

Pregão/Concorrência Eletrônica

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

RECURSO PREGÃO 000100/2022, PROCESSO 001960/2022 PREFEITURA MUNICIPAL DE CANTAGALO - RJ

EXM. SR. PREFEITO MUNICIPAL DE CANTAGALO

ILMO SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO CANTAGALO/RJ

PREGÃO Nº 100/2022 – O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para o Registro de preço para futura e eventual aquisição de materiais de construção para atender diversas secretarias, do 1º ao 5º distrito de Cantagalo/RJ, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

SÓ BRUOS MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA, com sede a Rua Chapot Prevost, nº 178 - 180, Bairro Centro, Cep 28.500-000 Município de Cantagalo, UF RJ, CNPJ 01.786.018/0001-23, neste ato representado pela sócio administrador Sandro Pereira Guimarães, não se conformando com a inabilitação da empresa no processo licitatório, "Motivo da Recusa/Inabilitação: Proposta inabilitada tendo em vista a impossibilidade de análise, através da DRE apresentada, da receita da empresa no exercício financeiro de 2021 para fins de verificação de enquadramento na Lei 123/06 e aferição dos índices", vem, respeitosamente, no prazo legal, apresentar seu recurso, pelos motivos de fato e de direito que se seguem:

I – OS FATOS

Que em 27 de outubro de 2022, quando da participação do processo licitatório estabelecido pela Prefeitura Municipal de Cantagalo Pregão Eletrônico nº 100/2022, em horário e local pré estabelecido em edital e suas fases consecutivas em apresentação de propostas e habilitação, fomos inabilitados pelo pregoeiro por motivo de "impossibilidade de análise, através da DRE apresentada, da receita da empresa no exercício financeiro de 2021 para fins de verificação de enquadramento na Lei 123/06 e aferição dos índices". Dando seqüência aos trabalhos, o pregoeiro estipulou prazo para interposição de recurso, o que foi feito por nossa empresa, de forma a que o Pregoeiro possa reavaliar seu posicionamento quanto a decisão tomada.

II - O DIREITO

II. 1 - PRELIMINAR

Foram apresentadas dentro do sistema SICAF e Compras Governamentais, toda a documentação ao processo licitatório Pregão nº 100/2022, cumprindo etapas de Credenciamento, apresentando Proposta de Preços e Documentos de Habilitação. Cumpre observar que na fase de credenciamento, foram assinaladas "sim" em campo próprio do sistema eletrônico, relativo às declarações.

Pleiteamos a reconsideração de habilitação ao certame pelos fatos e condições que assim descrevemos:

1) INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 02, DE 11 DE OUTUBRO DE 2010 - Estabelece normas para o funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG.

Em sua decisão, pela "impossibilidade de análise, através da DRE apresentada, da receita da empresa no exercício financeiro de 2021 para fins de verificação de enquadramento na Lei 123/06", o pregoeiro pode ter ferido o princípio da isonomia, não garantindo que a lei fosse aplicada de forma igualitária nas análises entre concorrentes, levando em consideração sua desigualdade para aplicação da decisão ao não observar Instrução Normativa nº 02, de 11 de outubro de 2010, na Seção VI - Da Qualificação Econômico-Financeira, Art. 18 e em especial o "Art. 19. § 1º:

"Art. 18. O registro regular no nível Qualificação Econômico-financeira supre as exigências dos incisos I e II do art. 31, da Lei nº 8.666, de 1993.

Parágrafo único. São documentos necessários para a validação do nível Qualificação Econômico-financeira os previstos no Manual do SICAF, disponível no Comprasnet.

Art. 19. O balanço patrimonial apresentado pelo empresário ou sociedade empresária, para fins de habilitação no SICAF, deve ser registrado na Junta Comercial. (Alterado pela Instrução Normativa nº 1, de 10 de fevereiro de 2012).

§ 1º A Administração poderá exigir, para confrontação com o balanço patrimonial as informações prestadas pelo interessado à Receita Federal do Brasil. (Alterado pela Instrução Normativa nº 1, de 10 de fevereiro de 2012).

§ 2º As pessoas jurídicas, não previstas no caput deste artigo, deverão apresentar o balanço patrimonial com assinatura de seu representante legal e do contador responsável, em cópia autenticada ou via original. (Alterado pela Instrução Normativa nº 1, de 10 de fevereiro de 2012)."

Neste sentido, nossa empresa não deteve possibilidade de se manifestar o contraditório, o que poderia ser conferido por diligência deste órgão, baseado no art. 19 desta Instrução Normativa, a fim de demonstrarmos enquadramento como EPP Empresa de Pequeno porte apresentando informações prestadas a Receita Federal do

Brasil, como: observação ao cadastro SICAF; Extrato do Simples Nacional (compõe dados de faturamento da empresa); Pesquisa junto a Jucerja; Pesquisa do porte da empresa em Cartão do CNPJ, bem como a manifestação em pregão eletrônico assinalando "sim" de estar enquadrada na condição de EPP, haja visto que empresa atendeu trâmites licitatório com apresentação de toda a documentação, inclusive a DRE, motivo da inabilitação, que provavelmente se deu por algum erro de TI na transmissão dos dados entre sistema contábil e ECD RFB, o que já se resolveu sendo efetuado retificação da declaração. Tal retificação da escrituração contábil é perfeitamente possível e prevista na Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 1.330/2011.

2) Sobre o Edital, dispõe:

"9 - DA HABILITAÇÃO

9.1 - Como condição prévia ao exame da documentação de habilitação do licitante detentor da proposta classificada em primeiro lugar, o Pregoeiro verificará o eventual descumprimento das condições de participação, especialmente quanto à existência de sanção que impeça a participação no certame ou a futura contratação, mediante a consulta aos seguintes cadastros:

a) SICAF;

9.2 - Caso atendidas as condições de participação, a habilitação dos licitantes será verificada por meio do SICAF, nos documentos por ele abrangidos em relação à habilitação jurídica, à regularidade fiscal e trabalhista, à qualificação econômica financeira e habilitação técnica, conforme o disposto na Instrução Normativa SEGES/MP nº 03, de 2018.

9.3 - Havendo a necessidade de envio de documentos de habilitação complementares, necessários à confirmação daqueles exigidos neste Edital e já apresentados, o licitante será convocado a encaminhá-los, em formato digital, via sistema, no prazo de 02 (duas) horas, sob pena de inabilitação."

Como informado a empresa recorrente, é reconhecida como empresa de pequeno porte (EPP) na Junta Comercial, sendo que uma declaração emitida pelo órgão atestaria tal qualidade. De igual forma, é reconhecida pelo Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG e Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF. Portanto, em todos os órgãos de registro e transparência a recorrente é enquadrada como EPP. Por outro lado, como a empresa recorrente se enquadra na categoria de pequeno porte, a alteração no balanço patrimonial / DRE para valores superiores aos limites da LC 123/2006 não traz nenhuma vantagem para a mesma, muito pelo contrário, perderia o tratamento diferenciado em relação aos tributos, não poderia usufruir das vantagens de acesso à crédito, no cumprimento de obrigações trabalhistas, previdenciárias e não teria a preferência nas licitações públicas. Evidente que não há nenhuma razão para a empresa recorrente alterar propositalmente o balanço patrimonial / DRE, sendo certo que o que ocorreu foi um erro material. Assim, não há que se falar em declaração falsa de enquadramento como EPP, pois na verdade a empresa se enquadra como EPP baseado em seu real faturamento, o que estava errado era a falta do registro RECEITA no DRE, porém já foi corrigido e registrado. O erro sistêmico ocorrido que resultou no DRE sem conta receita, não é capaz "per si" de desenquadrar a empresa recorrente de EPP. Portanto, a recorrente demonstrou de forma satisfatória sua qualificação econômico-financeira, sendo certo que sua situação fática e contábil demonstra inequivocamente o enquadramento à LC 123/06.

3) Da ausência de diligência:

A Lei. 8.666/93, prevê em seu artigo 43, § 3º que em caso de dúvida a comissão/pregoeiro devem realizar diligências destinada a esclarecer ou a completar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documentos ou informações que deveriam constar originalmente na proposta.

Com isso, dada a dúvida acerca da qualificação econômico-financeira, ao invés de simplesmente recusar a proposta da recorrente, DEVERIA o pregoeiro realizar diligências a fim de esclarecer tal situação.

A diligência está prevista na norma exatamente para cumprir esta finalidade, qual seja, a reunião de todas as informações necessárias para o esclarecimento de dúvidas, eliminar imprecisões surgidas em análise documental no certame licitatório.

Dentre as atividades desenvolvidas na diligência, tem-se a verificação de situação fática e requerimento de informações perante outras autoridades públicas.

Conforme leciona Marçal Justen Filho, "A diligência é uma providenciar para confirmar o atendimento pelo licitante de requisitos exigidos pela lei ou pelo edital, seja no tocante à habilitação, seja quanto ao próprio conteúdo da proposta".

Ainda, o poder de realizar diligência não se trata de mera faculdade submetida à vontade subjetiva do pregoeiro, mas sim de verdadeira obrigação diante do interesse público tutelados, bem como a isonomia no tratamento dos licitantes.

Novamente traz-se à baila as lições sempre brilhantes de Marçal Justen Filho:

A realização de diligência não é uma simples "faculdade" da Administração, a ser exercida segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora. Se houver dúvidas ou controvérsias sobre os fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. Se a dúvida for sanável por meio de diligência, será obrigatória a sua realização.

É inquestionável que a autoridade julgadora dispõe competência para decidir sobre o cabimento ou não da realização da diligência. Mas a denegação da diligência apenas será válida quando fundada em motivos que demonstrem a ausência do seu cabimento. E a ausência de cabimento da diligência ocorrerá em duas situações.

A primeira consiste na inexistência de dúvida ou controvérsia sobre documentação e os fatos relevantes para a decisão. A segunda é a impossibilidade de saneamento de defeito por meio de diligência. Em todos os demais

casos, será cabível – e, por isso, obrigatória – a diligência. Destaquei.

O TCU tem se posicionado nesse mesmo sentido, senão vejamos:

"3. Ao constatar incertezas sobre cumprimento das disposições legais ou editalícias, especialmente as dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências, conforme o disposto no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para tomada de decisão da Administração nos procedimentos licitatórios" (Acórdão 3.418/2014, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer).

Verifica-se, pois que, diante do surgimento de dúvidas acerca de documento apresentado tempestivamente pela licitante, é necessária/obrigatória a realização de diligências pela autoridade com vistas a dirimir a incerteza gerada.

Ainda, não há que se falar da vedação de juntada de documento novo, até porque a legislação não proíbe a juntada de qualquer documento na diligência, mas sim a juntada de documento que deveria ter constado originariamente na proposta, o que não é o caso em tela.

É evidente que no caso de dúvidas quanto ao documento apresentado pelo licitante, o pregoeiro pode convocar a empresa a apresentar documentos que confirmam o conteúdo do documento anterior.

Ora! A empresa licitante não deixou de apresentar o balanço patrimonial/DRE, mas como houve um equívoco ao não conter receita bruta ao gerar ECD em encerramento do exercício, foi necessária a retificação da DRE. É perfeitamente possível a juntada de documento meramente explicativo e complementar de outro preexistente.

Com a realização da diligência poderia ser constatado a real situação financeira da empresa recorrente. Não se trata de inserção de documento e sim de busca de informações sobre o documento apresentado a fim de constatar o valor da receita bruta e demais demonstrações, comprovando-se assim, o atendimento de todas as cláusulas do edital. Consequentemente, a decisão deve ser anulada a fim de ser realizado a diligência para esclarecimento quanto ao enquadramento nos limites da recorrente na Lei 123/2006.

4) Do excesso de formalismo:

Conforme dito anteriormente, ocorreu um equívoco na transmissão do balanço patrimonial/DRE da empresa recorrente e, ao ser verificado, foi imediatamente retificado.

A recusa da proposta foi motivada "impossibilidade de análise, através da DRE apresentada, da receita da empresa no exercício financeiro de 2021 para fins de verificação de enquadramento na Lei 123/06 e aferição do índices".

Ocorre que, tal motivação é completamente desarrazoada, pois a recorrente não deixou de apresentar documentos exigíveis no momento oportuno, mas sim apresentou DRE com falta de dados da conta receita, devidamente já corrigida.

Em verdade, o equívoco no DRE enviado inicialmente trata-se tão somente de erro material no documento, e que devidamente corrigido não deveria modificar o resultado da licitação, pois não altera a capacidade econômica financeira da recorrente.

Erro material no documento trata-se da distorção entre o conteúdo e a vontade daquele que o produziu. Pode ser o vício da declaração, a determinar que o conteúdo do documento é diferente do desejo pretendido por aquele que o redigiu; pode ser o vício contido no documento que retratou situação diferente da que de fato ocorreu; pode ser o vício involuntário a produzir conteúdo inverídico.

Os objetivos primordiais inseridos na Lei 8.666/93 é a busca da proposta mais vantajosa para a administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento sustentável.

É cediço que o procedimento licitatório está vinculado ao edital, contudo, além de garantir observância ao princípio da isonomia, busca selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Sobre a importância da seleção da proposta mais vantajosa, Marçal Justen Filho ensina:

"Não se pretende negar que a isonomia é valor essencial, norteador da licitação. Mas é necessário, assegurado tratamento isonômico idêntico e equivalente a todos os licitantes, possibilitar a seleção da proposta mais vantajosa. Não é cabível excluir propostas vantajosas ou potencialmente satisfatórias apenas por apresentarem defeitos irrelevantes ou porque o" princípio da isonomia "importa tratamento de extremo rigor. A isonomia não obriga adoção de formalismo irracional. Atende-se ao princípio da isonomia quando se assegura que todos os licitantes poderão ser beneficiados por tratamento menos severo. Aplicando o princípio da proporcionalidade, poderia cogitar-se até mesmo de correção de defeitos secundários nas propostas dos licitantes".

O doutrinador Hely Lopes Meirelles tem posicionamento em sentido idêntico, vejamos: "

"O princípio do procedimento formal, todavia, 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 o 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"

A colisão entre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia deve ser resolvido por intermédio da ponderação, aplicando-se a razoabilidade e proporcionalidade. Observa-se na espécie que não se trata de candidato que não apresentou documento exigido pelo edital. Ao revés, apresentou Balanço Contábil e DRE com erro material, que em nada interfere na habilitação da recorrente e consequente sua manutenção do

processo licitatório.

Conforme exposto, o erro material no Balanço Contábil (receita bruta de serviços) não altera a realidade econômica financeira da empresa, especialmente no tocante ao enquadramento legal como empresa de pequeno porte (EPP).

Assim, é indubitável que o referido equívoco é perfeitamente sanável e jamais traria prejuízo aos demais licitantes.

Ainda que a análise dos documentos de habilitação no processo licitatório possua caráter objetivo, é possível sopesar os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da razoabilidade e, neste caso, dar prevalência a este. Não é razoável excluir do certame a empresa que apresentou proposta mais vantajosa para a administração por conta de suposto erro material. Até porque o erro material no balanço patrimonial/DRE só foi constatado e corrigido após o envio da documentação ao pregoeiro, pois do contrário seria enviado anteriormente.

O Tribunal de Contas da União, em suas decisões, prestigia a observância do princípio do formalismo moderado, que garante a possibilidade da correção de falhas ao longo do processo licitatório, isso sem desmerecer o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, tratando-se apenas de uma solução em caso de conflito de princípios, vejamos:

"No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados." (Acórdão 357/2015-Plenário).

5) INSTRUÇÃO NORMATIVA 82 DREI, DE 19-2-2021 - REGISTRO DO COMÉRCIO – Instrumentos de Escrituração - DREI atualiza as normas para autenticação dos instrumentos de escrituração das empresas mercantis.

Cumpra ratificar que a empresa atendeu ao processo licitatório apresentando documentação devidamente qualificada dentro da Instrução Normativa 82 DREI, Registro do Comércio, ao apresentar livros autenticados exclusivamente digitais, ou seja, balanço patrimonial e a DRE devidamente registrados e apresentados pela ECD de forma digital, conforme preceitua a resolução em epígrafe, especial art. 1º ao art. 3º, conforme segue:

Art. 1º Esta Instrução Normativa consolida as normas e diretrizes gerais acerca dos procedimentos a serem observados para a autenticação de que tratam os arts. 32, inciso III, e 39, inciso I, da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, sem prejuízo da legislação específica aplicável à matéria.

Parágrafo único. As disposições desta Instrução Normativa aplicam-se às filiais, sucursais ou agências, no Brasil, do empresário ou sociedade com sede em país estrangeiro.

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 2º Serão submetidos à autenticação da Junta Comercial os termos de abertura e de encerramento de qualquer instrumento de escrituração que o interessado julgue conveniente adotar, segundo a natureza e o volume de seus negócios, inclusive, livros não obrigatórios.

§ 1º A autenticação da Escrituração Contábil Digital – ECD, por meio do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, desobriga qualquer outra autenticação, nos termos do § 2º do art. 78-A do Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996.

§ 2º O balanço patrimonial contido em livro contábil poderá, a critério exclusivo do interessado, ser arquivado no âmbito das Juntas Comerciais, devendo a análise se ater às formalidades legais e extrínsecas do documento.

§ 3º Para os fins do § 2º deste artigo, não há obrigatoriedade de indicação dos dados do livro do qual foi extraído o respectivo balanço.

Art. 3º Os livros de que trata o art. 1º deverão ser exclusivamente digitais, podendo ser produzidos ou lançados em plataformas eletrônicas, armazenadas ou não nos servidores das Juntas Comerciais.

Parágrafo único. Os sistemas eletrônicos utilizados devem garantir, no mínimo, a segurança, a confiabilidade e a inviolabilidade dos dados.

6) "Impossibilidade de análise, através da DRE apresentada," "e aferição do índices":

Esclarecemos que o Balanço Patrimonial apresentado em sistema SICAF e sistema compras net, não sofrera erro material, portanto documento é válido para apuração de item 9.11 do edital, não causando perda de condição de análise na devida avaliação de índices.

Cumpra esclarecer, que junto a informação de balanço patrimonial e a DRE, forma apresentados planilha com devidos índices apurados de acordo com balanço patrimonial, demonstrando a boa situação financeira.

II. 2 - MÉRITO

Conforme exposto acima, verificamos que a empresa atendeu ao edital Pregão Eletrônico 0100/2022, sendo sua aceitação de habilitado vencedor ser passível de nova análise, levando em consideração o erro material na apresentação de dados da DRE, atendimento ao edital, ausência de diligência, excesso de formalismo e atendimento a legislação Jucerja, princípios da isonomia e da economicidade na execução plena do objeto do certame.

III - A CONCLUSÃO

À vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência, espera e requer a habilitação no certame licitatório, sendo acolhido o presente recurso junto a este órgão.

Termos em que
Pede deferimento.

Cantagalo - RJ., 22 de Novembro de 2022.

Sandro Pereira Guimarães

Fechar