

SERVICOS GERAIS LTDA."

Nobre julgador, veja que houve tanto o desrespeito à regra legal quanto a inobservância à jurisprudência dominante do Tribunal de Contas da União, inclusive já apresentada nas contrarrazões de recurso. Isto porque, mesmo que haja dúvidas quanto aos quantitativos e similaridade do serviço executado, deve ser realizada diligência para aclarar as informações, em respeito a Supremacia do Interesse Público e Busca da proposta mais vantajosa.

Ocorre, no entanto, que de acordo com o entendimento pacífico do Tribunal de Contas da União, o dispositivo legal não veicula uma simples discricionariedade ao gestor público, mas sim um verdadeiro dever de ação nas situações em que a diligência se mostrar necessária e adequada.

É pacífico o entendimento do Tribunal de que ausência de informações que comprovem a capacidade técnica não devem levar necessariamente à inabilitação, cabendo à Comissão Julgadora promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (Lei 8.666/1993, art. 43, §3º).

É o sentido que se extrai do Acórdão paradigma nº 2.521/2003-TCU-Plenário, in verbis: "atente para o disposto no art. 43, §3º, abstendo-se, em consequência, de inabilitar ou desclassificar empresas em virtude de detalhes irrelevantes ou que possam ser supridos pela diligência autorizada por lei".

Neste sentido é que se formou o entendimento do Tribunal:

ACÓRDÃO 4063/2020-PLENÁRIO | RELATOR: RAIMUNDO CARREIRO

É irregular a desclassificação de proposta em razão de ausência de informações que possam ser saneadas por meio de diligência, facultada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, desde que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes.

ACÓRDÃO 2239/2018-PLENÁRIO | RELATOR: ANA ARRAES

É irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência, por afrontar o interesse público.

ACÓRDÃO 3340/2015-PLENÁRIO | RELATOR: BRUNO DANTAS

Na condução de licitações, falhas sanáveis, meramente formais, identificadas na documentação das proponentes não devem levar necessariamente à inabilitação ou à desclassificação, cabendo à comissão de licitação promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993) .

ACÓRDÃO 2730/2015-PLENÁRIO | RELATOR: BRUNO DANTAS

Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993).

ACÓRDÃO 2873/2014-PLENÁRIO | RELATOR: AUGUSTO SHERMAN

Não cabe a inabilitação de licitante em razão de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, facultada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, desde que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes.

O instituto da diligência não é apenas uma prerrogativa da Administração, mas um verdadeiro PODER-DEVER em respeito aos Princípios basilares da Administração esculpidos da Carta Magna, quer seja, Moralidade, Legalidade e Interesse Público.

Tal procedimento é previsto no regramento legal geral, jurisprudência dominante, doutrina, além de ter previsão edilícia.

Assim, estando o pregoeiro em dúvida quanto ao conteúdo do atestado apresentado, tem ele o DEVER de efetuar diligências a fim de esclarecer o objeto da dúvida, podendo, inclusive, solicitar novos documentos que atestem situação preexistente à abertura da licitação, se assim julgar necessário.

A jurisprudência recente do Tribunal de Contas da União - TCU vem se pacificando em torno do Princípio do Formalismo moderado e da razoabilidade, inclusive, dando diretrizes de como devem ser tratados casos análogos:

ACÓRDÃO 988/2022 - PLENÁRIO DE 04/05/2022

Na falta de documento relativo à fase de habilitação em pregão que consista em mera declaração do licitante sobre fato preexistente ou em simples compromisso por ele firmado, deve o pregoeiro conceder-lhe prazo razoável para o saneamento da falha, em respeito aos princípios do formalismo moderado e da razoabilidade, bem como ao art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999

Veja que a moderna jurisprudência, de observância obrigatória para TODOS os órgãos, sejam eles federais ou estaduais, se desenha no sentido da aceitação, inclusive, de documentos que não foram apresentados no ato do registro da proposta, se estes comprovarem situação preexistente e, sem sombra de dúvidas, é um verdadeiro divisor de águas para as compras públicas:

ACÓRDÃO 1211/2021-PLENÁRIO - RELATOR MINISTRO WALTON ALENCAR RODRIGUES

A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

ACÓRDÃO 2443/2021-PLENÁRIO - RELATOR MINISTRO AUGUSTO SHERMAN

A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) , não alcança documento destinado a atestar

condição de habilitação preexistente à abertura da sessão pública, apresentado em sede de diligência.

ACÓRDÃO 966/2022-PLENÁRIO - RELATOR MINISTRO BENJAMIN ZYMLER

É lícita a admissão da juntada de documentos, durante as fases de classificação ou de habilitação, que venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame, sem que isso represente afronta aos princípios da isonomia e da igualdade entre as licitantes.

O que se postula a abertura de diligência aos atestados da FCB, conforme orienta o TCU, para confirmar sua plena habilitação, ato contínuo, a reforma da decisão que a inabilita:

ACÓRDÃO 767/2018-PLENÁRIO | RELATOR: BENJAMIN ZYMLER

Não há óbice a que se converta, na etapa de recurso, o julgamento do processo em diligência, se verificadas faltas ou impropriedades sanáveis relativas à instrução processual, nos termos do art. 116, § 1º, do Regimento Interno do TCU.

III - DOS INDÍCIOS DE DIRECIONAMENTO - DA NECESSIDADE DE APURAÇÃO

Ao inabilitar a FCB, com justificativa questionável, e declarar vencedora a proponente JCP ANDRADE, a DPU/DF não só fere os princípios da escolha da proposta mais vantajosa para a administração, da vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, como atenta contra a moralidade e a impessoalidade, induzindo o certame a um possível direcionamento.

Isto porque, dá forma como julgado os atestados de capacidade técnica da FCB as exigências só poderiam ser cumpridas por alguém que já tivesse prestado serviços idênticos a DPU/DF como é o caso da JCP ANDRADE.

Neste sentido, extrai-se dos documentos de habilitação apresentados pela Recorrida o atestado emitido pela própria DPU/DF que comprova a execução consecutiva de serviço idêntico ao ora licitado.

Ainda, a decisão de inabilitar a Recorrente foi dada pela Pregoeira após análise da área, sem qualquer diligência em busca da verdade dos fatos, ignorando os preceitos editalícios e legais, "preferiu" inabilitar uma proponente em favor da outra, mesmo FCB estando com valor abaixo do valor da proposta da JCP ANDRADE.

Ora, não seria razoável atribuir ao mero acaso a ocorrência de tantas coincidências!

Quando listados de maneira linear, os indícios ficam ainda mais claros:

FATO 01: As duas licitantes primeiras colocadas foram inabilitadas do certame, sendo a terceira colocada a JCP ANDRADE;

FATO 02: A FCB é inabilitada por requisitos técnicos não exigidos no edital e sem realização de nenhuma diligência para confirmar os serviços executados nos atestados ou qualquer manifestação na decisão quanto a intenção de buscar a contratação mais vantajosa;

FATO 03: A JCP ANDRADE é convocada e habilitada com apresentação do atestado com objeto IGUAL ao objeto licitado emitido pela própria DPU/DF

FATO 04: JCP ANDRADE sagra-se vencedora do Pregão com valor global superior ao da FCB;

É pacífico no TCU que indícios convergentes podem levar a presunção de fraude a licitação, principalmente quando várias coincidências apontam para um possível direcionamento:

Acórdão 502/2015-Plenário - TCU

Indícios vários e coincidentes que apontam para a prática de fraude à licitação, consubstanciada na prática de atos capazes de restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e de promover o direcionamento do certame, constituem prova.

Acórdão 834/2014-Plenário - TCU

Constitui prova a existência de indícios vários, convergentes e concordantes, o que, sinalizando para a manipulação de procedimento licitatório, autoriza o TCU a declarar a inidoneidade das empresas envolvidas na fraude, assim como multar os gestores públicos responsáveis.

Acórdão 720/2010-Plenário - TCU

Indícios vários e concordantes são aptos a evidenciar a prática de fraude à licitação.

A Jurisprudência no âmbito deste Tribunal também é pacífica quanto à responsabilidade solidária dos membros da comissão de licitação quando ficar caracterizado dano ao Erário decorrente de irregularidade nas fases de habilitação e julgamento das propostas.

Na sistemática instituída pelo Pregão, a competência de decidir foi conferida especificamente a um agente, singularmente, o pregoeiro. Não há, então, um partilhar do processo decisório e, portanto, não há, em regra, a responsabilização solidária, como ocorre no certame convencional. O pregoeiro coordena os trabalhos da equipe de apoio, mas decide sozinho e responde pelos seus próprios atos. Desta forma, ao constatar dúvida quanto ao julgamento dos documentos de habilitação por qualquer membro da equipe de apoio, o Pregoeiro deve sempre, em respeito aos Princípios a que esta estritamente vinculado, e em defesa do interesse público, buscar maiores informações seja diligenciando a empresa, seja convocando outros membros da CPL para analisar o processo.

É necessário dizer, porém, que os membros da equipe de apoio podem ser responsabilizados em casos excepcionais, notadamente quando se omitem diante do conhecimento de atos manifestamente ilegais. Isso ocorre porque todo servidor público tem o dever de levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo, representar contra ilegalidade e não cumprir ordens manifestamente ilegais, conforme disposições art. 116 da Lei nº 8.112/1990.

Não é outra, portanto, a conclusão a que se pode chegar no presente caso, nos quais os diversos elementos conduzem ao entendimento de um possível direcionamento, o que poderá ser considerada como fraude ao processo licitatório em tela, mostrando-se pertinente a instauração de procedimento administrativo para aplicação das penalidades legais cabíveis aos gestores.

Ainda, a manutenção da injusta inabilitação da FCB também induz o Dano ao erário, já que se consubstancia em ilegalidade que perpetua contratação superior ao preço ofertado pela Recorrida.

Hely Lopes Meirelles, em sua obra Direito Administrativo Brasileiro, define: "A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena

de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso."

Por todo exposto, resta claro que houve equívoco por parte desta comissão no julgamento dos documentos técnicos apresentados pela FCB TRANSPORTES LOGISTICA E SERVIÇOS GERAIS LTDA., devendo a decisão ser reformada sob pena de perpetuar grave erro de julgamento, gerando, inclusive, a possibilidade de suposto direcionamento e favorecimento para a JCP ANDRADE.

IV - DOS PEDIDOS

Portanto, ante aos fatos e os elementos aqui lançados, em observância aos termos do edital, legislação e jurisprudência dominante, bem como observados os termos legais que regulamentam o Processo Administrativo, a recorrente, REQUER:

- a) Seja o presente recurso recebido no seu efeito suspensivo e reconhecida sua tempestividade na forma da lei;
- b) Seja reformada a decisão que declarou inabilitada a licitante FCB TRANSPORTES LOGISTICA E SERVIÇOS GERAIS LTDA., declarando-a HABILITADA e sagrando-a VENCEDORA DO CERTAME, pois como amplamente demonstrado, houve equívoco no julgamento dos documentos apresentados, vez que a decisão do órgão é contrária à legislação, jurisprudência e fere os princípios constitucionais de vinculação ao Edital e da Legalidade.
- c) Que seja instaurado procedimento administrativo para apuração do indícios de direcionamento da licitação, sendo todos os envolvidos penalizados nos termos do edital e legislação;
- d) Em caso de indeferimento do que ora se postula, seja observado o comando legal fazendo subir, devidamente instruído, os autos a autoridade superior.

Nestes termos

Pede e espera deferimento

Brasília/DF, 31 de janeiro de 2023.

FCB TRANSPORTES LOGISTICA E SERVIÇOS GERAIS LTDA.

FLÁVIO BARCELOS

REPRESENTANTE LEGAL

Voltar