

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO DISTRITO FEDERAL

Concorrência nº 3/2023.

Ref.: Recurso Administrativo em face da inabilitação na Concorrência nº 3/2023.

COSTA BRAVA PROJETOS E CONSTRUÇÕES LTDA. (“Recorrente”), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 37.843.570/0001-53, com sede na Avenida Tamoios, Quadra n.º 12, Lotes n.º 13-22, Bairro Jardim Eldorado, Aparecida de Goiânia/GO, neste ato representado por seu sócio José Américo Celestino de Oliveira, brasileiro, casado, inscrito no CPF sob o n.º 075.170.921-20, residente e domiciliado em Brasília-DF, vem perante essa Ilustre Comissão de Licitação, com fundamento no art. 109, I, “b”, e §2º, da Lei nº 8.666/1993, e no item 6 do edital, interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO
com efeito suspensivo

Em face da decisão proferida na Ata de Prosseguimento para Julgamento da documentação referente à Concorrência nº 3/2023, que inabilitou a empresa COSTA BRAVA PROJETOS E CONSTRUÇÕES LTDA., requerendo, desde já, que seja recebido o presente Recurso com efeito devolutivo e suspensivo, para que não seja dado prosseguimento à licitação antes do julgamento do presente, e, após devidamente processado, seja dado integral provimento ao recurso, fazendo-o pelos fundamentos de fato e de direito que serão delimitados.

CJP Recebido
1 EM Antônio Gonçalves F. Neto
Agente de Ativ. Rodoviárias
Matrícula 940526
2023
10:46HS
AS

1. A TEMPESTIVIDADE

De acordo com o art. 109, I, "b", da Lei nº 8.666/1992, o recurso contra o julgamento da habilitação é cabível dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, vejamos:

"Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;"

No presente caso, em 19/9/2023, foi publicado o resultado da habilitação no Diário Oficial do Distrito Federal, com a decisão que inabilitou a ora Recorrente.

Nessa perspectiva, interposto o Recurso Administrativo na presente data, em 22/9/2023, resta evidenciado o cumprimento do pressuposto da tempestividade.

2. OS FATOS

Em 2/8/2023, foi publicado pelo DER/DF o edital da Concorrência 3/2023, destinada à contratação de empresa para a execução da obra de recuperação ambiental de área degradada e processo erosivo na faixa de domínio da rodovia DF-250, sob o valor estimado de R\$ 14.192.352,71.

Na data marcada de 4/9/2023, o DER/DF recebeu os envelopes das licitantes interessadas, dentre elas a Recorrente, com os documentos de habilitação e as propostas de preços para a prestação dos serviços.

Para a surpresa da Recorrente, em 18/9/2023, o DER/DF tornou público o resultado da fase de habilitação com a declaração de que esta foi inabilitada em razão do descumprimento do item 8.8.22 do edital, assim definido:

"8.8.22. Não poderá ser objeto de subcontratação os serviços constantes da habilitação técnico-operacional, constante no item 3.4.3 do Edital."

Não obstante a falta de informações sobre o que teria ensejado a violação ao item 8.8.22 do instrumento convocatório, será demonstrado pelos fundamentos de fato e de direito a seguir delimitados o porquê que a decisão pela inabilitação deve ser reformada pelo DER/DF.

3. O DIREITO

3.1. A VIOLAÇÃO AO DIREITO DE RECORRER

Conforme publicado no Diário Oficial do Distrito Federal do dia 19/9/2023, a inabilitação da Recorrente possui o seguinte fundamento ora questionado:

"Tornamos público o resultado da Fase de Habilitação, referente à Concorrência supracitada. A Comissão declara INABILITADAS as empresas COSTA BRAVA PROJETOS E CONSTRUÇÕES LTDA, por descumprimento ao item 8.8.22 do Edital;"

A transcrição desse excerto publicado no DODF faz-se necessária para revelar que não há nenhuma outra fundamentação para a inabilitação que não seja o item 8.8.22 do

edital, bem como que não houve a indicação das razões pelas quais a Comissão de Licitação chegou à conclusão de que esse dispositivo teria sido violado.

Considerando que a Recorrente declarou que a empresa subcontratada irá prestar os serviços objeto do item 12 da planilha orçamentária do edital, a Comissão de Licitação deveria ter, no mínimo, indicado qual dos itens da qualificação técnica-operacional, previstos no item 3.4 do edital, seriam coincidentes com os do item 12.

No entanto, a não publicação dessa informação suscita a falta ou insuficiência da motivação do ato administrativo que a inabilitou, haja vista não informar o item da qualificação técnica-operacional que estaria inserido nos serviços indicados na declaração de subcontratação apresentada pela Recorrente.

Diante da insuficiência da motivação do ato administrativo ora impugnado, qual seja, a decisão de inabilitação da Recorrente, não há como exercer o seu direito legal de recorrer da decisão tomada pelo DER/DF, uma vez que sequer tem conhecimento do item que teria ensejado a sua desclassificação do certame.

Com efeito, não há outra solução legal que não seja a reabertura de novo prazo para a interposição do recurso administrativo, a ser precedido pela divulgação, de forma integral, das razões que levaram à conclusão do DER/DF no sentido de que os itens 8.8.22 e 3.4.3 do edital foram violados.

3.2. A FALTA DE PREVISÃO LEGAL

Não obstante o prejuízo ao pleno exercício recursal da empresa Costa Brava, depreende-se das informações disponibilizadas pela Comissão de Licitação do DER/DF que a sua inabilitação foi realizada de forma contrária ao ordenamento jurídico.

Isso porque houve flagrante violação às disposições previstas no art. 27 da Lei Distrital 4.611/2011 e no art. 9º Decreto Distrital 35.592/2014, os quais possuem idêntica redação, no seguinte sentido:

*“Art. 27. O instrumento convocatório poderá estabelecer a exigência de subcontratação compulsória de entidades preferenciais, **até o limite de 30% (trinta por cento) do valor do objeto.***

§ 1º O limite percentual indicado neste artigo não impede a fixação de outro limite para subcontratação geral.

§ 2º Na fase de habilitação, o licitante indicará as entidades que subcontratará, com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores.

§ 3º O contratado ficará responsável por verificar a habilitação das subcontratações que realizar, sem prejuízo da fiscalização sob responsabilidade do órgão contratante.

§ 4º Assinado o contrato, serão emitidas as notas de empenho em favor do contratado e, no caso das entidades preferenciais, também empenho direto em favor das subcontratadas.

§ 5º No pagamento de cada etapa ou parcela, será verificada a regularidade com a seguridade social e o cumprimento das obrigações trabalhistas da contratada e da subcontratada em relação ao efetivo de pessoal que contratar.

§ 6º No caso das entidades preferenciais subcontratadas, será concedido, se necessário, o direito de saneamento a que se refere esta Lei.

§ 7º A empresa contratada deverá substituir a subcontratada, na parcela referente à subcontratação compulsória, no prazo máximo de trinta dias, na hipótese de extinção da subcontratação, salvo se demonstrar a inviabilidade da substituição.

§ 8º A extinção da subcontratação a que se refere o parágrafo anterior deverá ser justificada e comunicada à Administração no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 9º A empresa contratada responsabiliza-se pela padronização, compatibilidade, gerenciamento centralizado e qualidade da subcontratação, podendo recomendar ao órgão contratante, justificadamente, suspensão ou glosa de pagamentos.

§ 10. Não se aplica a exigência de subcontratação compulsória quando o licitante for entidade preferencial.

§ 11. Não se exigirá a subcontratação compulsória:

I – para o fornecimento de bens;

II – quando for inviável, sob o aspecto técnico;

III – quando representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, de forma devidamente justificada.”

Conforme se observa, tanto a Lei como o Decreto Distrital estabeleceram que, durante a fase de habilitação, a licitante participante deverá indicar as empresas que serão subcontratadas, com os serviços a serem fornecidos, até o limite de 30% do valor do objeto ou outro percentual porventura indicado no instrumento convocatório.

A despeito de o parâmetro definido pela Lei Distrital ser um percentual do valor do objeto, em regra 30%, o edital da Concorrência 3/2023 do DER/DF estabeleceu uma nova hipótese para a subcontratação, a saber:

“8.8.22. Não poderá ser objeto de subcontratação os serviços constantes da habilitação técnico-operacional, constante no item 3.4.3 do Edital.”

Ocorre que essa vedação no sentido de que os serviços subcontratados não podem estar correlacionados à habilitação técnica-operacional **não encontra qualquer respaldo na Lei ou no Decreto Distrital**, razão pela qual essa cláusula não pode ser utilizada como fundamento para o DER/DF sumariamente inabilitar a Recorrente, que é comprovadamente apta à prestação dos serviços objeto da licitação.

Em outras palavras, o parâmetro legal a ser utilizado pode ser apenas e tão somente um percentual do valor do objeto, portanto, eventuais vedações à forma com que a subcontratação deve ocorrer são contrárias à Lei.

Para que o item 8.8.22 do edital fosse válido juridicamente, seria necessário que houvesse um artigo na Lei Distrital 4.611/2011 prevendo a possibilidade de que parte dos serviços não poderiam ser subcontratados, mas como essa hipótese não foi prevista pelo legislador, ela é ilegal.

Não pode o DER/DF ou qualquer órgão da Administração Pública criar, ao seu bel-prazer, requisitos de habilitação das licitantes além dos previstas em Lei, sob pena de violação ao ordenamento jurídico.

Louvando a boa intenção do redator do ato convocatório para garantir que a empresa contratada detenha condições suficientes para executar os serviços por si só, sem a dependência da subcontratada, **esse critério de habilitação não encontra previsão legal.**

O rol das exigências de habilitação é **taxativo** e, achando conveniente, pode a Administração Pública exigir menos, de acordo com as características do objeto, mas nunca poderá exigir mais do que a lei previu.

3.3. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO DO TCDF

De acordo com a recente decisão tomada pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, exarada no Processo 00600-00003231/2023-00-e (Sessão Ordinária Nº 5351, de 02/08/2023), determinou-se ao DER/DF que adotasse as seguintes providências:

*“III – determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem do Distrito Federal – DER/DF que: a) **regulamente no edital em apreço a possibilidade de subcontratação parcial do objeto, indicando os serviços e o limite percentual passíveis de subcontratação, nos termos do art. 72 da Lei nº 8666/1993.***

*(...) b) **caso prefira manter os termos originais do edital, sem a implementação das medidas determinadas no item III precedente, encaminhe as devidas justificativas, permanecendo o certame suspenso até ulterior deliberação do Tribunal;***

*V – autorizar: a) **a continuidade do Pregão Eletrônico nº 21/2023 – DER/DF após o cumprimento integral das medidas dispostas no item III precedente**”*

Naquela recente oportunidade, ocorrida no mês passado (agosto de 2023), a Corte de Contas Distrital determinou que o DER/DF indicasse, no edital da licitação, os serviços passíveis de subcontratação, permanecendo a licitação suspensa até a adoção dessa medida.

No entanto, essa determinação do TCDF para que o DER/DF indique os serviços objeto de subcontratação não foi respeitada no edital da Concorrência 3/2023, o que resultou nas dúvidas quanto aos serviços que seriam passíveis de delegação para as micro e pequenas empresas.

Essa insegurança jurídica causada pela falta de especificações sobre os itens que deveriam ou poderiam ser subcontratados, verifica-se que, da forma como o edital foi redigido, haveria a possibilidade de delegação de quase todos os itens do objeto previstos na planilha orçamentária, a exemplo da “bacia de detenção”, “demolição de pavimentos”, “rede coletora”, “drenagem superficial”, dentre outros.

Isso porque nenhum desses itens está na lista referente à capacidade técnica-operacional da empresa, fixada no item 3.4.3 do edital, pois ela está limitada aos itens de “execução de solo reforçado”, “execução de gabião” e “compactação de solo”.

Logo, seria possível concluir que absolutamente tudo que não conter os termos “solo reforçado” ou “compactação de solo” seriam, em tese, autorizados a ser executados por empresa subcontratada, e não pela licitação. Essa não parecer ter sido a intenção do DER/DF, embora a redação do edital permita esse tipo de interpretação.

Tais fatores revelam a insegurança jurídica a qual as licitantes participantes foram submetidas, na medida em que era incerto quais serviços objeto do edital poderia ser

subcontratados, o que poderia ter sido facilmente evitado se o DER/DF tivesse adotado a determinação exarada pelo TCDF.

Se tivesse respeito a decisão daquela Corte de Contas, todas as licitantes saberiam exatamente quais serviços deveriam ou poderiam ser subcontratados, facilitando a apresentação de propostas e evitando a inabilitação de empresas sabidamente aptas à prestação dos serviços ao Distrito Federal.

Portanto, considerando que o edital da Concorrência 3/2023 é contrário ao entendimento do Tribunal de Contas do Distrito Federal, deve-se suspender o certame para a correção da aludida falha ou a abertura de prazo para a diligência junto à Recorrente, conforme será demonstrado a seguir.

3.4. A NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA

Tendo em vista que o certame já se encontra em andamento, a solução mais adequada para evitar a suspensão ou anulação da licitação é a **realização de diligência para que a Recorrente** possa indicar os serviços a serem subcontratados, após a prestação de informações do DER/DF sobre quais seriam estes.

Não por acaso, o art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/1993, estabelece a necessidade de realização de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo licitatório, quando se tratar de erros meramente formais, que é o caso.

Considerando a natureza formal dessa declaração, o DER/DF pode e deve promover a necessária diligência para a apresentação da referida documentação, nos termos do item 4.1, letra “i”, do edital.

No presente caso, demonstra ser de fácil percepção que os supostos erros, se eventualmente existentes, poderiam ser sanados a partir da realização adequada de diligências por parte da Comissão de Licitação do DER/DF, oportunidade em que a ora Recorrente esclareceria as eventuais dúvidas na documentação apresentada.

Importante ressaltar que tal “erro” **não tem qualquer condão de alterar a proposta já apresentada à Comissão de Licitação**, motivo pelo qual inexistem fundamentos suficientes a justificar a não realização de diligências, sob pena de declarar a Recorrente inabilitada sem nem ao menos ter o direito de esclarecer o suposto erro apontado em sua documentação.

Dessa forma, a não realização da necessária diligência configura excesso de formalismo, até porque a abertura da possibilidade de a Recorrente sanar as eventuais inconsistências não alteraria o valor total da proposta, logo, a diligência seria imperiosa para garantir a contratação da proposta mais vantajosa economicamente pelo DER/DF.

Por fim, registra-se que **não se trata de inclusão de novos documentos, mas tão somente de complementação das informações** constantes na declaração já encaminhada dentro do prazo de convocação.

Aliás, foi exatamente esse procedimento adotado pelo DER/DF no âmbito da Concorrência 11/2021, referente às obras da DF-131, conforme observa-se do e-mail a

seguir:

----- Encarado mensagem -----

De: DER - Gerencia de Licitação <glic@der.df.gov.br>
Data: sex, 4 de fev de 2022 às 06:24
Assunto: DILIGÊNCIA CC-311/2021
To: 'Administradora Executora' <admex@costabravaprojetos.com>
Cc: 'Administradora Executora' <admex@costabravaprojetos.com>

A Empresa
COSTA BRAVA - Projetos e Construções Ltda - 37.843.570/0001-53
Assunto: Dilegência - Concorrência 311/2021 - DER/DF

1. No interesse do processo licitatório nº 00113.09020545/2021-16, Concorrência nº 011/2021 do Departamento de Estradas de Rodagem do Distrito Federal a com fundamento no artigo 43, §3º da Lei 8.666/93.
2. Após análise da documentação desta empresa, verificou-se a necessidade de complementação das informações preparadas, pelo motivo a manifestar-se complementar a instrução processual.
3. Por apresentar a manifestação de habilitação de Empresa Pretendente, conforme Edital, Entende-se, conforme preceito do item 8.8.22 do Edital, solicitamos ainda que tal declaração seja acompanhada com a descrição dos bens e valores serem fornecidos com seus respectivos valores.
Resalta-se que não se trata de inclusão de novos documentos, mas tão somente de complementação das informações constantes na declaração já encaminhada dentro do prazo de convocação.
4. Aguardamos manifestação até às 14h do dia 09 de fevereiro de 2022.

Atenciosamente,
Comissão Julgadora Permanente
SAM - Bloco C - Edifício Sede do DER/DF
Telefone - 3111-5518

Dessa forma, não há outra solução legal mais adequada que a realização de diligência junto à Recorrente, oportunidade em que eventuais erros meramente formais poderão ser saneados.

3.5. PREJUÍZO À SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

A despeito, todavia, dos diversos vícios alegados ao longo do presente recurso, verifica-se, ainda, o evidente prejuízo à seleção da proposta mais vantajosa pelo DER/DF.

A inabilitação da Recorrente, que é conhecida por oferecer preços vencedores nas licitações promovidas pelo Distrito Federal, implica em retirar da licitação uma empresa que possivelmente seria vencedora por oferecer o menor lance dentre as licitantes participantes.

Trata-se, portanto, de evidente prejuízo à competitividade do certame, a partir do qual certamente irá reduzir as chances do DER/DF selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e, conseqüentemente, irá arcar com a contratação com preço acima do que seria contratado com a reinserção da Recorrente.

4. OS PEDIDOS

Diante do exposto, a Recorrente requer, inicialmente, o recebimento do presente Recurso, bem como a concessão imediata de efeito suspensivo até a decisão definitiva, nos termos do art. 109, I, "b", §2º, da Lei nº 8.666/1993, de modo a impedir o prosseguimento do certame, bem como atos de contratação.

No mérito, pugna-se pelo total provimento do Recurso, com a conseqüente reforma da decisão de julgamento de habilitação, nos termos dos fundamentos e fatos expostos no corpo da presente peça para:

a) declarar habilitada a empresa Costa Brava Projetos e Construções Ltda. na Concorrência n.º 3/2023;

b) subsidiariamente, promover a diligência junto à empresa Costa Brava Projetos e Construções Ltda., com vistas à abertura de prazo para a apresentação da declaração de subcontratação prevista no item 8.8.22 do edital; e

c) subsidiariamente, a reabertura de novo prazo para a interposição do recurso administrativo, a ser precedido pela divulgação, de forma integral, das razões que levaram à conclusão do DER/DF no sentido de que os itens 8.8.22 e 3.4.3 do edital foram violados.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento.

Brasília – DF, em 22 de setembro de 2023.

COSTA BRAVA PROJETOS E CONSTRUÇÕES LTDA

José Américo Celestino de Oliveira

Sócio