

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

EXCELENTÍSSIMO SRA. PREGOEIRA DA FUNDAÇÃO NACIONAL DA SAÚDE - FUNASA

Pregão Eletrônico 06/2020. Processo Administrativo nº 25100.011.868/2019-56

CAST INFORMÁTICA S.A. ("Cast"; "Recorrente"), já qualificada no certame em referência, vem, nos termos do item 11 e seguintes do Edital, tempestivamente, apresentar competente RECURSO ADMINISTRATIVO, contra a decisão do I. Pregoeiro que declarou a empresa RESOURCE AMERICANA LTDA. ("Resource"; "Recorrida"), como vencedora do certame.

I – FATOS

Cuidam os autos do Pregão Eletrônico em referência, de procedimento cujo objeto é a escolha da proposta mais vantajosa para 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

A Licitação seguiu seu curso normal, tendo a Resource apresentado a proposta com menor valor. Sendo certo que, após a análise de sua documentação técnica de habilitação a Recorrida foi, surpreendentemente, declarada vencedora do certame.

Entretanto, conforme ver-se-á a seguir, não deve prosperar a decisão que declarou a Resource como vencedora do certame.

II- MÉRITO.

Como narrado alhures, ao analisar a documentação de habilitação da Recorrida, entendeu a equipe técnica da FUNASA, que supostamente, a Resource teria atendido os requisitos do Edital, sobretudo no que concerne à Capacidade Técnica.

Ocorre, todavia, que a douta Equipe Técnica da Funasa, não observou ter sido vítima de maliciosa empreitada daquela Companhia. A até então, bem sucedida tentativa de induzir a Funasa a erro, se iniciou ainda em fase preliminar à Licitação, quando elaborou o seguinte pedido de esclarecimento:

Questionamento 01: 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 a possibilidade de apresentação de atestados em favor de empresas do mesmo grupo da Licitante.

(...)

(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?(...)

(grifos nossos)

Oportunidade na qual a FUNASA assim respondeu:

Resposta: 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.

Analisando detidamente o questionamento, sobretudo o trecho grifado, é possível constatar a nefasta estratégia da Recorrida. Note-se que ao realizar a pergunta, afirma que o TCU que inexistente impedimento para apresentação de atestado de empresas do mesmo grupo. Entretanto, omitiu a Resource importante palavra em seu questionamento, qual seja, "emissão".

Na verdade, o que o Egrégio Tribunal de Contas da União permite é que sejam EMITIDOS atestados de capacidade técnica entre empresas do mesmo grupo econômico, nesse contexto, a título exemplificativo, considere-se a existência de um grupo econômico formado pelas empresas A,B e C, e denominado Grupo ABC. Nesse caso, é possível que a empresa C forneça atestado de capacidade técnica para a empresa B. Porém, não pode a empresa B meramente se utilizar de um atestados de capacidade técnica que a empresa C possui.

Nesse sentido, a resposta ao questionamento elaborada pela Funasa está correta, ou seja, as empresas de um mesmo grupo econômico, podem, entre elas, EMITIR atestados, por expressa ausência de proibição legal nesse sentido. Sendo vedada, todavia, a mera utilização de atestados recebidos individualmente pelas empresas que compõe esse grupo em benefício de outra.

Noutras palavras, a fim de elidir qualquer dúvida eventualmente existente, o que o E. TCU permite é a utilização de atestado fornecido POR empresa do mesmo grupo (à outra) e não PARA uma única empresa do grupo (sendo, portanto, inaproveitável para as demais).

Para corroborar as afirmações aqui apresentada, a Recorrente apresenta as decisões do TCU a seguir:

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.

(ACÓRDÃO 2241/2012 – PLENÁRIO. Dt. Sessão 22/08/2012. Min. Rel. José Mucio Monteiro).

(...)

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.

(Acórdão Nº 451/2010 - TCU – Plenário. Dt. Sessão 17/03/2010. Min. Relator Valmir Campelo)

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).

(...)

(ACÓRDÃO 1691/2020 – PLENÁRIO- Dt. Sessão 01.07.2020. Min Relator Augusto Nardes)

Dos trechos destacados acima, é evidente, portanto, que a permissão concedida pelo TCU se limita aos atestados EMITIDOS de uma empresa à outra do mesmo grupo econômico. Portanto, a resposta da FUNASA em relação ao questionamento está correta, desde que tenha considerado, tão somente a possibilidade de utilização dos atestados EMITIDOS POR empresas do mesmo grupo econômico.

Diante desse cenário, tem-se impossível considerar todos os atestados trazidos pela Recorrente em nome das empresas CIMCORP COMÉRCIO E SERVIÇOS DE TECNOLOGIA DE INFORMÁTICA LTDA e RESOURCE TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA., vez que não estão em consonância com o entendimento do TCU.

Afastada a primeira das maliciosas estratégias da Resource, faz-se necessário esclarecer que existe exceção ao entendimento firmado do TCU no que concerne à utilização dos atestados de capacidade técnica concedidos em nome de determinada empresa do cumpro, por outra. Essa espécie de “compartilhamento” de atestado, somente é permitida, em casos de transferência total ou parcial de patrimônio e profissionais decorrentes de reestruturação societária, DESDE QUE, tenha ocorrido cisão, incorporação e/ou incorporação().

Ora, nos casos em que há a efetiva transferência de conhecimento, é inegável que os atestados possam ser aproveitados. O melhor caminho para tal entendimento é a análise da incorporação, quando uma empresa deixa de existir e passa a compor o cerne da empresa que a absorveu. Nessa oportunidade, profissionais, estruturas, conhecimento são invariavelmente transferidos e entregues para a empresa que realizou a absorção.

Todavia, não admite o TCU que a transferência seja meramente para fins jurídicos, isto é, para aqueles casos em que a puramente uma alteração societária e que não implica, necessariamente na alteração estrutural e de funcionamento da empresa. Senão vejamos o acórdão abaixo:

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. Inclusive, na obra de referência desta Casa sobre a temática licitatória e contratual administrativa – “Licitações e Contratos: orientações e Jurisprudência do TCU, 4ª Ed., Brasília, 2010” - consta, sobre a matéria em apreço, que “O ENTENDIMENTO FIRMADO NA CONSULTA [ACÓRDÃO 354/2008 PLENÁRIO] APLICA-SE TÃO-SOMENTE AOS INSTITUTOS JURÍDICOS DA CISÃO, FUSÃO E INCORPORAÇÃO”. (DESTAQUEI)

28. De outra parte, ainda que possa ser procedente a alegação da empresa EIT Construções S/A de que a operação realizada pela empresa EIT Empresa Industrial Técnica S/A seja similar à cisão parcial prevista no art. 229 da Lei nº 6.404/1976 por, dentre outras coisas, ter havido transferência de patrimônio, o fato é que a escritura pública de sua constituição indica, expressamente, que essa operação se deu com fundamento no art. 251 da Lei nº 6.404/1976, o qual dispõe sobre a constituição de empresas, mediante subscrição particular de capital, tendo como única acionista sociedade brasileira.

29. Ou seja, a empresa EIT Construções S/A foi constituída como subsidiária integral da empresa EIT Empresa Industrial Técnica S/A, única acionista e subscritora do capital. No caso, a transferência de patrimônio indicada no ato de constituição deu-se como forma de pagamento, para fins de integralização das ações subscritas por ela. Ademais, como fácil se nota do exame do referido ato de constituição, não houve sucessão à subsidiária integral dos direitos e obrigações da holding controladora, na proporção do capital transferido, nem alteração da estrutura societária das empresas envolvidas na negociação.

30. A meu ver, e com as vênias à tese sustentada pela EIT Construções S/A e aos pareceristas que na mesma linha se manifestaram, sendo por ela mencionados, não cabe equiparar a operação em exame à cisão prevista no art. 229 da referida lei, operação essa pela qual uma companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão, com sucessão, pelas novas empresas, de direitos e obrigações da empresa cindida, na proporção do patrimônio transferido.

31. Reputo correta, ao menos do que até aqui depreendo, a argumentação da unidade técnica de que “não há na legislação societária, nem constitui decorrência lógica e inevitável da operação de subscrição de ações, qualquer previsão de sucessão de direitos e obrigações entre a empresa que adquire e a que aliena suas ações, não ocorrendo, muito menos, a imediata e natural comunicação de know-how, experiência e acervo técnico entre elas, como ocorre nos casos de cisão, fusão e incorporação”.

(...)

33. Como consequência das colocações acima, tenho para mim que o Consórcio EIT/Edeconsil/PB não logrou comprovar a sua aptidão técnica para executar o objeto licitado, dado que apresentou, para fins de qualificação técnica-operacional, documentação pertencente à empresa estranha ao consórcio, sendo indevida, portanto, sua habilitação ao certame.

(...)

(ACÓRDÃO 1528/2012 – PLENÁRIO – Dt. Sessão 20/06/12. Min. Relat. Augusto Nardes).

Nesse sentido, sem perder de vista o irretocável Acórdão acima colacionado, da análise da documentação trazida aos autos pela Recorrida, é de fácil contestação que, para fins do entendimento do Tribunal de Contas da União, sequer existe a figura do grupo econômico, como pretende a Resource. Desse modo, inexistindo a figura societária, considerando a não realização de qualquer transferência efetiva de conhecimento, estrutura ou ainda, por não se enquadrar nas hipóteses autorizadas por aquela Casa, deve a Recorrida ser desclassificada do certame.

A inexistência da figura do Grupo Econômico é absolutamente evidente quando da análise da documentação jurídica apresentada para fins de habilitação, vez que a operação realizada entre as empresas para a suposta configuração, foi a ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

Ora, como é de amplo conhecimento, a alienação fiduciária é a transferência de propriedade do bem (nesse caso, das quotas) de maneira resolúvel, noutras palavras, trata-se aqui de um acordo comercial, sem transferência de know how, patrimônio ou expertise técnica, existe uma condição resolutiva para que se opere a transferência definitiva da propriedade, que é a liquidação da dívida pelo devedor.

A esse respeito, o Ilustre Doutrinador Caio Mário da Silva Pereira, assim leciona():

(...)

Este novo contrato, criando “direito real de garantia”, implica a transferência, pelo devedor ao credor, da propriedade e posse indireta do bem, mantida a posse direta com o alienante. É, portanto, um negócio jurídico de alienação, subordinado a uma condição resolutiva. Efetuada a liquidação do débito garantido, a coisa alienada retorna automaticamente ao domínio pleno do devedor, independentemente de nova declaração de vontade.

(...)

Na mesma esteira, o Código Civil, dispõe que a alienação fiduciária nada mais é que a transferência resolúvel da propriedade, observemos:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

§ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.

§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.

No caso da Resource, temos que a alienação fiduciária ocorreu da seguinte forma:

- Resource Americana LTDA. cedeu integralmente, por meio de alienação fiduciária, suas cotas para a empresa TRG

MANEGEMENT LP;

• Cimcorp Comércio e Serviços de Tecnologia de Informática LTDA. Cedeu integralmente, por meio de alienação fiduciária, suas cotas para a empresa TRG MANEGEMENT LP.

Note, Ilustre Julgador, que a forma pela qual foi realizada a operação, em nenhuma hipótese, se assemelha àquela prevista no entendimento do TCU que são, cisão, fusão e incorporação, ao contrário, foi realizada uma operação que, em caso de falta de pagamento pelo devedor, poderá imediatamente ser resolvida, ou seja, as empresas terão suas cotas devolvidas em sua integralidade.

Para além do evidente não atendimento dos requisitos previstos pelo TCU para a utilização dos atestados de capacidade técnica conforme demonstrado, utilizando a analogia, trazemos ao presente recurso o conceito de grupo econômico previsto na lei 6.404/76:

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

§ 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

§ 2º A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no artigo 244.

Da leitura dos artigos acima transcritos, é evidente que para fins de configuração de grupo econômico à luz da legislação brasileira, faz-se necessário, dentre outros requisitos, que a sociedade CONTROLADORA seja BRASILEIRA.

Assim, ainda que se admitisse, por qualquer hipótese, a relação de grupo econômico entre as empresas Resource, Cimcorp e TRG para fins de utilização dos atestados - O QUE SE ADMITE APENAS POR ARGUMENTAR - , tem-se que a sociedade supostamente controladora desse "grupo", não é Brasileira, razão pela qual, impossível também por esse ângulo admitir sequer a relação pretendida pela Recorrida bem como a utilização dos documentos de capacidade técnica.

Dessa forma, ao analisarmos a documentação apresentada pela Recorrida, considerando que não houve o fornecimento de atestado de uma empresa para a outra, bem como a inexistência de transferência de conhecimento entre as Companhias, ante a não realização das operações societárias de Fusão, Cisão ou Incorporação, é de evidente verificação que a Resource não atende aos requisitos do Edital, vez que não demonstrou sua capacidade técnica nos termos do Instrumento Convocatório e seus anexos.

Além de todo exposto, chama atenção a intencional ausência de explicação, pela Recorrida, a respeito da relação entre as empresas do "grupo econômico". Isso porque, como se observa, a Resource apenas juntou os documentos sem realizar a devida demonstração da suposta relação, como se esperaria de uma Companhia que pretende vencer o certame, vez que não cabe ao Órgão Licitante buscar justificativas para que uma empresa se qualifique, mas tão somente analisar a documentação enviada, verificando, com as informações já apresentadas, se a licitante atende ou não aos requisitos do Edital.

A não realização da explicação, somente faz crescer a suspeita de possíveis irregularidades jurídicas na estrutura societária. Para demonstrar a possibilidade de haver de fato irregularidades na engenhosidade de sociedades empresárias utilizadas no certame, a Cast direciona a atenção à Clausula 4ª, parágrafo primeiro, da 23ª alteração do Contrato Social da Resource Americana, no qual consta expressamente a necessidade de adequação da pluralidade de sócios em 180 dias, prazo esse que se iniciaria na data 25.03.2019, e terminaria em 21.09.2019, de forma que, sem que seja apresentados outros documentos relativos à essa questão, a sociedade por si só já estaria irregular.

III- DO PEDIDO

Por tudo exposto e diante dos fatos e fundamentos acima narrados, por todos os ângulos em que se analise a questão ora combatida, é constatação que a Recorrida não cumpriu com os requisitos técnicos necessários para a sua classificação, sobretudo porque apresentou atestados de capacidade técnica de pessoa jurídica estranha ao presente pregão, nos termos da fundamentação trazida nas presentes razões recursais, sendo certo que, ao excluir da documentação apresentada os atestados das Companhias RESOURCE TECNOLOGIA E INFORMATICA LTDA e CIMCORP COMÉRCIO E SERVIÇOS DE TECNOLOGIA DE INFORMÁTICA LTDA, tem-se que a recorrida, não possui sozinha os atestados necessários para sua habilitação técnica.

Ademais, ainda que se realize hercúleo esforço para a aplicação do entendimento pretendido pela Resource, a farta e sólida jurisprudência do Tribunal de Contas da União, afasta, completamente qualquer possibilidade de utilização dos atestados fornecidos para outras empresas quando, necessariamente não tenha ocorrido a fusão, cisão parcial ou a incorporação.

Assim, requer seja o presente recurso julgado totalmente procedente para que seja alterada a decisão que declarou a Resource vencedora do certame, razão pela qual a Recorrida deverá, necessariamente ser declarada inabilitada e, por consequência, desclassificada da Licitação.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, DF 27 de julho de 2020.

CAST INFORMÁTICA S.A.

CNPJ: 03.143.181/0001-01
LUIZ ALMEIDA ANDRADE
CONSULTOR DE LICITAÇÕES
R.G.: 06439863 32 – SSP/BA
CPF.: 708.582.415-87

Fechar