

ILUSTRÍSSIMO PRESIDENTE DA COMISSÃO DE JULGAMENTO

RECURSO

REFERENTE A SELEÇÃO DE PROPOSTA (ATO CONVOCATÓRIO Nº 19/2023)

Referência: Processo Administrativo nº 107/2023

O Consórcio CONSDUCTO-ASSIST, por meio de seu Representante Legal, nos termos e no prazo previsto no Item 8.1.18. do ATO CONVOCATÓRIO Nº 19/2023, vem mui respeitosamente apresentar Recurso contra o resultado de avaliação das Propostas Técnicas, publicada em 09 de outubro de 2023, nos termos da NOTA TÉCNICA Nº 181/2023/ CG27_20.

Em anexo, as Razões de Recurso contra a decisão da Comissão Julgadora que ao analisar o **Quesito A, EXPERIÊNCIA DA EMPRESA PROPONENTE**, deu 0 (zero) pontos ao Atestado apresentado pelo Consórcio CONSDUCTO-ASSIST, comprobatório dos **serviços técnicos de supervisão e gerenciamento das obras do Programa de Valorização da Infraestrutura Turística do Litoral Oeste**.

Caso a decisão não seja reconsiderada, requer desde logo, a subida para apreciação da Autoridade Superior competente em Recurso Hierárquico.

Termos em que espera deferimento por ser de Justiça.

Fortaleza/CE, 13 de outubro de 2023.



Representante Legal - Consórcio CONSDUCTO-ASSIST

RAZÕES DO RECURSO

1. DA TEMPESTIVIDADE

Antes de adentrar no exame do mérito da questão em tela, cumpre destacar a tempestividade do presente Recurso, tendo em vista que o prazo recursal previsto no Item 8.1.18 do ATO CONVOCATÓRIO Nº 19/2023 é de 03 (três) dias úteis para interposição de recursos administrativos. Dito isso, sua contagem teve início no dia 10/10/2023 (quarta-feira), haja vista a comunicação da decisão combatida ter sido publicada em 09/10/2023 (terça-feira), consoante expressa disposição do Item 16.6 para contagem de prazos, portanto, com término recursal em 13/10/2023.

Demonstrada a tempestividade recursal, passemos ao mérito da questão.

2. DA DECISÃO COMBATIDA

A Comissão Julgadora, ao apreciar em julgamento a experiência do **Consórcio CONDUCTO-ASSIST** no acompanhamento e fiscalização de obras, comprovada pelo **Atestado dos serviços técnicos de supervisão e gerenciamento das obras do Programa de Valorização da Infraestrutura Turística do Litoral Oeste**, não o considerou, atribuindo 0 (zero) pontos ao documento apresentado, sob a alegativa dele não ter comprovado a prestação de serviços, de **objetos concluídos**, *in verbis*:

De acordo com o Termo de Referência, a experiência da empresa foi comprovada através da apresentação de um atestado de elaboração de projeto de sistema de esgotamento sanitário. Porém, o atestado referente ao acompanhamento e fiscalização de obras, podendo ser de esgotamento sanitário ou de abastecimento de água, é de objeto não concluído.

Tal atestado não foi considerado, uma vez que o Termo de Referência estabelece:

“A comprovação da experiência da instituição proponente, para fins de pontuação da proposta técnica, dar-se-á através da apresentação de Atestados de Capacidade Técnica, expedidos por órgão ou entidade da Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal, ou por empresa particular, que comprovem a prestação de serviços, de objetos concluídos, por parte da proponente.”

Conforme consta no Quadro 6, apenas um dos atestados apresentados foi considerado válido, **totalizando 15 (quinze) pontos**.

Tal decisão não pode prosperar, haja vista o **Consórcio CONDUCTO-ASSIST** ter comprovado a experiência requerida nos termos previstos no ATO CONVOCATÓRIO Nº 19/2023, como será demonstrado.

3. DAS EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS

O ATO CONVOCATÓRIO Nº 19/2023 firma em seu Item 6.3., que “as propostas técnicas devem, sob pena de desclassificação, atender ao exigido no Termo de Referência e serão julgadas conforme Anexo VIII - Planilha de Cálculo da Pontuação Técnica”.

Por sua vez, o Anexo VIII, intitulado Planilha de Cálculo da Pontuação Técnica, em seu Item 2, denominado CONCEITOS, afirma de forma peremptória que somente serão aceitos atestados de objetos concluídos, *litteris*:

Para fins de apresentação para participação do certame, só serão aceitos atestados de objetos concluídos. Os atestados serão avaliados na ordem em que forem apresentados. Os documentos que ultrapassarem a quantidade solicitada neste Termo de Referência, na ordem de apresentação, não serão analisados.

(grifos meus)

No Item 3, intitulado DESCRIÇÃO DOS QUESITOS, no subitem Quesito A: EXPERIÊNCIA DA EMPRESA PROPONENTE, reafirma o previsto no já citado Item 2 CONCEITOS, que somente serão aceitos atestados comprobatórios de experiência os de objetos concluídos, *in verbis*:

A comprovação da experiência da instituição proponente, para fins de pontuação da proposta técnica, dar-se-á através da apresentação de Atestados de Capacidade Técnica, expedidos por órgão ou entidade da Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal, ou por empresa particular, **que comprovem a prestação de serviços, de objetos concluídos, por parte da proponente.** Os atestados devem ter objeto semelhante ao objeto do presente Ato Convocatório.

(...)

Serão aceitos Atestados de objetos concluídos nas três áreas supracitadas, sendo obrigatória a apresentação de 1 (um) atestado de elaboração de projeto de sistema de esgotamento sanitário, e 1 (um) atestado de acompanhamento e/ou fiscalização de obras, podendo ser de esgotamento sanitário ou de abastecimento de água.

Os dois extratos do normativo apontados, deixam evidenciados que o ATO CONVOCATÓRIO Nº 19/2023, requer as instituições proponentes a comprovação de **acompanhamento e/ou fiscalização de obras de esgotamento sanitário ou de abastecimento de água, até a sua conclusão.**

Nesta compreensão, este é o real objetivo que a norma prevista no Edital procura assegurar à instituição convocante, qual seja: a comprovada capacidade técnica, mediante atestação de entidade pública ou privada, que o proponente executou o serviço em toda sua inteireza.

4. DO ATESTADO APRESENTADO PELO CONSÓRCIO CONDUCTO-ASSIST

O **Consórcio CONDUCTO-ASSIST** apresentou ATESTADO DE DESEMPENHO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE ENGENHARIA CONSULTIVA (PARCIAL) devidamente registrado no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Ceará, vinculado à Certidão nº 285691/2022, emitida em 07/11/2022, pelo **Governo do Estado do Ceará**, através da **Secretaria do Turismo – SETUR**, CNPJ nº 00.671.077/0001-93, referente a serviços técnicos de supervisão e gerenciamento e das obras constantes do Programa de Valorização da Infraestrutura do Litoral Oeste – **PROINFUR**.

O Atestado declara que o Contrato teve como data inicial de execução de 29 de novembro de 2017 a 28 de outubro de 2021. No Segundo Aditivo ao Contrato, o prazo de vigência foi prorrogado até 08 de março de 2022.

Declara, ainda, que de *“acordo com a Ordem de Serviço Nº 28/2017, os trabalhos executados pela ASSIST CONSULTORES ASSOCIADOS LTDA, são executados observando atentamente todas*

às exigências apontadas no Termo de Referência anexo da Concorrência Pública Internacional nº 20160011/SETUR/CCC e todos os demais anexos ao instrumento convocatório”. **(grifos meus)**

No Item 1.3. do Atestado, intitulado **caracterização dos serviços executados**, assim afirma, *ipsis litteris*:

Os serviços executados compreendem supervisão e gerenciamento das obras constantes do PROINFATUR com o controle da execução de todos os serviços constantes dos projetos das obras a serem supervisionadas e gerenciadas: urbanização, terraplenagem, pavimentação e restauração, infraestrutura, fundações, sinalização, equipamentos urbanos, obras civis complementares, obras de proteção ambiental, **obras de sistemas de saneamento básico**, captação de água por poços tubulares, drenagem, obras de infraestrutura rodoviária, concretagens, vedações, revestimentos, infraestrutura turística envolvendo obras de estradas e rodovias, ambiental, estruturação/reestruturação de lugares turísticos e requalificação de espaços públicos, implantação de parquinhos e academias, urbanização da faixa de praia com calçadão, ciclovia, jardins paisagísticos, bosque, iluminação, iluminação cênica, mobiliário urbano, criação de espaços para a prática esportiva como praça poliesportiva, e construção e/ou duplicação de acesso as praias, conforme constam, nos projetos executivos de engenharia de cada obra.

(grifos meus)

Por sua vez, no Item 1.3.1, intitulado Obras Supervisionada, no Subitem 7, se encontra descrito o escopo da intervenção de implantação de saneamento básico, **na localidade de Flecheiras**, município de Trairi/Ce, nos seguintes termos, *litteris*:

Implantação de SAA e SES de Flecheiras: abastecimento de água da localidade de Flecheiras realizado através da captação de água subterrânea proveniente de poços tubulares rasos, com profundidade de até vinte metros. A água captada nos poços será reunida no reservatório apoiado e bombeada ao reservatório elevado. A partir desse ponto, toda a rede será pressurizada por gravidade, obedecendo aos critérios de pressão estática mínima e pressão dinâmica máxima da norma brasileira. De acordo com a topografia da área, o projeto contemplará 2 sub-bacias, cada uma constituída por uma Estação Elevatória de Esgoto, a qual a sub-bacia 1 receberá o esgoto da sub-bacia 2 e a sua EEE-1 lançará na ETE. Considerando-se as características apresentadas pelo esgoto, optou-se por adotar um tratamento biológico dos despejos com reator UASB, em nível secundário acrescido de polimento.

Projeto Sistema de Abastecimento de Água - SAA:

(...)

E conclui, atestando em 27 de outubro de 2021, *ipsis litteris*:

Atestamos para os devidos fins que os serviços **estão sendo realizados dentro dos prazos estipulados** e apresentam boa qualidade técnica, estando de acordo com as especificações dos termos de referência que orientam a contratação.

(grifos meus)

Ressalte-se, portanto, que o Atestado datado de 27 de outubro de 2021, data bem anterior ao lançamento do presente Ato Convocatório, deixa explícito que o **Consórcio CONDUCTO-ASSIST**, através de um de seus membros, **ASSIST CONSULTORES ASSOCIADOS LTDA**, vinha executando o acompanhamento e/ou fiscalização das obras descritas no Termo de Referência, **entre elas o abastecimento de água na localidade de Flecheiras, no município de Trairi/CE.**

Na perspectiva de comprovação de que o abastecimento de água na localidade de Flecheiras, no município de Trairi/CE, estava entre as obras **já realizadas dentro dos prazos estipulados** apontadas no Termo de Referência da Concorrência Pública Internacional nº 20160011/SETUR/CCC, foi apresentado, como anexo complementar de informação e esclarecimento ao ATESTADO DE DESEMPENHO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE ENGENHARIA CONSULTIVA (PARCIAL), devidamente registrado no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Ceará e vinculados à Certidão nº 285691/2022, duas declarações: TERMO DE RECEBIMENTO PROVISÓRIO e TERMO DE RECEBIMENTO DEFINITIVO, os quais apontam o seguinte objeto contratual, *ipsis litteris*:

Implantação do Sistema de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário da Localidade de Flexeiras, no Município de Trairi-CE. (sic)

No TERMO DE RECEBIMENTO DEFINITIVO, é dada a aceitação definitiva dos serviços executados na implantação do sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário na localidade de Flecheiras, no município de Trairi/CE, nos seguintes termos:

O presente TRD damos a **aceitação DEFINITIVA dos serviços executados**, de acordo com o previsto no contrato CTR 0034/2017 e nos demais documentos integrantes do processo contratual, independente de transcrição. **Foram executados os quantitativos de serviços constantes do boletim de medição fiscal.** O recebimento definitivo dos serviços contratados não isenta a contratada da responsabilidade prevista nos artigos 73 da lei 8.666/93 e 618 do código civil brasileiro. A contratada dá a cacece neste ato total quitação de todos os seus direitos relativos ao contrato CTR 0034/2017, especialmente aqueles correspondentes aos preços ajustados e/ ou reajustados, para nada mais reclamar sob qualquer título ou pretexto. De comum acordo, as partes contratantes, abaixo assinadas, firmam o presente encerramento do referido contrato, através deste termo de recebimento definitivo. Os profissionais identificados na primeira linha de participaram do processo de gerenciamento, fiscalização e supervisão do contrato CTR 0034/2017. Os gestores abaixo identificados têm ciência da conclusão dos serviços e concordam com TRD aqui emitido. (sic)

(grifos meus)

Em uma lógica racional, recebido a obra em definitivo, se encontra concluída a prestação de serviços de supervisão e gerenciamento da citada obra: **implantação de SAA e SES abastecimento de água da localidade de Flecheiras** no município de Trairi/CE.

Desta feita, se encontra presente o perfeito cumprimento do estabelecido como condição para a contagem dos pontos, consoante ATO CONVOCATÓRIO Nº 19/2023. Primeiro, como demonstrado, se encontra presente no ATESTADO DE DESEMPENHO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE ENGENHARIA CONSULTIVA (PARCIAL) que a proponente presta serviços de supervisão e gerenciamento das obras constantes do PROINFUTUR, entre as quais, **obras de sistemas de saneamento básico.** Segundo, a obra se enquadra cabalmente na exigência do Ato Convocatório: **implantação de SAA e SES abastecimento de água da localidade de Flecheiras.** Terceiro, atesta que as obras e serviços **estão sendo realizados dentro dos prazos estipulados.** Quarto, em atestação complementar é informado que entre as obras que seguiram o calendário previsto de execução e conclusão se encontram precisamente a **Implantação de SAA e SES abastecimento de água da localidade de Flecheiras.**

Portanto, os documentos supramencionados comprovam que o **Consórcio CONSDUCTO-ASSIST**, cumpriu a essência da exigência do ATO CONVOCATÓRIO Nº 19/2023, qual seja: a capacidade

técnica devidamente comprovada por atestação de ente público ou privado na prestação de serviços de supervisão e gerenciamento **de obras de abastecimento de água na localidade de Flecheiras, até a sua conclusão.**

5. ANALISANDO O MÉRITO DA DECISÃO

Apesar da devida comprovação, a ilibada Comissão de Julgamento ateve-se a uma análise da documentação apresentada, primando pelo que a doutrina e a jurisprudência nominam de formalismo exacerbado, ao afirmar:

De acordo com o Termo de Referência, a experiência da empresa foi comprovada através da apresentação de um atestado de elaboração de projeto de sistema de esgotamento sanitário. Porém, o atestado referente ao acompanhamento e fiscalização de obras, podendo ser de esgotamento sanitário ou de abastecimento de água, é de objeto não concluído.

Tal atestado não foi considerado, uma vez que o Termo de Referência estabelece:

“A comprovação da experiência da instituição proponente, para fins de pontuação da proposta técnica, dar-se-á através da apresentação de Atestados de Capacidade Técnica, expedidos por órgão ou entidade da Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal, ou por empresa particular, que comprovem a prestação de serviços, de objetos concluídos, por parte da proponente.”

Conforme consta no Quadro 6, apenas um dos atestados apresentados foi considerado válido, totalizando 15 (quinze) pontos.

Ou seja, mesmo estando comprovado documentalmente que o **Consórcio CONDUCTO-ASSIST**, supervisionou e gerenciou as **obras de sistemas de saneamento básico**, dentre a **Implantação de SAA e SES abastecimento de água da localidade de Flecheiras**, até sua conclusão, a Comissão Julgadora numa leitura formalística exacerbada, não considerou a atestação do ente contratante que afirma o acompanhamento até sua conclusão, por não constar internamente do ATESTADO DE DESEMPENHO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE ENGENHARIA CONSULTIVA (PARCIAL), apesar de nele afirmar que na data de sua emissão, já existiam obras concluídas.

Diante desta decisão é de bom alvitre lembrar que há muitos anos, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, a questão do formalismo exacerbado enquanto exigência editalícia com força de ato vinculativo de natureza obrigatória, teve seus efeitos ponderadamente minimizados. A forma somente tem efeito integralmente vinculativo, quando a própria forma é essencial e com impacto no conteúdo da proposta. O que não é o caso exposto.

Os Tribunais e Cortes de Contas de nosso país condenam veementemente o formalismo exacerbado, principalmente quando o formalismo exigido não tem qualquer impacto ou importância na formulação de conteúdo da proposta.

O formalismo exacerbado afronta a razão de ser de todo procedimento licitatório: buscar a proposta mais vantajosa para os entes públicos, como bem prescreve o art. 3º, Parágrafo Único da Resolução ANA nº 122, de 16 de dezembro de 2019, *in verbis*:

art. 3º (...)

Parágrafo Único. A seleção de propostas destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a **proposta mais vantajosa** para a entidade delegatária.

(grifos meus)

Posição reafirmada, também, no art. 3º, Parágrafo Único da Resolução INEA nº 160 de 11 de dezembro de 2018, *litteris*:

art. 3º (...)

Parágrafo Único. A seleção de propostas destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, da publicidade, da impessoalidade, da legalidade e selecionar a **proposta mais vantajosa** para o regular funcionamento da entidade delegatária.

(grifos meus)

A Ilustre Comissão é sabedora que na busca por selecionar a proposta mais vantajosa é de grande relevância a observação de que a não pontuação de um proponente na análise de sua proposta técnica, apesar de evidenciada a capacidade técnica, é um ato que pode colocar em risco o alcance do supracitado objetivo, haja vista que tal decisão praticamente retira da proponente a possibilidade de lograr êxito e sair-se vencedora.

Data vênua, a exemplo do caso concreto em questão, as comissões de licitação e/ou de julgamento, antes de se pronunciarem sobre o mérito da análise das propostas numa licitação/ato convocatório, devem utilizar de todos os meios previstos na legislação e no edital com vistas a propiciar, em todas as fases, o avançar para o alcance da seleção da melhor proposta entre os concorrentes.

No caso em questão, como se trata de Coleta de Preços, do tipo Técnica e Preço, visando a contratação de empresa para gerenciamento, acompanhamento e fiscalização de obras para implantação de sistemas de esgotamento sanitário na bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul, vale destacar que o procedimento previsto no ATO CONVOCATÓRIO, como processo que é, não pode ser considerado um fim em si mesmo, mas um instrumento para atingir o fim almejado, qual seja, a seleção da proposta mais vantajosa para executar o objeto contratado, sempre visando o interesse público. Tal conclusão decorre inexoravelmente da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, próprio do Direito Processual e inegavelmente aplicável ao Processo Administrativo.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira, na obra *Licitações e Contratos Administrativos (Método/GEN, 9ª Edição, 2020)*, explica que:

A licitação é um procedimento instrumental que tem por objetivo uma finalidade específica: celebração do contrato com o licitante que apresentou a melhor proposta. Por esta razão, a legislação tem flexibilizado algumas exigências formais, que não colocam em risco a isonomia, com o intuito de garantir maior competitividade.

O “Princípio do Formalismo Moderado” vem sendo considerado pela doutrina como aplicável a todos os processos administrativos, visando equilibrar com equidade a aplicação dos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, fazendo com que meras formalidades, até mesmo irregularidades que não afetam interesses públicos ou privados, não levem à desnecessária eliminação ou comprometimento da capacidade competidora dos concorrentes, a exemplo do que ocorrerá, caso seja mantida a decisão inicial da ilibada Comissão Julgadora, ora combatida.

Em sendo assim, se deve ter em mente, como aponta o princípio do formalismo moderado, típico do Direito Administrativo e, segundo o qual, não deve o administrador prender-se ao formalismo excessivo em detrimento da flexibilidade, razoabilidade e proporcionalidade que

melhor garantam ao ente público, sempre dentro da legalidade, a obtenção da proposta que lhe seja mais favorável.

Nesta perspectiva, é absolutamente desarrazoada a não pontuação referente ao segundo item do **Quesito A: EXPERIÊNCIA DA EMPRESA PROPONENTE**, haja vista que o objetivo central previsto no ATO CONVOCATÓRIO é a comprovação, mediante atestação de ente público ou privado, de que o proponente realizou acompanhamento e/ou fiscalização de obras, podendo ser de esgotamento sanitário ou de abastecimento de água, até a sua conclusão. Exigência que o **Consórcio CONDUCTO-ASSIST** cumpriu e demonstrou documentalmente.

Ilustre Comissão Julgadora, a manutenção de vossa decisão afronta o entendimento consolidado de muitos anos no Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual afirma que o procedimento licitatório deve buscar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, *in verbis*:

FINALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: STJ - Tenho manifestado firme entendimento no sentido de que o procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, dando azo à participação do maior número possível de concorrentes. A escolha final há de recair sempre na proposta mais vantajosa para a Administração (STJ - Pleno - MS no 5.602/DF - Rel. Min. Presidente Américo Luz, Diário da Justiça, Seção I, 4 fev. 1998, p. 04).

É cediço que a Lei nº 8.666/1993 em seu art. 3º, a Resolução ANA nº 122 de 16 de dezembro de 2019 e a Resolução INEA nº 160 de 11 de dezembro de 2018, ambas em seus arts. 2º, reafirmam que os julgamentos devem estar parametrizados no atendimento às exigências do ato convocatório, tratando-se assim do chamado princípio de vinculação ao edital.

Entretanto, este princípio vem sendo mitigado com sustentáculo em outros princípios, também aplicáveis, e que norteiam a Administração Pública, como os da **razoabilidade** e **proporcionalidade**, sem esquecer o já apontado anteriormente, o da **instrumentalidade das formas**.

O brilhante administrativista HELY LOPES MEIRELLES, com tamanha lucidez, há muito tempo leciona que:

A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta **deve ser substancial e lesiva à Administração ou aos outros licitantes, pois um simples lapso de redação, ou uma falha inócua na interpretação do edital, não deve propiciar a rejeição sumária da oferta**. Aplica-se, aqui, a regra universal do *utile per inutile non vitiatur*, que o Direito francês resumiu no *pas de nullité sans grief*. **Melhor que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal e inconstitucional com o caráter competitivo da licitação**. (cf. Licitação e Contrato Administrativo, 11ª ed., Malheiros, 1997, p. 124).

Antiga e oportuna a lição de Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª Edição, São Paulo: Dialética, 2012, p. 736/737, que nos ensina que não é toda e qualquer divergência que conduz à desclassificação, mas apenas aquelas que acarretem um prejuízo a um interesse protegido, *in verbis*:

(...) os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância dos defeitos. (...) **Não se deve conceber que toda e qualquer divergência entre o texto da Lei ou do**

Edital conduz à invalidade, à inabilitação ou à desclassificação. (...) É indispensável que a desconformidade acarrete um prejuízo a um interesse protegido.

A bem da verdade, *in casu*, a declaração de conclusão da obra não se encontrar de forma explícita no ATESTADO DE DESEMPENHO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE ENGENHARIA CONSULTIVA (PARCIAL), não é motivo para não pontuar, dada as declarações complementares emitidas pelo mesmo ente público, afirmando que a obra/serviço, comprobatória da exigência prevista no ATO CONVOCATÓRIO, se encontra conclusa.

Dito isso, a decisão da Comissão de Julgamento deve ser revista e modificada, haja vista que mantida a não pontuação, a proponente terá suas chances de sagrar-se vencedora praticamente inexistente, o que poderá trazer sérios prejuízos aos objetivos do próprio ATO CONVOCATÓRIO de contratar uma empresa com a melhor capacidade técnica e o preço mais adequado, criando a possibilidade do efetivo cumprimento ao PRINCÍPIO DA VANTAJOSIDADE e da LEGALIDADE, conforme diretrizes esculpidas no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e nos arts. 2º da Resolução ANA nº 122 de 16 de dezembro de 2019 e na Resolução INEA nº 160 de 11 de dezembro de 2018 e, ainda, do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

É de bom alvitre lembrar que foi dentro desse diapasão conceitual de natureza constitucional que se consolidou o formalismo moderado como princípio que se opõe ao excesso de formalismo, à burocracia desnecessária e ao rigor exagerado no cumprimento da lei. Sabe-se que além de legal, a licitação também deve ser justa, ou seja, o tratamento dado aos licitantes deve privilegiar princípios jurídicos como o da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência e do interesse público.

É nesta perspectiva que, há bastante tempo, o Tribunal de Contas da União está eivado de decisões que asseguram a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, presente aqui na decisão da Comissão Julgadora, de forma a garantir que o exacerbamento do formalismo não leve à desclassificação de licitante ou limite em sua capacidade concorrencial. Vejamos:

ACÓRDÃO 11.907/2011 - SEGUNDA CÂMARA

DATA DA SESSÃO

06/12/2011

RELATOR: AUGUSTO SHERMAN

(...)

ENUNCIADO

Não se desclassifica propostas de licitante pelo descumprimento de exigências pouco relevantes, em respeito ao princípio do formalismo moderado e da obtenção da proposta mais vantajosa à Administração.

EXCERTO

Proposta de Deliberação:

3.5. Formalismo exagerado no julgamento de propostas em procedimentos licitatórios:

3.5.1. Foi verificado que em um procedimento licitatório uma empresa foi desclassificada por não apresentar declaração dando ciência que cumpria os requisitos de habilitação, enquanto que em outra licitação houve a desclassificação de uma empresa por não apresentar segunda via da proposta.

3.5.2. Em relação a esse achado, a equipe de auditoria propõe recomendar à Prefeitura Municipal que em futuros procedimentos licitatórios com recursos federais, qualifique as exigências formais menos relevantes à consecução do objeto licitado, estabelecendo nos editais medidas alternativas em caso de descumprimento dessas exigências, objetivando evitar a desclassificação das propostas.

3.5.3. Acolho a proposta, por entender que a medida visa ao aumento da competitividade dos certames licitatórios, propiciando a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Acórdão:

[...] 9.6. recomendar à Prefeitura Municipal de Coari/AM que:

9.6.1. Qualifique, em futuros procedimentos licitatórios com recursos federais, **as exigências formais menos relevantes à consecução do objeto licitado, estabelecendo nos editais medidas alternativas em caso de descumprimento dessas exigências por parte dos licitantes, objetivando evitar a desclassificação das propostas, visando a atender ao princípio do formalismo moderado e da obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, sem ferir a isonomia entre os partícipes e a competitividade do certame;**

(grifos meus)

ACÓRDÃO 357/2015 - PLENÁRIO

RELATOR: BRUNO DANTAS

PROCESSO: 032.668/2014-7

(...)

DATA DA SESSÃO

04/03/2015

(...)

SUMÁRIO

REPRESENTAÇÃO, COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. SUPOSTAS IRREGULARIDADES OCORRIDAS EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, RELACIONADAS À DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA DE LICITANTE COM PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. VÍCIO INSANÁVEL NO MOTIVO DETERMINANTE DO ATO DE DESCLASSIFICAÇÃO. NULIDADE. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA. 1. O intuito basilar dos regramentos que orientam as aquisições pela Administração Pública é **a contratação da proposta que lhe seja mais vantajosa, obedecidos 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.** 2. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve **pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo,** respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.

(grifos meus)

Ainda tratando sobre a relação entre o princípio da vinculação ao edital e a legalidade estrita é precioso o tratamento dado no Acórdão 119/2016 - Plenário do TCU, *in verbis*:

ACÓRDÃO 119/2016 - PLENÁRIO

DATA DA SESSÃO

27/01/2016

RELATOR: VITAL DO RÊGO

(...)

ENUNCIADO

A observância das normas e das disposições do edital, consoante o art. 41, caput, da Lei 8.666/93, deve ser aplicada mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles os da eficiência e da seleção da proposta mais vantajosa. Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios.

EXCERTO

Voto:

14. A mais moderna Hermenêutica Constitucional enfatiza o caráter normativo dos princípios, bem como a sua concretude, a sua positividade e, até mesmo, a sua supremacia. A exaltação do positivismo jurídico pode levar o Direito a ser prisioneiro da lei, o que seria uma negação de um ditado elementar da boa Hermenêutica: **a pior interpretação da lei é a literal; há de se considerar o seu conteúdo axiológico.**

15. Ao explicitar a aplicação dos princípios da economicidade e da razoabilidade, como fez a (omissis) - cabe incluir também nesse rol o princípio da eficiência, insculpido no art. 37, caput, da Constituição Federal -, não se está a invadir o terreno reservado à lei, mas sim conferir concretude a normas supralegais, que estão acima dela, em razão de sua natureza de princípios gerais e de seu status constitucional, e que não podem deixar de ter eficácia, sob pena de comprometer a coesão do ordenamento jurídico, pela privação de seus valores fundamentais.

16. Não se trata, em absoluto, de conferir importância menor ao princípio da legalidade, em relação a outros princípios constitucionais. Trata-se tão somente de reconhecer que, diante do caso concreto, na busca da melhor solução para a situação concreta, **e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público em toda a sua plenitude, o princípio da legalidade estrita acaba perdendo força frente a outros princípios.**

(grifos meus)

Por fim, não há como esquecer o Acórdão 2.239/2018 aprovado pelo plenário TCU na sessão de 26/09/2018, tendo como voto condutor a eminente Ministra Ana Arraes, que em seu relatório firmou, mais uma vez, o entendimento daquela Corte sobre o formalismo moderado nos seguintes termos, *verbis*:

29. O entendimento adotado pela entidade de que diligência, 'em qualquer tempo', resulta necessariamente em 'novas propostas', com violação ao § 3º do art. 43 da Lei 8.666/93 e ao princípio da isonomia, encontra-se amplamente ultrapassado pela moderna jurisprudência deste Tribunal. **O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, em que se fundamenta a posição do Sebrae/PA, deve ser utilizado em equilíbrio com princípios maiores, como o do interesse público e o da seleção da proposta mais vantajosa, este último consagrado no art. 3º da Lei de Licitações. O formalismo moderado nos certames licitatórios é fortemente incentivado pelo Tribunal de Contas da União, que compreende ser a diligência 'medida simples que privilegia a obtenção da proposta mais vantajosa e evita a desclassificação indevida**

de propostas' (Acórdão 2159/2016-TCU-Plenário, relatado pelo ministro Augusto Nardes)

30. Para o TCU (Acórdão 119/2016-TCU-Plenário, relatado pelo ministro Vital do Rêgo)

A observância das normas e das disposições do edital, consoante o art. 41, caput, da Lei 8.666/93, deve ser aplicada mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles os da **eficiência e da seleção da proposta mais vantajosa. Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios.**

(grifos meus)

Mesmo que não seja esse o entendimento desta douta Comissão, o caminho não será o da não pontuação, pois não tem sido este o entendimento de nossos Tribunais de Contas. Pelo contrário, primando por garantir que a certame licitatório possibilite a mais ampla concorrência, de forma a buscar a proposta mais adequada aos interesses da Administração Pública, as Cortes de Contas entendem que em eventual dúvida do ente licitante, deve ser aberta diligência para que o concorrente apresente o documento já existente à época da licitação. Este é o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme decisão, a exemplo do Acórdão 1.211/2011 em Plenários, *verbis*:

ACÓRDÃO 1.211/2021 - Plenário

Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES

Sumário: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO REGIDO PELO DECRETO 10.024/2019. IRREGULARIDADE NA CONCESSÃO DE NOVA OPORTUNIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO AOS LICITANTES, NA FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, SEM QUE O ATO TENHA SIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DO CERTAME. MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA PREJUDICADA. CIÊNCIA AO JURISDICIONADO ACERCA DA IRREGULARIDADE. OITIVA DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA SOBRE A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS NO SISTEMA COMPRASNET. Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim). O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea "h"; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), 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/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

Ademais, a Resolução ANA nº 122 de 16 de dezembro de 2019 e a Resolução INEA nº 160 de 11 de dezembro de 2018, preveem a realização de diligência em qualquer momento e fase dos procedimentos do ATO CONVOCATÓRIO. No caso concreto, com o fito de elidir eventual dúvida quanto a conclusão da obra apontada como comprovação de capacidade técnica do **Consórcio CONDUCTO-ASSIST**, como forma de buscar assegurar a mais ampla competitividade em todas as fases, e, assim, melhor pavimentar o caminho para obtenção da proposta mais vantajosa.

CONCLUSÃO E PEDIDOS

Ilibada Comissão Julgadora, diante do comprovado cumprimento da exigência do **Quesito A: EXPERIÊNCIA DA EMPRESA PROPONENTE, acompanhamento e/ou fiscalização de obras, no caso em tela abastecimento de água da localidade de Flecheiras, até a sua conclusão**, requer que esta douta Comissão Julgadora reconsidere sua decisão e pontue em 15 (quinze) pontos o **Consórcio CONSDUCTO-ASSIST**.

Caso alguma incerteza ainda interponha a Comissão Julgadora, seja aberta diligência para que todas as dúvidas sejam sanadas.

Não sendo este o entendimento da Comissão Julgadora e venha a reafirmar sua decisão, desde logo requer, com esteio na aplicação subsidiária do art. 109, § 4º da Lei nº 8.666/1993 e suas alterações posteriores, após cumprida as formalidades legais, a imediata subida para apreciação de autoridade superior (recurso hierárquico), para apreciação e julgamento.

Fortaleza/CE, 13 de outubro de 2023.



Representante Legal - Consórcio CONSDUCTO-ASSIST