

RECURSO APURA :

Ao
CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL
Ilmo. Sr. Pregoeiro

Ref. Pregão Eletrônico nº 24/2017

APURA COMERCIO DE SOFTWARES E CONSULTORIA EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 15.690.857/0001-58, com sede na Av. Paulista, 2.421, 1º andar, Jardins, São Paulo/SP, por intermédio de seu representante legal (infra-assinado), vem respeitosamente para, nos termos do art. 4º, XVIII, da Lei 10.520/02, bem como do item XIII do edital, apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da decisão que cancelou o item 3 do certame, conforme razões de fato e direito abaixo subscritas.

SÍNTESE FÁTICA

A Recorrente participou do item 3 do Pregão Eletrônico nº 24/2017 promovido pelo CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL para a “registro de preços para contratação de solução para o gerenciamento de ameaças de segurança, contemplando o fornecimento de equipamentos, softwares e sistemas de gerenciamento da solução, com garantia de 60 (sessenta) meses e serviços de instalação, configuração, transferência de conhecimento e suporte técnico”.

Após realizada a etapa de lances no referido pregão, em 06/12/2017, a empresa AKER CONSULTORIA E INFORMÁTICA S/A obteve a melhor proposta para o item 3. Todavia, realizada a análise dos documentos concluiu o setor requisitante que “A documentação apresentada pela empresa AKER Consultoria e Informática S.A não é suficiente para demonstrar que o produto ofertado atende às especificações técnicas previstas no Termo de Referência” (trecho extraído da Ata em 07/12/2017, às 10:05h). E, em ato contínuo, entendeu por bem a comissão de licitações marcar prova de conceito para que a licitante pudesse evidenciar sua qualificação técnica: “Portanto, solicita-se a realização PROVA DE CONCEITO nos termos do edital, para o Grupo 2 e 3, com o objetivo de realizar os testes de comprovação de atendimento aos requisitos exigidos no Termo de Referência” (trecho extraído da Ata em 07/12/2017, às 10:24h).

Ocorre que durante a realização da prova de conceito, constatou-se o não atendimento aos requisitos exigidos nas especificações técnicas do Módulo I do Edital, procedendo-se então a desclassificação da proposta da empresa AKER.

Assim sendo, foi convocada a empresa Recorrente, para negociação do valor ofertado. E tendo sido fixado o valor final negociado em R\$ 505.021,00 (quinhentos e cinco mil e vinte e um reais), foi remetida toda a documentação técnica exigida no certame, bem como documentos comprobatórios de habilitação.

Neste interim, o setor técnico do CJF contactou a Recorrente a fim de esclarecer a versão ofertada, tendo em vista que o informado na proposta foi o modelo Security Center, enquanto a documentação técnica apresentada mencionava a versão CV, que atende perfeitamente ao solicitado. Em resposta, validamos a informação de que se tratava da versão CV, e que houve um mero erro material no momento de preencher a proposta.

Após o devido esclarecimento, em 18/12/2017 o setor técnico da CJF concluiu então pelo pleno atendimento dos itens do edital: “Desta forma, após a realização de diligência, informo que a documentação apresentada pela empresa Apura Cybersecurity Intelligence está de acordo com o previsto no edital para a comprovação de atendimento aos requisitos técnicos especificados no Termo de Referência para o Lote 3” (fls 2238 do processo interno).

Entretanto, em paralelo a essa constatação do setor técnico, a empresa DFTI - COMERCIO E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA, terceira colocada no item 3, passou a contatar a entidade licitante via e-mail (fls. 2287 do processo interno) com links que comparavam as versões Security Center e Security Center CV. Em certo momento, dispôs-se a empresa a intermediar inclusive o contato com o fabricante da solução (fls. 2286 do processo interno), atitude esta que, na opinião da Recorrente, merece inclusive ser investigada em processo apartado para fins de apuração do crime previsto no artigo 93 da Lei 8.666/93.

Mesmo porque após a intervenção da empresa DFTI no juízo da comissão de licitações, esta entendeu por bem cancelar o item 3, conforme justificativa que segue em Ata: “Por interesse da Administração o item será cancelado, de acordo com o artigo 49 da Lei 8.666/93” (em 20/12/2017, às 10:46h).

Todavia, ao tomar essa decisão exclusivamente vinculada ao “interesse da Administração”, não apenas incorreu a CJF em ilegalidade ao deixar de apontar motivos claros e razoáveis que a levaram a esse veredicto, mas, também, violou a isonomia e a busca pela proposta mais vantajosa no certame, conforme será adiante demonstrado.

DA TEMPESTIVIDADE

Nos termos do artigo 4º, XVIII da Lei 10.520/2002:

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos. (grifamos)

E tendo em vista que a revogação do item 3 foi anunciada no dia 20/12/2017 (quarta-feira), assim como o feriado do dia 25/12, o protocolo das razões recursais pode ser efetuado até as 23:59h de hoje, 26/12/2017 (terça-feira), que é o terceiro dia útil posterior àquela data.

Portanto, são tempestivas as presentes razões.
DAS RAZÕES DE DIREITO

1. PRELIMINAR – DA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO QUE REVOGOU O ITEM 3 DO CERTAME – NULIDADE

Consoante relatado, em que pese ter a Recorrente ofertado proposta mais vantajosa e atendido a todos os requisitos de qualificação técnica para o item 3 do Edital 24/2017, a autoridade competente entendeu por bem, após intervenção da empresa 3ª colocada no processo, revogar o item por “interesse da Administração”.

Entretanto, o dever de motivação do ato administrativo não se restringe a indicar o fundamento legal e justificar a conduta de forma abstrata, com base na conveniência e oportunidade da Administração. Trata-se de ato juridicamente considerado como nulo, vez que ausente de motivação.

Neste sentido não faltam precedentes que alcançaram a declaração de nulidade do ato e a devida continuidade do certame. Acompanhe-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INSURGÊNCIA DO IMPETRANTE EM FACE DO ACÓRDÃO QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE O MANDAMUS - ALEGADA OMISSÃO CONFIGURADA - INTEGRAÇÃO DO JULGADO. (2) LICITAÇÃO - REVOGAÇÃO - PROPOSTA VENCEDORA DENTRO DOS LIMITES DE PREÇO FIXADOS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE FATO SUPERVENIENTE - NULIDADE DO ATO REVOGATÓRIO - DETERMINAÇÃO DE PROSSEGUIMENTO DO CERTAME - SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(1) Constatada omissão do acórdão impugnado, que se limitou a analisar a ausência de motivação do ato administrativo, sem decidir acerca dos motivos apresentados nas informações, devem os embargos ser recebidos para complementar a decisão. (2) Reconhecida a nulidade do ato revogatório por ausência de motivação, bem como a insubsistência dos motivos alegados pela Administração, dada a inexistência de provas de que a licitação tenha sido revogada por razões de interesse público ou de que o mercado dispõe de valores menores e mais convenientes à Administração, deve ser suprida a omissão encontrada no julgado, para o fim de, reiterada a declaração de nulidade da revogação, determinar-se o prosseguimento do procedimento licitatório. Embargos declaratórios conhecidos e providos para suprir a omissão do julgado, sem efeitos modificativos. (grifos nossos)

(TJPR, EMBDECCV 568820202 PR 0568820-2/02, Órgão Especial, Relator Des. OTO LUIZ SPONHOLZ, 05.11.2010).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO - DECLARAÇÃO DE FRACASSO DO PREGÃO APÓS A ADJUDICAÇÃO DO SERVIÇO LICITADO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO RAZOÁVEL. EVENTUAL REVOGAÇÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO APENAS PODE SER REALIZADA POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO E DE FORMA MOTIVADA. UMA VEZ QUE A LICITAÇÃO ATINGIU SUA FINALIDADE, ADJUDICANDO O SERVIÇO LICITADO À EMPRESA AGRAVANTE, NÃO É RAZOÁVEL A DECLARAÇÃO DE FRACASSO DO PREGÃO SOB O ARGUMENTO DE QUE OS PREÇOS

OFERECIDOS NÃO ALCANÇARAM O LIMITE ACEITÁVEL, INCLUSIVE, POR NÃO HAVER MENÇÃO SOBRE QUAL SERIA TAL LIMITE.

(TJ/DF, AI 20020020074169 DF, 3ª Turma Cível, Relator Des. VASQUEZ CRUXÊN, DJU 05.11.2003).

E não é outro o entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da possibilidade de revogação do ato administrativo somente mediante fundamentação justa e razoável, referente a fato superveniente:

[...]

Outrossim, o art. 49 da Lei 8.666/1993 diz que a autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Destarte, restou demonstrado que a revogação do Pregão presencial 241/2011 foi fundamentada em fatos já existentes antes da licitação, com o possível intuito de ceifar do certame a única empresa que se habilitara, no afã de direcionar a contratação para outra empresa que viria a ser beneficiária por sucessivas contratações diretas mediante dispensas irregulares de licitação.

E, considerando a inexistência de fato superveniente à licitação e a ausência de interesse público do processo administrativo disciplinar, deixou de se terem transportado ao mundo fático os requisitos exigidos por lei para que se revogasse regularmente o procedimento licitatório. (grifamos)

(TCU, Processo 02387420147, Relator Min. BENJAMIN ZYMLER, j. 12.08.2015).

Portanto, a margem de discricionariedade conferida pelo artigo 49 da Lei 8.666/93 não dispensa o administrador público do dever de fundamentar devidamente as razões de fato e de direito da sua escolha. Acerca do tema, veja-se marcante precedente do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

1. A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. o ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, i, §1º, da Lei 9.784/99). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato.

2. No caso, ao fundamentar o indeferimento da autorização para o funcionamento de novos cursos de ensino superior na 'evidente desnecessidade do mesmo', a autoridade impetrada não apresentou exposição detalhada dos fatos concretos e objetivos em que se embasou para chegar a essa conclusão.

(STJ, RMS nº 19.210, Quinta Turma, Relator Min. FELIX FISCHER, DJ 10.04.2006)

Enfim, a mera indicação do fundamento jurídico (art. 49 da Lei 8.666/93) e do uso da expressão “interesse da Administração” não reveste o ato de legalidade, de forma que se trata, inequivocamente, de uma conduta desarrazoada e eivada de ilegalidade, podendo ser assim reconhecida e anulada a qualquer tempo, seja pela própria Administração ou pelas entidades de controle externo, a exemplo do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas da União.

Por isso mesmo é que deve ser reconhecido e provido o presente recurso para o fim de revisar a decisão que cancelou o item 3 do certame, por não haver motivo plausível para sua revogação, bem como determinar a respectiva continuidade do referido item.

2. DA QUEBRA DA ISONOMIA NO CERTAME

Vale ainda consignar que, compulsando a documentação contida no processo interno (fls. 2279), verificou-se a exposição de motivo curioso por parte da área técnica ao sugerir o cancelamento do item 3 ao pregoeiro:

Prezado Márcio,

De ordem do Secretário de TI, informo que considerando a controvérsia apresentada quanto a alegação de possível alteração na proposta da empresa APURA COMÉRCIO DE SOFTWARES, que havia informado inicialmente na sua proposta ofertar o produto TENABLE SECURITYCENTER 5.0, e posteriormente retificou sua proposta para o produto TENABLE SECURITYCENTER CV alegando erro material, e considerando que não temos condições técnicas, considerando o curto espaço de tempo, de afirmar se os dois produtos são similares ou não, sugerimos que o GRUPO 3 do PE 24/2017 (solução de gestão de vulnerabilidades) seja excluído da licitação, devendo ser tratado em processo futuro de contratação, a ser instruído pela STI.

Os demais grupos da licitação (Grupos 1 e 2) podem prosseguir normalmente.

A par da fundamentação acima, verifica-se a sugestão de cancelamento embasada em suposta incapacidade da CJF de aferir a compatibilidade da solução ofertada e o curto espaço de tempo.

Ora, não fosse suficiente a ilegalidade anteriormente apontada por ausência de fundamentação da autoridade competente, novamente se percebem indícios que reforçam e comprometem ainda mais a validade do ato administrativo.

Sobre a justificativa do suposto “curto espaço de tempo”, sequer se especifica a que tempo se refere, como se, de repente, a contratação tivesse se tornado desinteressante para a Administração Pública, sem qualquer motivo plausível.

Já a justificativa de ausência de condições técnicas é absolutamente insustentável. Primeiramente, porque todos os requisitos técnicos foram atendidos pela Recorrente; de outra face, caso ainda houvesse alguma dúvida, poderia ser perfeitamente sanada por diligência. Vale lembrar ainda a possibilidade de realização de prova de conceito (item XXII do Edital) “com o objetivo de realizar testes de comprovação de atendimento às especificações e requisitos exigidos nas Especificações Técnicas do Módulo I - Termo de

Referência caso a documentação entregue pela LICITANTE seja considerada insuficiente para comprovar o atendimento a todos os itens exigidos”.

Apenas por tais circunstâncias já se configura a quebra da isonomia entre os licitantes. E isso porque, consoante relatado, inicialmente a empresa AKER foi detentora da melhor oferta e, mesmo não atendendo inicialmente aos requisitos mínimos da solução, teve a oportunidade de demonstrar a adequação da ferramenta através de prova de conceito devidamente agendada pela CJF.

Assim, resta-nos indagar o porquê de uma empresa ter oportunidade plena de evidenciar sua capacidade técnica e de outra – neste caso a Recorrente – ter ceifada qualquer possibilidade de continuidade no certame, que restou precipitadamente revogado.

Vale lembrar que a isonomia é princípio balizador da licitação, cuja violação pode gerar a anulação do certame. Senão vejamos:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO PARA FORNECIMENTO SOLUÇÃO DE INFORMÁTICA PARA ANÁLISE FORENSE DE REDE, COM DISPONIBILIZAÇÃO DE HARDWARE E SOFTWARE. DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO. QUEBRA DA ISONOMIA COM ACOLHIMENTO DE ATESTADO QUE NÃO COMPROVA A DEVIDA CAPACITAÇÃO TÉCNICA NO TOCANTE ÀS ESPECÍFICAS CARACTERÍSTICAS DA SOLUÇÃO QUE SE PRETENDE CONTRATAR. IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DO CERTAME, ANTE A AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO TÉCNICA PARA AS EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS. DELIBERAÇÃO DE MÉRITO PELA NECESSIDADE DE ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO E, CONSEQUENTEMENTE, DO RESPECTIVO CONTRATO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVA LICITAÇÃO, ESCOIMADA DOS VÍCIOS VERIFICADOS NOS AUTOS.

(TCU, Processo 03442420130, Relator Min. MARCOS BEMQUERER, j. 24.05.2014).

Destarte, se mesmo após as diligências em que confirmou a Recorrente a plena adequação da solução (corrigindo inclusive um erro material em sua proposta) havia ainda alguma dúvida acerca do atendimento dos requisitos, tal impasse poderia ter sido perfeitamente sanado, inclusive mediante realização de prova de conceito, exatamente como oportunizado à primeira colocada.

Assim, evidenciam-se fortes indícios de que não apenas foi precipitada e injustificada a revogação do item 3 do certame, como não dispendeu o mesmo tratamento entre as licitantes, em grave ofensa ao princípio da isonomia.

Isso sem entrar em detalhes de que a decisão da CJF foi nitidamente influenciada pelos contatos havidos com a empresa DFTI, alguns via e-mail – expressos no processo – e outros via telefone, meramente mencionados no processo e cujo teor não se pode afirmar nesta peça.

Enfim, não faltam motivos para que seja anulado o ato que revogou o item 3 do certame. E muito além da questão da quebra da isonomia, também não nos parece prudente, tampouco razoável, que a Administração Pública entenda como mais vantajoso cancelar um item e realizar nova licitação – o que por si só já demanda esforço, tempo e desgaste da própria estrutura interna da CJF – sujeitando-se a nova correção de preços de mercado,

seja por atualização do ano, seja por reajuste inflacionário, entre outros fatores que interferem no preço.

3. DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BUSCA PELA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA E DO DEVER DE ECONOMICIDADE

A fim de abordar a ilegalidade ainda por outra face, é possível apontar que a revogação do item 3 do certame atua na contramão do princípio da busca pela proposta mais vantajosa para a Administração.

E isso porque a oferta da Recorrente, se comparada à terceira colocada, por exemplo, é 56% mais barata, representando essa diferença uma economia de R\$ 284.967,00 (duzentos e oitenta e quatro mil, novecentos e sessenta e sete reais) aos cofres públicos. Ressalta-se que os valores ofertados pela Recorrente foram obtidos em condições únicas e extraordinárias junto ao fabricante, de modo que em sendo a licitação cancelada os preços não poderão ser mantidos. E, ao que tudo indica, às ofertas dos concorrentes se aplica a mesma regra.

Assim, o novo certame não apenas dispenderia tempo e esforço da Administração como, muito provavelmente, culminaria em uma compra mais cara em relação à licitação atual. Fato este que poderia, novamente, ser legitimamente impugnado pela Recorrente (ou por qualquer interessado) e denunciado ao Tribunal de Contas da União, por grave ofensa ao erário.

Neste sentido, o que se pretende evidenciar é que a ilegalidade verificada no certame contamina inclusive a instauração de procedimento licitatório futuro, razão pela qual, reforce-se, deve ser revista a decisão que revogou o item 3, devendo ser dado prosseguimento ao certame.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer-se o conhecimento das presentes razões de recurso, bem como seu deferimento no sentido revisar a decisão que revogou o item 3 do certame, que merece ser retomado no ponto em que estava para que sejam resguardadas a legalidade e a isonomia, oportunizando à Recorrente reafirmar a adequação da solução ofertada aos requisitos técnicos do Pregão Eletrônico 24/2017, sob pena nulidade, inclusive de eventual certame futuro.

Não sendo este o entendimento, requer-se desde logo seja este Recurso submetido à autoridade superior em consonância com o previsto no § 4º, do art. 109, da Lei nº 8.666/1993.

Informa-se ainda que, em não sendo adotadas as medidas necessárias para devolver ao certame o seu regular processamento, a Recorrente dará ciência das citadas irregularidades ao Tribunal de Contas da União, sem prejuízo das demais medidas judiciais cabíveis.

Nestes termos

Pede deferimento.

São Paulo, 26 de dezembro de 2017.

SANDRO ROMERA SUFFERT

Representante Legal