

**JULGAMENTO DE RECURSO
DECISÃO DO PREGOEIRO
Pregão Eletrônico nº 06/2020**

1. DOS FATOS

Trata-se de análise do recurso administrativo interposto pela empresa **Cast Informática S/A**, inscrita no CNPJ sob o nº 03.143.181/0001-01, contra a decisão do Pregoeiro que habilitou a empresa Resource Americana Ltda, inscrita no CNPJ sob o nº 05.150.869/0001-35, tendo em vista a apresentação da melhor proposta ao Pregão Eletrônico nº 06/2020, cujo objeto é a contratação de serviços técnicos especializados na área de Tecnologia da Informação (TI), compreendendo planejamento, desenvolvimento, implantação e execução continuada de serviços relacionados à atendimento ao usuário, operação, monitoramento, suporte, sustentação e projetos de infraestrutura, observando as tecnologias utilizadas pela Fundação Nacional de Saúde (banco de dados, redes e infraestrutura relacionadas à sistemas em produção e em desenvolvimento), bem como serviço de integração física e lógica do ambiente computacional, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus anexos.

1.1. Preliminarmente, cabe esclarecer que a peça apresentada pela recorrente foi tempestiva, na forma da Lei n.º 10.520/2002 e do Decreto n.º 10.024/2019, tendo em vista que manifestou a intenção de recorrer.

LEI Nº 10.520/2002.

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

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;

DECRETO Nº 10.024, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019.

Art. 44. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante o prazo concedido na sessão pública, de forma imediata, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer.

§ 1º As razões do recurso de que trata o caput deverão ser apresentadas no prazo de três dias.

§ 2º Os demais licitantes ficarão intimados para, se desejarem, apresentar suas contrarrazões, no prazo de três dias, contado da data final do prazo do recorrente, assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

§ 3º A ausência de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer, nos termos do disposto no caput, importará na decadência desse direito, e o pregoeiro estará autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor.

§ 4º O acolhimento do recurso importará na invalidação apenas dos atos que não podem ser aproveitados.

2. DA ADMISSIBILIDADE

2.1. Repise-se a tempestividade e a regularidade do recurso e contrarrazão, eis que restaram atendidos os requisitos insculpidos no art. 44 do Decreto nº 10.024/2019 e no Edital da Licitação.

2.2. Desta feita, considerando que as empresas citadas ingressaram suas peças de recurso e de contrarrazão recursal de forma tempestiva no Compras Governamentais, merecem ter seu mérito analisado, visto que os prazos estabelecidos foram respeitados.

3. DAS FORMALIDADES LEGAIS

3.1. Registre-se que houve atendimento ao cumprimento das formalidades legais, eis que todos os licitantes foram cientificados da existência e trâmite dos recursos administrativos interpostos, bem como do prazo para apresentação das contrarrazões, conforme comprovam os documentos registrados no Sistema Compras Governamentais.

4. DOS RECURSOS

4.1. Em linhas gerais, seguem abaixo, as alegações da empresa recorrente e a análise da Funasa:

✓ Alegação da Empresa Cast Informática:

- Que a empresa Resource tentou induzir a área técnica ao erro, quanto, tempestivamente fez o seguinte questionamento: *“Analisando o edital, verificou-se que embora cite a proibição do consórcio não há qualquer vedação a participação da Licitante com o Grupo Econômico, não sendo expresso à possibilidade de apresentação de atestados em favor de empresas do mesmo grupo da Licitante.*

Assim, gostaríamos de destacar alguns fatores importantes que ajudarão a FUNASA a avaliar de forma mais completa a nossa pergunta.

(i) *É reconhecido no mercado brasileiro, assim como no mercado mundial, que em algumas situações duas ou mais sociedades unem esforços, acervo técnico e maquinário, para desenvolver de forma mais produtiva e eficiente suas atividades econômicas, o que possibilita uma melhor prestação de serviços.*

(ii) *Eventual limitação de participação de empresas integrantes do mesmo grupo econômico da licitante que sejam detentoras de tais atestados limitaria a participação de empresas que possuem esse conhecimento e estão capacitadas para o futuro certame, prejudicando, por consequência, a escolha da proposta mais vantajosa para a FUNASA;*

(iii) *Entende a melhor doutrina em Direito Administrativo que “(...) a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Em outras palavras, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor forma possível.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 227);*

(iv) *Admitir a aceitação de atestados em nome de empresas integrantes do mesmo grupo econômico da Licitante permitirá não só maior competitividade, como também o desenvolvimento eficiente e eficaz da economia nacional, trazendo conhecimento e expertise técnicos já desenvolvidos e aplicados com sucesso em outros países. Isto porque a experiência de uma empresa, que constitui sua propriedade imaterial, é amplamente compartilhada na sua extensão do modelo de operação;*

(v) *Não há vedação na Lei de Licitações que afastam a utilização de atestados de empresas que possuem o mesmo Grupo Econômico;*

(vi) *O TCU já decidiu que não há impedimento legal, caso o Licitante apresente atestados de empresas de um mesmo grupo econômico, pois o grupo econômico a personalidade e patrimônios distintos se conversam.*

*Tendo em vista os fatores acima elencados, entendemos que **serão aceitos nesta licitação** atestados de capacidade técnica emitidos em nome de outras empresas do grupo econômico da Licitante, pois há compartilhamento de metodologias, recursos e expertises, e também por propiciar um maior número de concorrentes devidamente qualificados, com vistas ao oferecimento, em termos de qualidade e excelência, dos melhores serviços para a FUNASA. Está correto o nosso entendimento?”*

A resposta encaminhada, na ocasião: “Sr. Licitante,

Sim é possível, pois não há vedação na Lei 8.666/93 e o TCU já se manifestou no sentido de que não há impedimento legal pois trata-se de empresas com personalidade jurídica distinta, por meio do qual adquirem direitos e obrigações individualizadas, porém não há necessidade de alterar o Edital, até porque, de acordo com a Instrução Normativa nº 5 de 2017, da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, os modelos de editais e seus anexos, contidos no site da AGU, são de uso obrigatório, de onde extraímos o utilizado. Ainda alertamos que o mesmo sofreu aprovação da PGF/Funasa, razão pela qual não pode ser alterado aleatoriamente e por último, em razão de não haver óbice quanto à referida apresentação de atestado de capacidade técnica e também pela vinculação das respostas de questionamentos, o licitante encontra-se respaldado no questionamento abaixo enviado.

Atenciosamente,

Carmen Santos”

-Desse modo a primeira alegação da Cast Informática é que a Pregoeira não quis, com sua resposta, dizer que os atestados de uma empresa do grupo econômico poderiam ser apresentados por outra e sim que uma poderia atestar a outra, somente isso.

-Momento seguinte no recurso, passa a Cast Informática a citar diversos trechos de acórdãos, para embasar a argumentação inicial. Foram utilizados os seguintes trechos:

Trecho 1 - “Acórdão 2241/2012 – Plenário TCU – 22/08/2012: ...Sobre os motivos pelos quais considerou insuficiente o atestado de capacidade técnica apresentado pela empresa Connectcom Teleinformática Comércio e Serviços Ltda., a afirmação da Alive de inviabilidade do atestado de capacidade técnica por ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico não prospera. Em primeiro lugar, porque não há vedação na Lei nº 8.666/93 e nem no edital da licitação. Em segundo lugar, porque o art. 266 da Lei 6.404/76 estabelece que as sociedades (controladora e controlada) conservam a personalidade e patrimônios distintos, além de ser um princípio da contabilidade: o princípio da entidade. Assim, não se misturam transações de uma empresa com as de outra. Mesmo que ambas sejam do mesmo grupo econômico, respeita-se a individualidade de cada uma.”

Trecho 2 - “Acórdão de Relação 451/2010 – Plenário TCU – 17/03/2010- ... Considerando que, em relação à alegação de que o atestado de capacidade técnica não poderia ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico, tendo sido observado que não havia vedação na Lei de Licitações nem no edital do pregão e que controlada e controladora conservam personalidade e patrimônio distintos.”

Trecho 3 - “Acórdão 1691/2020 – Plenário TCU – 01/07/2020 - 3.24. O fato de a Sra. (omissis) trabalhar como preposta de outras empresas, por si só, não impediria de a mesma participar do certame, tendo em vista ausência de tal impedimento do Regulamento de Licitações e Contratos do Senar (disponível em <http://www.senar.org.br/sites/default/files/senar/RLC-SENAR.pdf>), como também no edital do certame. Nem mesmo a Lei 8.666/1993, não aplicável ao Senar, contém tal proibitivo. De outra borda, o Acórdão 451/2010-TCU-Plenário, mencionado pelo recorrente, de fato exclui a irregularidade concernente a atestado de capacidade técnica emitido por empresa do mesmo grupo econômico, entretanto, tal decisum não se aplica ao caso, pois o que ocorreu na

espécie foi a emissão de atestado por empresa pretensamente distinta, mas que na verdade atuou como pessoa jurídica de fachada, representada por um mesmo preposto, a Sra. (omissis). (...)”

Trecho 4 - “*Acórdão 1528/2012 – Plenário TCU – 20/06/2012 – FISCOBRAS 2012. LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. OBRAS DE REMANEJAMENTO DA ADUTORA DE ÁGUA TRATADA, NO TRECHO DO CAMPO DE PERIZES, PERTENCENTE AO SISTEMA ITALUÍS. JULGAMENTO DA FASE DE HABILITAÇÃO DO CERTAME EM DESACORDO COM OS CRITÉRIOS DO EDITAL E DA LEGISLAÇÃO. ACEITAÇÃO DE ATESTADOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL EMITIDOS EM NOME DE EMPRESA NÃO INTEGRANTE DO CONSÓRCIO DECLARADO VENCEDOR DO CERTAME. OITIVA DO ÓRGÃO E DO CONSÓRCIO. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DE ACERVO TÉCNICO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. HABILITAÇÃO INDEVIDA DO CONSÓRCIO, DEVIDO À AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL DE UMA DAS EMPRESAS QUE O INTEGRAM. INFRAÇÃO A NORMA LEGAL, COM RISCO DE PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO JULGAMENTO DA FASE DE HABILITAÇÃO DO CERTAME E DEMAIS ATOS DELA DECORRENTES.*

27. Quanto à transferência de acervo técnico, alegou que nada havia que se distinguir dentre as demais formas de reorganização empresarial. No caso vertente, asseverou que esse acervo fora transferido formalmente, mediante avaliação e deliberação da empresa holding, que ensejou incremento de capital na empresa controlada — EIT Construções S/A, conforme consta da Ata de Assembleia Geral, datada de 22 de março de 2011 (fls. 9 da peça 94 e 9-10 da peça 96).

28. Assim, concluiu que a transmissão do acervo técnico da empresa EIT Empresa Industrial Técnica S/A (holding/controladora) à empresa EIT Construções S/A (subsidiária integral/controlada) não só ocorrera efetivamente, como fora realizada de modo absolutamente legal e transparente, obedecendo-se a todos os trâmites exigidos para tanto, que são os previstos na Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das sociedades anônimas).

29. Adiante, a defendente destacou que a criação da subsidiária integral EIT Construções S/A estava de tal modo protegida pelos efeitos do instituto conhecido como ato jurídico perfeito, que nem mesmo a sua controladora/holding poderia continuar utilizando o acervo técnico que foi transferido. Assim, se a holding pretendesse participar de uma licitação, não podia mais apresentar nenhum dos atestados que foram transferidos para a EIT Construções S/A, tal como o que foi utilizado na concorrência em voga.

30. Continuando o feito, a defendente ponderou que a reorganização empresarial realizada teve a clara e expressa finalidade de descentralização dos negócios da controladora, objetivando maior eficiência na sua atuação no mercado. Nesse passo, aduziu que a criação da EIT Construções S/A, foi deliberada em 7 de janeiro de 2011 e efetivada, após todo o procedimento legal, em 17 de março do mesmo ano, exatos 8 meses antes da publicação do edital de pré-qualificação inerente à Concorrência 3/2011-CCL (fls. 23-25 da peça 96). Ademais, asseverou que a recuperação judicial da EIT — Empresa Industrial Técnica S/A também era posterior à criação da subsidiária EIT Construções, conforme demonstra a petição inicial com registro de protocolo em juízo, datada de 18 de maio de 2011 (fls. 1-24 da peça 95). Assim, pontuou;

Esse fato, aliado ao procedimento de criação de uma subsidiária integral, afasta por completo qualquer presunção de ilegitimidade da operação comercial. Isso porque, caso a intenção dos acionistas fosse afastar um passivo iliquidável, o melhor procedimento seria a própria cisão parcial, e nunca a criação de uma subsidiária integral, que tem solidariedade integral em decorrência de integrar o próprio patrimônio da empresa em recuperação. (fl. 10 da peça 94)

31. Por fim, a empresa destacou que a empresa EIT — Empresa Industrial Técnica S/A gozava dos efeitos de liminar proferida pelo Juízo da Comarca de Jaguaruana/CE, que a permitia participar de licitações públicas mesmo em processo de recuperação judicial. Assim, concluiu que não havia nos autos nenhum ato que afrontasse a legalidade ou a moralidade essenciais aos processos licitatórios da Administração Pública.

...

33. *Adiante, a defendente alegou que, no exercício do controle, não havia valor maior a ser preservado do que o interesse público. Fazendo menção ao entendimento esposado no Acórdão 2.618/2007-TCU-Plenário, pontuou: 'Esse valor, no caso em tela, está muito mais voltado para a consecução das obras a um preço justo do que à preservação de interesse subjetivo privado.' (fl. 12 da peça 94)."*

Análise da FUNASA:

A alegação da recursante de que a Pregoeira ou a Equipe Técnica foi iludida não prospera, visto que a CGMTI, além de analisar os Atestados de Capacidade Técnica, ainda promoveu diligência junto ao TJMG com a finalidade de não restarem dúvidas acerca do cumprimento das exigências de qualificação técnica do Edital.

Ademais a Pregoeira reitera o entendimento exposto ao responder ao questionamento da contrarrazoante, de que não há óbice à aceitação de atestados de capacidade técnica de empresas participantes do mesmo grupo econômico. Acrescenta-se que a resposta do presente recurso foi consubstanciada por Parecer emitido pela PFE/Funasa, de acordo com SEI 2286312.

Segue análise de cada trecho de acórdão do TCU utilizada no Recurso da Cast Informática:

Trecho 1 – Na leitura completa do acórdão percebe-se que o mesmo refutou o recurso apresentado pela Alive, pois considerou não haver vedação ou invalidade da apresentação do atestado técnico por empresa do mesmo grupo econômico na Lei nº 8.666/93 e nem no edital da licitação e, também, pelo fato do art. 266 da Lei nº 6.404/76 estabelecer que as sociedades (controladora e controlada) conservam a personalidade e patrimônios distintos, além de ser um princípio da contabilidade: o princípio da entidade. No presente caso os Atestados de Capacidade Técnica não foram considerados suficientes, pelo objeto principal e pelo fato de não ter sido apresentado no formato exigido no Edital. Portanto, o Acórdão TCU nº 2241/2012-Plenário ao invés de socorrer os argumentos levantados pela recorrente, na verdade confirmam a tese da possibilidade da comprovação da capacidade técnica utilizando certificados de empresas do mesmo grupo econômico.

Trecho 2 – Novamente o julgado reconhece não haver vedação na lei de licitações e no Edital para emissão de atestados de empresas do mesmo grupo econômico e a decisão dos Ministros foi de considerar improcedentes os argumentos e indeferir o requerimento de medida cautelar formulado pela recorrente Empresa Evermobile Ltda.

Trecho 3 – Da mesma forma o julgado reafirma a não proibição pela lei 8.666/93 e pelo edital do referido certame na utilização de Atestados de Capacidade Técnica por empresas do mesmo grupo econômico.

Trecho 4 – o julgado faz menção à questão diversa da apresentada no Pregão Eletrônico nº 06/2020, em comento, pois refere-se Consórcio de empresas e a irregularidade da comprovação da habilitação técnica de suposta empresa que não era integrante inicial de referido consórcio, desta serve de argumento.

Por último, face ao entendimento amplo e irrestrito da possibilidade de aceitação de Atestados de Capacidade Técnica de empresas do mesmo grupo econômico, a Comissão Permanente de Licitações procedeu, em 04 de agosto de 2020 à diligência para conclusão sobre o pertencimento das empresas RESOURCE TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA e CIMCORP COMÉRCIO E SERVIÇOS DE TECNOLOGIA DE INFORMÁTICA LTDA ao mesmo grupo econômico da contrarrazoante habilitada, Ressource Americana Ltda. Conforme documentação encaminhada pela diligenciada, SEI 2288496, resta inequívoco a formação do grupo.

Face ao exposto, entendo que **não devem prosperar as alegações recursais impetradas pela empresa Cast Informática S/A. Desta forma INDEFIRO o recurso interposto.**

5. DA DECISÃO

5.1. Diante dos argumentos acima apresentados, esta Pregoeira conhece do Recurso Administrativo ora interposto e **INDEFERE OS PEDIDOS** em sua integralidade, mantendo-se a decisão de habilitar a empresa Resource Americana Ltda, inscrita no CNPJ sob o nº 05.150.869/0001-35. Por ser medida que atende aos princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, e da economicidade, e ainda considerando todo o exposto nesta peça, motivo pelo qual encaminhado os autos à autoridade superior para manifestação e decisão final.

Brasília-DF, 05 de agosto de 2020.

CARMEN LÚCIA BAIROS DOS SANTOS
PREGOEIRA /FUNASA