

➤ Pregão Eletrônico

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL

AUTOS Nº 48500.001302/2020-42 - PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 12/2020

R2 RÁDIODIFUSÃO E TELECOMUNICAÇÕES LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 05.613.242/0001-74, estabelecida na SAAN Quadra 01 Lote 1.280 – Parte "C" – Térreo, Asa Norte – Brasília/DF – CEP: 70.631-100, por intermédio da sua única sócia a Sra. Fabiane Félix de Araújo, brasileira, empresária, solteira, CNH 04671466901, DETRAN-DF, expedida em 25/01/2019, inscrita no CPF/ME sob o nº. 840.228.501-59, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, com fulcro no art. 4º, inciso XVIII, da Lei nº. 10.520, art. 44 do Decreto nº. 10.024/2019, art. 109, inciso I, alínea "a", e §2º, da Lei nº. 8.666/93, e cláusula 11 e ss. do Edital nº 12/2020, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO
(COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO)

em face da decisão administrativa proferida por Vossa Senhoria que determinou a exclusão da empresa do certame licitatório, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos.

De antemão, requer que o presente recurso seja recebido no com efeito suspensivo , e encaminhado à autoridade julgadora competente para a sua análise, nos termos do art. 109, §4º da Lei 8.666/1993.

Termos em que, pede deferimento.
Brasília, 20 de agosto de 2020.

R2 RÁDIODIFUSÃO E TELECOMUNICAÇÕES LTDA
Fabiane Félix de Araújo
RAZÕES DO RECURSO ADMINISTRATIVO

AUTOS Nº 48500.001302/2020-42 - PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 12/2020
Recorrente: R2 RÁDIODIFUSÃO E TELECOMUNICAÇÕES LTDA

À Comissão Julgadora,
I. Julgadores.

I. DOS FATOS E DAS RAZÕES DE RECURSO

1. A sessão pública do Pregão foi realizada no dia 13/07/2020, com a apresentação dos lances pelas empresas interessadas, ao final do que nesta etapa a Recorrente restou classificada em 1ª lugar, com o lance de R\$4.980.000,00 (quatro milhões novecentos e oitenta mil reais) para o período de 12 (doze) meses, sagrando-se vencedora do certame.

2. Superada as fases de lances, desempate e negociação (itens 5 a 7 do Edital), passou-se à aceitabilidade da proposta (item 8) e, estando regular a recorrente, esta foi convocada pela pregoeira pelo chat do Portal de Compras Governamentais para enviar a sua proposta de preços ajustada ao lance final, conforme preceitua o item 8.5 do Edital, e assim ocorreu:

3. Todavia, surpreendentemente, sobreveio a decisão da Sra. Pregoeira, por meio da qual a recorrente foi desclassificada e excluída do certame licitatório, sob o fundamento de que teria sido identificada suposta violação à independência da sua proposta em razão de (i) as três primeiras propostas classificadas advirem de empresas que possuem o mesmo contador; (ii) haver relação de parentesco entre o sócio titular da licitante Agroservice e a sócia titular da recorrente; (iii) o contador destas empresas ser sócio/administrador da empresa licitante Sempre Alerta; (iv) as empresas constarem praticamente no mesmo endereço; (v) existiriam algumas similaridades entre as propostas das empresas recorrente e Sempre Alerta.

4. O entendimento da decisão, contudo, não merece prosperar. Vejamos.

I.1. INEXISTENCIA DE VIOLAÇÃO À INDEPENDÊNCIA DA PROPOSTA APRESENTADA PELA RECORRENTE

5. O tema pertinente ao conceito de coligação de empresas não traz nenhuma novidade em matéria de direito, uma vez que a matéria já foi devidamente enfrentada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, onde se definiu o seguinte :

A caracterização de coligação de empresas, por sua vez, é, antes de mais nada, uma questão fática. (...) A coligação se caracteriza, essencialmente, na influência que uma sociedade pode ter nas decisões de políticas financeiras ou operacionais da outra, sem controlá-la. (...) Na prática, contudo, independentemente de um percentual fixo, o conceito de coligação está muito mais ligado a atitudes efetivas que caracterizem a influência de uma sociedade sobre a outra. Há coligação, por exemplo, sempre que se verifica o exercício de influência por força de uma relação contratual ou legal, e em muitas situações até mesmo o controle societário é passível de ser exercitado sem que o controlador detenha a maioria do capital social.

6. Como se vê, a definição de uma possível coligação entre empresas parte de critérios fáticos objetivos, a partir de condutas que efetivamente revelem este poder de influência de uma sociedade em outra, ou, ainda, a existência de uma relação legal entre as empresas ou de natureza contratual.

7. In casu, a decisão recorrida não apontou quaisquer relações de subordinação legal ou contratual entre as empresas licitantes, fazendo o seu juízo de valor tão-somente com base em critérios e valores subjetivos, sem o mínimo lastro fático-probatório, nem tampouco no Edital do Pregão Eletrônico, a partir dos quais, em seu entendimento, haveria violação à independência das propostas licitantes, entre elas a de menor preço apresentada pela recorrente, a vencedora do certame licitatório.

8. O primeiro critério adotado pela Ilustre Pregoeira para julgar que haveria a dita irregularidade praticada pela recorrente, permeado de subjetivismos infundados, consiste no fato de que as citadas empresas concorrentes no Pregão Eletrônico já contrataram o mesmo escritório de contabilidade. Todavia, a decisão recorrida não apresenta uma única consequência prática no âmbito do certame licitatório ou nas documentações apresentadas para justificar a sua compreensão de que este fato teria resultado em qualquer tipo de violação à competitividade do Pregão Eletrônico, muito menos aponta no Edital qualquer proibição nesse sentido.

9. E nem poderia! Afinal, é trivial que não há nenhum normativo legal que impede sociedades licitantes de contratarem um mesmo profissional liberal ou escritório de contabilidade, nem tampouco há vedação ou recomendação no âmbito do Conselho Federal de Contabilidade em sentido contrário, ou mesmo no Edital do Pregão Eletrônico nº. 12/2020 - Aneel. Até porque, a se julgar em sentido oposto seria retirar desses profissionais o caráter de prestador de serviços e a sua atuação desvinculada dos quadros das empresas.

10. Ora, se cada empresa licitante só poderá contratar com o seu contador e este prestará serviços em caráter exclusivo, não haveria razão para se admitir que estes atuem em caráter autônomo, ou seja, desvinculados dos seus quadros. A situação enseja violação à própria liberdade de exercício da profissão prevista no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, dado que não há norma infralegal que impeça um profissional de contabilidade de prestar serviços a várias empresas licitantes.

11. A propósito, tampouco há que se falar em conflito de interesses por parte do profissional de contabilidade a ensejar a suposta ofensa à competitividade, uma vez que o referido profissional, muito embora tenha de fato prestado serviços esporádicos a empresa recorrente, não participou da formulação da sua proposta vencedora ou da sua planilha de preços, estas subscritas exclusivamente pela sua única sócia, a Sra. Fabiane Felix de Araujo.

12. Inclusive, estes argumentos também afastam o segundo critério adotado pela decisão recorrida para a desclassificação da recorrente, qual seja, de que o seu contador seria sócio da licitante Sempre Alerta Agenciamento de Mão-de-Obra e Serviços Gerais Ltda., pois, ainda que este profissional tenha subscrito as propostas e as planilhas da empresa em que figura como sócio, é fato, que ele não participou da formação da proposta e das planilhas de preços apresentadas no Pregão pela recorrente, e a decisão recorrida não trouxe qualquer fundamento em sentido contrário.

13. Com efeito, se não há qualquer indicativo de participação deste profissional na formulação de propostas de outras empresas, incluindo a recorrente, mas tão-somente daquela em que figura como sócio, não há como se inferir que a sua simples participação como sócio da Sempre Alerta resultou em influência na formação das propostas por outras empresas. A se entender em sentido contrário, seria conferir caráter presumido à má-fé dos participantes em uma licitação, o que não se pode admitir!

14. Em terceiro lugar, o simples vínculo de parentesco identificado pelo pregoeiro não pode caminhar sozinho no sentido de tornar irregular a proposta da recorrente, mormente o fato de que tal fundamento não foi acompanhando de qualquer atitude fática efetiva que pudesse criar sobre a recorrente um alerta de violação à competitividade, a ponto de excluí-la do certame licitatório.

15. Até porque, ainda que se tratassem de sócios em comum – o que sequer aconteceu no caso concreto – tal fato não constituiria qualquer vício ou irregularidade que, de plano e por si só, autorizasse a Administração Pública desclassificar a empresa recorrente.

16. Primeiro, porque a ordem jurídica não impede uma pessoa física ou jurídica compor o quadro societário de mais de uma pessoa jurídica, o que se dirá, então, a manter vínculo de parentesco com integrantes de outras sociedades. Segundo, porque o simples fato de empresas com sócios em comum participarem da licitação não permite a Administração concluir que essa atuação se dará de forma fraudulenta ou mesmo com o objetivo de frustrar os objetivos da licitação. Terceiro, porque, a presunção é da boa-fé e da inocência, até que se prove o contrário, e nada foi provado, sequer demonstrado na decisão recorrida para que fosse possível compreender as implicações práticas dos apontados indícios.

17. Daí porque, como a Lei nº 10.520/02 não prevê a situação narrada como impeditiva para participar de licitações processadas pela modalidade Pregão Eletrônico, seria necessário a Senhora Pregoeira efetivamente apontar elementos fáticos que comprovassem a prática de ato capaz de frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório. E não apenas indicar uma situação jurídica (o vínculo de parentesco) como motivação para a suposta prática de irregularidades pela recorrente.

18. Como dito, a existência de violação à competitividade ou à independência da proposta devem partir de

questões de fato concretas, e não de relações jurídicas estabelecidas entre os sócios das empresas participantes, sem qualquer ligação a atitudes que pudessem ser interpretadas como fraudulentas ao processo competitivo.

19. Repita-se, ademais, que nem mesmo o Edital do Pregão Eletrônico estabelece vedação nesse sentido, mas apenas veda a existência de relação de parentesco entre os sócios - ou empregados das licitantes que eventualmente sejam lotados nos postos de trabalho - e os servidores ocupante de cargo em comissão ou função de confiança (assessoramento, chefia ou direção) na Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL (item 2.3 do Edital). É o que dispõe a referida Cláusula:

2.3 É vedado que:

2.3.1 Familiar (cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau) de agente público com cargo em comissão ou função de confiança na ANEEL, seja alocado na prestação dos serviços referentes a este Edital, conforme Decreto nº 7.203/2010;

2.3.2 Pessoa jurídica que possua administrador ou sócio com poder de direção, o qual seja familiar de agente público com cargo em comissão ou função de confiança na ANEEL (na área responsável pela contratação ou pela demanda), ou de autoridade hierarquicamente superior na ANEEL (em qualquer área), seja contratada para prestar serviços à Agência, conforme Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018.

20. Não fosse o bastante, a participação de sociedades coligadas em um mesmo certame licitatório - ainda que fosse o caso - não constitui, por si só, a ocorrência de ato ilícito. Deve, sim, ser avaliado em cada caso concreto se houve a intenção de frustrar o caráter competitivo da disputa, mas isso não foi feito pela Pregoeira. São pertinentes nesse sentido as seguintes ponderações constantes do voto condutor do Acórdão 526/2013-Plenário, em julgamento ocorrido no âmbito do Tribunal de Contas da União:

A respeito da participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação, vale frisar que nem os regulamentos próprios das entidades nem a Lei n. 8.666/1993 vedam essa situação. A interpretação teleológica da legislação, especialmente a do princípio da igualdade de condições a todos os interessados, conduz ao entendimento de que o concurso de licitantes pertencentes a sócios comuns somente é irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes.

De acordo com o precedente do Acórdão n. 297/2009 - Plenário, a participação simultânea de empresas com sócios comuns num mesmo certame configuraria irregularidade nos casos de: a) convite; ... c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra.

21. Ora, se nem mesmo a participação simultânea de empresas com sócios em comum é vedada pela legislação aplicável, principalmente porque não se trata na espécie das modalidades indicadas no precedente do Tribunal de Contas da União, o que se dirá, então, sobre empresas cujo traço em comum é apenas uma relação de parentesco.

22. Ainda que em licitações na modalidade Pregão Eletrônico devam ser adotados cuidados adicionais, pois, consoante exposto no relatório que acompanha o Acórdão 1793/2011-Plenário, do Tribunal de Contas da União: "é possível que existam empresas atuando como 'coelho', ou seja, reduzindo os preços a fim de desestimular a participação de outros licitantes na etapa de lances, desistindo posteriormente do certame para beneficiar a outra empresa que esteja participando do conluio, que, por sua vez, acaba sendo contratada sem ter apresentado a melhor proposta, provocando, assim, prejuízo para a Administração.", não é disso que trata na espécie.

23. A Recorrente é justamente a primeira classificada no Pregão Eletrônico, e o que busca é justamente afastar a sua desclassificação, ou seja, fazer valer a sua proposta e contratar com o Poder Público pelo menor preço, cumprindo a finalidade para a qual foi criado o Pregão (artigo 4º, inciso X, da Lei n. 10.520/2002).

24. Em quarto lugar, também não prospera a alegação de que haveria violação à independência da proposta pelo fato de que as empresas licitantes estão sediadas, praticamente, no mesmo endereço. Ora, praticamente não significa igual, e, ainda que fosse, como visto anteriormente, tal circunstância não pode ser interpretada de forma isolada sem um acontecimento fático correspondente que revele a intenção de fraude ao procedimento licitatório.

25. Como dito, se é lícita a participação em um certame licitatório de empresas que possuem até mesmo sócios em comum, o que se dirá, então, de empresas que estão sediadas praticamente no mesmo endereço. O que se vê é um subjetivismo excessivo por parte da decisão recorrida, este sim capaz de conduzir à irregularidade do procedimento licitatório e violar a sua competitividade, afinal, foram desclassificadas todas as 03 (três) propostas mais vantajosas para a Administração Pública, para se chegar em vias de contratação do mesmo serviço por um valor superior em mais de R\$260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais).

26. Isso sim é violação à competitividade e à própria finalidade do Pregão Eletrônico, criado para que o Poder Público pudesse contratar com o melhor preço possível (artigo 4º, inciso X, da Lei n. 10.520/2002), no caso a oferta da recorrente, o que não foi respeitado na decisão recorrida!

27. Em quinto lugar, muito embora a decisão recorrida faça menção à supostas similaridades entre as propostas das empresas Recorrente e Sempre Alerta, não aponta quais são, a impedir até mesmo o exercício do contraditório e da ampla defesa pelas partes envolvidas.

28. Aqui, fica nítida a intenção da decisão em desclassificar a recorrente à míngua de qualquer motivação para o seu ato administrativo, sobretudo motivação legal ou com fundamento no Edital do certame, que não impõe desclassificação de participante por meras similaridades, e estas, ainda que existissem, em nada comprometem o objetivo do processo licitatório que é fazer a administração pública contratar a melhor proposta pelo menor valor possível.

29. Nada é apontado na decisão, nenhuma semelhança entre as propostas é especificada na decisão proferida, sequer indica os itens em que, eventualmente, pudessem inferir qualquer proximidade entre valores, fornecedores, entre outros diversos critérios constantes nas propostas destas empresas que pudessem indicar fraude ou comprometer a competitividade, e lisura do certame, ou algo que impedisse a administração pública de contratar a proposta mais módica.

30. E nem poderia! Afinal, os valores apresentados pela empresa concorrente são completamente díspares da proposta da recorrente, e nada nela indica qualquer similaridade, muito menos que comprometa a lisura e idoneidade, tanto da proposta vencedora como do escopo do certame licitatório, que é a contratação mais vantajosa para o erário.

31. Como efeito, não bastasse o total descabimento dos fundamentos invocados na decisão recorrida, que está a violar o direito líquido e certo da recorrente de participar do procedimento licitatório, há, ainda, em sexto lugar, vício de motivação que também justifica a sua anulação.

32. Afinal, a necessidade de motivação dos atos administrativos é exigida também pelo que dispõe o artigo 50 e seguintes, da Lei nº. 9.784/99, de onde se extrai que essa motivação deverá ser "explícita, clara e congruente", assim como obrigatória em todos os casos, com a indicação de fatos e fundamentos jurídicos – e não apenas desses -, quando afetem direitos e interesses dos administrados.

33. Notadamente, da mera leitura dos elementos da decisão já se percebe que não há um único indicativo fático para a conclusão plausível sobre a ausência de independência na proposta da recorrente, limitando-se a meras suposições construídas a partir de situações de direito que não possuem qualquer implicação prática ilícita, muito menos vedação, seja pela Lei nº. 10.520/2002, seja pela Lei nº. 8.666/93, seja pelo Edital do Pregão Eletrônico nº. 12/2020.

34. Nenhuma violação a esses normativos foi apontada pela decisão recorrida que, além de infringir por efeito dela própria o caráter competitivo e o menor preço da licitação, foi proferida de forma desvinculada das previsões contidas no instrumento convocatório. Portanto, em complemento a todas as ilegalidades vistas anteriormente, resta evidenciado, também, que a decisão recorrida é ilegal por total ausência de motivação por parte da Pregoeira, pelo que deverá ser anulada.

35. Como se vê, a anulação da decisão recorrida impõe-se como medida preservação aos próprios princípios da Administração Pública, expressamente previstos no artigo 37, da Constituição Federal, e, ainda, a finalidade do próprio instituto do Pregão, criado para que o Poder Público pudesse contratar com o melhor preço possível (artigo 4º, inciso X, da Lei n. 10.520/2002), no caso a oferta da recorrente.

36. Por fim, em sétimo lugar, dispõe o Edital que "8.4 Constada a existência de Ocorrências Impeditivas Indiretas e/ou empresas com sócios em comum ou com sócios de um mesmo grupo familiar, o gestor diligenciará para verificar se houve fraude ou conluio por parte das empresas apontadas no Relatório de Ocorrências Impeditivas Indiretas e/ou no Sistema de Compras Governamentais."

37. A despeito da previsão expressa do Edital nesse sentido, não foi deflagrado qualquer processo de diligência no sentido de apurar a prática de supostas fraudes ou conluio por parte da Recorrente, tanto é que, como dito, nada concreto foi apontado na decisão que entendeu pela sua exclusão. Ou seja, não foram identificadas quaisquer fraudes ou conluio, pelo que a empresa não poderia jamais ser desclassificada do certame.

38. Assim, não há como se prestigiar todas as ilegalidades citadas anteriormente na decisão recorrida, fruto de inexplicável interpretação feita pela Pregoeira acerca de situações jurídicas sem qualquer correspondência fática, muito menos que pudessem eventualmente ferir o caráter competitivo da licitação em questão, resultando em um ato administrativo ilegal que deverá ser corrigido com a reforma da decisão proferida.

II. DOS PEDIDOS

39. Por todo o exposto, vem a Recorrente perante esta autoridade para requerer (i) que o presente recurso seja recebido com efeito suspensivo, e encaminhado à autoridade julgadora competente para a sua análise, nos termos do art. 109, §4º da Lei 8.666/1993.

40. No mérito, requer que seja conhecido e provido para (ii) que a recorrente seja reabilitada (reclassificada de acordo com a sua proposta) no Pregão Eletrônico nº. 12/2020 – Aneel, com a reforma/anulação da decisão recorrida que determinou a sua exclusão do certame licitatório, conforme estabelece o art. 109, §2º, da Lei 8.666/1993; (iii) que sejam invalidados todos os atos posteriores insuscetíveis de aproveitamento; (iv) a retomada do Pregão Eletrônico a partir da fase de habilitação da empresa recorrente, seguindo-se as demais etapas do Edital com a sua contratação.

Nestes termos pede deferimento.
Brasília, 20 de agosto de 2020.

R2 RÁDIODIFUSÃO E TELECOMUNICAÇÕES LTDA
Fabiane Félix de Araújo

Fechar