, NÃO GERA NULIDADE." (STF, ROMS nº 23.714-1/DF, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 13.10.2000)

Assim sendo e ante o acima perfilhado, passa-se ao pedido.

DO PEDIDO

Pelo acima apontado, requer a este órgão julgador que conhecendo do Recurso em epígrafe seja julgado procedente e por fim, habilitando a empresa em todos os Grupos e por conseguinte, a declarando vencedora, dado o menor preço.

Caso esta r. Comissão entenda por solicitar diligências sobre o caso, a Recorrente está apta a responder imediatamente, conforme comando administrativo.

Ita imperatur Justitia.

Pede deferimento.

Campina Grande – PB, 09 de Janeiro de 2023.

WALLACE FIDELIS DA CUNHA SILVA
Recorrente

Fechar