

▪ Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

CONTRA RAZÃO :

FINEP – FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS

A/C Sr. PEDRO MENKES

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 08/2018

Ilustríssimo Senhor Pregoeiro

RTT INFORMÁTICA E TELECOMUNICAÇÕES LTDA EPP., já qualificada nos autos do certame, por intermédio de seu representante legal, apresenta suas CONTRARRAZÕES ao recurso administrativo da empresa NETWARE TELECOMUNICAÇÕES E INFORMÁTICA LTDA – ME

DOS FATOS

Insurge-se a recorrente contra decisão de habilitação por apresentação de atestado técnico em desconformidade com o edital.

Entretanto, carece de sustentabilidade o teor do recurso, que a seguir demonstraremos. Vejamos:

DA CONTRATAÇÃO SOB O PÁLIO DA IGUALDADE E LEGALIDADE CUMULADO COM O INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO

Importante ressaltar que as normas vigentes impõem a Administração que ao contratar, em regra, ao promover a licitação, deve assegurar-la e respalda-la na igualdade de competição entre os concorrentes, e o devido processo legal, amparados nos princípios do contraditório e pela ampla defesa.

A norma licitatória (Lei 8.666/93) traz, especificamente em seu art. 30, inciso II, a tratativa da capacidade técnico-operacional dos licitantes, denotando, que a comprovação de sua capacidade, se dará mediante a apresentação de atestado de aptidão para o desempenho de atividade compatível com o objeto da licitação, em características, quantidades e prazos.

O D. Tribunal de Contas da União – TCU tem demonstrado com clareza que a aludida habilidade necessita ser provada unicamente mediante a demonstração de serviços análogos, sendo impedido o ultimato de comprovação com quaisquer entraves não previstos em lei que inibam a participação na licitação, e assim está amplamente demonstrado no Acórdão TCU de nº. 2882/2008-Plenário.

Desta forma, a recorrente, em um autêntico jus sperniandi, objetivando a todo custo lograr êxito na sua sanha em obter o contrato e sem aceitar que não possuiu o binômio "capacidade técnica x precificação" para competir, quer confundir e manipular o entendimento pacificado pela doutrina, jurisprudência e tribunais quanto ao tema de atestados técnicos com teor literalmente idêntico ao objeto do certame, sendo tal retórica uma típica aberração desesperada.

Outrossim, não é legítimo que o interesse econômico do particular seja tido em primazia absoluta, em detrimento do interesse público de busca pela contratação mais vantajosa, contrariando princípios comezinhos como a competitividade, razoabilidade e eficiência. Ao revés, a busca pela melhor proposta e o atendimento aos princípios que conformam a atividade administrativa exercida pelo pregoeiro, como a competitividade, razoabilidade e eficiência, exigem que, respeitando-se a isonomia e a impessoalidade, sejam tomadas medidas cabíveis para sanar erros, omissões ou defeitos de pouca relevância, com o intuito de garantir a seleção da melhor proposta possível.

Esse raciocínio é identificado nas decisões de nossa Jurisprudência. Cite-se, como exemplo, decisão proferida pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que (embora tratando sobre outro aspecto, in casu, vistoria prévia) impediu a inabilitação de licitante, em virtude do não cumprimento da exigência em questão, por entender que certas exigências editalícias prejudicam, desarrazoadamente, o objetivo de uma contratação pelo menor preço, configurando excesso de formalismo e molestando o interesse público.

Realmente, a razão de ser do formalismo licitatório é o atendimento ao interesse público. O formalismo é um meio, não um fim em si mesmo, sendo ilegítimo que ele se imponha em detrimento da seleção da melhor proposta.

A Lei de Processo Administrativo Federal, de aplicação subsidiária ao processo de licitação (art. 69, da Lei nº 9.784/1999), prevê no art. 2º incisos VIII e IX o dever de observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos administrativos e que sejam adotadas somente as formas indispensáveis para esta garantia, in verbis:

"Art. 2º Omissis

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;" (N.G.)

Infere-se que a Lei nº 9.784/99 impôs à Administração Pública critérios de formalidades para a sua atuação, com o desiderato de preservar a segurança dos atos administrativos e dos direitos do particular. Contudo, essas formalidades não podem ser utilizadas como um fim em si mesmo, tampouco podem ser exigidas quando dispensáveis. Ao estudar esses critérios, o professor José dos Santos Carvalho Filho [CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo Administrativo federal – Comentários à Lei nº 9.784, de 29.07.2009. 4ª ed. ver. e atual. – Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2009] leciona que:

“[...] De fato, há formalidades sem as quais se inviabiliza a defesa do direito do administrado. Por conseguinte, se forem postergadas, ofendido estará o próprio princípio do contraditório e ampla defesa. Assim, se formalidade dessa natureza for dispensada pelo administrador em certa fase do processo administrativo, a consequência será a invalidação dos atos subsequentes que dependam da formalidade não cumprida. Urge, porém, adotar postura lógica em situações especiais, abandonando-se eventual excesso de formalismo. Se ocorre hipótese em que os atos posteriores não têm qualquer relação de dependência em confronto com a formalidade inobservada, não há por que desfazê-los; na verdade, o desfazimento seria incompatível com o princípio da economia procedimental, posto que desnecessário serem repetidos sem qualquer causa justificadora.

[...] Não se desconhece que no direito público é fundamental o princípio da solenidade dos atos, mas as formas têm que ser vistas como meio para alcançar determinado fim. Portanto, insistimos em que se tem por criticável qualquer exagero formal por parte do administrador. Se a forma simples é bastante para resguardar os direitos do interessado, não há nenhuma razão de torná-la complexa. Cuida-se, pois, de conciliar a segurança dos indivíduos com a simplicidade das formas. (N.G.)

A conjugação dos incisos VIII e IX do dispositivo em foco denuncia que, embora não possa o administrador abdicar das formas essenciais, pode empregar formas singelas quando suficientes para propiciar a devida informação aos administrados. Pode afirmar-se, assim, que o legislador adotou o princípio do formalismo moderado.

Em conjunto com o princípio do formalismo moderado, existem outras formas no processo administrativo licitatório estabelecidas na Lei nº 8.666/93, como a garantia da isonomia, do julgamento objetivo e da vinculação ao edital.

Entretanto, conforme visto, o formalismo exagerado não deve ser galgado a um patamar absoluto, intransponível, que possui o condão de, por si só, inadmitir atos do particular ou invalidar atos da Administração Pública. Assim, uma vez observados os princípios licitatórios, mormente o da isonomia, atingindo o ato (do particular ou da Administração Pública) os fins a que se destinava, tem-se por incabível a sua inadmissão, sob pena de se adotar o formalismo exagerado.

DA VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Neste sentido, a visão dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União a respeito da possibilidade de alteração das propostas das licitantes, pois a jurisprudência pátria tem caminhado no sentido de ser desarrazoada a inadmissão de proposta de licitante que contiver vícios irrelevantes para o julgamento do certame. É que tal medida demonstra-se ilegal, anti-isonômica e ofensiva à própria destinação da licitação que é a obtenção da proposta mais vantajosa.

Em outras palavras, simples falha formal da proposta comercial ou atestados técnicos que não possuam em seu teor *ipsis litteris* o objeto do certame, desde que não afete a igualdade das condições de participação não legitima a Administração Pública a proceder a inabilitação e/ou desclassificação. Do contrário, estará havendo inabilitação e ou desclassificação irregular, por adotar formalidade exagerada, ofensiva à isonomia do certame.

Como exemplo de formalismo moderado e vedação ao exagerado, o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso ordinário em mandado de segurança, negou provimento, para manter ato do Tribunal Superior Eleitoral, que não desclassificou proposta comercial que, por equívoco, deixou de apresentar em uma dada tabela a discriminação de preços unitários, *in verbis*:

“A Turma negou provimento a recurso ordinário em mandado de segurança em que se pretendia a desclassificação de proposta vencedora em licitação para aquisição de urnas eletrônicas para as eleições municipais do ano 2000, em virtude do descumprimento de exigência prevista no edital - falta de apresentação dos preços unitários de determinados componentes das urnas. A Turma manteve a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que entendera que o descumprimento da citada exigência constituía mera irregularidade formal, não caracterizando vício insanável de modo a desclassificar a proposta vencedora.” (STF, RMS 23.714-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 5.9.2000.) (N.G.)

Nesse caso enfrentado pelo STF, o Edital exigia a completa composição dos preços unitários, o que não foi atendido pela licitante vencedora. Em razão disto, a licitante derrotada ingressou com mandado de segurança.

Ocorre que o STF, seguindo o pronunciamento da Procuradoria Geral da República, entendeu que os preços unitários poderiam ser aferidos a partir de outros elementos contidos na proposta, tornando, então, a ausência da tabela exigida pelo Edital não substancial, passível de saneamento.

O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa inabilitar e/ou desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes.

O Tribunal Regional Federal da Primeira Região também enfrentou caso envolvendo uma desclassificação de licitante em razão de erro aritmético. De acordo com o decisor, a desclassificação por mero erro aritmético configura formalismo exagerado lesivo ao princípio legalidade e à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, *in verbis*:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO DE LICITANTE POR DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. EXCESSO DE FORMALISMO. ILEGALIDADE. 1. O excesso de formalismo não deve frustrar a participação da empresa impetrante no procedimento licitatório - à vista da sua própria finalidade - que é selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. 2. Caso em que a inabilitação da licitante do procedimento licitatório

decorreu da apresentação de proposta contendo valor mensal e omitindo o valor global, referente a um ano, o qual poderia ter sido apurado mediante simples operação aritmética, ainda mais quando o licitante já havia encaminhado planilha de custo por formulário eletrônico, contendo o preço mensal e anual, para se credenciar no certame. 3. Nega-se provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial. (TRF, AMS 200334000374877).” (N.G.)

De igual modo, é o entendimento externado pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região, veja-se:

“EMENTA

Direito Administrativo. Direito Processual Civil. Nulidade da sentença. Pretensão afastada. Licitação. Empresa pública. Mandado de segurança. Possibilidade. Incidência da Súmula 333, do STJ. Correção de suposto erro aritmético. Demonstrado em sede de recurso administrativo que não havia o alegado erro em planilha. Desclassificação da proponente. Excessivo rigor. Invalidez. Objetivo essencial do certame. Busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.” (Apelação/Reexame Necessário nº 0014549-38.2005.4.03.6105/SP (2005.61.05.014549-5/SP) 3ª Turma Apelante: Empresa Brasileira de Infra Estrutura Aeroportuária INFRAERO Adv.: Célia Regina Álvares Affonso e Outro Apelado: CTAGEO Engenharia e Geoprocessamento Ltda Relator: Des. Federal Carlos Muta Relator Conv.: Juiz Federal Valdeci dos Santos DJE nº 73, 26.04.2010)

Da mesma forma, o Tribunal de Contas da União possui um paradigma no qual se assenta que:

“o princípio do procedimento formal “não significa que a Administração deva ser ‘formalista’ a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar propostas diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes”. (Decisão 570/1992 – Plenário) (N.G.)

Infere-se dessas decisões colhidas, que a jurisprudência pátria impõe o afastamento do formalismo exagerado, protegendo a isonomia do certame e propiciando a obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração Pública.

De outro lado, realizando um raciocínio inverso, nas hipóteses em que a falha não for meramente formal, isto é, afetar a substância a proposta, não será permitido o saneamento da incorreção, sob o risco de se estar ferindo a isonomia entre os licitantes, a impessoalidade, a vinculação ao ato convocatório e o julgamento objetivo, o que ocorreu no certame.

DOS ATESTADOS TÉCNICOS APRESENTADOS – ATENDIMENTO À LEI E AO OBJETO DO CERTAME

Os atestados técnicos apresentados pela recorrida possuem comprovação de aptidão para desempenho e compatibilidade da atividade, provando ter prestado serviços compatíveis com o objeto do certame. A redação na lei deixa claro quanto a apresentação de atestados compatíveis, sendo vedado exigir objeto igual para fins de habilitação.

O teor das exigências do edital e da lei, refere-se à pertinência e à compatibilidade com objeto. “Pertinente e compatível” não é igual, e os atestados apresentados pela recorrida possuem conteúdo e extensão diretamente relacionados ao objeto licitado, possibilitando pleno atendimento às necessidades, fundamento prático de aferição do desempenho satisfatório da licitante quanto à prestação do serviço a ser contratado.

Logo, os atestados devem possuir mais que um mínimo de segurança para que a FINEP possa contratar a recorrida, que é capaz de atender ao objeto licitado.

Neste sentido, apresentamos parecer do CNJ quanto ao caso, em pregão presencial análogo ao presente. Vejamos: “PREGÃO PRESENCIAL Nº. 52/2009

PROCESSO 337.607

Trata-se de pedido de esclarecimento encaminhado (via e-mail e datado de 04/12/2009) pela empresa Vert Soluções em Informática Ltda., CNPJ nº. 02.277.205/0001-44, no uso do direito previsto no art. 12 do Decreto 3.555/2000,

interessada em participar do Pregão Presencial nº. 52/2009, que tem por objeto a contratação de subscrições de licenças de software do banco de dados Mysql, ferramentas de modelagem gráfica e administração de banco de dados e treinamentos oficiais, conforme as condições e especificações estabelecidas no Edital e seus Anexos.

(...)

4. Em resposta ao questionamento acima descrito e com fundamento na legislação e no Edital, informo que a exigência do(s) atestado(s) limita-se a comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características e quantidades com o objeto da licitação. Logo, a exigência de atestado de capacidade técnica se apresenta pertinente e compatível com os ditames da Lei.

5. A doutrina aprova a exigência de atestado de capacidade técnica desde que seu conteúdo e extensão estejam diretamente relacionados ao objeto licitado. Destarte, a exigência constata no Edital do Pregão Presencial nº 52/2009 visa aferir o pleno atendimento às necessidades deste Conselho e se fundamenta na prática de aferição do desempenho satisfatório do licitante quanto à prestação/aquisição do serviço a ser contratado.

6. Pela exposição já feita, tal exigência condiz com o mínimo de segurança que este Conselho necessita para adquirir o objeto a ser licitado. Ainda, o atestado de capacidade técnica é um dos meios de assegurar o cumprimento do contrato que será celebrado, garantindo no mínimo a capacidade do licitante em cumprir com suas obrigações contratuais...” (N.G.)

(www.stf.jus.br/portal/edital/fazerDownload.asp?licitacao=9008&andamento..)

O artigo 30 da Lei de Licitações, em seu parágrafo 3º, determina que seja serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalentes ou superior. Verbis:

"§3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior"

Assim, não há irregularidade ou descumprimento pela recorrida as exigências do edital e da lei.

DOS ABSURDOS NO TEOR DO RECURSO – CRIAÇÃO DE JUÍZO DE VALOR PESSOAL APARTADO DA REALIDADE DOS CERTAMES LICITATÓRIOS

Ora, ora, causa espanto o quanto o teor do recurso é antiético, agressivo e ofensivo.

A recorrente se refere a recorrida como "aventureira", busca macular a imagem de uma empresa com 30 anos de mercado, consolidada, levanta suspeitas quanto a idoneidade sugerindo desonestidade, fraude, uma situação bastante condenável, demonstrando sua evidente postura comercial inadequada, pois respeito, urbanidade e educação são pilares nas relações humanas e comerciais.

Busca ainda querer criar exigências não constantes no instrumento convocatório, afirmando que o "licitante vencedor seja um revendedor autorizado do fabricante"..."necessidade de vínculo entre o prestador de serviço que será contratado e o fabricante"...cuja "ausência de vinculação mostra-se fator impeditivo ao licitante de prestar adequadamente aos serviços almejados"...estando a FINEP "diante deste oceano de incertezas".

Tal postura se contrapõe a realidade e dinâmica dos processos licitatórios, que adota formalismo e atendimento aos ditames legais, mas com observação ao princípio do interesse da administração pública: proposta mais vantajosa, conforme retro explanado.

Com a devida vênia, o motivo alegado para inabilitação e desclassificação é, com todo respeito, irrelevante, pois desde que não cause prejuízo à administração pública, uma empresa não pode ser excluída do processo de licitação por conta da questão suscitada.

A recorrida também não se opõe a qualquer tipo de diligência, apesar de crer ser desnecessária.

DO PEDIDO

De sorte que, com fundamento nas razões precedentemente aduzidas, requer-se o provimento da presente contrarrazões, para que seja mantida a habilitação da Recorrida, com julgamento pela improcedência do recurso interposto.

Termos em que,

Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 12 de Março de 2018

RTT INFORMÁTICA E TELECOMUNICAÇÕES LTDA

Frederick Vitilio
OAB/RJ 151.820

Fechar