

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 014/2021 – Lote 1 e 2

SITELBRA – SISTEMA DE TELECOMUNICAÇÕES DO BRASIL LTDA-ME, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF nº 18.182.577/0001-27, com sede SOFN – QD. 1 – CONJUNTO C – LOTES 9 – 12, Brasília/DF, vem, por intermédio de seu representante legal, com fulcro no art.44 do Decreto n.º 10.024/2019, apresentar suas RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO, pelos seguintes fatos e motivos que se seguem:

I. DOS FATOS

1. A Recorrente participou do pregão eletrônico em epígrafe, cujo objeto é o seguinte:

“O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa visando o Registro de Preços para futura e eventual contratação de uma Rede de Dados, baseada na tecnologia IP, a partir de links de acesso à Internet, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.”

2. A Recorrente participou do presente pregão na data determinada para acontecimento do certame e, após o início da sessão pública, foram feitas as propostas e iniciada a fase de lances. Após o devido procedimento, com relação ao LOTE 1 e LOTE 2, foi declarada aceita e habilitada a empresa Oi S.A. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, na data de 25.06.21, ocasião em que tempestivamente foi interposta a intenção de recorrer administrativamente da decisão, conforme registro na Ata de Pregão do presente procedimento licitatório.

3. Ocorre que, ao analisar a documentação apresentada pela empresa arrematante, percebeu-se que estão em desacordo com as exigências editalícias determinadas pelo instrumento convocatório, uma vez que faz parte de Grupo Econômico.

4. Ou seja, a Oi S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL não poderia participar deste certame, por ser um GRUPO DE EMPRESAS ou grupo econômico que compartilha da mesma estrutura humana (diretoria) física e tecnológica, ferindo diretamente ao item 4.2.8. do Edital em questão, senão vejamos:

“ 4.2. Não poderão participar desta licitação os interessados:

...

4.2.8. Sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico, assim entendidas aquelas que tenham diretores, sócios ou representantes legais comuns, ou que utilizem recursos materiais, tecnológicos ou humanos em comum, exceto se demonstrado que não agem representando interesse econômico em comum.

5. Ou seja, a empresa vencedora do LOTE 01 e 02, a Oi S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, por meio da documentação juntada comprova pertencer a um grupo econômico, o que é vedado pelo edital.

6. Apenas para ilustrar a existência do grupo econômico, seguem abaixo algumas evidências acerca da violação ao edital com a participação do GRUPO Oi S.A, conforme documentação enviada através da pasta denominada “PK-17747---TRE_MT”

- RJ_Plano_Aditamento – item 7.2

7.2. As operações de incorporação de empresas do Grupo Oi, já realizadas e a realizar em cumprimento ao Plano aprovado e homologado, implicarão no pagamento dos créditos detidos contra as empresas incorporadas na forma deste Plano, desde que decorrentes de fatos geradores anteriores ao pedido de Recuperação Judicial do Grupo Oi, com exceção daqueles que apresentaram impugnação tempestiva nos termos do art. 232 da Lei das S.A.”

RJ_Plano – item 2.6

2.6. Viabilidade Econômica-Financeira e Operacional do GRUPO OI. Não obstante as dificuldades e fatores que acometem o GRUPO OI, culminando com o pedido de Recuperação Judicial, a atual situação financeira e temporária e passageira, possuindo o GRUPO OI todas as condições para revertê-las, diante de sua magnitude econômica.

RJ_KIT Decisão Judicial – página 110

Por todo o exposto, concedo tutela de urgência em caráter incidental para o fim de determinar aos Pregoeiros do Processo Licitatório e do Pregão Eletrônico acima referidos: i) que se abstenham de exigir das sociedades OI S.A, Telemar Norte Leste S. A e OI Móvel S.A, integrantes do Grupo OI, o atendimento aos requisitos de habilitação econômico-financeira previstos nas Cláusulas 15.5.3 a 14.5.6, do Edital de Pregão Eletrônico n.º 102.2018.CEL.PEC.PE.0063.SAD, do Estado de Pernambuco, e das Cláusulas 9.61 a 9.63 do Edital de Pregão Eletrônico para Registro de Preço n.º 01/2018 do Ministério do Planejamento, como condição de habilitação para participar dos referidos procedimentos licitatórios. Esclareço que as referidas cláusulas de habilitação econômico-financeira previstas nos Editais do Processo Licitatório e do Pregão Eletrônico para Registro de Preços, não poderão ser exigidas das sociedades integrantes do Grupo OI, que não poderão ser inabilitadas ou impedidas de participar de certames com fundamento nos critérios ali estabelecidos.” (g.n.)

7. Constata-se também que por meio dos documentos de Interconexões, Atestados de Capacidade Técnica e de Incorporação juntados pela Oi S.A., a existência de Grupo Econômico, o que é vedado pelo Edital:

Documento “Interconexão Telefônica VIVO – Declaração de Conectividade Nacional”

“ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

Atestamos para os devidos fins que as Empresas OI S.A (CNPJ 76.535.764/0001-43), Oi Móvel S.A (CNPJ: 05423.963/0001-11), TELEMAR NORTE LESTE S.A (CNPJ: 33.000.118/0001-79) e BRASIL TELECOM MULTIMÍDIA LTDA (CNPJ: 02.041.460/0001-93),), denominadas como grupo de Empresas Oi possui conexão entre Backbone IP (ASN 10429 e 18881) e o Backbone da Oi (ASN Oi- 7738 e 8167) por meio de link de comunicação de dados dedicados na velocidade de 90 Gbps.”

Documento “INTERCONEXÃO LEVEL3 – Declaração de Capacidade Técnica e Conectividade Nacional”

“ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

Atestamos para os devidos fins que as Empresas OI S.A (CNPJ 76.535.764/0001-43), Oi Móvel S.A (CNPJ: 05423.963/0001-11), TELEMAR NORTE LESTE S.A (CNPJ: 33.000.118/0001-79) e BRASIL TELECOM MULTIMÍDIA LTDA (CNPJ: 02.041.460/0001-93),), denominadas como grupo de Empresas Oi possui conexão entre Backbone IP (ASNs 3549) e o Backbone da Oi (ASN Oi- 7738, ANS Brasil Telecom – 8167) por meio de link de comunicação de dados dedicados na velocidade de 70 Gbps.”

Documento “Interconexão ALGAR – Atestado de Conectividade Nacional”

“ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

Atestamos para os devidos fins que as Empresas OI S.A (CNPJ 76.535.764/0001-43), Oi Móvel S.A (CNPJ: 05423.963/0001-11), TELEMAR NORTE LESTE S.A (CNPJ: 33.000.118/0001-79) e BRASIL TELECOM MULTIMÍDIA LTDA (CNPJ: 02.041.460/0001-93), denominadas como grupo de Empresas Oi possui conexão entre Backbone IP (ASN 16735) e o Backbone da Oi (ASN Oi- 7738 e ANS 8167) por meio de link de comunicação de dados dedicados na velocidade de 20 Gbps.”

Documento “Incorporação Telemar – Ato Anatel”

“AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

ATO Nº 2875, DE 26 DE ABRIL DE 2021

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelo art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997, CONSIDERANDO o Requerimento de Anuência Prévia formalizado pelas empresas OI S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, CNPJ nº 76.535.764/0001-43, e TELEMAR NORTE LESTE S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, CNPJ nº 33.000.118/0001-79, com o objetivo de implementar operação societária e transferir outorgas, dentro do grupo econômico, conforme descrito na petição protocolada sob o Sistema Eletrônico de Informações da Anatel (SEI) nº 5711887, no âmbito do Processo nº 53500.030232/2020-70; ...” (g.n)

8. Além do mais, os Atestados de Capacidade Técnica evidenciam que os serviços foram prestados por empresas do Grupo Oi e por consórcios das empresas do Grupo Oi.
9. A irregularidade na apresentação dos documentos em questão acarreta violação e descumprimento editalício.
10. Mais do que isso, admitir tal proposta sem a observância dos itens editalícios, causa enorme prejuízo ao princípio da isonomia, pilar central de todo procedimento licitatório que tem por escopo oportunizar que a participação de membros da sociedade a oferecerem seus serviços e produtos a sociedade objetivando o Interesse da Administração Pública.
11. Consigne-se que não somente a Recorrente foi prejudicada, mas um "sem número" (lesão de extensão indeterminada) de possíveis participantes que eventualmente deixaram de participar do procedimento licitatório diante da impossibilidade de cumprimento quanto a integralidade dos requisitos editalícios e que agora foram surpreendidos com a habilitação de uma empresa que se manifestamente mostrou-se distante de cumprir a integralidade destas exigências editalícias. Enfim, caso admitida a proposta combatida, se consubstancia dano à competitividade e por via transversa, dano ao Erário Público.
12. Neste ínterim, as cláusulas editalícias não cumpridas em sua integralidade pela empresa declarada vencedora, propiciaram a prevalência de proposta mais vantajosa, porém expressamente desleal e em desacordo com a legislação de regência!
13. Por fim, cabe ainda frisar que a redação da Legislação pertinente às licitações é impositiva e vincula a Administração em todos os seus termos, seja quanto às regras de fundo quanto àquelas procedimentais. A regra insculpida no art. 3º, da Lei nº 8.666/93, subsidiária, impõe à Administração a busca pela melhor proposta e, não apenas, o "menor preço", pois, sobretudo, deve-se garantir o lastro financeiro que garanta a executabilidade do serviço licitado, evitando-se recuperações judiciais e falências, o que invariavelmente influencia no cumprimento do contrato administrativo buscado. Assim, a melhor proposta deve ser entendida como aquela que não apenas oferece o menor preço mas, principalmente, a que guarda consonância com os requisitos impostos pela Administração no edital em vigência.
14. Diante da situação exposta, a qual configura grave ilegalidade e desrespeito aos princípios administrativos que regem os processos licitatórios, lesionando direitos individuais e transindividuais, eis que se seguem as fundamentações jurídicas do presente recurso.

II. DO DIREITO

II.1. DO CABIMENTO DO PRESENTE RECURSO ADMINISTRATIVO

15. Partindo-se da realização do Pregão Eletrônico com encerramento na data de 25.06.2021, com registro de intenção de recurso na mesma data, consignando-se a data limite para registro de recurso para a data de 29.06.21, conforme registrado na Ata do Pregão Eletrônico do procedimento em testilha, conclui-se pela tempestividade o presente recurso administrativo.

16. Nesta esteira, o consagrado Professor Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos Dialéticos) assim dispõe, in verbis:

"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 estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto aquelas 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 praticado no curso de licitação se resolve pela invalidade destes últimos, 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, e isonomia."

17. Por sua vez, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL decidiu através da SÚMULA n.º 346, que "A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PODE DECLARAR A NULIDADE DOS SEUS PRÓPRIOS ATOS", inexistindo, em consequência, qualquer restrição quanto ao momento de DECLARAÇÃO DE INVALIDADE DO ATO PRATICADO que, no caso sendo o objeto do presente RECURSO, é REVOGAR o Ato Administrativo que declarou a empresa vencedora do certame em apreço, bem como declarar a desclassificação/incapacidade da mesma para, em seguida, convocar a empresa classificada imediatamente a seguir.

18. Neste contexto, de acordo com o Princípio da Autotutela Administrativa, a Administração Pública pode rever seus próprios atos, quando ilegais, inconvenientes ou inoportunos. Neste norte, o Supremo Tribunal Federal editou o Enunciado de Súmula nº 473, no qual, ex positis:

"Súmula 473: a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." (destacamos)

19. Portanto, perfeitamente cabível a interposição de recurso administrativo em face da decisão que declarou como vencedora a empresa Oi. S.A.

II.2. DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DO DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULAS EDITALÍCIAS. DA DESCLASSIFICAÇÃO DA ATUAL EMPRESA VENCEDORA COMO MEDIDA DE DIREITO.

20. O instrumento convocatório assim dispõe:

“4. CONDIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO NO PREGÃO.

4.1. Poderão participar deste Pregão interessados cujo ramo de atividade seja compatível com o objeto desta licitação, credenciado perante o sistema eletrônico de compras do Governo Federal – COMPRASNET, doravante denominado apenas sistema, provido pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (STLI-MPOG).

4.2. Não poderão participar desta licitação os interessados:

4.2.1. Cooperativas e OSCIP's;

4.2.2. Empresas de que sejam proprietários, controladores ou diretores Deputados ou Senadores (cfr. art. 54, II da Constituição).

4.2.3. Consórcio de empresas, qualquer que seja sua forma de constituição;

4.2.4. Empresas em processo de recuperação judicial, sem plano de recuperação acolhido judicialmente; em processo de recuperação extrajudicial; cuja falência tenha sido decretada; que se encontrem sob concurso de credores; e em dissolução ou em liquidação;

4.2.5. Empresas que estejam declaradas inidôneas ou impedidas

para licitar ou contratar com a Administração Pública Federal, bem como as que tenham sido punidas com suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com o Tribunal Superior Eleitoral;

4.2.6. Empresa que possua, entre seus sócios, servidor do TRE/MT;

4.2.7. Empresa cujo objeto social não seja pertinente e compatível com o objeto deste PREGÃO;

4.2.8. Sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico, assim entendidas aquelas que tenham diretores, sócios ou representantes legais comuns, ou que utilizem recursos materiais, tecnológicos ou humanos em comum, exceto se demonstrado que não agem representando interesse econômico em comum. (destacamos)

21. Especificamente quanto aos requisitos acima colecionados, temos o seguinte resumo explicativo em relação ao descumprimento das exigências por parte da empresa vencedora: Item 4.2.8. DESCUMPRIDO.

22. No processo administrativo existem alguns princípios que norteiam o correto funcionamento dos processos licitatórios. Tais princípios estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro, tanto na Lei de Licitações quanto na Constituição Federal.

23. Os princípios ora mencionados, são o da LEGALIDADE, ISONOMIA e da VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

24. No caso em tela houve uma séria desobediência aos termos editalícios, tendo em vista que a documentação apresentada pela Empresa Recorrida não cumpre as exigências editalícias, não tendo o condão de comprová-las conforme determina a lei. Portanto, a ILEGALIDADE em sua habilitação é CRISTALINA com relação aos LOTES 1 e 2.

25. Ora, a Arrematante apresentou documentação em desconformidade com o instrumento convocatório contido no item 4.2.8., o que traz prejuízo para a Administração Pública e para o Erário.

26. Como já frisado anteriormente, o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas, norteado pelo Princípio do Interesse da Administração Pública em constância com as normas editalícias previstas.

27. Ademais, em um processo licitatório, a documentação de comprovação exigida possui o escopo de trazer segurança ao Órgão Público contratante, trazendo maior confiança nas possíveis empresas a serem contratadas. Essa segurança na contratação vem através da documentação probatória de sua capacidade técnica exigida em edital e beneficia tanto o Órgão, quanto a sociedade, desde que atendidos os requisitos prescritos, o que não ocorreu com a vencedora dos LOTES 1 e 2.

28. É pacífico que na licitação, o edital vincula as partes e a Administração Pública. O princípio da vinculação do edital já vem expresso no art. 3º da Lei 8.666/93, a saber:

“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.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;” (grifo nosso)

29. Aliás, neste sentido é o artigo 41 da mesma Lei, senão vejamos:

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

30. Destarte, além da necessidade de cumprimento do edital e da legislação de regência por todos os proponentes, cabe ao Pregoeiro dar cumprimento ao Edital, pelo que, em análise a documentação apresentada, não poderia haver outra conclusão a não ser a inabilitação da Recorrida, haja vista a manifesta ausência da documentação exigida, conforme determina a legislação de regência e em respeito aos termos editalícios. Neste íterim, repise-se o § 8º do Art. 25 do Decreto n.º 10.024/19 (Lei do Pregão Eletrônico), o qual atenta pelo Princípio da Publicidade, pelo que a previsão de acesso público quanto a documentação de habilitação também foi descumprida. Neste sentido:

“Art.25. (...);

§ 8º Os documentos que compõem a proposta e a habilitação do licitante melhor classificado somente serão disponibilizados para avaliação do pregoeiro e para acesso público após o encerramento do envio de lances. (grifo nosso)

31. Lembre-se que, conforme o Acórdão n.º 649/2016 da Segunda Câmara do Egrégio Tribunal de Contas da União, tem-se que, in verbis:

“(…) que esta Corte de Contas, em repetidos julgados, tem consagrado a necessidade da observância do princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório (Acórdão 1730/2006 – TCU – Plenário e Acórdão 15/2005 – TCU 1ªCâmara).32. Levem-se em consideração também as ponderações do doutrinador Marça Justenn Filho quanto ao mencionado princípio (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15.º edição, ed. Dialética, p. 73-74):32.1. a Administração dispõe de autonomia para configurar o certame. Mas incumbe a ela determinar todas as condições da disputa antes de seu início, e as escolhas realizadas vinculam a autoridade e os participantes;” (g.n.)

32. Nesta seara, não somente sob a luz da Lei de Licitações, mas é evidente que, ao se desvincular do que é determinado por edital e ferir os preceitos administrativos, permitir tal situação também desobedece ao princípio da LEGALIDADE, previsto na Constituição Federal. Neste sentido, citamos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. RIGOROSO CUMPRIMENTO DAS NORMAS QUE DISCIPLINAM O CERTAME. PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO, DA ESTRITA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA ISONOMIA. 1.O RIGOROSO CUMPRIMENTO DAS NORMAS QUE DISCIPLINAM O CERTAME, SEM A FEITURA DE CONCESSÕES, CARACTERIZA RESPEITO À SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA ESTRITA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA ISONOMIA. 2.PAUTAR-SE DE ACORDO COM A ESTRITA LEGALIDADE SIGNIFICA AGIR DE ACORDO COM A NORMA QUE REGULA O CASO CONCRETO, SEM A ABERTURA DE EXCEÇÕES QUE DEPENDAM DA ANÁLISE SUBJETIVA DO AGENTE PÚBLICO, EXTRAPOLANDO OS LIMITES TRAÇADOS PELA LEI. 3.EM SE TRATANDO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, O ATUAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SE ENCONTRA VINCULADO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE, SIGNIFICANDO QUE ELA NÃO PODE AGIR COM VISTAS A PREJUDICAR OU BENEFICIAR PESSOAS DETERMINADAS, UMA VEZ QUE É SEMPRE O INTERESSE PÚBLICO QUE TEM DE NORTEAR O SEU COMPORTAMENTO. 4.A CONDUTA EM DEBATE CONFERE TRATAMENTO ISONÔMICO ENTRE OS PARTICIPANTES DA LICITAÇÃO, IMPEDINDO QUE JULGAMENTO DO AGENTE ADMINISTRATIVO, COM BASE EM CRITÉRIOS PESSOAIS DE RAZOABILIDADE, POSSAM INTERFERIR NA SELEÇÃO OBJETIVA DO CANDIDATO QUE MELHOR ATENDE À FINALIDADE PÚBLICA EXPRESSA NA LEI. 5.RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.

(TJ-DF - AGI: 20080020031837 DF, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Data de Julgamento: 25/06/2008, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 08/09/2008 Pág. : 60)” (g.n.)

33. Enfim, no Estado Democrático de Direito todos estão sujeitos ao Princípio da Legalidade, no que a Constituição Federal determina em seu artigo 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”.

34. Ouve-se muito falar no PRINCÍPIO DA LEGALIDADE e ouve-se, também, que seguir esse PRINCÍPIO é um dos principais limites do PODER PÚBLICO. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE não é, simplesmente, seguir a lei, “mesmo porque todos devem se submeter à lei”.

35. Não se perca de vista que em cumprimento ao Princípio da Legalidade deve-se proceder à análise, também, dos demais PRINCÍPIOS elencados no “caput” do Art. 3º da Lei n.º 8.666/93, componentes do conjunto de princípios harmônicos que norteiam a Administração Pública, referentes a: Impessoalidade, Moralidade, Igualdade/Isonomia, Vinculação ao Instrumento Convocatório e Julgamento Objetivo.

36. Com efeito, o entendimento dos Tribunais Pátrios, em consonância com o Superior Tribunal de Justiça assim resta alicerçado, verba gratia:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. PRODUTO OFERTADO. ESPECIFICAÇÕES TRAZIDAS PELO EDITAL. NÃO ATENDIDAS. ADJUDICAÇÃO DO OBJETO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. DECLARAÇÃO DA SEGUNDA COLOCADA. VENCEDORA DO CERTAME. POSSIBILIDADE. OFENSA A SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. LIBERDADE DE CONTRATAR DO PODER PÚBLICO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO DO LICITANTE VENCEDOR. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O edital da licitação constitui lei entre as partes licitantes e vincula a própria Administração Pública.

2. Tendo em vista que o produto ofertado pela empresa impetrada não respeitou as especificações contidas no edital, não há como declará-la vencedora do certame, sob pena de afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. 3. A mera declaração da segunda colocada como ganhadora da licitação, em virtude do reconhecimento da nulidade do ato administrativo que consagrou a empresa primeira colocada vencedora do processo licitatório, não invade a competência da Administração Pública, que continua com a competência plena

para contratar ou não com a empresa declarada vitoriosa. 4. Conforme jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte de Justiça, o vencedor de processo licitatório tem a mera expectativa de direito, cabendo ao Poder Público adjudicar ou não o objeto da licitação em razão da conveniência e oportunidade definidas pelo interesse público. 5. Apelo e remessa oficial conhecidos e não providos. Sentença mantida.

(Acórdão 1226279, 07061307520198070018, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 22/1/2020, publicado no DJE: 6/2/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

APELAÇÕES. REMESSA NECESSÁRIA. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FATO NOVO. PREGÃO ELETRÔNICO. FASE DE HABILITAÇÃO. DISPENSA DE REQUISITOS PREVISTOS NO EDITAL EM RELAÇÃO À LICITANTE VENCEDORA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO. PUBLICIDADE, ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. REMESSA NECESSÁRIA RECEBIDA E DESPROVIDA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (...); 5. Na hipótese vertente, o Edital previu que a emissão dos referidos atestados deveria obedecer a parâmetros constantes da Resolução Normativa CFA n. 420, de 1º de março de 2012, já revogada à época da publicação do instrumento convocatório. Ante a impossibilidade de os Conselhos regionais emitirem atestado de capacidade técnica nos moldes previstos na Resolução revogada, mas, apenas, conforme modelo e procedimento previsto em Resolução vigente, a autoridade coatora dispensou tal exigência da licitante vencedora na fase de habilitação. 6. Depreende-se ter ocorrido modificação editalícia promovida pelo pregoeiro no sentido de excluir uma das exigências de qualificação técnica, em fase avançada do certame licitatório e em relação ao licitante vencedor, comprometendo o caráter competitivo do certame, o princípio da publicidade e a vinculação ao instrumento convocatório, em desacordo com o art. 3º, caput e § 1º, I, da Lei n. 8.666/1993, além de afastar, indevidamente, requisito legal mínimo previsto no mencionado § 1º do art. 30 da Lei n. 8.666/93. 7. No tocante à qualificação econômico-financeira, o próprio pregoeiro reconheceu em sua decisão que a licitante vencedora Congonhas Air Smile Odontologia Ltda. EPP não apresentou a documentação nos termos previstos no item 11.1.4 do Edital, demonstrações financeiras elencadas no art. 176 da Lei n. 6.404/1976, entretanto, manteve sua habilitação sob o fundamento de que tais exigências se mostravam exacerbadas (por ser a licitante empresa de pequeno porte) e que a documentação apresentada se mostrava suficiente a comprovar o atendimento aos requisitos do edital. 8. O mesmo raciocínio pode ser aplicado em relação à exigência de comprovação de capacidade econômico-financeira da licitante vencedora, pois, ainda que o processo licitatório consista em instrumento e não o fim em si mesmo, não se pode afastar as regras impostas a todos os licitantes, sob pena de comprometimento do caráter competitivo e estabelecimento de preferências ou distinções impertinentes em relação aos interessados. Ademais, outras microempresas e empresas de pequeno porte podem ter deixado de participar do certame em razão da referida exigência. 9. O STJ possui jurisprudência firme e consolidada de ser o edital a lei interna da licitação/concurso, obrigando não apenas os licitantes/candidatos, mas também a própria Administração à sua fiel observância, sob pena de malferimento ao princípio da vinculação ao edital, ao princípio da legalidade e ao princípio da isonomia (AgInt no RMS 50.936/BA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25.10.2016). 10. Remessa necessária recebida e desprovida. Recursos conhecidos e desprovidos.

(Acórdão 1292222, 07070695520198070018, Relator: SANDRA REVES, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 14/10/2020, publicado no DJE: 28/10/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)” (g.n.)

37. Enquanto o cidadão tem o direito de realizar tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração poderá realizar somente aquilo que está disposto e autorizado em lei, o que acaba por dar maior seguridade aos administrados, uma vez que, se o que foi executado estiver em desacordo com a lei, o mesmo será inválido, suscetível à apreciação do poder judiciário.

38. No que diz respeito a Administração, a Constituição Federal ainda aponta no caput de seu artigo 37, ex positis:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.” (g.n.)

39. Neste sentido, ensina Marçal Justen Filho in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed., ed. Dialética:

“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 e a isonomia.” (destacamos)

40. Reforçando as disposições dos artigos previstos na Lei nº 8.666/93, vejamos o entendimento do ilustre jurista Hely Lopes Meirelles:

“(…); que a Administração Pública e os licitantes estão estritamente vinculados ao edital, ou seja, ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quão ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para órgão ou entidade licitadora.” (Hely Lopes Meirelles in Licitação e Contrato Administrativo, 14ª ed., ed. Malheiros). (g.n.)

41. O Superior Tribunal de Justiça em suas decisões reforça o caráter vinculativo do edital, senão vejamos:

“RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. LEILÃO. EDITAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. EDITAL FAZ LEI ENTRE AS PARTES.

- O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório se traduz na regra de que o edital faz lei entre as partes, devendo os seus termos serem observados até o final do certame, vez que vinculam as partes.

(STJ - REsp 354.977/SC, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.11.2003, DJ 09.12.2003 p. 213) (grifo nosso)

O princípio da vinculação ao edital, previsto no art. 41, caput, da Lei n. 8.666/93, impede que a Administração e os licitantes se afastem das normas estabelecidas no instrumento convocatório, sob pena de nulidade dos atos praticados.

(MS n. 2000.01.00.048679-4/MA, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, 3ª Seção, DJ de 10.11.2004, p. 03)."

Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. DISPENSA DA PROPONENTE DA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS EXIGIDOS NO EDITAL DO CERTAME. ILEGITIMIDADE DO ATO. I - Como um dos princípios regentes do procedimento licitatório, o princípio da vinculação ao edital obriga não só os licitantes como também a Administração, com a devida observância ao tratamento isonômico entre os licitantes, devendo o julgamento das propostas pautar-se exclusivamente por critérios objetivos definidos no edital.

II - Em observância a tal princípio, a Administração não pode dispensar proponente da apresentação dos documentos exigidos no edital de regência do certame.

III - Remessa oficial desprovida.

Processo: REOMS 2001.34.00.006627-0/DF; REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE Órgão Julgador: SEXTA TURMA

Publicação: 07/05/2007 DJ p.61 Data da Decisão: 26/02/2007

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à remessa oficial. (grifo nosso)

42. Inclusive, Hely Lopes Meirelles in Direito Administrativo, Ed. Malheiros segue ensinando que, verbis:

"(...); nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu." (grifo nosso)

43. O princípio invocado trata-se, em verdade, do princípio básico de toda licitação, vinculando tanto a Administração quanto os proponentes, aos termos e exigências ali determinados. Com efeito, a Recorrida apresentou documentos comprovando a condição de Grupo Econômico, o que é vedado ao item editalício 4.2.8, o que se pode concluir pelo simples cotejo da documentação acostada pela Oi S.A. nos registros eletrônicos do pregão eletrônico em andamento.

44. Nesta hipótese, a DESCLASSIFICAÇÃO da empresa proponente irregular se torna imperiosa pelo que faz referência ao entendimento do STF, RTJ 103/683, in verbis:

"Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito (STF, RTJ 103/683)". (g.n.)

45. Isto posto, não se pode tolerar o descumprimento de qualquer dos seus termos, sob pena de ofensa ao Princípio da Isonomia.

46. Concluindo, restou claro que a empresa Recorrida não poderia estar habilitada e, conseqüentemente, não pode ser contratada pela Administração, devendo ser então desclassificada para ser convocada a próxima colocada, conforme determina o ordenamento jurídico brasileiro.

III. PEDIDO

47. Por todo o exposto e diante dos fatos narrados, requer:

a) que seja dado provimento ao Recurso Administrativo, com determinação de REVOGAÇÃO DA DECISÃO que declarou a empresa Oi S.A., ora Recorrida e vencedora do certame em testilha, referente aos LOTES 1 e 2, declarando-se a sua DESCLASSIFICAÇÃO/INABILITAÇÃO do certame, bem como seja convocada a empresa imediatamente classificada a seguir, tendo em vista as ilegalidades que estão presentes na documentação apresentada pela Recorrida, consistente na existência do Grupo Econômico E VIOLAÇÃO AO ITEM 4.2.8, do Edital;

b) Requer, ainda, que todas as intimações, caso encaminhadas eletronicamente, sejam enviadas ao e-mail licitacoes@sitelbra.com.br, e caso encaminhadas em meio físico, sejam direcionadas ao endereço SOFN - Quadra 1 - Conjunto C Lote 9 a 12, Brasília - DF, CEP 70.634-130.

Nestes termos,
pede e espera deferimento.

Brasília/DF, 29 de junho de 2021.

SITELBRA – SISTEMA DE TELECOMUNICAÇÕES DO BRASIL LTDA-ME
RAFFAELE COELHO IMPROTA
CPF: 969.997.801-53

Fechar