

Para: Diretor Presidente

Juiz de Fora, 23 de abril de 2020

PARECER 066-2020/001 - PRJ/CESAMA

Assunto: Análise de julgamento de recurso administrativo

Referência: Pregão Eletrônico SRP 148/19

EMENTA: DECLARAÇÃO DO ARTIGO 9º DO RILC. SANEAMENTO REALIZADO COM BASE NO EDITAL DO CERTAME. AUSENCIA DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR. INABILITAÇÃO INDEVIDA.

1- RELATÓRIO

O processo retornou a esta Procuradoria Jurídica para continuidade da análise do julgamento do recurso interposto pela empresa Polyvin - Plásticos e Derivados Ltda no processo do Pregão Eletrônico SRP 148/19.

Em apertada síntese, a empresa recorrente informa que foi desclassificada por não ter apresentado a declaração de que não estava impedida de licitar e contratar com a CESAMA, mas após solicitação do pregoeiro apresentou a declaração. Entende que o lapso temporal do envio da declaração é fato irrelevante pois não causou prejuízo ao certame. Afirma que sua desclassificação implicará num custo a maior de R\$71.360,64 à empresa licitante e aos cofres públicos. Pretende o provimento do recurso e a revogação da decisão que a desclassificou do Pregão Eletrônico, adjudicando-lhe os itens da licitação em que apresentou proposta mais vantajosa.

No julgamento do recurso administrativo, o pregoeiro considerou preenchidos os requisitos de admissibilidade recursal e, no mérito, confirmou que solicitou por e-mail o envio da referida declaração, entendendo, inicialmente, se tratar de falha formal, em analogia ao disposto no item 5.5 do edital." Justifica que inabilitou com base na resposta que recebeu ao questionamento feito à Procuradoria Jurídica anteriormente, mas invocando o princípio da autotutela, deu provimento ao recurso para anular a decisão que

declarou inabilitada a empresa Polyvin Plásticos e Derivados para os itens 01, 02 e 03 do PE SRP 148/19, retificando o resultado do certame.

No Parecer 66-2020 - PRJ/CESAMA, esta Procuradoria informou a ausência da comprovação da diligência feita pelo pregoeiro no processo, bem como a ausência da juntada da declaração de que a empresa não estava impedida de licitar ou contratar com a CESAMA e recomendou a conversão do julgamento em diligência a fim de possibilitar ao Pregoeiro juntar aos autos a comprovação das medidas saneadoras realizadas e que fundamentaram sua decisão de anular a inabilitação da recorrente Polyvin Plásticos e Derivados Ltda para os itens 01, 02 e 03. Recomendou que o Pregoeiro certificasse nos autos se alguma empresa licitante apresentou contrarrazões ao recurso administrativo interposto pela recorrente Polyvin.

Em resposta ao Parecer 66/2020 - PRJ/CESAMA, o pregoeiro apresentou informações complementares, o e-mail comprovando a diligência realizada no dia 19/02/2020, a declaração recebida da recorrente em 20/02/2020 e justificou que "não foi anexado ao processo licitatório devido a equívoco formal, que não prejudicou a continuidade do certame". O Pregoeiro certificou também que "no Pregão Eletrônico SRP nº 148/19 não houve registro de contrarrazão recursal, conforme previsão editalícia".

Breve relatório, Análise.

2 - DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

O Edital do certame prevê no item 16.4 que é facultado ao pregoeiro promover as diligências que entender necessárias, adotando as medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações ou complementar a instrução do processo e que o não cumprimento da diligência é que poderá ensejar a desclassificação da proposta ou a inabilitação do licitante:

16.4 É facultado ao(a) Pregoeiro(a), em qualquer fase do certame, promover as diligências que entender necessárias, adotando medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades meramente formais na proposta, documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo.

16.4.1 O não cumprimento da diligência poderá ensejar a desclassificação da proposta ou a inabilitação do licitante.

O poder-dever de diligência tem respaldo no Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios da CESAMA no artigo 7º, §1º, nos seguintes termos:

RILC. Art. 7º. (omissis)

§ 1º. É facultado à Comissão de Licitação e ao pregoeiro, em qualquer fase do certame, promover as diligências que entender necessárias, adotando medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades meramente formais na proposta, documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo.

A diligência realizada pelo pregoeiro objetivou confirmar as declarações apresentadas inicialmente no sistema do comprasnet e a ausência de impedimento de participar de licitação da recorrente que apresentou a melhor proposta para alguns itens. Uma das declarações feitas pela recorrente e transcrita em seu recurso foi "Polyvin Plásticos e Derivados Ltda, CNPJ nº 41.664.871/0001-97, declara sob as penas da lei, que até a presente data inexistem fatos impeditivos para sua habilitação no presente processo licitatório, ciente da obrigatoriedade de declarar ocorrências posteriores" (disponível em <http://comprasnet.gov.br/livre/Pregao/declaracoesProposta.asp?prgCod=832226>).

A declaração do artigo 9º do RILC muito se semelhante a esta, conforme se verifica no Anexo IV do Edital: "... declaro sob as penas da lei, para fins do disposto no art. 9º do Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios da CESAMA (RILC) em observância ao art. 38 da Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que não está impedida de licitar e contratar com a CESAMA, comprometendo-se a informar a ocorrência de fato superveniente impeditivo."

A diligência realizada pelo pregoeiro, portanto, não se relacionada à proposta apresentada ou à documentação de habilitação propriamente dita. A declaração do artigo 9º do RILC tem previsão no item 3.5 do Edital do certame, nos seguintes termos:

3.5 Como requisito para a participação no Pregão, o licitante deverá manifestar, também, em campo próprio do sistema eletrônico, o pleno

conhecimento e atendimento às exigências de habilitação previstas no edital **e a apresentação de Declaração, assinada e enviada junto com os documentos de habilitação, de que não está impedido de licitar e contratar com a Cesama, comprometendo-se a informar a ocorrência de fato superveniente impeditivo, conforme modelo no Anexo IV.**

No Capítulo 6 , item 6.9, o edital fez menção expressa ao item 3.5 do instrumento convocatório reforçando a que a declaração é uma condição de participação do certame e não uma condição de habilitação propriamente dita:

6.9 Deverá apresentar Declaração expressa que a empresa licitante não está impedida de licitar e contratar com a Cesama conforme disposto no art. 9º do Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios da Cesama (RILC), e em observância ao art. 38 da Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2.016, **conforme modelo no Anexo IV e item 3.5 deste instrumento convocatório**

Portanto, a declaração da ausência de impedimento de licitar e contratar, é analisada juntamente com os documentos de habilitação, mas com eles não se confunde. Conforme previsto no artigo 72 do RILC, a declaração em discussão não está no rol de documentos exigíveis para habilitação:

Art. 72. Para a habilitação limitar-se-á, a documentação relativa à:

- I. habilitação jurídica;
- II. qualificação técnica;
- III. qualificação econômico-financeira;
- IV. regularidade fiscal e trabalhista;
- V. recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.
- VI. cumprimento do disposto no inc. XXXIII, art. 7º da Constituição Federal.

A inabilitação da licitante, salvo melhor juízo, somente seria possível caso a empresa se recusasse a entregar a documentação legalmente exigida - o que não é o caso - pois a lei não disciplinou nenhum tipo de certidão a ser emitida para comprovar a ausência de impedimento de licitar e contratar, tal como o fez quando instituiu, por exemplo, a

obrigatoriedade de comprovar a regularidade perante a Justiça do Trabalho e a regularidade com o FGTS.

A outra hipótese de inabilitação está prevista no edital item 16.4.1, ou seja, a empresa poderia ser inabilitada ou desclassificada se, após diligência prevista no item 16.4 do edital, se recusasse a complementar documentação, o que também não aconteceu no presente certame, pois após solicitação do pregoeiro, a empresa apresentou a declaração de ausência de impedimento de licitar e contratar.

O pregoeiro confirmou que usou a prerrogativa prevista no item 16.4 do Edital, transcrito anteriormente, e solicitou à recorrente que apresentasse a declaração de que não estava impedida de licitar e contratar com a CESAMA.

De acordo com os registros da ata da sessão, consta que o certame teve início dia 19/02/2020 as 09h, sendo suspensa a sessão para análise de novas propostas para o item 04, com previsão de ser retomada as 14h do dia 20/02/2020. **No dia 20/02/2020 o pregoeiro informou que "serão também aceitos os itens do fornecedor POLYVIN PLASTICOS E DERIVADOS LTDA"** e que a sessão para habilitação seria retomada as 14h de 26/02/2020. No mesmo dia 20/02/2020 o pregoeiro recebeu a declaração da recorrente de que não estava impedida de licitar e contratar, conforme documentação encaminhada pelo pregoeiro para análise.

Desta forma, na data informada para a sessão de habilitação, a CESAMA através de seu Pregoeiro, já tinha ciência da declaração de que a recorrente não estava impedida de licitar ou contratar com a CESAMA. Salvo melhor juízo, a fundamentação contida na decisão de inabilitação é inválida pois o questionamento feito à Procuradoria Jurídica pelo pregoeiro diz respeito à ausência de apresentação da declaração, não retratando a situação ocorrida no certame, diante da apresentação da declaração pela recorrente após a diligência. A diligência deveria ter sido informada pelo pregoeiro no momento da sessão, utilizando seu poder-dever de diligência.

A diligência tem previsão legal nos decretos federais que regulamentam o pregão e são reconhecidas pelo Tribunal de Contas da União que já reconheceu o dever legal do pregoeiro realizar diligências junto as licitante para suprir lacuna quanto a informações

constante da proposta, vedando o recebimento fora da Comprasnet apenas dos documentos de habilitação, conforme Acórdão 2159/2016 Plenário TCU:

(...) 1.7.1.2.nos termos do art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, cabe ao pregoeiro encaminhar diligência às licitantes a fim de suprir lacuna quanto às informações constantes das propostas, medida simples que privilegia a obtenção de proposta mais vantajosa e evita a desclassificação indevida de propostas como a ocorrida no Pregão Eletrônico 2/2016 com empresas cujo objeto social contempla sim atividade econômica compatível com a do objeto da licitação;

1.7.1.3.o recebimento, fora do Comprasnet, dos documentos mencionados no art. 25 do Decreto 5.450/2005 violou o item 8.7 do edital da licitação e ofende o princípio da publicidade que rege as licitações, conforme previsão do art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993 e art. 5º, caput, do Decreto 5.450/2005.

No Acórdão 1795/2015 Plenário, o TCU reconheceu que a decisão de excluir o licitante pautado pela **ausência de informação que constava implicitamente em sua documentação revela-se como formalismo exagerado** por parte dos responsáveis pela análise do certame, com prejuízo à sua competitividade e prestigiou o dever de diligência determinando que a administração desconstituísse o ato irregular e possibilitasse a empresa a prosseguir no certame:

"8. Ocorre que a "Declaração de Disponibilidade Técnica" apresentada pelo licitante, conquanto não tenha declarado explicitamente possuir uma linha telefônica, continha, em seu rodapé, o endereço completo e o número de telefone de sua sede, suprimindo, de forma indireta, a exigência.

9. Se, mesmo assim, ainda pairassem dúvidas sobre o fato, a CELG poderia ter requerido esclarecimentos complementares, como previsto no art. 43 da Lei 8.666/1993, verbis:

"art. 43 (...)

§ 3º É facultada à comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta." (grifei)

10. Desse modo, no caso concreto, a decisão de excluir o representante pela ausência de informação que constava implicitamente em sua documentação revela-se como formalismo exagerado por parte dos responsáveis pela análise do certame, com prejuízo à sua competitividade. Assim, deve ser determinado à CELG que desconstitua o ato irregularmente praticado, possibilitando o escritório Abbad, Barreto, Dolabella e Fiel Advogados Associados a prosseguir na Concorrência PR-SPLC-2.0003/14-PR.

No fundamento deste acórdão 1795/2015 Plenário TCU, o relator, Ministro José Múcio Monteiro, transcreveu excerto do parecer da Secex/GO destacando o entendimento de que o dever de diligência busca garantir o interesse público e a obtenção da melhor proposta para a administração, dentre outros princípios:

13. Desse modo, considerando que a Lei 8.666/1993 em seu art. 43, § 3º, faculta à comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, e que a Lei 9.784/1999, em seu art. 2º, caput, e no parágrafo único, incisos VI, VIII, IX, XIII, assevera que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, bem como nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; [asseguradas a:] observância [apenas] das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; adoção de forma simples, suficiente para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; e interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação; a comissão não deveria ter inabilitado o escritório representante baseado somente no fato de não ter declarado específica e explicitamente possuir uma linha telefônica, [quando] tinha cinco linhas telefônicas conforme comprovado em sede de recurso.

14. Dessa forma, no momento da análise do recurso administrativo, a comissão [de licitação] teve condição de verificar o cumprimento da exigência do item 8.4.3, alínea 'a', do edital pelo escritório, e, visando o interesse público, poderia habilitar tal licitante de forma a aumentar a competitividade do certame na etapa seguinte. Contudo, alegando o princípio da isonomia, resolveu indeferir o recurso de forma desarrazoada e com formalismo exacerbado, reduzindo o número de licitantes para escolha da proposta mais vantajosa (...).

15. Diante do exposto, mesmo tendo o escritório representante conseguido participar da segunda etapa do certame (propostas técnicas), ocorrida nos dias 19 a 20/05/2015, com amparo em decisão liminar (precária), e considerando que o certame encontra-se em fase final de classificação das empresas, com publicação no D.O.U. do resultado da classificação e abertura de prazo para recursos e contrarrazões em poucos dias, faltando ainda a última etapa (propostas de preços), conforme informações atualizadas prestadas às peças 23 e 24, propõe-se o conhecimento da presente representação para, no mérito, considerá-la procedente, assinando o prazo de cinco dias, para que a CELG Distribuição S.A. considere o escritório Abbad, Barreto, Dolabella e Fiel Advogados Associados habilitado na Concorrência PR-SPLC-2.0003/14-PR, por ter cumprido a alínea 'c' do item 8.4.3 do edital, para todos os efeitos legais.

Consoante jurisprudência do TCU, não nos parece possível desconsiderar a diligência feita pelo pregoeiro e inabilitar a empresa que apresentou a melhor oferta para alguns itens do certame e confirmou a ausência de impedimento para licitar e contratar com a CESAMA.

Pelo exposto, diante da diligência realizada pelo pregoeiro, prevista no item 16.4 do edital, e considerando a confirmação da ausência de impedimento de licitar e contratar com a CESAMA, entendo, salvo melhor juízo, que o recurso apresentado pela recorrente Polyvin Plásticos e Derivados Ltda merece ser acolhido para afastar a declaração de inabilitação proferida pelo pregoeiro.

Contudo, para a habilitação da recorrente, conforme sugerido pelo pregoeiro no julgamento do recurso administrativo, é preciso verificar a regularidade de sua situação com o FGTS, pois no registro no SICAF, à fl. 123, a certidão encontra-se vencida. O item 6.2.3 do edital permite que, se os documentos relacionados nos itens 6.1.1, 6.1.2 e 6.1.3, indicados no SICAF, estiverem com os prazos vencidos, sejam apresentados novos documentos, em vigor. Na oportunidade, o pregoeiro deverá confirmar a regularidade e atendimento de todos os demais requisitos de habilitação.

3- CONCLUSÃO

Pelo exposto, diante da diligência realizada pelo pregoeiro, prevista no item 16.4 do edital, e considerando a confirmação da ausência de impedimento de licitar e contratar com a CESAMA, o recurso apresentado pela recorrente Polyvin Plásticos e Derivados Ltda, salvo melhor juízo, merece ser acolhido para afastar a declaração de inabilitação proferida pelo pregoeiro.

Para a habilitação da recorrente, no entanto, é preciso verificar a regularidade de sua situação com o FGTS, em observância ao disposto no item 6.2.3 do edital, pois conforme registro no SICAF, à fl. 123, a certidão encontra-se vencida. Na oportunidade **o pregoeiro deverá certificar se todos os demais requisitos de habilitação estão, de fato, preenchidos.**

Por derradeiro, informo que foi autorizado pela Resolução da Diretoria 011/2020 a adoção preferencial da tramitação digital de documentos, via e-mail, WhatsApp, ou qualquer meio eletrônico, considerando a situação de emergência em saúde pública em decorrência da infecção humana causada pelo novo Coronavírus (COVID 19), reconhecida por meio do Decreto Municipal n. 13.894 de 18 de março de 2020. Todavia, todos os documentos que tramitaram por e-mail relativos à análise e julgamento do recurso administrativos em tela devem ser anexados no processo físico, observando-se a ordem cronológica de apresentação.

Eis o parecer que encaminho para análise e decisão.