

ILMO. SR. PREGOEIRO DO CENTRO DE TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - PRODERJ - DESIGNADO PARA PROCESSAR O PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 010/2020, PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº SEI 120211/000782/2020.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL TECNOLOGIA E REFRIGERAÇÃO EIRELI, sociedade empresária, com sede na Rua São Camilo, nº 22, Loja 01, Vista Alegre, Barra Mansa, RJ, 27.320-570, inscrita no CNPJ sob o nº 01.579.387/0001-45, neste ato representada por seu Procurador infra-assinado, já qualificado nos autos deste processo, vem à presença de V.Sa., respeitosa e tempestivamente, com fulcro no inciso I, alínea "a", do artigo 109 da Lei Federal nº 8.666/93 e no inciso XVIII, do artigo 4º da Lei Federal nº 10.520/02, oferecer o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

Postulando a reforma da decisão proferida pelo Senhor Pregoeiro pela inabilitação da Recorrente, em razão de alegada incompatibilidade dos atestados de capacidade técnica, com o objeto da licitação, conforme passa a demonstrar.

I. DOS FATOS

Trata-se de licitação promovida pelo CENTRO DE TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, na modalidade Pregão Eletrônico para Registro de Preços, de nº 010/2020, objetivando a aquisição de solução de infraestrutura hiperconvergente baseada em appliances, contemplando hardware, software, serviços de suporte/garantia, instalação, configuração e treinamento especializado, conforme especificações, quantidades e exigências estabelecidas no Termo de Referência – Anexo I e seus anexos, partes integrantes do instrumento convocatório.

A sessão pública para processamento do pregão foi realizada no dia 19/08/2021, após a qual a Recorrente sagrou-se vencedora do Lote 02, ao ofertar o menor preço global de R\$ 52.533.968,00 (cinquenta e dois milhões, quinhentos e trinta e três mil, novecentos e sessenta e oito reais).

Na sequência dos procedimentos licitatórios o Pregoeiro abriu, então, o prazo de três dias úteis para a entrega da Documentação de Habilitação e a Proposta Comercial ajustada aos lances finais, do que se desincumbiu a Recorrente, tempestivamente, em 24/08/2021.

Em 26/08/2021 o Pregoeiro informou, em mensagem publicada no Portal de Compras do Estado do Rio de Janeiro, que a Recorrente fora inabilitada em razão de os atestados de capacidade técnica, que comprovam a aptidão para o desempenho da atividade pertinente, não se mostrarem compatíveis, em características, com o objeto da licitação.

Em que pese o habitual e inquestionável empenho em proferir um julgamento justo, legal e adequado aos objetivos perseguidos pela licitação, o Pregoeiro, na verdade e involuntariamente, laborou em equívoco quando do juízo de inadmissibilidade da documentação apresentada pela Recorrente, conforme se verificará, em desacordo com a realidade fática que se apresenta nos autos e em conflito com o instrumento convocatório, alternativa não restando, à Recorrente, senão, a apresentação do presente Recurso com vistas a garantir a prevalência da legalidade e a obediência aos princípios que norteiam os processos licitatórios.

II. DO JULGAMENTO DOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA E O FORMALISMO IMODERADO

A qualificação técnica tem a finalidade de aferir a aptidão técnica do licitante conferindo segurança à Administração Pública de que o mesmo possui pleno conhecimento técnico para a execução do contrato, caso se sagre vencedor do certame.

Neste sentido, Joel de Menezes Niebuhr descreve que a "Administração Pública, ao avaliar a qualificação técnica dos licitantes, pretende aferir se eles dispõem dos conhecimentos, da experiência e do aparato operacional suficiente para satisfazer o contrato administrativo."

Dentre os documentos arrolados taxativamente pela Lei de Licitações para cobrar dos licitantes para fins de qualificação técnica, existem os atestados de capacidade técnica que estão estipulados no artigo 30, II e § 1º, I, da Lei n. 8.666.

Os atestados de capacidade têm a finalidade de comprovar para a Administração Pública, por intermédio de um documento subscrito por terceiro alheio à disputa licitatória, de que o licitante já executou o objeto licitado em outra oportunidade e a referida execução foi a contento, o que gerará confiança e segurança à Administração licitadora de o aludido licitante possuir expertise técnica.

Marçal Justen Filho enaltece a relevância do atestado a o discorrer que "em todo o tipo de contratação pode cogitar-se da exigência de experiência anterior do licitante como requisito de segurança para a contratação administrativa. Aliás até se pode afirmar que em muitos casos a capacitação técnica operacional se evidencia como a única manifestação de experiência anterior relevante e pertinente.

Convém destacar que a interpretação do artigo 30 no que concerne aos atestados, deve ser cautelosa e primar pela finalidade precípua da exigência, qual seja: a demonstração de que os licitantes possuem condições técnicas para executar o objeto pretendido pela Administração caso venha a sagrar-se vencedor.

Portanto, a apresentação de atestados visa demonstrar que os licitantes já executaram, anteriormente, objetos compatíveis em características com aquele definido e almejado na licitação. A finalidade da norma é clara: resguardar o interesse da Administração - a perfeita execução do objeto da licitação - procurando-se, com a exigência de demonstração de capacidade, preservar a competição entre aqueles que reúnam condições de executar objeto similar ao licitado.

A própria Constituição da República assevera no inciso XXI de seu art. 37, in fine, que somente serão permitidas as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Por todas estas razões, não resta dúvida que os agentes públicos deverão atuar ao examinar os atestados com esteio nos princípios, dentre outros, da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e do formalismo moderado.

Não se devem excluir quaisquer licitantes por equívocos ou erros formais atinentes à apresentação do atestado, até porque, relembrando escólios de Benoit, o processo licitatório não é uma verdadeira gincana ou comédia.

Ao se prescrever que a licitação é um processo administrativo formal nos termos do artigo 4º da Lei nº 8.666/1993 não significa formalismo excessivo e nem informalismo, e sim um formalismo moderado.

Como dito por Hely Lopes Meirelles, "a orientação é a dispensa de rigorismos inúteis e a não exigência de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados em licitar."

Nesta mesma linha de afastar possíveis formalismos excessivos nos atestados, o Tribunal de Contas da União tem posicionamento sólido e inclusive determina que havendo qualquer dúvida nos atestados é dever da Administração Pública realizar a competente diligência:

Licitação para contratação de bens e serviços: As exigências para o fim de habilitação devem ser compatíveis com o objeto da licitação, evitando-se o formalismo desnecessário (...). Ao examinar o assunto, a unidade técnica considerou que a inabilitação, pela razão apontada, denotaria excesso de rigor formal, pois a declaração da empresa eliminada afirmava não haver menores trabalhando em seus quadros. Assim, ainda para a unidade responsável pelo processo, "a partir dessa declaração, o gestor público somente poderia concluir pela inexistência de menores aprendizes. Afinal, menores aprendizes são menores. E como havia sido informada a inexistência de menores trabalhando, não era razoável se depreender que a empresa empregasse menores aprendizes". 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-Segunda Câmara. (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 74 do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2003/2011-Plenário, TC-008.284/2005-9, Rel. Min. Augusto Nardes, 03.08.2011). (g.n.)

"Recomendação a uma prefeitura municipal para que qualifique, em procedimentos licitatórios com recursos federais, as exigências formais menos relevantes à consecução do objeto licitado, estabelecendo nos editais medidas alternativas em caso de descumprimento dessas exigências por parte dos licitantes, objetivando evitar a

desclassificação das propostas, visando a atender ao princípio do formalismo moderado e da obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, sem ferir a isonomia entre os partícipes e a competitividade do certame." (Tribunal de Contas da União, item 9.6.1, TC-002.147/2011-4, Acórdão nº 11.907/2011-Segunda Câmara). (g.n.)

Ecoando a mesma diretriz do Tribunal de Contas da União, o Poder Judiciário tem decidido favorável ao formalismo moderado, evitando excessos:

"PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CARTA CONVITE. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA COM FORMALISMO EXCESSIVO. DESCLASSIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE.

1. Recurso especial oposto contra acórdão que concedeu segurança postulada pela empresa recorrida por ter a Recorrente desclassificado-a em procedimento de licitação carta convite, ao entendimento de que a CEF teria feito, em seu edital licitatório, exigência com um formalismo excessivo, consubstanciado que a licitante apresentasse, junto com sua proposta, catálogos técnicos ou prospectos do sistema de ar-condicionado, que foi objeto do certame. 2. A fim de resguardar o interesse público, é assegurado à Administração instituir, em procedimentos licitatórios, exigências referentes à capacidade técnica e econômica dos licitantes. No entanto, é ilegal a desclassificação, na modalidade carta convite, da proposta mais vantajosa ao argumento de que nesta não foram anexados os manuais dos produtos cotados, cuja especificação foi realizada pela recorrida. 3. Recurso não provido". (Superior Tribunal de Justiça, REsp 657.906/CE, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 04/11/2004, DJ 02/05/2005, p. 199). (g.n.)

"ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – FORMALIDADES: CONSEQUÊNCIAS

1. Repudia-se o formalismo quando é inteiramente desimportante para a configuração do ato. 2. Falta de assinatura nas planilhas de proposta da licitação não invalida o certame, porque rubricadas devidamente. 3. Contrato já celebrado e cumprido por outra empresa concorrente, impossibilitando o desfazimento da licitação, sendo de efeito declaratório o mandado de segurança. 4.

Recurso provido". (Superior Tribunal de Justiça, RMS 15.530/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14/10/2003, DJ 01/12/2003, p. 294).

"MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGÜIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. **A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta.** 2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes. 3. Segurança concedida". (Superior Tribunal de Justiça, MS 5.869/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Primeira Seção, julgado em 11/09/2002, DJ 07/10/2002, p. 163). (g.n.)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. ATRASO NA ENTREGA DOS ENVELOPES CONTENDO PROPOSTAS. ALEGADA INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. SUPOSTO RIGORISMO E FORMALISMO. IMPROVIMENTO DO RECURSO FACE À INEXISTÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1 - A inobservância do princípio da razoabilidade não restou demonstrada. Existe, na licitação, predominância dos princípios da legalidade e igualdade (CF, art. 5º, caput, inc. II). 2 - Inexistência de direito líquido e certo a amparar a pretensão da Recorrente. 3 - Recurso ordinário improvido". (Superior Tribunal de Justiça, RMS 10.404/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 29/04/1999, DJ 01/07/1999, p. 120).

Com efeito, destaca-se que se houver alguma dúvida sobre o atestado, é dever do agente público buscar a verdade material do mesmo ao efetuar material e formalmente uma diligência. Neste raciocínio, vide a decisão abaixo em que o Tribunal de Contas da União determinou ao Pregoeiro a realização de diligência para esclarecer as informações contidas nos atestados de capacidade técnica:

Licitação sob a modalidade pregão: As informações demandadas nos atestados a serem apresentados por licitantes, para o fim de comprovação de capacidade técnica, devem ser dotadas de clareza, sendo que, no caso de dúvidas, cabe ao gestor público valer-se da faculdade contida no § 3º art. 43 da Lei 8.666/1993, promovendo diligências, para saneamento dos fatos, se necessário (...). Mesmo admitindo, ainda consoante o relator, "que fosse necessária a comprovação da operação simultânea dos 315 PA em uma única instalação física para a aferição da capacidade técnica, não é possível afirmar que isso não ocorreu a partir do que está escrito no atestado em questão". Nesse ponto haveria, destarte, inferência por parte da (omissis) baseada em interpretação restritiva do texto do atestado. Destacou o relator que "se havia dúvidas a respeito do conteúdo do atestado, caberia ao gestor, zeloso, recorrer ao permissivo contido no § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993 e efetuar diligência à (...) para esclarecê-las, providência que não foi tomada." Indevida, portanto, na forma de ver do relator, a inabilitação da empresa, o que levou-o a votar por que se determinasse à (omissis) que adotasse as providências necessárias no sentido de tornar nulos os atos administrativos que inabilitaram e desclassificaram a proposta da empresa, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 2521/2003, Plenário. (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 73 do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1924/2011-Plenário, TC-000.312/2011-8, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 27.07.2011).

No mesmo sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PENDENTE. SÚMULAS 634 E 635 DO STF. EXCEPCIONALIDADE. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA PRESENTES.

(...)

7. Adequado, em face das peculiaridades do caso, prestigiar a competência da Comissão de Licitação, que pode promover "diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo" (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993), dispositivo legal prequestionado e suscitado no

Recurso Especial (fumus boni iuris). 8. Quanto ao periculum in mora, é incontroverso que a requerente presta serviços de locação de 622 veículos ao Município, e que o contrato firmado em 12.5.2010 foi declarado nulo em 11.5.2011, por conta do acórdão recorrido. Adicionalmente, relevante a iminente ampliação da despesa pública municipal, em R\$ 283.244,00 mensais, para a prestação do mesmo serviço. 9. Agravo Regimental provido". (Superior Tribunal de Justiça, AgRg na MC 18.046/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 02/08/2011).

Portanto, a exigência e a demonstração de capacidade técnica por meio dos atestados têm o escopo de resguardar a Administração Pública de que o licitante possui expertise e aptidão técnica, caso seja o vencedor do certame e venha a ser contratado. Neste prisma, os atestados apresentados pela Recorrente deveriam ser apreciados e interpretados sempre preconizando a teleologia (finalidade) do documento para a consecução do interesse público, o que, infelizmente, não sobreveio. Isso é até mesmo porque **OS ATESTADOS ACOSTADOS AOS AUTOS COMPROVAM O FORNECIMENTO, QUER SEJA EM REGIME DE VENDA OU LOCAÇÃO, DE SERVIDORES: DE CORREIO ELETRÔNICO, DE ARQUIVOS, CONTROLADOR DE DOMÍNIO, BANCO DE DADOS, APLICAÇÕES E DISTRIBUIÇÃO DE SOFTWARE.**

E, DENTRO DA ESTRUTURA HIPERCONVERGENTE, LICITADA, A CAMADA DE PROCESSAMENTO, CARACTERIZADA PELO HARDWARE, OU SEJA, PELOS OS SERVIDORES É A PARCELA DE MAIOR RELEVÂNCIA E VALOR SIGNIFICATIVO DO OBJETO, NOS TERMOS DO ART. 30, INC. I, § 1º DA LEI Nº 8.666/93 E, PORTANTO, OS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA APRESENTADOS PELA RECORRENTE, SE PRESTAM À DEMONSTRAÇÃO DE SUA APTIDÃO TÉCNICA; DE QUE POSSUI PLENO CONHECIMENTO TÉCNICO PARA A EXECUÇÃO DO CONTRATO.

III. DO MÉRITO

A licitação é um processo administrativo, essencialmente isonômico, em decorrência do qual a Administração seleciona, dentre o maior número possível de participantes, a licitante com a proposta mais vantajosa para satisfazer o INTERESSE PÚBLICO, sendo disciplinada pela Lei nº 8.666/93 que determina os CRITÉRIOS OBJETIVOS de seleção dessas propostas.

Sobre o princípio do julgamento objetivo, oportuno observarmos o que preleciona o notável catedrático das licitações Jessé Torres Pereira Junior, na sua obra basilar "Comentários à

Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública" (6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003):

"o (princípio) do julgamento objetivo atrela a Administração, na apreciação das propostas, aos critérios de aferição previamente definidos no edital ou carta-convite, com o fim de evitar que o julgamento se faça segundo critérios desconhecidos pelos licitantes, ao alvedrio da subjetividade pessoal do julgador; o art. 45 ilustra o propósito do princípio ao estatuir que "O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle." (g.n.)

Feriu, também, o PRINCÍPIO DA ISONOMIA, que determina que a administração deverá tratar todos os licitantes de maneira igual e que vem estampado no art. 3ª da lei nº 8.666/93, juntamente com outros princípios:

"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 lhes são correlatos." (g.n.)

A fim de garantir a ISONOMIA, o já citado art. 41, da Lei nº 8.666/93, determina que o Administrador atue de forma estritamente vinculada às regras do Edital:

"Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada." (g.n.)

Oportuno apresentar novamente os ensinamentos do mestre Marçal Justen Filho, que professa com profunda sabedoria, ao comentar o art. 41 da Lei nº 8.666/93:

1) Natureza Vinculativa do Ato Convocatório

O instrumento convocatório (seja edital, seja convite) cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º, **pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento.** Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. **Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia.**" (g.n.)

O princípio da ISONOMIA, não só nas licitações, mas em todos os atos da Administração Pública, é REQUISITO ESSENCIAL para sua validação, pois a SUA NÃO OBSERVÂNCIA NEGA O PROPÓSITO DE TODAS AS LEIS, QUE VISAM À GARANTIA E À SEGURANÇA JURÍDICA.

Sobre essa matéria, pedimos vênia para trazer à colação, os ensinamentos do inquestionável mestre do Direito Administrativo, Hely Lopes Meirelles, que nos ensina que:

"Igualdade entre os licitantes: a igualdade entre os licitantes é principio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de clausulas que, no edital, favoreçam uns em detrimento de outros, que mediante julgamento, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais.

O desatendimento a esse principio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulados editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público". (in Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pág. 268) (g.n.)

Nesse pensar importa afirmar que, a partir dos termos fixados no edital, não há margem para discricionariedade, seja por parte da Administração, seja por parte das licitantes, pois estes se vinculam ao Edital, que se toma fundamento de validade de todos os atos praticados no curso de licitação.

Portanto, resta cristalino que a inabilitação da Recorrente feriu os princípios basilares do Processo Licitatório, em especial, os da Isonomia, da Vinculação ao Instrumento Convocatório e Julgamento Objetivo.

V. DO PEDIDO

Ante os fatos expostos e as razões de direito anteriormente aduzidas, a Recorrente signatária REQUER o acolhimento e provimento do presente Recurso Administrativo, a fim de que seja reformada a decisão ora atacada, RETOMANDO OS PROCEDERES DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 010/2021, PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº SEI 120211/000782/2020, com a consequente declaração da Recorrente como a venedora do certame, por ser medida de Direito e Justiça.

Caso assim não entenda, REQUER, desde já, data vênia, que seja encaminhada esta peça para a Autoridade Superior para ulterior deliberação a respeito, conforme preconiza o parágrafo 4º do Art. 109 da Lei nº 8.666/93, na qual se espera o desfazimento dos atos administrativos e a retomada do pregão, com a validação do procedimento licitatório já desenvolvido.

Termos em que

Pede deferimento

Rio de Janeiro, 08 de setembro de 2021.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL TECNOLOGIA
Maurício Ferreira Lima Carvalho
RG 056787484 DICRJ
Procurador