

Pregão/Concorrência Eletrônica

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SR. PREGOEIRO DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA – PGJ DO ESTADO DO MARANHÃO.

PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 011/2023
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 10838/2022

WIKI TELECOMUNICAÇÕES EIRELI, inscrita no CNPJ sob o nº. 11.509.434/0001-38, sediada na Avenida Daniel de La Touche, nº 20, Vila Vicente Fialho – Edifício Mocelin Tower, Sala 102, CEP: 65.074-115, São Luís - MA, através do seu representante legal Sr. PAULO DE TARSO DE CARVALHO BAYMA FILHO, brasileiro, casado, empresário, portador do RG nº. 192349920010 – GEJUSPC - MA, inscrito no CPF sob o nº. 003.960.973-16, neste ato representado pelo credenciado, vem mui respeitosamente, com fundamento nos arts. 5º, XXXIV "a", LV, e 37, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil c/c arts. 3º e 109, ambos da Lei 8.666/93 e demais dispositivos legais, interpor o presente RECURSO ADMINISTRATIVO, em face da decisão exarada pelo ilustríssimo Sr. Pregoeiro da Procuradoria Geral de Justiça do Maranhão, que decidiu inabilitar a empresa WIKI TELECOMUNICAÇÕES EIRELI, bem como posteriormente, classificar e habilitar a empresa MENDEX NETWORKS TELECOMUNICACOES LTDA apenas para o item 01 e anular o item 02 do certame, pelos fatos e argumentos a seguir expostos.

1. PRELIMINARMENTE – DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO.

Preliminarmente, salienta-se que nos termos do item 11 do edital, cabe recurso administrativo no prazo de 3 (três) dias uteis.

Antes de adentrar no mérito do presente recurso, evidenciamos a tempestividade do mesmo, além de que a empresa signatária se ergueu em registrar a intenção de interpor Recurso no dia 04.05.2023, sendo-lhe deferido via sistema pelo Pregoeiro o prazo recursal até o dia 09.05.23.

A tempestividade é requisito extrínseco de admissibilidade do recurso e constitui matéria de ordem pública, cognoscível de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Assim sendo impõe-se a análise, acolhimento das razões e provimento final do recurso administrativo, tendo em vista que está sendo apresentada dentro do prazo estabelecido. Pelo exposto, resta comprovada a tempestividade do presente recurso.

2. DOS MOTIVOS FÁTICOS PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO.

A PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO por meio do Edital nº 011/2023, abriu licitação na modalidade Pregão Eletrônico, cujo tem por objeto Registro de Preços para a eventual contratação de serviços continuados de solução de Tecnologia da Informação e Comunicação – TIC, fornecendo transmissão de dados, para 'conexão da rede' do Ministério Público do Estado do Maranhão (MPMA) à Internet, com possibilidade de alteração de velocidade, compreendendo serviços de instalação, monitoramento, suporte técnico e serviço de proteção contra ataques distribuídos de negação de serviços (Anti-DDoS), pelo período de 30 (trinta) meses, conforme especificações detalhadas no Termo de Referência, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

Ocorre que o Sr. Pregoeiro da Procuradoria Geral de Justiça do Maranhão, decidiu inabilitar a empresa WIKI TELECOMUNICAÇÕES EIRELI, bem como posteriormente, classificar e habilitar a empresa MENDEX NETWORKS TELECOMUNICACOES LTDA, sem observar critérios definidos em Edital, razões pela qual faz-se necessária a interposição do presente recurso como medida de legalidade.

Em sede de manifestação de intenção de recurso foi manifestado pela empresa WIKI TELECOMUNICAÇÕES EIRELI:

a) A empresa WIKI TELECOM vem por meio deste manifestar intenção de recurso diante da não observação de princípios do melhor interesse público, razoabilidade, economicidade e outros na decisão de Inabilitação da empresa, em detrimento de vinculação. Ainda, requer a inabilitação da empresa MENDEX por descumprimento ao edital e seus anexos, em especial aos itens 9.10.5, 9.10.6, 9.12.1.2, 9.12.3.1 e outros a serem descritos e demonstrados na peça recursal, bem como utilização irregular da Súmula 473.

Portanto, não concordamos com a decisão final do Pregoeiro que inabilitou a empresa WIKI TELECOMUNICAÇÕES EIRELI e classificou e habilitou a empresa MENDEX NETWORKS TELECOMUNICACOES LTDA sem atendimento as disposições Editalícias.

3. DAS RAZÕES E FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO RECURSO

3.1 Da inobservância aos princípios do interesse público, razoabilidade, finalidade e economicidade em detrimento do formalismo exacerbado da instrumentalidade.

Para que a Administração Pública possa formalizar a aquisição de bens ou serviços, deve respeitar uma série de procedimentos previstos em lei, tendo como finalidade buscar sempre a melhor proposta estimulando a competitividade entre os concorrentes, e oferecendo iguais condições de participação.

Sendo assim, a licitação é um procedimento prévio à aquisição dos bens e serviços de interesse da administração pública, que visa a contratação mais vantajosa possível não só do ponto de vista econômico como também de qualidade.

Dentre as fases da licitação, a que interessa para a presente análise é a fase de classificação e habilitação, na qual os interessados em apresentar suas propostas disponibilizam informações, além da comprovação da qualificação econômico-financeira e técnica para a potencial contratação, cujas regras devem estar devidamente previstas no Edital.

O Edital é claro e vincula todos os licitantes. O descumprimento das cláusulas constantes no mesmo implica a desclassificação da proposta ou inabilitação da licitante, pois, do contrário, estar-se-iam afrontando os princípios norteadores da licitação, expressos no art. 3º da Lei nº 8.666/93:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos. (G.N).

O Edital em epígrafe traz em seu teor o seguinte normativo:

9.11 Qualificação Econômico-Financeira:

9.11.1 Certidão Negativa de Falência ou, se for o caso, Certidão de Recuperação Judicial, expedida pelo Cartório Distribuidor da sede da pessoa jurídica, com data de emissão de no máximo 60 (sessenta) dias anteriores à data da abertura da sessão, ou que esteja dentro do prazo de validade expresso na própria certidão;

9.11.2 Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

9.11.2.1 No caso de empresa constituída no exercício social vigente, admite-se a apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis referentes ao período de existência da sociedade;

9.11.3 A comprovação da situação financeira da empresa será constatada mediante obtenção de índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), resultantes da aplicação das fórmulas: $LG = \text{Ativo Circulante} + \text{Realizável a Longo Prazo} - \text{Passivo Circulante} - \text{Passivo Não Circulante}$; $SG = \text{Ativo Total} - \text{Passivo Total}$; $LC = \text{Ativo Circulante} - \text{Passivo Circulante}$.

9.11.4 As empresas, cadastradas ou não no SICAF, deverão apresentar resultado superior a 1(um) para os índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC);

9.11.5 A licitante deverá comprovar patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação ou item pertinente.

Perceba Sr. Pregoeiro que nos documentos anexados pela empresa WIKI TELECOMUNICAÇÕES EIRELI, fora anexado e comprovada toda sua qualificação econômica e financeira, demonstrando possuir plenas condições de execução dos serviços descritos no Edital.

Em decisão do Pregoeiro foi destaque que a empresa WIKI TELECOMUNICAÇÕES EIRELI apresentou um dos citados índices de comprovação da boa situação financeira da empresa, especificamente o $LG = \text{Liquidez Geral}$ igual a 1, desconsiderando a ótima qualificação da empresa nos demais índices superiores a 1, em especial o que se refere a $LC = \text{Liquidez Corrente}$ do ano de 2021, com valor indicativo de 1,29.

A interpretação dos documentos de qualificação econômica e financeira da empresa WIKI TELECOMUNICAÇÕES EIRELI deixou de levar em consideração princípios basilares do direito administrativo, como os da eficiência e da economicidade, assim como do interesse público, privando-se única e exclusivamente ao teor descritivo do instrumental licitatório que exigia todos os índices superiores a 1.

Nesse contexto, destacamos os princípios da eficiência e da economicidade no que se refere às licitações e aos contratos formalizados pela administração pública. Isso porque tais princípios zelam, respectivamente, por aperfeiçoar a alocação dos recursos públicos nas contratações e por alcançar a alternativa mais vantajosa do ponto de vista econômico.

O primeiro foi incluído na Carta Magna pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que cuidou da reforma administrativa do Estado brasileiro, enquanto o segundo encontra-se previsto no Artigo 70 da CRF/1988.

Batista Júnior (2004) conclui que o princípio da eficiência, sendo uma norma dotada de imperatividade material, traduz um mandamento de otimização no Estado Social, de forma a impulsionar a administração a satisfazer as necessidades e os interesses sociais, econômicos e culturais da coletividade. Nesse sentido, tal princípio "[...] entremeia o sistema jurídico com o valor da igualdade material, judicizando, para a Administração Pública, a necessidade de otimização da aplicação dos meios e recursos para o melhor alcance e satisfação possível do bem comum". (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 109)

Tendo em vista a análise do princípio da eficiência, torna-se necessário discorrer acerca dos conceitos eficiência, eficácia, e efetividade.

Alfonso (apud ALCANTARA, 2009, p. 34) "considera que a eficiência, fazer bem as coisas, é mais específica e próxima à economia; e a eficácia, fazer as coisas, tem caráter mais administrativo e organizacional. Esta engloba a eficiência e a economia". Segundo o autor, o conceito de eficiência compreende otimizar a utilização dos meios, ao passo que a eficácia implica produzir os efeitos desejados de forma ótima. Já a efetividade significa a exata produção do efeito que se almejava. (ALFONSO apud PEREIRA, 2007).

No que tange à sua aplicação, observa-se que o princípio da eficiência deve ser observado ao longo de todo o processo de contratação realizado pela administração. É importante que o contrato administrativo satisfaça as necessidades em razão das quais foi assinado, sendo vantajosa a aplicação dos recursos públicos utilizados.

Assim sendo, os meios utilizados pelo Poder Público ao contratar devem ser otimizados, de maneira que se obtenha o fim almejado pela administração, e que não haja desperdício de recursos.

Perceba Sr. Pregoeiro, que pelo excesso de formalismo e interpretação do texto disposto no referido instrumento convocatório, a Administração Pública estará efetuando a contratação de um serviço continuado por mais de 300% (trezentos por cento) do valor proposto pela empresa WIKI TELECOMUNICAÇÕES EIRELI.

Ademais, cumpre salientar, que todos os demais requisitos de: classificação de proposta de preços, habilitação jurídica, fiscal e técnica foram alcançados e demonstrados pela empresa Recorrente.

Não se pode ainda descartar que a referida licitação é para REGISTRO DE PREÇOS para futura contratação de empresa, onde a situação econômica da empresa a ser contratada deverá ser comprovada e demonstrada durante a fase de contratação, esta, por sua vez, que poderá ocorrer após conclusão de novo balanço patrimonial que demonstre a melhoria dos índices da empresa a ser contratada.

Por fim, como regra, as licitações públicas dispõem que índices iguais e superiores a 1, são demonstrativos de boa situação financeira, atrelados a outras condições, como: comprovação de não falência, capital social ou patrimônio líquido de pelo menos 10% do valor da contratação, garantias contratuais, entre outros.

Alocamos o Edital como derradeiro instrumento normativo da licitação, pois regimenta as condições específicas de um dado certame, afunilando a Constituição, as leis, e atos normativos outros infralegais. Porém, não poderá contraditá-los. Afinal, o Edital, diríamos, antes da execução contratual, seria o derradeiro ato de substancialização da Constituição e das Leis.

Assim, a Recorrente requer a revisão da decisão inicial do Sr. Pregoeiro de inabilitar a empresa WIKI TELECOMUNICAÇÕES EIRELI, considerando que os índices descritos no balanço patrimonial de 2021 conjugados com as demais documentações de qualificação econômica e financeira exigidas no Edital, atendem os anseios da Administração Pública, bem como da economicidade, eficiência, razoabilidade, equidade e supremacia do interesse público.

Desse modo, não resta outra alternativa ao Sr. Pregoeiro que modificar sua decisão e declarar a classificação e habilitação da empresa WIKI TELECOMUNICAÇÕES EIRELI.

3.2 Da demonstração de inabilitação da empresa MENDEX

Sr. Pregoeiro, diferentemente da empresa WIKI TELECOMUNICAÇÕES EIRELI, a empresa MENDEX NETWORKS TELECOMUNICACOES LTDA descumpriu vários requisitos previstos e indicados no texto do Edital, sendo declarada classificada e habilitada ao referido certame.

Em sede de manifestação de intenção de recursos foi destacado que: "MENDEX NETWORKS TELECOMUNICACOES LTDA por descumprimento ao edital e seus anexos, em especial aos itens 9.10.5, 9.10.6, 9.12.1.2, 9.12.2.6, 9.12.3.1 e outros a serem descritos e demonstrados na peça recursal. Grupo 01 e grupo 02.

Vejamos o que aduz o Edital nas suas descrições de habilitação fiscal:

9.10.5 Prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual e municipal, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto ora licitado;

9.10.6 Prova de regularidade com as Fazendas Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante;

O Edital ao estabelecer que a empresa deverá comprovar regularidade com as Fazenda Municipal não descreve única e exclusivamente que a empresa deveria apresentar certidões negativas de débitos municipais, mas também comprovar a regularidade do seu Alvará de Funcionamento, sendo apresentado pela MENDEX NETWORKS TELECOMUNICACOES LTDA documento vencido.

Ora Sr. Pregoeiro, o alvará municipal é condição precípua para funcionamento de um estabelecimento, bem como inerente a cobranças e débitos junto a Fazenda Municipal, não restando comprovada pela licitante a sua regularidade no certame.

Ainda no que concerne a habilitação técnica da empresa, as irregularidades são exageradas. Senão vejamos o texto editalício:

9.12.1.1 Atestado de Capacidade Técnico-Operacional, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove que a licitante prestou ou tem prestado, satisfatoriamente, pelo período mínimo de 12 (doze) meses, o serviço de acesso à internet, tendo fornecido circuitos com largura de banda igual ou superior a 300 Mbps;

9.12.1.2 Atestado de Capacidade Técnico-Operacional, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove que a licitante prestou ou tem prestado, satisfatoriamente, pelo período mínimo de 12 (doze) meses o serviço de proteção contra ataques distribuídos de negação de serviço (Anti-DDoS na sigla em inglês);

(...)

9.12.3.1 O licitante disponibilizará todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados apresentados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços, consoante o disposto no item 10.10 do Anexo VII-A da IN SEGES/MPDG n. 5/2017.

Inicialmente, no que concerne a comprovação de atestados de capacidade técnica pela empresa, estes não atendem as disposições editalícias, bem como deveria ter sido apresentado toda a comprovação da legitimidade dos atestados apresentados, apresentado cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços, consoante o disposto no item 10.10 do Anexo VII-A da IN SEGES/MPDG n. 5/2017.

Veja Sr. Pregoeiro, que a empresa MENDEX NETWORKS TELECOMUNICACOES LTDA não juntou as informações descritas no item 9.12.3.1 dos atestados apresentados, mesmo em sua maioria não obedecendo os ditames do item 9.12.1.1 e 9.12.1.2.

Desse modo, devendo ser a empresa MENDEX NETWORKS TELECOMUNICACOES LTDA declarada inabilitada.

3.3 Da inadequada utilização da Súmula 473 do STF

A Súmula 473 foi editada em 3 de outubro de 1969. É uma das mais conhecidas súmulas de Direito Administrativo, porque reforça o poder de autotutela administrativa, segundo o qual se a Administração pode agir de ofício, sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário, ela também poderá rever seus atos de ofício.

A revisão dos atos pela Administração implica no poder de declarar a sua nulidade, caso haja vício de ilegalidade, que é tratado também no conteúdo da Súmula 346/STF, mas também o derevogar o ato, por motivo de conveniência e oportunidade.

Quando a súmula expõe que a Administração poderá anular seus atos, porque deles não se originam direitos, ela está implicitamente reforçando o fato de que como a invalidez tornaria o ato írrito, nulo por vício original, então, o desfazimento deve ser feito ex tunc, isto é, com efeitos retroativos, caso o ato tenha produzido efeitos provenientes de direitos inexistentes.

Essa interpretação é, no entanto, mitigada em alguns casos específicos, como, por exemplo, no caso de servidor que auferiu remuneração, mas que depois tem o vínculo funcional com a Administração Pública questionado por vício na investidura, não se aplica a invalidação ex tunc por proibição de enriquecimento ilícito pela Administração Pública. Também terceiros de boa-fé podem ser poupados dos efeitos retroativos de invalidações, conforme, por exemplo, a teoria do fato consumado ou a segurança jurídica.

Já a revogação terá sempre efeitos ex nunc (a partir de então), porquanto atinge ato legítimo, isto é, não viciado, por isso, sempre deve respeitar aos direitos adquiridos. A doutrina costuma ampliar o rol de limites à revogação, acrescentando a esta hipótese também a impossibilidade da revogação de atos: que a lei declare irrevogáveis; já exauridos ou que determinam providência material já executada, atos vinculados; atestados, certidões ou votos, atos preclusos e atos complexos (Ver: NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 228).

O conteúdo da Súmula é também reproduzido no art. 53 da Lei nº 9.784/99, de acordo com o qual: "A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos."

Ocorre que no caso em comento, a utilização da Súmula do 473 para revogar decisão anterior de inabilitação da empresa MENDEX para os 02 grupos foi desarrazoada e gerou maior insegurança jurídica ao certame.

Veja que a nova decisão colacionada nos autos menciona agora fatos totalmente divergentes e contraditórios a primeira análise da comissão técnica, confirmando documentos ditos como ausentes e mencionando descumprimento de outros itens.

Ainda, traz em seu bojo manifestação de anulação do grupo 02 sem qualquer fundamento de identificação de irregularidade no cita grupo, restando tão somente como "aparente conveniência administrativa".

Ora Sr. Pregoeiro, as descrições do grupo 01 e do grupo 02 são as mesmas no referido Edital, não existindo qualquer premissa de fato para anular o grupo 02 e não aplicar o mesmo ao grupo 01, como manifestado.

Por fim, o que se evidencia no presente caso é a necessidade da Administração anular todo o certame pois os vícios interferem nos 02 grupos, como medida mais acertada.

4. DOS PEDIDOS:

Diante do exposto, espera e confia a Recorrente, que se digne a DAR PROVIMENTO AO PRESENTE RECURSO, para:

- Modificar a decisão que inabilitou a empresa WIKI TELECOMUNICAÇÕES EIRELI, declarando a mesma classificada e habilitada.
- Não sendo reconhecido o pedido de ferimento do item "a", deverá modificar sua decisão que classificou e habilitou a empresa MENDEX NETWORKS TELECOMUNICACOES LTDA para o grupo 01, determinando que seja INABILITADA a empresa MENDEX NETWORKS TELECOMUNICACOES LTDA, por não atendimento as exigências do edital, garantindo assim a aplicação do direito e da justiça.
- Caso não sejam atendidos os pedidos acima, ficou aclarado que os vícios presentes no certame não atingem somente o grupo 02 como mencionado na decisão, devendo ser anulado o certame em sua plenitude, incluindo os grupos 01 e 02.

Requer ainda que caso o Douto Pregoeiro opte por manter sua decisão, requeremos, com fulcro no Art. 109, III, § 4º, da Lei 8.666/93 e no Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, que seja remetido o processo para apreciação por autoridade superior competente, com emissão de decisão fundamentada.

Nestes Termos.
Pede Deferimento.

São Luís/MA, 09 de maio 2023.

Wiki Telecomunicações Eireli
Diretor Presidente
PAULO DE TARSO DE CARVALHO BAYMA FILHO

Fechar