

SECRETARIA DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO

PROAD N°.: 14790/2023

OBJETO: Aquisição de rádio transceptor portátil digital.

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATOS. CONTRATAÇÃO DIRETA. APLICAÇÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES. ART. 75, II, DA LEI 14.133/2021. DISPENSA ELETRÔNICA EM RAZÃO DO VALOR COM DISPUTA.

RESPOSTA INTEMPESTIVA À CONVOCAÇÃO. INABILITAÇÃO. ANÁLISE DA PROPOSTA SUBSEQUENTE. OBRIGATORIEDADE.

PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS COM SÓCIOS EM COMUM. INDÍCIO DE FRAUDE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS NO MOMENTO. DEVER DE APURAÇÃO.

RECOMENDAÇÃO DE REVOGAÇÃO DA DISPENSA PARA REALIZAÇÃO DE PREGÃO ELETRÔNICO.

Retornam os autos para que esta Secretaria de Assessoramento Jurídico emita parecer acerca das questões apontadas nos documentos emitidos pela Coordenadoria de Licitações e Contratos (doc.88 e doc.89).

Trata-se de processo administrativo para aquisição de rádio transceptor portátil digital, mediante DISPENSA ELETRÔNICA EM RAZÃO DO VALOR COM DISPUTA.

Instada a se manifestar sobre os atos praticados, esta Assessoria Jurídica apresentou o Parecer doc.72.

A Diretoria-Geral acolheu o opinativo e determinou a inabilitação da empresa GLOBO LINE MED PRODUTOS E SERVIÇOS, com exame da proposta subsequente, e assim sucessivamente, na ordem de classificação. (doc.73).

Adotado o procedimento supra, pela CLC, chegou-se à 11ª colocada (VIA RÁDIO TECNOLOGIA EMTELECOMUNICAÇÕES LTDA), com consulta das certidões obrigatórias.

Nesse ínterim, a 10ª colocada (MF LAN NEGÓCIOS LTDA), encaminhou e-mail alegando que não respondeu no prazo de convocação de 2 (duas) horas porque houve queda de energia na localidade (doc.83).

Reclassificada, concedido prazo adicional para comprovar o evento, a 10ª colocada (MF LAN NEGÓCIOS LTDA) apenas argumentou que não tem nenhuma comprovação do fato, tendo em vista que a queda foi rápida, prejudicou e reiniciou o sistema de internet.. Além disso, alegou que em dia distinto ocorreu a mesma queda, no local, juntando prints para comprovar (doc.83).

Aliado a esse fato, a CLC solicita a análise sobre a questão de existirem sócios em comum na empresa da 11ª e 20ª colocadas, por configurar em indício de fraude (doc.89).

É o relatório.

1. Da inabilitação da 10ª colocada (MF LAN NEGÓCIOS LTDA).

Os autos cuidam de processamento de disputa eletrônica para contratação direta, por dispensa de licitação. Ocorre que, ainda que mais simplificado o procedimento, não se pode desprezar as premissas básicas adotadas pela Constituição Federal e pela Lei de Licitações para as contratações públicas.

No momento que se utiliza da preferência em contratar diretamente, mediante procedimento de concorrência, a participação dos interessados deve ser garantida de forma igualitária.

Sendo assim, considerando que foi oportunizado prazo para a 10ª colocada (MF LAN NEGÓCIOS LTDA) comprovar a alegada impossibilidade de enviar a resposta à convocação da disputa eletrônica, considerando que a empresa não se desincumbiu de tal ônus e, considerando a obrigatoriedade de observância dos princípios da isonomia, da transparência, competitividade e interesse público, assegurando igualdade de condições aos participantes, entendemos que deve ser mantida a **inabilitação, passando-se ao exame da proposta subsequente**, e assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda às especificações do objeto e as condições de habilitação.

2. Indício de fraude.

A CLC alerta para a coincidência de empresas com sócio em comum e solicita manifestação desta SAJ (doc.89):

“(…) Nesse passo, após desclassificação da 6ª, 7ª, 8ª, 9ª a 10ª colocadas, passamos à consultadas certidões obrigatórias da 11ª colocada (VIA RÁDIO TECNOLOGIA EMTELECOMUNICAÇÕES LTDA.) e, considerando o alerta que nos foi dado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em auditoria do ano passado, verificamos indício de fraude, haja vista que, num dos relatórios SICAF (Quadro Societário), consta sócio em comum com a 20ª classificada (JOTA 1 SOLUÇÕES INTEGRADAS LTDA.), o qual subscreve os docs. 62e 68 (e-mails da empresa Jota 1 pedindo a desclassificação da 5ª colocada). Ressaltamos que o referido sócio detém 50% da participação societária da empresa classificada em 11º lugar e a totalidade da 20ª.

(…)

No mesmo dia em que a MF LAN foi reclassificada, o sócio das empresas JOTA 1SOLUÇÕES INTEGRADAS LTDA. e VIA RÁDIO TECNOLOGIA EMTELECOMUNICAÇÕES LTDA. enviou novo e-mail insurgindo-se com a reclassificação daquela (doc. 87) (…)

(…)

Ante o exposto, encaminhamos os autos à Assessoria Jurídica para emissão de parecer acerca das questões acima apontadas, para que informe se devemos prosseguir com a contratação da empresa MF LAN NEGÓCIOS LTDA. (10ª colocada), levando em consideração os elementos que já se encontram presentes nos autos, ou se devemos prosseguir com a convocação da 11ª colocada. Além disso, e independentemente de convocarmos esta empresa, também pedimos manifestação acerca do indício de fraude informado acima.

Por fim, solicitamos que seja dada ciência à Diretoria Geral acerca do ocorrido, para que a autoridade competente também se manifeste.

A CLC constatou que a 11ª colocada (VIA RÁDIO TECNOLOGIA EM TELECOMUNICAÇÕES LTDA) e a 20ª colocada (JOTA 1 SOLUÇÕES INTEGRADAS LTDA) (mesma empresa que se insurgiu contra a 5ª colocada, inabilitada após opinativo desta SAJ) possuem sócios em comum.

Ademais, aponta que a 20ª colocada está tumultuando a disputa pois tem interesse na habilitação da 11ª colocada. Com efeito, consoante alertado pelo Tribunal de Contas da União, surge da situação narrada o indício de fraude.

Uma vez identificado o indício, cabe à Administração averiguar a materialização na prática que possa prejudicar a contratação e/ou os demais interessados, de modo a afastar aplicação do art. 73 da Lei 14.133/2021.

Sócios em comum pode configurar o conluio, ou seja, a participação combinada de empresas objetivando resultado forjado para contratação. Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União orienta que:

Acórdão 2531/2021-Plenário | Relator: VITAL DO RÊGO

A prova indiciária, constituída por somatório de indícios que apontam na mesma direção, é suficiente para caracterizar fraude à licitação por meio de *conluio* de licitantes, não se exigindo prova técnica inequívoca para tanto.

.....

Acórdão 2461/2022-Plenário | Relator: VITAL DO RÊGO

Na dosimetria para aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade (art. 46 da Lei 8.443/1992) no caso de *conluio* entre empresas com a finalidade de fraudar licitação, a punição à empresa vencedora do certame deve ser mais severa, em razão da maior vantagem obtida com a irregularidade.

.....

Acórdão 662/2013-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO

A existência de sócios comuns em empresas participantes de licitação não constitui, por si só, ilegalidade. Contudo, esse cenário acarreta ao condutor dos certames o dever de diligenciar para evitar *fraudes*.

.....

Acórdão 2996/2016-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER

A existência de relação de parentesco, de afinidade familiar ou profissional entre sócios de distintas empresas não permite, por si só, caracterizar como *fraude* a participação dessas empresas na mesma licitação, mesmo na modalidade convite. A mera participação das empresas, sem a demonstração da prática de ato com intuito de frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação, não enseja a declaração de inidoneidade de licitante.

.....

Acórdão 2803/2016-Plenário | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO

Não existe vedação legal à participação, no mesmo certame licitatório, de empresas do mesmo grupo econômico ou com sócios em relação de parentesco, embora tal situação possa acarretar quebra de isonomia entre as licitantes. A demonstração de *fraude* à licitação exige a evidencição do nexo causal entre a conduta das empresas com sócios em comum ou em relação de parentesco e a frustração dos princípios e dos objetivos da licitação.

.....

Acórdão 478/2015-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER

Não cabe desclassificação de licitante motivada por presunção de intenção de *fraude* durante a execução do contrato.

.....

Acórdão 2502/2010-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER

A presença de sócios comuns entre todas licitantes compromete a competitividade do certame, porquanto não estimula a real disputa entre as participantes tampouco assegura o sigilo das propostas ofertadas. Nesses casos, observa-se a prevalência do interesse do grupo societário como um todo em detrimento dos interesses isolados de cada participante, afastando a efetiva disputa entre as empresas.

.....

Acórdão 1539/2014-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER

A participação de sociedades coligadas em um mesmo certame licitatório, por si só, não é considerada um ato ilícito. A participação de empresas pertencentes a sócios comuns pode ser considerada regular, se atuarem de forma independente, sem arranjos que possam macular a competitividade do certame.

A participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação não afronta a legislação vigente e somente merece ser considerada irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes, como nos casos de: a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra.

Vê-se, pois, que o simples fato de duas empresas com sócios em comum participarem da disputa, não caracteriza, por si só, ilegalidade. O indício deve ser apurado, contudo, a análise no caso concreto perpassa pela existência de atos capazes de frustrar a competitividade real.

A 20ª colocada (JOTA 1 SOLUÇÕES INTEGRADAS LTDA) se insurgiu contra a classificação da 5ª colocada, no entanto, a inabilitação sobreveio em razão da referida empresa não estar nem cadastrada no sistema da Caixa Econômica Federal ao tempo da participação da disputa, conforme Parecer desta SAJ. Nesta oportunidade, a empresa JOTA reclama a inabilitação da 10ª colocada porque não respondeu no prazo da convocação, motivo com o qual esta SAJ concorda.

Ou seja, independente das alegações da empresa JOTA, os resultados seriam os mesmos, posto que foram ao encontro do regime jurídico-administrativo das contratações públicas, que engloba a dispensa por disputa, procedimento simplificado, porém, destinado à concorrência simultânea em sistema com regras que devem ser seguidas de forma objetiva por todos os participantes.

Foram 10 empresas convocadas até o momento com número expressivo de participantes. Diante disso, considerando a narrativa descrita nos autos até o momento, entendemos que não existem elementos suficientes para configurar fraude à licitação.

Entretanto, por cautela, recomendamos que seja apurado e identificado na instrução se existem outras empresas com sócios em comum dentre aquelas inabilitadas e por qual motivo cada uma delas fora inabilitada.

3. Da realização de Pregão.

O legislador possibilitou a realização da contratação direta por dispensa de licitação, nos casos dos incisos I e II, em razão do valor, preferencialmente, por disputa.

O fato de propiciar maior concorrência, via sistema único, de forma mais transparente, no formato da disputa eletrônica, objetiva garantir a lisura da contratação associado à proposta mais vantajosa.

Ocorre que, quando a disputa se mostra conturbada, com diversas empresas interessadas, entendemos que o mais razoável seria modificar a forma de seleção do fornecedor, ampliando ainda mais a participação das empresas do ramo. Destaque-se que a contratação direta é via de exceção, sendo o dever de licitar regra primária, constitucional.

Nesse contexto, recomendamos a revogação da autorização para contratação mediante dispensa, com fundamento no art. 53 da Lei 9754/99 e na Súmula 473 do STF, por motivo de conveniência ou oportunidade, com a conseqüente determinação de realização de Pregão Eletrônico.

Conclusão

Ante o exposto, esta Assessoria Jurídica conclui:

1) Tendo em vista que a disputa se mostra conturbada, com diversas empresas interessadas, **entendemos** que o mais razoável seria modificar a forma de seleção do fornecedor, deixando de aplicar a exceção para obedecer ao dever de licitar. Por esse motivo **recomendamos a revogação da autorização para contratação mediante dispensa, com fundamento no art. 53 da Lei 9754/99 e na Súmula 473 do STF, por motivo de conveniência ou oportunidade, com a consequente determinação de realização de Pregão Eletrônico.**

2) Sendo mantida a disputa, em relação à 10ª colocada (MF LAN NEGÓCIOS LTDA), como não se desincumbiu do ônus de comprovar a suposta impossibilidade de enviar a resposta à convocação da disputa eletrônica, e, considerando a obrigatoriedade de observância dos princípios da isonomia, da transparência, competitividade e interesse público, assegurando igualdade de condições aos participantes, **entendemos** que deve ser mantida a inabilitação, passando-se ao exame da proposta subsequente, e assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda às especificações do objeto e as condições de habilitação;

3) Sobre a participação de duas empresas com sócios em comum, **entendemos** que a narrativa descrita nos autos até o momento não apresenta elementos suficientes para configurar fraude à contratação. Entretanto, por cautela, **recomendamos** que seja apurado e identificado na instrução se existem outras empresas com sócios em comum dentre aquelas inabilitadas e por qual motivo cada uma delas fora inabilitada.

Este é o parecer que, se de acordo, sugiro encaminhamento à Diretoria-Geral.

Em 13 de março de 2024.

Havana Pimentel Sobral

Chefe da Divisão Processual – SAJ

Acácia do Val Santana

Área de Licitação e Contratos da Divisão Processual - SAJ

De acordo.

Edite Hupsel

Diretora da Secretaria de Assessoramento Jurídico