

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO – CENTRAL DE COMPRAS E CONTRATAÇÕES - CENTRAL

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 003/2015

DG10 DATA GLOBAL TECNOLOGIA E INFORMAÇÕES LTDA, identificada nos autos do processo em epígrafe, representada por seu bastante procurador infra-assinado, vem à presença de Vossa Senhoria, com fulcro no art. 4º, inciso XVIII, da Lei Federal 10.520/2002, interpor

RECURSO HIERÁRQUICO

em face da decisão que desclassificatória da Recorrente para o Grupo 01 do Pregão Eletrônico nº 003/2015, mediante os fatos e fundamentos que passa a expor.

I – TEMPESTIVIDADE

Estabelece o art. 26, do Decreto 5.450/05, que o prazo para apresentação das razões de recurso administrativo ultima-se após 03 (três) dias da sua manifestação.

É tempestivo o presente recurso, tendo em vista que a manifestação recursal foi registrada no dia 25 de setembro do corrente ano.

II – SÍNTESE DOS FATOS

A empresa Recorrente ofertou o melhor lance eletrônico para o grupo 01 do pregão eletrônico nº 003/2015 e foi desclassificada mediante as seguintes alegações registradas no sítio COMPRASNET:

"Não foi finalizada a análise da proposta comercial, no entanto, a SLTI já adiantou que na proposta comercial encaminhada por V. Sa., encontrou alguns itens sendo ofertados com equipamentos/marcas/fabricantes diferentes dos propostos em 28/05/2015. Solicitamos manifestação sobre os termos inicialmente propostos com os encaminhados dia 18 e 21/09.

[...]

O ofício 001/2015, anexado no Comprasnet, informa que a alta do dólar gerou "impacto da variação dos custos inicialmente cotados" por V.Sa. impossibilitando a manutenção da proposta com os mesmos equipamentos/marcas/fabricantes ofertados inicialmente e revalidada em 05/08/2015. Tal justificativa não tem amparo legal.

[...]

Para DG10 DATA GLOBAL TECNOLOGIA E INFORMACOES LTDA - SLTI/DSR:"Em relação aos itens 1.1.26, 1.1.27 e 1.1.28, os equipamentos propostos pela licitante DG10 atendem às especificações técnicas dos itens 1.1.26, 1.1.27 e 1.1.28 (o Revolabs Executive HD, Models 01-HDEXEC-NM e 01-HDEXEC4-NM), no entanto, os equipamentos não podem ser homologados para funcionamento no Brasil, conforme Resolução nº 506/2008 da Anatel"

[...]

Srª Pregoeira com referência às homologações da Anatel para os itens 1.1.26 e 1.1.27 nossa área técnica informou que por se tratarem de equipamentos que não são emissores mas sim receptores por isso não necessitariam de homologação da Anatel. conforme resolução da Anatel 609 de 18 de abril de 2013.

[...]

Ok, senhores. Diante desta declarações, sua proposta comercial não será aceita sendo desclassificada.

[...]

Proposta desclassificada em cumprimento ao item 7.2(desconformidade com os requisitos estabelecidos neste Edital, contenham vícios insanáveis) por descumprimento do item 8.4.3(equipamentos sujeitos à homologação da Anatel, sempre que a referida legislação for aplicável).

Nesta senda, infere-se que a respectiva desclassificação da proposta comercial da Recorrente se fundamentou, em resumo, na prática de duas supostas incorreções:

I – A um, porque, no curso da licitação, houve a necessidade de ajustes em alguns itens (1.1.21, 1.1.22, 1.1.25, 1.1.26, 1.1.27, 1.1.28, 1.1.29, 1.1.30, 1.1.36, 1.1.37, 1.1.38, 1.1.39, 1.1.43 e 1.1.44) da proposta comercial da Recorrente, frente à vultosa elevação do Dólar;

II – A dois, porque os itens 1.1.26, 1.1.27 e 1.1.28 da proposta originariamente apresentada pela Recorrente, mesmo atendendo às especificações técnicas colacionadas no edital, não possuíam homologação na ANATEL.

Entretanto, a Recorrente, oportunamente, traz à lume as questões de fato e de direito que desautorizam a desclassificação de sua proposta comercial no certame.

III — MÉRITO

III.A) A POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DE ITENS QUE COMPÕEM O LOTE – MANTIDAS AS ESPECIFICAÇÕES MÍNIMAS ELENCADAS NO EDITAL

Ressalta-se, inicialmente, que a licitação em comento teve a sua sessão pública aberta em 28 de maio de 2015.

Entretanto, a Empresa Recorrente foi classificada para o grupo 01 na sexta posição convocatória, sendo convocada para apresentar proposta comercial aos 17 dias de setembro de 2015, mediante a desclassificação dos demais licitantes.

Oportuno esclarecer que, no citado interregno, houve significativa mudança na variação cambial e na conjuntura econômica do País, razão pela qual a Empresa Recorrente necessitou ajustar alguns termos da proposta comercial, resguardando, no entanto, todas as especificações inicialmente ofertadas na licitação em comento.

Neste contexto, frisa-se que as Leis 8.666/93 e 10.520/2002 não trataram expressamente sobre a possibilidade de ajustes da proposta comercial no curso da licitação.

Todavia, tanto a Doutrina como a Jurisprudência Pátria fixaram certo entendimento, bem propagado no meio jurídico, de que é admissível a flexibilização de critério de julgamento da proposta, na hipótese em que o produto ofertado apresentar qualidade equivalente ou superior à especificada no Edital, não tiver havido prejuízo para a competitividade do certame, e o preço obtido revelar-se vantajoso para a administração.

À guisa da inteligência da proposição consignada, recentemente decidiu o Tribunal de Contas da União:

“Representação formulada por empresa noticiou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico Nº 21/2011, conduzido pelo Centro de Obtenção da Marinha no Rio de Janeiro – COMRJ, cujo objeto é o registro de preços para fornecimento de macacão operativo de combate para a recomposição do estoque do Depósito de Fardamento da Marinha no Rio de Janeiro. A unidade técnica propôs a anulação do certame fundamentalmente em razão de a proposta vencedora ter cotado uniformes com gramatura superior à da faixa de variação especificada no edital (edital: 175 a 190 g/m²; tecido ofertado na proposta vencedora: 203 g/m²), o que deveria ter ensejado sua desclassificação. O relator, contudo, observou que o tecido ofertado “é mais ‘grosso’ ou mais resistente que o previsto no edital” e que o COMRJ havia reconhecido que o produto ofertado é de qualidade superior à prevista no edital. A esse respeito, anotou que a Marinha do Brasil está habilitada a “emitir opinião técnica sobre a qualidade do tecido”. Levou em conta, ainda, a manifestação do Departamento Técnico da Diretoria de Abastecimento da Marinha, no sentido de que o produto atenderia “à finalidade a qual se destina, tanto no que se refere ao desempenho, quanto à durabilidade”. Noticiou ainda que a norma técnica que trata desse quesito foi posteriormente alterada para admitir a gramatura 203 g/m² para os tecidos desses uniformes. Concluiu, então, não ter havido afronta ao interesse público nem aos princípios licitatórios, visto que o procedimento adotado pela administração ensejará a aquisição de produto de qualidade superior ao desejado pela administração contratante, por preço significativamente inferior ao contido na proposta da segunda classificada. Ressaltou também a satisfatória competitividade do certame, do

qual participaram 17 empresas. E arrematou: "considero improvável que a repetição do certame com a ínfima modificação do edital (...) possa trazer mais concorrentes e gerar um resultado mais vantajoso (...)". O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu julgar parcialmente procedente a representação, "em face da verificação de apenas de falhas formais na condução do Pregão Eletrônico Nº 21/2011, que não justificam a sua anulação". (Acórdão Nº 394/2013-Plenário, TC 044.822/2012-0, relator Ministro Raimundo Carreiro, 6.3.2013):

e) É admissível a flexibilização de critério de julgamento da proposta, na hipótese em que o produto ofertado apresentar qualidade superior à especificada no edital, não tiver havido prejuízo para a competitividade do certame e o preço obtido revelar-se vantajoso para a administração (Acórdão Nº 394/2013-Plenário, TC 044.822/2012-0, relator Ministro Raimundo Carreiro, 6.3.2013)

Observe-se, no mais, que a Empresa Recorrente, em momento algum, se desvinculou da proposta apresentada no ato da abertura do certame.

Imperioso destacar que os ajustes procedidos pela Recorrente visavam apenas resguardar a exeqüibilidade de preço da sua proposta comercial, neutralizando futuros efeitos de variações do câmbio e de aquecimentos de mercado.

Neste mister, oportuno esclarecer que, no curso da licitação em apreço, a elevação da moeda americana extrapolou a curva histórica de valorização desde os primórdios do Plano Real, o que fez com que a Recorrente, para manter os preços praticados no certame, necessitasse negociar com novos fornecedores.

Quanto à onerosidade excessiva em função de fato extraordinário ou superveniente no câmbio, deve-se considerem, por analogia, as hipóteses arroladas no Artigo 65,II, "d" da Lei Federal Nº 8.666/1993 sobre a possibilidade de modificação dos contratos administrativos. In verbis:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

A partir da leitura do item em testilha, verifica-se que não há outra conclusão a que se possa chegar senão a de que a Administração, objetivando a satisfação do Interesse Público, e diante de fato superveniente devidamente comprovado, deveria proceder com a classificação da proposta comercial da Recorrente no certame.

In casu, a Doutrina e Jurisprudência dominante também já firmaram o entendimento de que Vossa Senhoria deve evitar o excesso de rigor, e a conseqüente desclassificação indiscriminada de licitantes, de forma a não excluir do certame empresas que estejam ofertando propostas mais vantajosas, incorrendo-se, assim, em ofensa ao Interesse Público.

Por oportuno, frisa-se que o Tribunal de Contas da União e o STJ assim decidiram em situação análogas:

"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'. (Tribunal de Contas da União - Decisão 570/1992 - Plenário - Relator Ministro Bento José Bugarin - Julgado em 02/12/1992 - Data da Publicação 29/12/1992)

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO AFASTADA. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE OXIGENOTERAPIA. AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO ANVISA. EDITAL. NÃO-EXIGÊNCIA.

Não se deve exigir excesso de formalidades capazes de afastar a real finalidade da licitação, ou seja, a escolha da melhor proposta para a Administração em prol dos administrados. (Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça - Resp 1190793 / SC - Relator Ministro

Castro Meira - Julgado em 24/08/2010 - Data de Julgamento: 24/08/2010 - Data da Publicação/Fonte DJe 08/09/2010 - grifou-se)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA EXCESSIVA.

Não deve ser afastado candidato do certame licitatório, por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial. Segurança concedida.

(Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça - MS 5631 / DF - Relator Ministro José Delgado - Julgado em 13/05/1998 - Data da Publicação/Fonte DJe 17/08/1998 - grifou-se)

Por todo o exposto, desclassificar a Empresa Recorrente e fracassar o grupo 1 do certame é medida oposta aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, além de afrontar os objetivos da licitação, entre os quais o de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e satisfazer as necessidades da Administração Pública.

III.B) A VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO - A FALTA DE PREVISÃO DE HOMOLOGAÇÃO DOS ITENS 1.1.26, 1.1.27 E 1.1.28 NA ANATEL

Sob outra ótica, acaso Vossa Senhoria entenda pela impossibilidade de adequação da proposta comercial da Empresa Recorrente no certame, ressalta-se que melhor sorte não socorre à Administração quanto fundamenta a desclassificação da Recorrente no certame em face da ausência de homologação dos itens 1.1.26, 1.1.27 E 1.1.28 na Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

Isto porque, Senhor Pregoeiro, veja-se o que o Edital do Pregão Eletrônico 03/2015, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, dispôs, em seu item 8.4.3, acerca da exigibilidade de apresentação de documento de homologação da Anatel - Agência Nacional de Telecomunicações -, relativamente aos itens objetos do respectivo procedimento licitatório:

8.4.3 Os equipamentos estarão sujeitos à apresentação de documento de homologação da Anatel, conforme parágrafo único do artigo 20 da Resolução nº. 242 da Anatel, sempre que a referida legislação for aplicável.

Frisa-se que o item 19.9 e o Anexo III do Edital replicaram a exigência acima.

Entretanto, os subitens 1.1.26, 1.1.27 do grupo 01 são equipamentos receptores e não carecem de homologação da Agência Nacional de Telecomunicações.

Neste sentido, Imperioso destacar que a Resolução 506/2008 da ANATEL apenas versou sobre a necessidade de homologação para equipamentos de transmissão de radiofrequência.

Assim, diante da ausência de previsão normativa para necessidade de homologação de itens receptores, é crível conjecturar que a proposta comercial da Empresa Recorrente preencheu os requisitos mínimos exigidos no Edital do pregão em comento.

Sobressai importante também consignar que o item 8.4.3 do Edital não exigiu expressamente a necessidade de homologação da ANATEL para os subitens 1.1.26, 1.1.27 e 1.1.28 do grupo 01.

À guisa desse entendimento, salienta-se que o administrador deve observar os critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas, que, in casu, foram devidamente cumpridos pela Empresa Recorrente.

É crível inferir que os PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E JULGAMENTO OBJETIVO DAS PROPOSTAS refutam a proposição subjetivista da decisão proferida no certame em apreço,

uma vez que a Empresa Recorrente foi desclassificada do certame sem que o Julgador Administrativo se utilizasse dos fatores objetivamente definidos em Edital, em detrimento do benefício da própria Administração.

Sob a mesma ótica normativa, é evidenciada a existência de incompetência do Ministério do Planejamento em editar normas para certificação de equipamentos na ANATEL.

Em outros termos, compete exclusivamente à ANATEL realizar a avaliação dos equipamentos de telecomunicação, especialmente quanto à necessidade de homologação.

Por conseguinte, na contramão do que foi decidido no certame, com fundamento nos Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório e Julgamento Objetivo das propostas, a Empresa Recorrente merece ser classificada no certame, pois a sua proposta foi considerada a melhor procedimento licitatório.

Pondere-se, por fim, o prejuízo ao interesse público que representa fracassar o Grupo 01 do Pregão 003/2015, ao menos em termos de perdas de tempo e dinheiro.

Desta forma, desclassificar a Recorrente e fracassar o item não parece corresponder a relação de justa proporção da sanção a ser aplicada à conduta verificada.

Notadamente, é pacífica a posição do Supremo Tribunal Federal, que já decidiu que: "Em direito público, só se declara nulidade de ato ou de processo quando da inobservância de formalidade legal resulta prejuízo"(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários... 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, citando MS nº22.050-3, T. Pleno, rel. Min. Moreira Alves, j. 4.5.95, v.u. DJ de 15.9.95.). É a nacionalização do Princípio Pas de Nullité Sans Grief.

Por todo o exposto, Senhora Pregoeira, é preciso que se visualize o procedimento licitatório não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para se concretizar o direito material, prestigiando-se o interesse público.

Decidindo pela procedência das presentes razões, Vossa Senhoria estará prestigiando os Princípios que regem os atos administrativos, bem como estará desmitificando a ideia da pura e simples aplicação da letra fria da lei em benefício da Administração Pública e de toda a sociedade.

IV — CONCLUSÃO

Confiante no espírito de justiça e alto descortino de Vossa Senhoria, requer seja o presente recurso julgado procedente para classificar a empresa Recorrente para o grupo 01 do Pregão Eletrônico 003/2015.

Caso Vossa Senhoria entenda de forma diversa, que os autos sejam encaminhados para Autoridade Competente, para apreciação superior.

Termos em que,
pede deferimento.

Brasília - DF, 30 de setembro de 2015.

Alexandre Rocha
Gerente de TI
DG10 Data Global Tecnologia e Informações LTDA.