

DECISÃO SLC Nº 12/2020 – SLC/ANEEL.

Em 22 de junho de 2020.

De: Superintendência de Licitações e Controle de Contratos e Convênios

Processo: 48500.003534/2019-00.

Assunto: Recurso da empresa RCS Tecnologia LTDA no âmbito do Pregão Eletrônico nº 04/2020.

1. Em sede de avaliação de manifestação sobre juízo de retratação por parte da pregoeira responsável pela condução do Pregão Eletrônico nº 04/2020, em face de recurso apresentado pela empresa RCS Tecnologia LTDA para fins de **combater a inabilitação de sua proposta**, como também **reverter a posição dessa autoridade pela revogação** do dito procedimento licitatório.
2. No dia 9 de junho de 2020, em sessão pública do Pregão Eletrônico nº 04/2020, a Pregoeira condutora do certame excluiu a proposta da empresa com a 2ª melhor oferta, sob o fundamento de não cumprimento integral às cláusulas de habilitação, especificamente a cláusula 9.5.3.2 do Edital.
3. No mesmo dia, emiti a Decisão nº 11/2020-SLC/ANEEL, decidindo pela revogação do certame e solicitando à Pregoeira a abertura de prazo para que os licitantes, querendo, exercessem o contraditório em relação a minha decisão.
4. A sessão pública foi encerrada, e a empresa RCS Tecnologia LTDA emitiu a intenção de recurso, o que se confirmou com as razões recursais ofertadas no dia 12 de junho de 2020.
5. No dia 22 de junho de 2020, a Pregoeira emitiu Despacho de Pregoeiro nº 08/2020 - SLC/ANEEL, emitindo manifestação acerca do juízo de retratação sobre a inabilitação da RCS Tecnologia LTDA, entregando a motivação pela qual não pode reverter a decisão pela não aceitação da habilitação da empresa.
6. Registro que a sessão pública teve abertura no dia 01 de junho de 2020, com a participação de 16 participantes e com o valor estimado de R\$ 6.307.450,32. Foram avaliadas duas propostas, a primeira da empresa Engemil e a segunda da RCS Tecnologia LTDA, ambas inabilitadas pela Pregoeira condutora.

P. 2 do DECISÃO SLC Nº 12/2020-SLC/ANEEL, de 22/06/2020.

7. Passo a análise do recurso da empresa RCS Tecnologia LTDA.

DA ANÁLISE:

8. Sobre a inabilitação da empresa RCS Tecnologia LTDA, a Pregoeira manifestou sua posição pela permanência da inabilitação por não cumprimento da cláusula 9.5.3.2 do Edital, e que dada a oportunidade à licitante de esclarecimentos, via diligência, as explicações recebidas não suprem a incompletude da habilitação, sob pena de exacerbar o poder-dever saneador respaldado no artigo 43,§3º da Lei nº 8.666/93.

9. A recorrente alegou mero erro formal ou material na emissão da declaração para efeito do cumprimento das cláusulas citadas e que houve formalismo exagerado ao excluir a proposta mais vantajosa para a administração, além de indicar que a situação da empresa anteriormente desclassificada com fulcro na mesma cláusula não pode ser comparada com a situação da recorrente.

10. Avaliando a ampla discussão que permeou a argumentação acerca da inabilitação da RCS, vislumbro uma situação típica, que envolve os limites do poder saneador das diligências e a relativização das exigências editalícias para fins de habilitação. A licitante alega que cumpriu todo o Edital e a Pregoeira afirma que todas as exigências não foram devidamente cumpridas, mesmo entendendo que o volume de documentos apresentados demonstraria que a empresa teria condições de prestar o serviço licitado.

11. Aliás, a Pregoeira também pareceu ter essa mesma percepção quanto a primeira empresa inabilitada por força da cláusula de indicação de equipe técnica, a Engemil.

12. Ênfase que com a publicação do Decreto nº 10.024/2019, fica evidente que cabe ao licitante incluir toda a documentação de habilitação necessária ao cumprimento dos requisitos do Edital, a menos que conste do SICAF e /ou sistemas públicos semelhante de consulta:

Art. 26. Após a divulgação do edital no sítio eletrônico, os licitantes encaminharão, exclusivamente por meio do sistema, concomitantemente com os documentos de habilitação exigidos no edital, proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço, até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública.

§2º. Os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que constem do Sicafe e de sistemas semelhantes mantidos pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, quando a licitação for realizada por esses entes federativos, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados constantes dos sistemas.

13. Essa também é a interpretação da doutrina sobre o tema:

Dessa forma, desponta a seguinte questão: seria juridicamente admissível a atualização do SICAF por parte do licitante, com a inclusão de novos documentos, após a abertura da sessão pública do pregão eletrônico?

Para resposta a tal questão, é oportuno, inicialmente, retomar os pressupostos informados pela SEGES para justificar a exigência de apresentação dos documentos de habilitação no cadastramento da proposta durante as discussões públicas da minuta do novo regulamento do pregão eletrônico no primeiro semestre de 2019. De acordo com a SEGES, tal medida se justificaria por dois motivos: a) o combate ao chamado “novo coelho” (licitante que, após a conclusão da fase de lances, abandona o certame e não encaminha a documentação solicitada pelo Pregoeiro); e b) necessidade de conferir maior celeridade ao certame, reduzindo as intercorrências no envio da documentação somente após a conclusão da fase de

P. 3 do DECISÃO SLC Nº 12/2020-SLC/ANEEL, de 22/06/2020.

lances.

O que realmente importa é que toda a documentação de habilitação exigida no edital esteja disponível nos anexos ou no SICAF no exato momento no qual o Pregoeiro realize a consulta, sendo despidendo averiguar o momento da inclusão/atualização no SICAF.

Sob a ótica do formalismo moderado e da instrumentalidade da licitação, o que se busca é a disponibilidade integral da documentação de habilitação no momento em que o Pregoeiro venha a realizar a consulta aos anexos e ao próprio SICAF, não importando, pois, se a atualização do sistema por parte do licitante se deu minutos antes da consulta do Pregoeiro¹.

14. Vê-se que caberia ao licitante apresentar todos os documentos exigidos, podendo a Pregoeira, em diligência, no máximo, buscar uma certidão, permitir o ajuste de uma falha formal ou material.

15. No parágrafo 31 do Despacho de Pregoeiro nº 08/2020 – SLC/ANEEL, a Pregoeira elencou as providências saneadoras a serem tomadas para que, no seu entender, a cláusula fosse cumprida. Caberia a Pregoeira, dentre outras ações, desconsiderar uma exigência constante nas cláusulas 9.5.3.2.1 e 9.5.3.2.2, que, em especial, me chamou a atenção, e por tal razão, a transcrevo:

9.5.3.2 **Indicação de dois profissionais** para compor **Equipe Técnica**, com a seguinte qualificação:

9.5.3.2.1 **Graduação em Engenharia Elétrica**, comprovada por meio de certificados de conclusão, ou declarações escolares, emitidos por entidades reconhecidas pelo Ministério de Educação e Cultura – MEC;

9.5.3.2.1.1 **Detentor de atestado de capacidade técnica ou CAT**, comprovando a execução de serviços de manutenção predial em instalações elétricas prediais em edifício comercial ou institucional;

9.5.3.2.2 **Graduação em Arquitetura e Urbanismo**, comprovada por meio de certificados de conclusão, ou declarações escolares, emitidos por entidades reconhecidas pelo Ministério de Educação e Cultura – MEC;

9.5.3.2.2.1 **Detentor de atestado de capacidade técnica ou CAT**, comprovando a execução de serviços de elaboração de projeto de arquitetura comercial ou institucional.

9.5.3.2.3 **Registros válidos** no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA e Conselho de Arquitetura e Urbanismo CAU.

16. O Edital do Pregão nº 04/2020 solicita a indicação de dois profissionais para equipe técnica, sendo um engenheiro eletricista e outro arquiteto, e além disso, pede os registros válidos em cada conselho profissional competente, exige também a comprovação da graduação para cada um destes, além de experiência profissional. É uma exigência desnecessária, inócua, uma vez que é requisito para que o profissional se habilite em sua entidade de classe, que cumpra os requisitos necessários, inclusive o ser graduado.

17. Ocorre que a cláusula faz parte do Edital, e por tal razão, deve ser atendida. Caberia ao Pregoeiro descumpri-la em nome da vantajosidade da proposta e do princípio do formalismo moderado? Entendo que o descuido da licitante em atender à exigência pueril e o dilema exposto pela Pregoeira em justificar a inabilitação decorre de outra questão mais crucial, somente observada após a abertura da sessão pública do pregão.

18. A exigência da indicação de equipe técnica é requisito de habilitação deste Edital, e trata-se de exigência de comprovação material, ou seja, somente é cumprida com a apresentação dos

¹ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Formalidades do “novo” pregão eletrônico: Integração a posteriori da documentação de habilitação e o limite temporal de atualização do Sicafe. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: 18/06/2020.

P. 4 do DECISÃO SLC Nº 12/2020-SLC/ANEEL, de 22/06/2020.

documentos; neste caso, o saneamento de erro formais e erros materiais é possível, mas, em regra geral, as diligências têm a função de esclarecer os documentos já apresentados ou complementá-los. Por isso, teoricamente não podemos comparar tal exigência, com outras de natureza formal, como, por exemplo, a declaração do licitante de que possuirá escritório ou representação na sede da ANEEL (cláusula 9.5.4). A falta de uma declaração desse gênero não afetará a percepção do pregoeiro sobre a condição de habilitação do licitante ou sua capacidade de atender às necessidades da Administração.

19. Por conta desta distinção entre as exigências do Edital, entendo que um outro ponto arguido pela Pregoeira: a substituição de funções do engenheiro, antes indicado para responsável técnico, e após, para equipe técnica, fragiliza o conceito de erro formal ou material apresentado pela licitante, pois altera o teor da declaração apresentada. Além do que torna inútil o objetivo da cláusula que é a avaliação prévia do profissional indicado para equipe técnica, porque obviamente essa alteração pretendida pela licitante, se deu unicamente para atender a ausência de um outro nome para o posto de trabalho de engenheiro requerido.

20. Ampliando a reflexão sobre os itens de habilitação cobrados neste Edital, entendo que a própria exigência da comprovação da cláusula 9.5.3.2, se relevou desarrazoada e desnecessária para aferir a qualificação técnica da empresa, uma vez que os requisitos trazidos para a equipe técnica são mínimos para aferir a experiência dos profissionais, e considerando também a possibilidade de substituição, vê-se que para o escopo do serviço, não seria essencialmente necessário que tal requisito constasse na habilitação.

21. E nem que se diga que a inserção dessa cláusula não trouxe prejuízo à competitividade do certame, pois as duas primeiras colocadas no pregão foram desclassificadas do certame tendo como fundamento o desatendimento dessa exigência.

22. O fato é que, conforme já mencionado na DECISÃO nº 011/2020 -SLC/ANEEL, em uma avaliação preliminar, constatou-se que dos 16 (dezesesseis) participantes do Pregão Eletrônico nº 04/2020, apenas 3 (três) deles haviam indicado formalmente os profissionais para efeito das cláusulas 9.5.3.2.1 e 9.5.3.2.2, mas somente 2 (duas) licitantes haviam apresentado a indicação e a comprovação de qualificação requerida nas subcláusulas 9.5.3.2.2.1 e 9.5.3.2.2.2.

23. Há de ressaltar que as duas empresas que, em análise preliminar, indicaram profissionais para a atender à cláusula 9.5.3.2 estão posicionadas na décima e décima primeira colocação no certame e suas propostas de preços são bem superiores ao ofertado pela primeira colocada Engemil (R\$ 3.818.884,26) e a segunda colocada RCS (R\$ 4.290.000,00); só para constar: a diferença de preços entre a primeira colocada e a décima é de aproximadamente R\$ 2.000.000,00, e não há como afirmar que todos os demais requisitos de habilitação seriam cumpridos pelas empresas que atenderam ao quesito 9.5.3.2.

24. Ora, não houve pedido de esclarecimento ou impugnação acerca da pertinência e razoabilidade da exigência da cláusula 9.5.3.2 como requisito de habilitação, mas os fatos ocorridos após a análise da habilitação das licitantes convocadas e constatação de que possivelmente a Administração deixaria de contratar a propostas vantajosas por conta da inobservância à cláusula citada, nos fizeram

P. 5 do DECISÃO SLC Nº 12/2020-SLC/ANEEL, de 22/06/2020.

avaliar que, provavelmente, não se trata de erro do pregoeiro ao não sanar a incompletude das propostas, e sim, equívoco da Administração ao trazer para a habilitação exigências desnecessárias.

25. Observando outros editais para o mesmo objeto², não vislumbrei a presença em nenhum deles da exigência de indicação de equipe técnica. Disso, tira-se duas conclusões: tal requisito não é essencial para a avaliação da qualidade da empresa para o objeto licitado e, provavelmente, por não ser usual sua inclusão nos editais, houve a displicência na observância da cláusula 9.5.3.2 por parte da grande maioria dos participantes.

26. Quanto à pertinência das exigências de qualificação técnica o TCU é objetivo:

25.Com efeito, a exigência de qualificação técnica, como requisito de habilitação das empresas licitantes, desde que tecnicamente justificada, pressupõe medida acautelatória adotada pela Administração com vistas à garantia mínima de que os contratantes cumprirão suas obrigações a contento, não constituindo, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo das licitações.

26. Entretanto, não podem ser tais exigências desarrazoadas, a ponto de cercear a participação de possíveis interessados, nem deixar de guardar relação com as necessidades estritamente ligadas ao objeto da licitação. Portanto, tais imposições são admitidas, mas devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação, devendo a Administração demonstrar de forma inequívoca, expressa e pública, que foram fixadas segundo razões técnicas. (TCU. Acórdão 656/2016-Plenário)

27. Infelizmente essa falha no Edital do Pregão Eletrônico nº 04/2020 somente tornou-se evidente com abertura da sessão pública. Contudo, é dever da Administração convalidar os atos passíveis de saneamento, e por entender que, apesar de inadequada, a cláusula 9.5.3.2 não é ilegal, o melhor caminho para que o interesse público seja atingido é a revogação do certame e reformulação das exigências em novo Edital.

28. Prosseguir com a licitação nos termos em que foi publicada seria exigir do pregoeiro uma interpretação do artigo 43,§3º em uma situação em que não existe ainda uma posição majoritária firmada na doutrina e nas Corte de Contas (limites de atuação do pregoeiro no saneamento de documentos na habilitação); além de que incidiria em risco a possibilidade de obter a proposta efetivamente mais vantajosa para a Administração.

29. Apesar da Administração estar estritamente vinculada ao instrumento convocatório, pode a mesma alterar o seu teor quando existir motivo superveniente, de interesse público. Nesse sentido, ao trabalhar a relativização deste princípio, elucida Diógenes Gasparini:

“(…) estabelecidas as regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis durante todo o seu procedimento. Nada justifica qualquer alteração de momento ou pontual para atender esta ou aquela situação. Se, em razão do interesse público, alguma alteração for necessária, essa poderá ser promovida através de rerratificação do ato convocatório, reabrindo-se, por inteiro, o prazo de entrega dos envelopes 1 e 2 contendo, respectivamente, os documentos de habilitação e proposta. Assim retifica-se o que se quer corrigir e ratifica-

² Enap - PE 01/2019; MPF - PE 18/2015, TCU - PE 11/2019.

P. 6 do DECISÃO SLC Nº 12/2020-SLC/ANEEL, de 22/06/2020.

se o que se quer manter. Se apenas essa modificação for insuficiente para corrigir os vícios de legalidade, mérito ou mesmo de redação, deve-se invalidá-lo e abrir novo procedimento.³”

30. Nesse contexto, os pressupostos citados pela própria recorrente para a revogação foram verificados: fato superveniente, motivação e contraditório e ampla defesa.

31. É nítido que a inadequação da cláusula 9.5.3.2 e o prejuízo aos objetivos do Pregão somente foram conhecidos após a abertura da sessão pública, caso contrário, bastaria que a administração republicasse o Edital, excluindo a cláusula. O histórico do Pregão até a data do encerramento da sessão já demonstrou que a continuidade deste implicaria na exclusão de licitantes que atenderiam a critérios bem mais robustos tecnicamente, porém não cumpriram plenamente cláusula, no meu entendimento, irrelevante para a demonstração da qualidade da empresa.

32. Motivo a presente decisão na necessidade de manter os procedimentos de contratação seguindo todos os parâmetros estabelecidos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, notadamente, respeitando condições iguais para todos os participantes, a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração.

33. Quanto ao contraditório, a própria manifestação formal da recorrente contra a revogação do certame, foi originada de convocação do pregoeiro para exercer seu direito, já demonstrando a observância da Aneel a esse direito; apesar de haver posições jurisprudenciais divergentes no sentido de que somente seria obrigatório o contraditório em revogação, quando houvesse um vencedor no certame, o que não é o caso do certame analisado.

34. Por fim, sobre a alegação da recorrente de que a revogação a prejudica, há de ressaltar a prevalência do interesse público sobre o do particular, que no caso, indiretamente beneficia-se dessa revogação, por ser a atual prestadora do serviço licitado junto a ANEEL e ter o prazo do seu contrato dilatado até nova contratação, além de poder participar de futura licitação. No pregão em tela sequer houve vencedor.

35. Ante o exposto:

- a) **DECIDO** pela manutenção da inabilitação da empresa RCS Tecnologia LTDA, pelos motivos explanados nesta decisão e na manifestação trazida no **Despacho de Pregoeiro nº 08/2020 -SLC/ANEEL**;
- b) **DECIDO** pela manutenção da decisão pela revogação do **Pregão Eletrônico nº 04/2020**, nos termos do artigo 49 da Lei nº 8.666/93.

(Assinado digitalmente)

UBIRATÃ BARTOLOMEU PICKRODT SOARES
Superintendente de Licitações e Controle de Contratos e Convênios

³ DIREITO ADMINISTRATIVO, Saraiva, 4ª ed., São Paulo, 1995, p. 293.