

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA – MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 82/2020

PACTO COMERCIALIZADORA DE ENERGIA ELÉTRICA E GÁS NATURAL S/A, pessoa jurídica de direito privado regularmente inscrita no CNPJ sob o nº 23.412.242/0001-98, com sede na Rua 86, nº 37, Quadra F 22, Lote 03, Loja 01, Setor Sul, Goiânia/GO, CEP 74.083-385 ("Pacto" ou "Recorrente"), vem, respeitosa e tempestivamente, à presença de V. Sa., com fulcro na Lei 10.024/2019 e nas regras editalícias do pregão em epígrafe, apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

1. DA TEMPESTIVIDADE

1. Conforme consta na Comunicação Externa nº 12/2021, a CODEVASF, em cumprimento à decisão liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 1000556-67.2021.4.01.3400, pela Juíza da 5ª Vara Federal Cível/SJDF ("Mandado de Segurança"), decidiu reabrir o prazo de 03 dias úteis para o envio deste Recurso Administrativo pela Pacto.

2. Considerando-se que o sistema ComprasNet ficou disponível para o protocolo às 15:30 do dia 20/01/2021, e que o presente Recurso foi protocolado nesse mesmo dia, resta plenamente demonstrada sua tempestividade.

2. RESUMO DOS FATOS

3. Este Recurso Administrativo tem como objetivo revisar ato praticado no âmbito do Pregão Eletrônico nº 82/2020, conduzido pela Sede da CODEVASF, no qual se decidiu pela inabilitação da proposta da Recorrente. Em síntese, o caso se deslinda da seguinte forma.

4. De modo a atender os requisitos constantes do Edital, a Recorrente encaminhou, no prazo e modo regulares, sua proposta para análise pelo Sr. Pregoeiro. Muito embora o lance de menor preço para a Administração Pública tenha sido apresentado pela Recorrente, fato é que a sua proposta foi inabilitada ao final da Sessão Pública.

5. Conforme depreendido da Ata de Realização do Pregão Eletrônico, o motivo para a inabilitação teria sido o descumprimento das exigências indicadas no subitem 6.2, alínea 'c', do Termo de Referência:

Inabilidade - 29/12/2020 16:06:09 - Inabilidade de proposta. Fornecedor: PACTO COMERCIALIZADORA DE ENERGIA ELÉTRICA E GÁS NATURAL, CNPJ/CPF: 23.4212.242/0001-98, pelo melhor lance de R\$ 64.212.000,0000. Motivo: Proposta inabilitada, tendo em vista o licitante não atender às exigências constantes do subitem 6.2, alínea "c" do Termo de Referência, Anexo - I do Edital, Combinado com os esclarecimentos constates da Comunicação Externa - CE -211 de 24/12/2020

6. A inabilitação calcada no referido subitem do Termo de Referência surpreendeu a Recorrente. Afinal, trata-se de um requisito de qualificação técnica, traduzido pela necessidade de apresentação de um "[a]testado/[c]omprovante de fornecimento mínimo de 50.000 Mwh".

7. Para a comprovação dessa capacidade mínima, foi apresentado, dentre os Documentos da Proposta da Recorrente, um relatório discriminando o volume de energia transacionado pela Recorrente junto à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, a operadora e viabilizadora do mercado de energia brasileiro.

8. Como se depreende da última entrada do relatório, a Recorrente possui uma capacidade de comercialização equivalente a 200.762,275 MWh (duzentos mil, setecentos e sessenta e dois vírgula dois sete cinco megawatt-hora), dos quais 100.442,987 MWh (cem mil, quatrocentos e quarenta e dois vírgula nove oito sete megawatt-hora) representam o volume de energia vendida pela Recorrente, e 100.319,288 MWh (cem mil, trezentos e dezenove vírgula dois oito oito megawatt-hora) representam o volume de energia comprada pela Recorrente.

9. Em suma, a Recorrente dispõe de uma capacidade de fornecimento duas vezes superior ao mínimo estipulado no subitem 6.2, alínea 'c', do Termo de Referência.

10. Em face à indevida inabilitação – indevida pois calcada em requisito de qualificação técnica claramente cumprido e comprovado –, a Recorrente apresentou sua Intenção de Recorrer nos termos do item 11.1 do Edital.

11. Apesar tê-lo feito, a Intenção de Recorrer da Pacto foi sumária e irregularmente recusada pelo Sr. Pregoeiro, conforme se extrai novamente da Ata de Realização do Pregão Eletrônico:

Intenções de Recurso para o item

CNPJ/CPF Data/hora do Recurso Data/hora admissibilidade
23.412.242/001-98 30/12/2020 08:46 30/12/2020 09:12

Situação: Recusado

Motivo Intenção: Prezados, Apenas para reforçar ao leilão – Edital nº 82/2020 a Pacto Comercializadora de Energia Elétrica e Gás Natural S/A, está de acordo integralmente com a condição as regras do LEILÃO. Atenciosamente.

Motivo Aceite ou Recusa: Considerando que o instrumento utilizado pela Codevasf para realização da Compra da Energia, tem sido o Pregão Eletrônico, que tem sua fundamentação na Lei 10.520/2002 e Decreto – 10.024/2019, não se mostra razoável, como motivo para INTENÇÃO DE RECURSO, querer verificar se as regras do pregão estão em conformidade com o LEILÃO. Desta Forma NEGO PROVIMENTO ao pedido de Intenção de Recurso.

12. Em razão dessa recusa, foi ajuizado o Mandado de Segurança, no qual pleiteou-se a anulação da decisão proferida pelo Sr. Pregoeiro que rejeitou, sumariamente, a Intenção de Recorrer da Pacto e, subsequentemente, a admissão do presente recurso administrativo, seu processamento e julgamento.

13. Sendo julgado procedente o referido Mandado de Segurança e tornando-se mandatária a análise e o julgamento do presente Recurso Administrativo, seguem as razões jurídicas que fundamentam a juridicidade da habilitação da Recorrente.

3. PELA HABILITAÇÃO DA RECORRENTE

14. A decisão que inabilitou a proposta da Recorrente deve ser anulada, de modo que a Pacto seja habilitada e, subsequentemente, adjudicada do objeto licitado no Pregão Eletrônico nº 82/2020.

15. Para tanto, dois são os principais motivos que merecem destaque.

16. Primeiro, fato é que a Recorrente atendeu a todos os requisitos, regras, e instruções dispostos no Edital e em seus instrumentos anexos. Não há de se falar, em realidade, em qualquer falha na apresentação dos documentos, tampouco em erros formais.

17. Ora, o subitem 6.2, alínea 'c', do Termo de Referência requer a comprovação de capacidade de fornecimento mínima de 50.000 MWh, e foi justamente isso que a Recorrente comprovou por meio da documentação apresentada. Nesse sentido, ressalte-se trecho da decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança:

“Observo que o impetrante traz prova pré-constituída de que possui a capacidade em dobro da mínima exigida no edital; ou seja, há fortes evidências de que foi inabilitada inadequadamente. No mais, a exclusão sumária, fere o interesse público, uma vez que a impetrante apresentou menor preço, assim, o pleito da impetrante reflete no princípio da economicidade - a proposta mais vantajosa para administração pública - previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, cito:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.”

18. Assim, não há de se falar em descumprimento do subitem 6.2, alínea 'c', do Termo de Referência, de modo que a inabilitação da Pacto se deu ao arrepio das normas editalícias aplicáveis ao Pregão Eletrônico nº 82/2020.

19. Segundo, ainda que pudesse ser vislumbrado algum erro formal na documentação apresentada pela Recorrente, fato é que eventual erro jamais poderia prejudicar a sua habilitação no Pregão Eletrônico nº 82/2020.

20. Para mergulhar nesta análise, é necessário rememorar que o objetivo da fase de habilitação, em um certame licitatório, é verificar a idoneidade das licitantes e sua capacidade de executar o objeto do certame. (TITO COSTA, Antônio. Da Licitação. Ed. Senam: Brasília, 1970, p. 25.)

21. Não deve e não pode a Administração Pública se valer de um formalismo exagerado e

desnecessário – ou até mesmo prejudicial, como é o caso – quando do exame dos documentos apresentados ao longo do certame. É preferível, na realidade, que a Administração Pública se atenha aos ditames do instrumento convocatório e à finalidade da licitação.

22. As regras editalícias corroboram com essa análise, porquanto concedem ao Sr. Pregoeiro a possibilidade de sanar falhas ou erros que não prejudicam a substância ou a validade jurídica dos documentos de habilitação:

10.7. No julgamento dos documentos de habilitação o Pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitações;(art. 47 do decreto nº 10.024, de 20/09/2019)

23. Aliás, esse item do Edital apenas reproduz o que consta no artigo 47 do Decreto nº 10.024/2019:

Art. 47. O pregoeiro poderá, no julgamento da habilitação e das propostas, sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, e lhes atribuirá validade e eficácia para fins de habilitação e classificação, observado o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

24. Indo além, essa legislação permitiria ao Sr. Pregoeiro, inclusive, suspender a licitação para determinar a realização de diligências, com vistas a sanar eventuais desertamentos quanto aos documentos de habilitação:

Art. 47 [omissis]

Parágrafo único. Na hipótese de necessidade de suspensão da sessão pública para a realização de diligências, com vistas ao saneamento de que trata o caput, a sessão pública somente poderá ser reiniciada mediante aviso prévio no sistema com, no mínimo, vinte e quatro horas de antecedência, e a ocorrência será registrada em ata.

25. Tudo isso, claro, para que o certame seja adjudicado à empresa que ofertou a melhor proposta à Administração Pública, ainda que algum de seus documentos, embora comprove tudo o quando é exigido na licitação, não obedeça a um formato específico.

26. E nesse mesmo sentido, ecoam as lições de Hely Lopes Meirelles:

“[a] orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis e a não exigência de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados em licitar” . (MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. RT, 10ª ed., p. 127.)

27. A jurisprudência corrobora essa noção, ao admitir que excessos de formalismo (mesmo quando há erros formais!) não devem se sobrepor ao interesse público na contratação da melhor proposta:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – MODALIDADE PREGÃO - INABILITAÇÃO – BALANÇO PATRIMONIAL – DESCUMPRIMENTO DE EDITAL – EXCESSO DE FORMALISMO – MELHOR PROPOSTA – INTERESSE PÚBLICO – MANUTENÇÃO DE SENTENÇA DE 1º GRAU. Não se deve exigir excesso de formalidades capazes de afastar a real finalidade da licitação, ou seja, a escolha da melhor proposta para a Administração em prol dos administrados. Ausente prova da irregularidade fiscal da empresa que apresentou a melhor proposta à Administração, e observados os princípios da razoabilidade e da instrumentalidade das formas, bem como o interesse público, é de ser reconhecida a legalidade do ato de habilitação. Decisão de piso mantida. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.

(Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Agravo de Instrumento Processo N. 4005047-69.2018.8.04.0000 Relator: Des. Domingos Jorge Chalub Pereira. Publicado no DJAM em 23 de outubro de 2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 036/2016. FASE DE HABILITAÇÃO. NEGATIVA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO EXIGIDO PELO EDITAL. FALHA SUPRIDA POSTERIORMENTE PELO PREGOEIRO. FINALIDADE DA APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO ATINGIDA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO EXCESSO DE FORMALISMO. APEGO À FORMA E À FORMALIDADE QUE NÃO PODE INVIABILIZAR A LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. RECURSO PROVIDO.

(Tribunal de Justiça do Paraná – Agravo de Instrumento Nº 1.580.427-6. Relator: Des. Carlos Mansur Arida. Publicado no DJ 24/01/2017, v.u.).

REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE SERVIÇOS DE HOSPEDAGEM DE E-MAIL, INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS E SERVIÇO DE INTERNET PARA VÁRIAS SECRETARIAS E FUNDAÇÕES DO MUNICÍPIO. PREGÃO PRESENCIAL. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA PARA HABILITAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE PROCURAÇÃO POR INSTRUMENTO PÚBLICO. EXCESSO DE FORMALISMO APARTADO DO OBJETO DA LICITAÇÃO E QUE NÃO CONTRIBUI PARA O CERTAME. RESTRIÇÃO DESNECESSÁRIA. OFENSA À RAZOABILIDADE E À PROPORCIONALIDADE. REGRA EDITALÍCIA QUE DEVE SER RELEVADA ANTE A INCOMPATIBILIDADE COM A PRETENSÃO DA LICITAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA MANTIDA. "3. Não se deve

exigir excesso de formalidades capazes de afastar a real finalidade da licitação, ou seja, a escolha da melhor proposta para a Administração em prol dos administrados. 4. Recurso especial não provido." (STJ - REsp 1190793/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 24/08/2010. Publicado no DJe em 08/09/2010, v.u.). (Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Reexame Necessário n. 0301327-16.2015.8.24.0040, de Laguna Relator: Des. Jaime Ramos. Julgado em 19/06/2018, v.u.).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA NECESSÁRIA. LICITAÇÃO. CLÁUSULA EDITALÍCIA. FORMALISMO EXCESSIVO. EXIGÊNCIA SEM PREVISÃO LEGAL. ASPECTO FINALÍSTICO NÃO ATENDIDO. NÃO OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA AMPLA COMPETIÇÃO. ANULAÇÃO DO CERTAME. REMESSA NÃO PROVIDA. I. Os arts. 3º e 40, da Lei n.º 8.666/1993 prescrevem os requisitos para a elaboração do Edital de Convocação das licitações. II. Não se pode fazer exigência não prevista na lei e, com base nela, inabilitar ou desclassificar o licitante que deseja sagrar-se vencedor do certame. III - É desarrazoado o formalismo quando a desclassificação das empresas licitantes se dá em função de um documento não previsto em lei, ou quando se desconhece a sua finalidade. IV - Remessa não provida, para manter a sentença de base. (RemNecCiv nº 0178652007, Rel. Des. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, 1ª Câmara Cível, publicado no DJe em 25.11.2008)

28. A recomendação doutrinária, na verdade, é de que os julgadores se revistam de prudência, de modo a evitar a consagração do formalismo exacerbado e inútil. (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Licitação e Contrato Administrativo. Lê: Belo Horizonte, 1990, p. 64.)

29. Novamente, as lições de Hely Lopes Meirelles se mostram relevantes:

"O princípio formal [...] não significa que a Administração seja formalista, a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou o julgamento, ou inabilitar licitantes ou desclassificar propostas diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta." (MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. RT: São Paulo, 1990, p. 22.)

30. E no mesmo sentido, alerta Adilson De Abreu Dallari, a saber:

"... existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isto não pode ser colocado como excludente do licitante, deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número de participantes." (DALLARI, Adilson de Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 3ª ed., Saraiva: São Paulo, 1992, p. 88.)

31. Em suma, é cediço que, mesmo havendo discrepâncias formais, não se deve e não se pode desqualificar a licitante mais qualificada ao cumprimento do objeto do certame, sob pena de se contrariar o interesse da Administração Pública e a finalidade da licitação.

32. No caso em tela, é evidente o interesse público na contratação da Recorrente para a execução do objeto do Pregão Eletrônico nº 82/2020. Afinal, a Recorrente foi a licitante mais qualificada do certame, tendo apresentado a melhor proposta à Administração Pública.

33. Analisada a documentação submetida pela Recorrente, resta evidente que não ocorreu qualquer falha que justificaria tratamento tão severo quanto a inabilitação de sua proposta. Ao contrário, a Recorrente formulou sua proposta no Pregão Eletrônico nº 82/2020 por meio da apresentação de documentação completa, regular, e apta a demonstrar a sua capacidade jurídica e técnica para a execução do objeto do certame.

34. Especificamente, o ponto controverso suscitado pelo Sr. Pregoeiro ao final da Sessão Pública diz respeito ao subitem 6.2, alínea 'c', do Termo de Referência, que estabelece o seguinte:

6. Habilitação Técnica

6.2 Na fase Habilitação as licitantes deverão apresentar os seguintes documentos:

c) Atestado/Comprovante de fornecimento mínimo de 50.000 MWh;

35. Para comprovar essa capacidade de fornecimento mínimo, a Recorrente foi muito além de suas concorrentes.

36. Ao invés de apresentar uma mera declaração unilateral, preferiu apresentar um documento oficial, um extrato gerado pelo Sistema de Divulgação de Resultados e Informações da CCEE, órgão que obrigatoriamente registra todos os contratos de fornecimento de energia elétrica celebrados no Brasil.

37. Neste documento, há informações referente aos volumes de energia de todos os contratos de energia elétrica firmados pela Recorrente, sejam aqueles celebrados no Ambiente de Contratação

Regulada (ACR), sejam aqueles celebrados no Ambiente de Contratação Livre (ACL).

38. Esse extrato comprovou que a Recorrente não somente goza da capacidade técnica de fornecimento para executar o objeto do Pregão Eletrônico nº 82/2020, mas também a supera em mais de duas vezes!

39. De fato, foi apresentada ao Sr. Pregoeiro prova cabal de que a Recorrente cumpria com folga os requisitos de qualificação técnica estipulados no subitem 6.2, alínea 'c', do Termo de Referência.

40. Não bastasse o documento em si, a Recorrente ainda contactou a própria CCEE, indagando-a acerca do conteúdo do extrato. A resposta não poderia ter sido diferente, afirmando que o extrato efetivamente reflete os montantes de energia transacionados pela Recorrente perante a CCEE:

Prezados,

Gostaria de saber se o relatório em anexo comprova o montante de energia transacionado pela Pacto Energia junto à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE.

Qualquer dúvida favor entrar me contato.

Atenciosamente.

Prezado Sr(a) FRANCISCO SALES VIANA, Agente PACTO COMERCIALIZADORA DE ENERGIA ELETRICA E GAS NATURAL S/A;

"Informamos que o relatório CTO001 exibe os montantes de energia negociados pelo agente.

Notamos que o relatório encaminhado está sem ao certificado digital, para emitir o relatório CTO001 com certificado digital é necessário consultar o relatório na DRI e clicar em imprimir, conforme orientação do arquivo anexo."

A CCEE está à disposição para atendê-lo em novos chamados ou esclarecimentos sobre o conteúdo dessa resposta. Entre em contato com a Central de Atendimento por telefone: 0800-881-2233 ou 0800-72-15-445, email:atendimento@ccee.org.br. Basta informar o número do chamado acima.

Atenciosamente,

CCEE - Atendimento ao Mercado

41. Ora, tendo em vista a idoneidade da documentação apresentada pela Recorrente, não há de se falar em descumprimento do subitem 6.2, alínea 'c', do Termo de Referência.

42. Ainda que eventual falha formal seja vislumbrada na maneira em que os Contratos em ACR e em ACL foram apresentados, o seu teor inegavelmente comprova a capacidade técnica da Recorrente para a execução do Pregão Eletrônico nº 82/2020.

43. E se o entendimento jurisprudencial e doutrinário consolidado é no sentido de que não se deve se apegar a excessos de formalismo quando da habilitação das licitantes mais qualificadas para cumprir o objeto do certame, decerto que a inabilitação da Recorrente violou o interesse público e contrariou a finalidade do Pregão Eletrônico nº 82/2020, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

44. Isto posto, requer seja julgado totalmente procedente o presente recurso, para que seja anulada a decisão datada de 29/12/2020, que inabilitou a proposta apresentada pela Recorrente, reconhecendo-se, enfim, sua habilitação. Requer, ainda, sejam declarados nulos todos os atos insuscetíveis de aproveitamento, praticados a partir da declaração de inabilitação da Pacto, com a imediata adjudicação do Pregão 82/2020 à Recorrente.

45. Caso o Sr. Pregoeiro não altere sua decisão, o que não se espera, requer o imediato encaminhamento deste recurso à sua Autoridade Superior, nos termos do artigo 13, inciso IV, da Lei 10.024/2019.

Nesses termos

Pede e espera deferimento

Goiás/GO, 20 de janeiro de 2021.