



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO DISTRITO FEDERAL
Diretoria Geral
Comissão Julgadora Permanente

Trata-se de análise de análise e julgamento do recurso administrativo apresentado pela empresa GOIÁS CONSTRUTORA LTDA, SEI nº 69970021, devidamente publicado SEI nº 70062966, em face da decisão da Comissão Julgadora Permanente que a inabilitou na Concorrência 004/2021, cujo objeto é a contratação da execução das obras de implantação da duplicação da rodovia DF-250, no trecho compreendido entre a DF-001/DF-015 e o acesso a Sobradinho dos Melos, com extensão de 5,3 km. Processo SEI nº 0113-013987/2013, uma vez que a licitante não apresentou, entre seus documentos de habilitação, a declaração de subcontratação compulsória item 8.8.12 do Edital.

Considerando que a decisão da Comissão Julgadora Permanente, foi pautada na manifestação da PROJUR – Procuradoria Jurídica do DER/DF (SEI nº. 69118602), *in verbis*:

Senhor Presidente, conforme informado por essa douta Comissão,

"Tratam os autos da Concorrência nº. 004/2021, cujo objeto é a contratação da execução das obras de implantação da duplicação da rodovia DF-250, no trecho compreendido entre a DF-001/DF-015 e o acesso a Sobradinho dos Melos, com extensão de 5,3 km.

Conforme consta na Ata de Abertura, SEI nº. 68432075, o representante da ETERC declara que as empresas CONTERC, BASEVI, ENGEFORT, GOIÁS, HYTEC, COSTA BRAVA, HL, TRIER e EB INFRA, não atenderam ao item 8.8.12 do Edital e que as empresas BASEVI e EB INFRA não atenderam ao item 3.4.3.5. O representante da HL declara que a empresa BASEVI não atendeu ao item 3.4.2.2 do Edital, que a empresa ENGEFORT apresentou declarações de folhas 78 e 79 sem a devida assinatura e ainda não atendeu aos itens 3.4.5 e 3.4.6 do Edital e que a empresa COSTA BRAVA não atendeu ao item 3.4.3.5 do Edital. A representante da empresa NG declara que as empresas HYTEC e GOSTA BRAVA não atenderam ao item 3.4.2.2 do Edital e que a ENGEFORT não atendeu ao item 3.4.2.1 do Edital".

Considerando os termos do item 8.8.12, do Edital SEI nº.58219272, bem como do § 2º, art. 27 da Lei nº. 4.611/2011 SEI nº. 68634514, o setor demandante destaca que há dúvidas quanto a tomada de decisão, tal como o não atendimento do item 8.8.12, pelos licitantes supracitados.

O processo foi remetido a esta unidade para exame e pronunciamento.

No caso em tela, é importante ressaltar o disposto em um dos princípios mais importantes que regem o procedimento licitatório, constante ao longo da Lei 8.666/93, e pacificado entre a doutrina majoritária brasileira, a qual seja vinculação ao instrumento convocatório. Dessa feita, em se tratando de regras constantes de instrumento convocatório, deve haver vinculação a elas. É o que estabelecem os artigos 3º, 41 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Ao que se refere o princípio de vinculação ao instrumento convocatório, é mister destacar o art. 41 da Lei 8.666/93:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Portanto, trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração/órgão públicos que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

Segundo Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, o instrumento convocatório:

“(...) é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416)

O mesmo autor prossegue no exame da questão, e reforça sua argumentação a respeito da vinculação do edital com o art. 41, §2º, da Lei 8.666:

“Ali, fixa-se prazo para que o licitante possa impugnar os termos do edital. Expirado esse prazo, decairá o participante da licitação do direito de impugná-lo. Isto significa dizer que quem participa da licitação não pode esperar pela sua inabilitação ou desclassificação para, somente então, impugnar a regra contida no edital que levaria à sua exclusão do processo.” (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.417).

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório possui, portanto, extrema relevância, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas.

Dessa feita, em se tratando de regras constantes de instrumento convocatório, deve haver vinculação a elas.

É o que estabelecem os artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...] XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

Trata-se, na verdade, de princípio inerente a toda licitação e que evita não só futuros descumprimentos das normas do edital, mas também o descumprimento de diversos outros princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo.

Nesse sentido, vale citar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no art. 3º da Lei n 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender as exigências concernentes a proposta, serão desclassificados” (artigo 48, inciso I). (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 299.).

Quando a Administração estabelece, no edital as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital.

No mesmo sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

“A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial. O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. Se o instrumento de convocação, normalmente o edital tiver falha, pode ser corrigido, desde que oportunamente, mas os licitantes deverão ter conhecimento da alteração e a possibilidade de se amoldarem a ela. Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 246.)

Como se vê, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos princípios da igualdade, impessoalidade, publicidade, moralidade e probidade administrativa, preceitua que o julgamento das propostas seja o mais objetivo possível, nos exatos termos das regras previamente estipuladas.

Como bem destaca Fernanda Marinela, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório leva à assertiva de que o edital é a lei interna da licitação:

“Como princípio específico da licitação, tem-se a vinculação ao instrumento convocatório. O instrumento, em regra, é o edital que deve definir tudo que é importante para o certame, não podendo o Administrador exigir nem mais nem menos do que está previsto nele. Por essa razão, é que a doutrina diz que o

edital é lei interna da licitação, ficando a ele estritamente vinculada, conforme previsto no art. 41 da lei." (MARINELA DE SOUSA SANTOS, Fernanda. Direito Administrativo. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 264).

No caso em questão, o Edital de Concorrência n°. 004/2021, estabelece no Item 8.8.12 que "O licitante deverá indicar a(s) entidade(s) preferencial(ais), mencionada(s) no item 8.8.11, que subcontratará, com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores, conforme o Proposta de Preços, item III deste Edital."

A Lei Distrital n. 4.611/11 regulamenta, no âmbito do Distrito Federal, o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais.

Já, o artigo 2º do Decreto Distrital n. 35.592/2014, regulamenta o tratamento preferencial e simplificado nas contratações públicas das microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais:

Art. 2º As licitações públicas do Distrito Federal devem observar, em benefício das entidades preferenciais, especialmente o seguinte:

I – direito de preferência como critério de desempate na fase de julgamento das propostas e o direito de saneamento quanto à regularidade fiscal após declaradas vencedoras;

II – licitações exclusivas nas contratações com valores estimados até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

III – cota reservada nas licitações para aquisição de bens, serviços e obras de natureza divisível até 25% do valor estimado; e

IV – subcontratação compulsória até o limite de 30% (trinta por cento) do valor do objeto.

Importante destacar que o § 2º, art. 9º deste mesmo decreto traz disposição clara e objetiva acerca do momento da apresentação da declaração de subcontratação compulsória:

Art. 9º: 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.

Da leitura dos preceitos acima destacados, resta evidente que o momento do licitante apresentar a declaração de subcontratação compulsória se dá na fase da habilitação.

Por todo o exposto, considerando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e a presença do Item 8.8.12 no Edital de Concorrência n. 004/2021, a apresentação de declaração de subcontratação compulsória das entidades preferencias que serão subcontratadas deverá ser considerada requisito essencial à habilitação do licitante.

Atenciosamente,

Marzo Endrigo de Almeida

Chefe da PROJUR/DER-DF

Assim, diante da insegurança jurídica da Comissão Julgadora Permanente, o referido recurso administrativo, foi submetido àquela Procuradoria Jurídica, para julgamento. Oportunidade em que, a PROJUR, nos termos do Parecer SEI-GDF n.º 182/2021 - DER-DF/DG/PROJUR/DICAJ/GEPAR SEI nº 71234211, **manteve o entendimento anterior.**

Não houve continuidade da Licitação, não havendo portanto homologação da mesma, **mantendo até o presente todas as condições e pressupostos processuais.**

Contudo, por tratar-se de situação semelhante, e considerando a **Petição de Informação** apresentada pela recorrente **TRIER Engenharia S/A** SEI nº 71266399, em face de Decisão da Comissão Julgadora Permanente, que segunda a mesma equivocadamente foi inabilitada, na Concorrência 002/2021, face os motivos a seguir aduzidos:

“... Assevero que corre na corte de Contas do DF, uma Representação no que diz respeito à possibilidade ou não de inabilitação do licitante por não apresentação da declaração de subcontratação compulsória às entidades preferenciais na fase de habilitação, isso em razão da dúvida gerada pelo edital quanto ao momento de apresentação, haja vista que o Licitante apresenta a documentação na fase de contratação tal qual prevista em edital e o DER cobra a mesma na fase de habilitação, em descompasso com a exigência editalícia, tal como no caso já discutido na Corte de Contas...”

...Nesse sentido, tem o presente o objetivo de dar ciência ao DER/DF da representação e decisões do Tribunal de Contas do Distrito Federal sob o tema já discutido, inclusive abrangendo Página 3 de 4 a concorrência em epígrafe, oportunidade em que ratifica os pedidos já elencados em sede recursal.” (grifos nossos) .

Como assevera a Recorrente **TRIER Engenharia S/A**, realmente uma Representação no que diz respeito à possibilidade ou não de inabilitação do licitante por não apresentação da declaração de subcontratação compulsória às entidades preferenciais na fase de habilitação, **tramitava no TCDF**, questão semelhante dominante e super importante em outras licitações lançadas por este Departamento, visando uma tomada de decisão da Comissão Julgadora Permanente.

Obedecendo, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, e principalmente ao interesse público, respaldados em um fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar a decisão da Comissão Julgadora Permanente, em aguardar como elencado pela Recorrente **TRIER Engenharia S/A** uma **Decisão da Corte de Contas sobre o tema**.

A **Decisão da Corte de Contas sobre o tema** como asseverado pela Recorrente **TRIER Engenharia S/A**, como a seguir comentaremos, está contemplada também na sua **inabilitação na Concorrência nº 002/2021 deste DER/DF**, em que a mesma, entrou com uma representação com pedido de medida cautelar no TCDF, que em conformidade com o Despacho Singular nº 656/2021 – TCDF (71280349), resultou na Decisão nº 3759/2021 – TCDF concedendo medida cautelar mitigada, determinando ao Departamento de Estradas de Rodagem do Distrito Federal - DER/DF que deixe de homologar/adjudicar o certame ou celebrar o contrato com a licitante vencedora, até ulterior deliberação plenária.

Demandado pelo TCDF, o DER/DF através do Ofício nº 248/2021 – DER-DF/DG/ASSESP (74117075), encaminhou manifestação da Comissão Julgadora Permanente, acerca das questões levantadas na exordial.

Através do Despacho Singular nº 735/2021-GCIM/TCDF de 08 de novembro de 2021, foi considerado a Representação da Empresa **TRIER Engenharia S/A**, no mérito:

*II. considerar a Representação da empresa **TRIER Engenharia S/A**:*

a) procedente no que tange à inabilitação da empresa TRIER Engenharia S/A da Concorrência n.º 002/2021 – DER/DF por suposta inobservância do subitem 8 do item 3.4.3.5 (comprovação do serviço “estaca hélice contínua”);

*b) **improcedente** com relação ao subitem 8.8.12 (indicação de entidade preferencial para subcontratação).*

*IV. revogar a medida cautelar mitigada constante do item II do Despacho Singular nº 656/2021 – GCIM, referendado pela Decisão nº 3.759/2021, **autorizando a retomada da Concorrência nº 002/2021 – DER/DF na fase em que se encontra.***

A **TRIER Engenharia S/A**, insatisfeita com as decisões contidas no Despacho Singular nº 735/2021 – GCIM do TCDF, entrou com um **RECURSO DE AGRAVO com efeito suspensivo** pugnando pela procedência integral da Representação, de modo a habilitar a licitante na Concorrência nº 002/2021 – DER/DF, ou alternativamente pela anulação do certame e republicação do Edital.

Após a análise e mérito de admissibilidade e mérito do Agravo, constante no Despacho Singular nº 758/2021 – GCIM foi **NEGADO**, no mérito, provimento ao recurso da licitante **TRIER Engenharia S/A**, mantendo incólume o Despacho Singular nº 735/2021 – GCIM anteriormente decidido.

A submissão do feito ao Plenário, e a decisão de ratificação dos Despachos Singulares nº 735/2021 – GCIM e 758/2021 – GCIM foi realizada na Sessão Plenária nº 5277 do dia 17 de novembro de 2021, culminando na **DECISÃO Nº 4340/2021**.

O poder discricionário é uma prerrogativa da autoridade administrativa visando à opção que possa melhor atender o interesse público.

Diante do exposto, e considerando o teor da **Decisão da Corte de Contas sobre o tema**, asseverada pela Recorrente **TRIER Engenharia S/A**, exarada na **Decisão nº 4340/2021-TCDF**, e por se tratar da mesma situação referente à inabilitação por descumprimento ao item 8.8.12 do Edital, a Comissão Julgadora Permanente do DER-DF **Indefere** o Recurso Administrativo impetrado pela empresa **GOIÁS CONSTRUTORA LTDA**.

Reinaldo Teixeira Vieira
Presidente da Comissão

Gilberto Nunes Veras
Membro

Lucília de Fátima Cintra
Membro



Presidente da Comissão Julgadora Permanente, em 26/11/2021, às 12:43, conforme art. 6º do Decreto nº 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **LUCÍLIA DE FÁTIMA CINTRA - Matr.0093762-2, Membro da Comissão Julgadora Permanente-Suplente**, em 26/11/2021, às 13:24, conforme art. 6º do Decreto nº 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **GILBERTO NUNES VERAS - Matr.0093945-5, Membro da Comissão**, em 29/11/2021, às 07:38, conforme art. 6º do Decreto nº 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site:
http://sei.df.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0
verificador= **74963584** código CRC= **9F7C1E40**.

"Brasília - Patrimônio Cultural da Humanidade"

Bloco C, Setores Complementares - Ed. Sede do DER/DF - Bairro SAM - CEP 70620-031 - DF

(61)3111-5701