



Processo Licitatório nº 318/2020

Processo SEI nº: 19.16.3900.0009121/2020-98

Objeto: REGISTRO DE PREÇOS para aquisição de álcool em gel, máscaras de tecido, protetores faciais e termômetros infravermelhos digitais, destinados a suprir as necessidades das unidades do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Recorrente: G VENDAS DISTRIBUIDORA LTDA – ME

Decisão Recorrida: Inabilitação da recorrente.

Conheço do recurso interposto pela licitante G VENDAS DISTRIBUIDORA LTDA – ME, eis que próprio e tempestivo.

No mérito, decido pelo seu provimento parcial, julgando procedente apenas o pedido de reconhecimento de ilegalidade de exigência editalícia. Acolho o parecer de lavra da Pregoeira, adoto sua fundamentação como razão de decidir e determino, em exercício de autotutela, a anulação do Processo Licitatório nº 318/2020. Publique-se, com abertura de prazo para contraditório e ampla defesa.

Belo Horizonte/MG, 29 de março de 2021.

MÁRCIO GOMES DE SOUZA

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo,

I – RELATÓRIO

Cuida-se de recurso interposto pela licitante G VENDAS DISTRIBUIDORA LTDA – ME (doc. SEI nº 0801565), já identificada e qualificada nos autos do processo licitatório em tela, em face da decisão que a inabilitou em decorrência de descumprimento de requisito de qualificação técnica atinente ao “Lote 1”.

Prevista no subitem “4.2” da Relação de Documentos Exigidos (RDE – Anexo IV do Edital) em reprodução ao subitem “9.2” do Termo de Referência (TR – Anexo VIII), trata a exigência não atendida de “*Atestado de capacidade técnica, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, de que a CONTRATADA já forneceu materiais de higiene pessoal ou outro tipo de material de proteção individual para todas as regiões do Estado de Minas Gerais ou para pelo menos 50% das comarcas especificadas no Apenso II do TR*”.

Em suas razões recursais, alega a recorrente que teria apresentado todos os documentos exigidos a título de qualificação técnica, em conformidade com o Edital; Aduz que seria ilegal e desarrazoada a exigência do atestado em questão, por delimitar o “lugar/local da prestação de serviços”, em afronta ao art. 30 da Lei nº 8666/93 e a posicionamentos do Tribunal de Contas da União – TCU –, em razão do que pugna pelo exercício da autotutela administrativa por parte deste Órgão para fins de reconhecimento da ilegalidade da cláusula editalícia e de reversão de sua inabilitação, eis que tal decisão se teria fundamentado no descumprimento de requisito ilícito; Sustenta, também, baseada em Declaração emitida pelo fabricante do produto, que os “Relatórios de Ensaio” por ela apresentados atenderiam plenamente às respectivas exigências editalícias (subitem “9.4.3.1” do Edital e item “8” do TR); A empresa sugere, ainda, que princípios jurídicos aplicáveis à licitação e vinculadores da Administração Pública, tais como “Legalidade”, “Isonomia”, “Seleção da proposta mais vantajosa para a administração” e “Vinculação ao Instrumento Convocatório”, não teriam sido observados por esta Pregoeira a propósito da prolação da decisão recorrida.

Intimados os demais licitantes para eventual exercício do respectivo contraditório na forma legal, não houve apresentação de contrarrazões.

É o breve relato.

II – DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

Preliminarmente, faz-se pertinente breve análise acerca da “**motivação**” registrada no Sistema pela recorrente no bojo da manifestação de sua intenção recursal, qual seja:

Não concordamos com a inabilitação da empresa, visto que o item 4.2 do Edital, descumpra as normas previstas na Lei de Licitações e nos entendimentos do TCU, quando exige que a empresa comprove fornecimento de materiais em determinada região, o nosso Laudo atende e vamos comprovar.

A propósito, nas razões recursais apresentadas, a recorrente alega tratar-se de recurso manifestamente cabível, apresentado em conformidade com os ditames legais e correspondente a “*direito público subjetivo, liberto de quaisquer condicionantes*”. Impende, entretanto, ressaltar-se que o Edital e a legislação aplicável condicionam expressamente o exercício desse direito, seja à manifestação “motivada” da intenção de recorrer, seja à aceitação dessa intenção pelo Pregoeiro. Não por outra razão, o Portal de Compras-MG disponibiliza ao Pregoeiro ícone destinado ao juízo de admissibilidade da intenção de recurso, motivação essa passível de aceitação ou de recusa fundamentada.

Sobre o tema, dispõe o Edital de regência (grifos particulares):

12.1. Declarado o vencedor ou fracassado o lote, após realizada eventual aceitação de proposta e habilitação dos licitantes que tenham manifestado interesse em assinar a Ata de Registro de Preços, qualquer licitante **poderá manifestar, motivadamente, no prazo de 10 (dez) minutos, a intenção de recorrer**, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, em campo próprio do Portal de Compras – MG, sob pena de decadência desse direito;

12.2. **Caso a intenção de recurso seja aceita pelo Pregoeiro**, será concedido ao recorrente o prazo de 3 (três) dias úteis para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados a apresentarem contrarrazões, em igual número de dias, a contar do término do prazo do recorrente, ficando assegurada vista imediata dos autos aos interessados.

Outrossim, a condição acha-se prevista no art. 9º, incisos XVI e XVIII, da Lei Estadual nº 14.167/02 (grifos particulares):

XVI - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e **motivadamente a intenção de recorrer, após o que lhe será concedido o prazo de três dias úteis para apresentação** das razões do recurso (...);

XVIII - **a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso** (...).

No mesmo sentido, extrai-se do art. 44, §3º, do Decreto Estadual nº 48.012/20, que (grifo particular) “*a ausência de **manifestação motivada** do licitante quanto à intenção de recorrer, nos termos e prazo previstos no caput, importará na decadência desse direito (...)*”.

Note-se que o fundamento último do recurso interposto contra a decisão de inabilitação, isso é, o substrato sobre o qual se assenta a oposição à decisão recorrida consiste na alegação de ilegalidade de um requisito habilitatório insculpido no Edital. Ocorre que, no bojo do processo licitatório, o instrumento apropriado para se refutar qualquer exigência editalícia teria sido a “Impugnação”, condicionada a seu oportuno manejo. Por ocasião da fase recursal, já se tinha operado a decadência de tal direito, dada a expiração da data-limite estipulada no Preâmbulo (04/12/20), 3º dia útil antecedente à sessão de disputa, conforme item “3” do respectivo Edital. Nesse sentido, o item “3.6” do Edital é inequívoco, ao dispor: “*A ausência de impugnação a este Edital, na forma e tempo definidos, acarreta a decadência do direito de discutir, na esfera administrativa, as regras do certame*”.

Logo, a participação em processo licitatório desacompanhada de impugnação, em prazo hábil, ao respectivo Edital, tendo esse sido a tempo e modo publicado, pressupõe aquiescência às regras e condições previamente estipuladas para o certame, decorrência lógica do princípio da “Vinculação ao Instrumento Convocatório”. Causa estranhamento, portanto, que a licitante, em fase adiantada do curso processual, em

decorrência de suposto prejuízo particular, pretenda questionar a legalidade de uma regra à qual anuiu. Convém lembrar que tal anuência não se depreende apenas tacitamente da abdicação do direito de impugnação, mas de seu registro expresso no Portal de Compras-MG. Para fins de participação na licitação, trata de condição imposta pelo Sistema a formalização de concordância quanto a determinadas Declarações. Nos termos literais do Portal, todo licitante “*declara, sob penas da lei, que atende plenamente todos os requisitos de habilitação exigidos no Edital para participação do pregão*” em questão. Declara-se, ainda, “*ciente e de acordo com as informações contidas no Edital e seus anexos*”. Tais condições para a participação no Pregão refletem comandos contidos no Decreto Estadual nº 48.012/20 (Art. 26, §4º: “*O licitante declarará, em campo próprio do sistema, o cumprimento dos requisitos para a habilitação e a conformidade de sua proposta com as exigências do edital*”) e no respectivo Edital [subitem “7.1”: “*(...) com declaração em campo próprio do Portal de Compras – MG do cumprimento dos requisitos para a habilitação e a conformidade de sua proposta com as exigências do Edital e seus anexos*”]. Nesse sentido, dispõe o Decreto, em seu art. 26, §5º, que eventual falsidade dessa declaração sujeita o emitente a sanções previstas no instrumento.

Tem-se, assim, que não haveria sido ilegítimo interpretar-se o recurso em questão como uma “impugnação intempestiva” (apresentada em 26/01/21), o que, conseqüentemente, teria acarretado a rejeição do “motivo da intenção recursal” exposto pela recorrente. Entretanto, em razão de a argumentação não se limitar ao alegado vício de legalidade, e por entender a Pregoeira que, embora aventado de modo extemporâneo, o argumento central subjacente ao Recurso enseja reflexão relevante e necessária acerca da legalidade e da razoabilidade da exigência editalícia contestada, bem como provoca, pertinente e impositivamente, o exercício da autotutela administrativa, considerou-se prudente aceitar o motivo da intenção recursal exposto e, conseqüentemente, conhecer do recurso interposto.

Isso posto, e considerados satisfeitos os pressupostos de admissibilidade recursal, dentre os quais interesse, cabimento e tempestividade, conhece-se do recurso e passa-se à análise de mérito.

III – DO MÉRITO

Inicialmente, importa salientar que a Pregoeira, ao longo da condução de todo o processo, dedicou-se, permanentemente, ao zelo pela efetividade dos princípios jurídicos norteadores da Licitação e dos que lhes são correlatos, dentre os quais o presente contexto solicita que se mencionem: Isonomia, Seleção da Proposta mais Vantajosa para a Administração, Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Igualdade, Publicidade, Eficiência, Probidade Administrativa, Vinculação ao Instrumento Convocatório, Julgamento Objetivo, Razoabilidade, Proporcionalidade e Competitividade. Em se tratando de Pregão, modalidade licitatória vocacionada à otimização da eficiência administrativa, acresçam-se o princípio da Celeridade e, decorrentemente, o da Economicidade Processual (art. 37, caput e XXI, da Constituição Federal; art. 3º da Lei nº 8.666/93; art. 5º da Lei Estadual nº 14.167/02; art. 2º do Decreto Estadual nº 48.012/20).

A cada decisão prolatada, entendimento adotado e impulsão promovida pela Pregoeira no decorrer da condução do processo licitatório em tela, revela-se notório o seu cuidado em jamais descuidar o dever de publicidade, transparência e fundamentação. Tal postura é facilmente constatável a partir dos diversos meios oficiais de divulgação utilizados ao longo do gerenciamento do Pregão (Portal do Ministério Público de Minas Gerais, via ícone destinado a “Licitações” e via Diário Oficial Eletrônico; Portal de Compras-MG, mediante funcionalidades próprias e mediante o respectivo Chat da Sessão do Pregão; Processo no Sistema Eletrônico de Informações – SEI, disponível para consulta

mediante solicitação por eventual interessado, nos termos do subitem “17.13” do Edital), bem como a partir do cunho elucidativo das justificativas fornecidas, sempre vinculadas ao Edital, à principiologia e aos instrumentos normativos aplicáveis. A propósito, não raro, quando a funcionalidade do Portal de Compras-MG impunha limitação de caracteres e se entendia que tal restrição poderia comprometer o grau ideal de clareza, precisão e pormenorização do embasamento registrado, demonstrava esta Pregoeira, por praxe, o cuidado de complementar ou detalhar o teor da informação ou do embasamento por meio do Chat do Pregão Eletrônico, conduta que, ilustrativamente, acha-se retratada na própria decisão de inabilitação ora refutada (*vide docs. SEI n^{os} 0810790 e 0738524*).

Dado que, ao longo da gestão processual, todos os atos determinantes foram fática e juridicamente motivados, a fiel observância dos demais princípios fundamentais inerentes ao legítimo desempenho da função de Pregoeira revela-se imediatamente extraível das fundamentações autuadas e publicadas para conhecimento de todos os licitantes e de quaisquer interessados, pelo que se entende como improcedente e leviana a alegação de que a inabilitação do fornecedor refletiria desatendimento a princípios licitatórios por parte da Pregoeira.

III.1. O fornecedor questiona sua inabilitação, alegando que “*apresentou todos os documentos exigidos*” a título de qualificação técnica, “*conforme o edital*”. Contudo, tal afirmação não se sustenta, consoante fundamentação da decisão de inabilitação ora refutada, que se encontra retratada nos docs. SEI n^{os} 0731057, 0732756, 0737840 e 0738524 e 0810790:

A aparente inobservância do percentual indicado no subitem “4.2” da RDE (conforme subitem “9.2” do TR) já havia sido pontuada pela Pregoeira após análise do atestado de capacidade técnica até então apresentado pela empresa (doc. SEI n^o 0731044), conforme salientado no Despacho SEI n^o 0731057. Após exame do documento, o setor técnico demandante (Divisão de Materiais – DIMAT) corroborou a conclusão pelo desatendimento de aludida exigência editalícia e solicitou à Pregoeira que contactasse a licitante a fim de complementar a documentação apresentada, de modo que lhe fosse possível constatar a capacidade logística da empresa (Despacho SEI n^o 0732756). Assim, justamente para não levar a efeito uma inabilitação precipitada, valeu-se a Pregoeira da possibilidade de promoção de diligência destinada à complementação da instrução processual (art. 43, §3^o, da Lei 8.666/93; arts. 19, II, e 26, §9^o, do Decreto Estadual n^o 48.012/20). Ocorre que, instada a complementar o documento insuficiente, **a própria recorrente reconheceu não dispor de atestados adicionais aptos a demonstrarem o cumprimento da exigência editalícia correspondente**. Tal declaração confessoria foi manifestada pela empresa em reiteradas oportunidades:

III.1.a. Em 10/12/20 (dia imediatamente anterior à realização da sessão inaugural do Pregão Eletrônico e, portanto, posterior ao término do prazo para pedidos de esclarecimento e impugnação do Edital, expirado em 04/12/20), representante da empresa identificada como “Ivone” comunicou-se com a Pregoeira mediante contato telefônico [dados fornecidos para contato: tel. (31) 25333100; e-mail brs.licita@gmail.com], oportunidade em que expôs dúvidas e contestações acerca de cláusulas do instrumento convocatório (sanadas pela Pregoeira por mera liberalidade, dada a sua intempestividade), dentre as quais o questionamento acerca de se a exigência correspondente ao item “4.2” da RDE não seria indevidamente restritiva e ilegal. Foi esclarecido pela Pregoeira que um apontamento dessa natureza deveria ter sido arguido tempestivamente em sede de “Pedido de Esclarecimento” ou de “Impugnação”, a fim de propiciar tempo hábil ao encaminhamento da questão ao setor técnico para análise. Acresceu a Pregoeira que a decadência já se tinha operado em relação a tal direito (consoante itens “3.1” e “3.6” do Edital e arts. 23 e 24 do Decreto estadual n^o 48.012/20:

Art. 23 – Os pedidos de esclarecimentos referentes ao processo licitatório serão enviados ao pregoeiro até três dias úteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública, por meio eletrônico, na forma do edital.

(...);

Art. 24 - Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública.

Na oportunidade, a representante “Ivone” reconheceu que a impugnação prévia teria sido o instrumento apropriado, mas declarou que a empresa para a qual presta serviço não havia sido incumbida desse processo licitatório em tempo hábil para tanto. Afirmou que, caso tal fosse o entendimento da empresa por ela representada, “impugnaria” a exigência futuramente, postura que sinaliza para a circunstância de que a inobservância do requisito habilitatório por parte da empresa ora recorrente já lhe era previamente sabida. Também por concessão e prudência (visto que aventada intempestivamente, às vésperas da sessão de disputa), a questão foi repassada via Microsoft Teams à coordenadora da DIMAT para ciência, a qual se manifestou, igualmente, no sentido de que não mais havia prazo para impugnação administrativa e de que, embora tal exigência houvesse sido incluída efetivamente pela Diretoria de Materiais e Serviços (DMAS), a DIMAT não entendia que se tratava de restrição indevida. Seria o meio para que o setor se certificasse de que a empresa a ser contratada de fato lograria atender a todas as comarcas destinatárias, uma vez que restaria frustrada a contratação de uma empresa sucedida pela constatação, durante a execução contratual, da sua incapacidade de entrega às regiões correspondentes.

III.1.b. Em 07/01/21, mediante contato telefônico, “Ivone” empreendeu contato telefônico com esta Pregoeira e, informada de que seria oportunizada à empresa a complementação do atestado até então insuficiente, **declarou que o fornecedor não possuía atestados comprobatórios do percentual exigido.** Alegou que se tratava de direcionamento ilegal e manifestou sua intenção de “recorrer/denunciar” oportunamente. Solicitou-lhe a Pregoeira que isso fosse formalizado no Chat do Pregão Eletrônico na oportunidade em que tal complementação lhe fosse requerida por tal canal;

III.1.c. Durante a sessão do pregão havida em 07/01/21, após a solicitação de complementação do atestado de capacidade técnica, **a licitante (“F000155”, “G VENDAS”) enviou a seguinte mensagem no Chat: “Boa tarde senhora pregoeira, não temos mais atestado para apresentar no que está sendo exigido”.**

Assim, não merece prosperar a alegação de pleno atendimento aos requisitos de qualificação técnica, eis que **justamente o descumprimento de uma das exigências habilitatórias técnicas, reconhecido verbalmente pela recorrente e por ela formalizado expressamente no Chat do Pregão Eletrônico, constituiu o fundamento para a sua inabilitação** (conforme documentos SEI n^{os} 0737840, 0738524 e 0810790).

III.2. A recorrente aduz que seria ilegal e desarrazoada a exigência expressa no subitem “4.2” da RDE, por delimitar o “lugar/local da prestação de serviços” a ser demonstrado pelo atestado. A despeito do exigido, sustenta que detém plena capacidade estrutural, tecnológica, técnica e financeira para a prestação do serviço licitado. Quanto à alegada ilegalidade, não resta a esta Pregoeira alternativa senão manifestação de concordância, pelos fundamentos expostos a seguir:

Eis o que dispõe a cláusula editalícia combatida (grifo desta Pregoeira), atinente à documentação habilitatória exigida (o aludido "Apenso II" corresponde ao doc. SEI nº 0541300):

4 – Relativa à Qualificação Técnica:

4.1 – (...)

4.2 – Atestado de capacidade técnica, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, de que a CONTRATADA já forneceu materiais de higiene pessoal ou outro tipo de material de proteção individual **para todas as regiões do Estado de Minas Gerais ou para pelo menos 50% das comarcas especificadas no Apenso II deste TR.**

A favor do entendimento defendido em suas razões, arguiu a recorrente afronta ao teor do art. 30 da Lei nº 8666/93, adiante reproduzido (grifos próprios da licitante):

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

(...)

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

(...).

A recorrente sustenta, ainda, que o Tribunal de Contas da União (TCU), por meio da publicação de orientações e jurisprudências de licitações e contratos, assim se pronuncia:

Atestados de capacidade técnica não podem ser exigidos com limitações de:

- tempo – exigência de prazo de validade. Por exemplo, datado dos últimos trezentos e sessenta dias;
- época – exigência de que o objeto tenha sido executado em determinado período, a não ser quando a tecnologia a ser adotada só se tornou disponível a partir do período indicado. Por exemplo, o prédio será construído com parede pré-moldada ou concreto de elevado desempenho, não disponíveis antes;
- locais específicos – exigência de que o objeto tenha sido executado em determinado local. Por exemplo, a compra do bem, execução da obra ou prestação dos serviços tenham sido realizados em Brasília-DF.

Em tal sentido, excerto jurisprudencial do TCU é invocado pela recorrente [Acórdão 855/2009 Plenário (Sumário)], segundo o qual:

É ilegal a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão referente a local específico que importem em restrição ao caráter competitivo da licitação, salvo se devidamente justificada sua necessidade para a perfeita execução do objeto licitado, nos termos do disposto no § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/1993.

Ainda, o fornecedor traz à tona o teor da Súmula nº 263 do TCU, que enuncia:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Em continuidade, conclui a recorrente:

Os atestados revelam a experiência anterior do licitante na execução de objetos similares ao licitado, em características, quantidades e prazos. A lógica que baseia a qualificação técnica envolve uma presunção de capacidade. Segundo as diretrizes legais, se reconhece que o sujeito que comprovar já ter realizado um objeto equivalente ao licitado será presumido “apto” para desenvolver o objeto da licitação, razão pela qual haverá de ser habilitado (...). Comprovamos que tal exigência é totalmente ilegal e por essa razão a empresa não pode ser declarada inabilitada.

Instada a se manifestar juridicamente sobre o alegado vício de legalidade, a Assessoria Jurídico-Administrativa deste Órgão (AJAD) emitiu o parecer adiante transcrito (doc. SEI nº 0844692):

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta suscitada pela Diretoria de Gestão de Compras e Licitações - DGCL (0801822), por meio da qual solicita análise jurídica quanto ao item 3.3.1 (da qualificação técnica) do recurso interposto pela empresa licitante "G Vendas Distribuidora LTDA" contra decisão que a inabilitou no Processo Licitatório nº 318/2020, face ao não cumprimento de todas exigências editalícias (0801565).

2. No mencionado item da peça recursal, a recorrente alega que a exigência de comprovação de capacidade técnica nas condições estabelecidas no item 9.2 do edital é ilegal, por especificar a localidade em que a empresa já tenha fornecido objeto semelhante ao do certame. Aduz, ainda, que a Lei nº 8.666/93 prevê que a capacidade técnica a ser exigida deve ser compatível com as características, quantidades e prazos do objeto da avença, razão pela qual requer sejam considerados os atestados por ela apresentados e reformada a decisão que a inabilitou.

3. É o relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

4. É cediço que a Administração Pública deve respeitar os princípios norteadores do processo licitatório, em especial aos da isonomia e ampla competitividade. Assim, prima-se pela vedação às exigências de requisitos que venham a restringir o caráter competitivo do certame.

5. Sobre a matéria, dispõe a Lei nº 8.666/93 nestes termos:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

[...]

§ 1o A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

[...]

§ 5o É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

5. Há que se mencionar, contudo, a dificuldade interpretativa do dispositivo legal citado, em razão dos vetos recebidos quando da sanção da lei. Tal problema de interpretação do art. 30 da Lei nº 8.666/93 é reconhecido pela maioria da doutrina, bem como já foi citado em alguns julgados das Cortes de Contas. Quanto ao tema, importante citar o renomado administrativista Marçal Justen Filho¹:

Antes de tudo, deve ressaltar-se a dificuldade em interpretar o art. 30. Por um lado, trata-se de tema dos mais problemáticos, especialmente por ser impossível à lei minudenciar limites precisos para as exigências que a Administração deverá adotar. Por outro lado, houve vetos presidenciais que desnaturaram a sistemática adotada pelo legislador. O art. 30 teve sua racionalidade comprometida em virtude desses vetos. Logo, é impossível afirmar com certeza que determinada interpretação é a única (ou melhor) comportada pela regra. Trata-se de uma daquelas hipóteses em que a evolução social (inclusive e especialmente em face da jurisprudência) determinará o conteúdo da disciplina para o tema [...].

6. Assim, a lei deverá ser interpretada de acordo com os limites estabelecidos na Constituição Federal, em especial nos termos do inc. XXI, de seu art. 37, a seguir reproduzido:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (g.n.)

7. Necessário frisar que o conceito de qualificação técnica é complexo e variável, pois depende do objeto a ser licitado, a partir do qual serão aferidas as habilidades e os conhecimentos técnicos necessários à eficiência da contratação, para melhor atender ao interesse público. Ou seja, para que seja juridicamente aceita a exigência de qualificação técnica do licitante, esta deverá guardar consonância com o objeto licitado e, principalmente, deverá ser suficiente e compatível com os fins buscados pela Administração, conforme asseverou a recorrente.

8. Nesse ínterim, tem-se que a doutrina e jurisprudência já se posicionaram no sentido de que são possíveis exigências em editais de licitações que mitiguem parte da competitividade e da isonomia entre os licitantes, desde que sejam necessárias ao atendimento do interesse público, resguardando-se a Administração de contratações inadequadas.

9. Cita-se, nesse sentido, manifestação da unidade técnica do TCU, em sede de processo de representação, acerca da exigência de atestado para demonstrar aptidão técnica para executar o objeto, nestes termos:

57. Resta claro o entendimento que a ampliação do universo de participantes não pode ser implementada indiscriminadamente, de modo a comprometer a segurança dos contratos, o que pode gerar prejuízos ao Poder Público. Assim, os princípios da igualdade entre os concorrentes e da ampla competitividade não são absolutos, devendo ser ponderados com outros princípios próprios do campo das licitações, entre eles o da garantia da seleção da melhor proposta e o da segurança do serviço/produto licitado.

58. Diante da análise feita na presente instrução, a qual contou com mais elementos de fundamentação que os existentes quando da análise do pedido de adoção de medida cautelar feito pela representante, entende-se que não assiste razão à empresa Trivale Administração Ltda. Por tal motivo, o entendimento desta unidade técnica é pela revogação da medida cautelar adotada e pela improcedência da pretensão aduzida nesta representação. (Acórdão nº 433/2018 - Plenário)

10. Impende mencionar que, a despeito da vedação normativa constante do art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93, o TCE/MG já decidiu pela possibilidade de limitação temporal (também vedada no mesmo dispositivo legal), de forma excepcional, desde que haja prévia justificativa técnica que demonstre a indispensabilidade da exigência e a pertinência desta com a garantia da execução do objeto².

11. Em um primeiro momento, poder-se-ia fazer um paralelo entre as limitações quanto à localidade (do caso em tela) e quanto ao tempo/época (analisada pelo TCE/MG), para se inferir que ambas vedações são passíveis de mitigação, de acordo com o entendimento esposado pela Corte de Contas de Minas Gerais, desde que verificados os requisitos estabelecidos na decisão, quais sejam: imprescindibilidade da exigência e a pertinência desta com a garantia de execução do objeto. Contudo, para que fosse possível a análise de pertinência da exigência de limitação às localidades estabelecidas no edital, a justificativa técnica deveria ser prévia ao certame e constar da fase interna do procedimento licitatório, conforme se verifica do seguinte excerto da decisão:

Sobreleva notar que, por se tratar de exigência restritiva, é necessário que tal justificativa técnica que a legitime conste na fase interna do procedimento licitatório. Para tanto, como citado no julgamento da Denúncia nº 886.012, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio, cuja sessão ocorreu em 25/04/17, é preciso que tal fase encerre-se bem documentada, registrando satisfatoriamente os fundamentos que levaram à adoção de cláusulas restritivas que, como cediço, devem exclusivamente se ater à maior garantia possível do cumprimento dos objetivos da contratação, nos termos do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República.

Todavia, compulsando os autos, verifico que não consta na fase preparatória do presente certame (fls. 129/292), por conseguinte tampouco no instrumento convocatório em apreço, justificativa hábil para a solicitação restritiva de atestado de capacidade técnica com prazo mínimo de 01 (um) ano, conforme o disposto no seu subitem 7.4.1.

No caso em tela, não é suficiente para afastar a irregularidade apontada a mera alegação apresentada pela defesa de que a capacidade de a empresa vencedora executar o serviço, com as especificidades requeridas, seria assegurada por meio do subitem editalício, uma vez que isto deveria ter sido fundamentado em planejamento e estudos prévios no âmbito da fase interna. Nesse sentido, é genérica a justificativa de que a relevância do referido objeto seria suficiente para justificar a exigência de tempo mínimo de experiência das licitantes.

Dado o exposto, em razão da ausência de justificativa que ampare a previsão restritiva à ampla participação, considero irregular o subitem 7.4.1 do edital em apreço (fl. 298), que estabelece a necessidade de comprovação de tempo mínimo de experiência de prestação de serviço a indicar a aptidão para cumprimento do objeto licitado. (g.n.) (DENÚNCIA Nº 1015885. 2ª Câmara. Rel. Cláudio Couto Terrão. Sessão 09/05/2019)

12. Pelo exposto, considerando que no caso sob análise não consta dos autos justificativa técnica quanto à exigência constante do item 9.2 do Termo de Referência (Anexo VIII do Edital), que corresponde ao subitem 4.2 da Relação de Documentos (Anexo IV do Edital), não se vislumbra a possibilidade de interpretação favorável acerca da delimitação das localidades para demonstração da capacidade técnica, o que torna a exigência ilegal, em decorrência do disposto no § 5º, do art. 30, da Lei nº 8.666/93.

13. Em decorrência de ilegalidade, qualquer ato administrativo é passível de anulação, conforme dispõem as Súmulas 346³ e 473⁴ do STF e o art. 64 da Lei Estadual nº 14.184/2002⁵.

III. CONCLUSÃO

14. Ante o exposto, em resposta à consulta suscitada pela DGCL (0801822), de acordo com o § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, esta Assessoria entende pela ilegalidade do requisito habilitatório constante do subitem 4.2 da Relação de Documentos Exigidos (Anexo IV do Edital), que reproduz o item 9.2 do respectivo Termo de Referência.

(...)

1 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2016.

2 DENÚNCIA Nº 1015885. 2ª Câmara. Rel. Cláudio Couto Terrão. Sessão 09/05/2019

3 STF. Súmula 346: A Administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

4. STF. Súmula 473: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

5. Art. 64. A Administração deve anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

A seu turno, em resposta à solicitação de parecer acerca dos aspectos técnicos aventados no Recurso, manifestou-se a DIMAT nos seguintes termos (doc. SEI nº 0861664):

Em atenção ao despacho 0801797, este setor técnico informa que adere ao parecer da AJAD 0844692, pois, embora a exigência contida no subitem “4.2” da Relação de Documentos Exigidos (Anexo IV do Edital, que reproduz o previsto no subitem “9.2” do Termo de Referência, por sua vez correspondente ao Anexo VIII do Edital) visasse certificar a capacidade logística dos licitantes em atender ao MPMG, cuja capilaridade no Estado de Minas Gerais é significativa, entende-se que a exigência, sem prejuízo algum na comprovação da capacidade de execução do objeto, poderia dispensar a delimitação das localidades, focando-se apenas na comprovação de atendimento de um mínimo de endereços diversos em qualquer região do país.

Sendo assim, este setor técnico, embasado no princípio da autotutela, que rege os atos da Administração Pública, sugere a anulação do certame.

À consideração superior.

Face aos embasamentos expostos e à pertinência do vício de legalidade apontado, forçoso que esta Pregoeira se alinhe aos fundamentos fático-jurídicos e conclusões aduzidos nos pareceres emitidos pelas unidades técnica e jurídico-administrativa deste Órgão.

A partir de uma análise sistemática entre os dispositivos constitucionais, legais e infralegais aplicáveis à matéria, os sopesos razoáveis em meio à principiologia imanente às Licitações públicas e a intelecção extraível de posicionamentos dos tribunais de contas quanto aos limites incidentes sobre o poder de exigência de qualificação técnica, esta Pregoeira chega às seguintes inferências:

A previsão de “*atestado de capacidade técnica, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, de que a contratada já forneceu materiais de higiene pessoal ou outro tipo de material de proteção individual para todas as regiões do Estado de Minas Gerais ou para pelo menos 50% das comarcas especificadas no Apenso II deste TR*” constitui **exigência de comprovação de fornecimento a locais específicos, o que é expressamente vedado pela legislação**. Ainda que o Edital não tenha indicado precisamente as comarcas às quais o fornecedor deveria demonstrar já haver prestado o serviço, houve delimitação à totalidade das regiões de Minas ou, alternativamente, a um universo restrito de comarcas (quais sejam, ilustrativamente, quanto ao “Lote 1”: Rio Vermelho, Sabará, Santa Bárbara, Santa Luzia, Santo Antônio do Monte, São Domingos do Prata, São João Del Rei, São Roque de Minas, Serro, Sete Lagoas, Três Marias e Vespasiano), associada à exigência de comprovação de fornecimento à metade delas. Praticou-se, portanto, uma espécie de delimitação geográfica. Forçoso reconhecer-se, de um lado, a possibilidade de que tal requisito restritivo tenha afastado do processo licitatório potenciais licitantes que, embora não lograssem demonstrar a exigência nos precisos termos sob os quais foi delineada, deteriam capacidade técnica, estrutural e logística suficiente, reuniriam as condições necessárias à execução satisfatória do objeto e poderiam, de outros modos, demonstrá-las. Não se afigura razoável que a possibilidade de comprovação de aptidão para o atendimento dos padrões técnicos de qualidade e desempenho demandados pela natureza do objeto em análise se vincule necessariamente ao preciso cumprimento do requisito restritivo fixado no Edital. Assim, a imposição de local específico para comprovação de aptidão técnica tende a restringir o universo de interessados, a comprometer o caráter competitivo do certame, a igualdade que deveria imperar entre os interessados e participantes e, em última análise, a frustrar a efetiva possibilidade de seleção da proposta mais vantajosa pela Administração. De outro lado, é cabível cogitar-se, ainda, a possibilidade de que uma tal restrição promova favorecimento indevido a empresas mineiras ou que atuem regularmente no fornecimento local, uma vez que integram o estado de Minas Gerais todas as comarcas definidas no Apenso II do TR para os Lotes 1 a 5. Cláusulas dessa natureza ferem, pois, os princípios da isonomia e da igualdade, por possivelmente beneficiarem empresas situadas ou atuantes no local da prestação dos serviços. Convém salientar que, nos termos do art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93, é vedado aos agentes públicos “*admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (...)*”, donde se depreende que o máximo exigível nas licitações corresponde ao mínimo indispensável para se garantir o resultado satisfatório da contratação. Nem mais, nem menos.

Quanto ao mais, a adstrição a todas as regiões de Minas Gerais ou a 50% das comarcas definidas para cada Lote a título de requisito de qualificação revela-se incompatível com os preceitos normativos incidentes, seja frontalmente (§5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93), seja pelo cotejo com seu substrato principiológico, vocacionado à maximização possível da igualdade e isonomia entre os licitantes e da competitividade do certame (grifos particulares):

Art. 37, caput e XXI, da Constituição Federal:

Art. 37. **A administração pública** direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade**, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados **mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as

condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;**

Art. 30, II e §5º, da Lei nº 8.666/93:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de a

ptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda **em locais específicos**, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, **que inibam a participação na licitação.**

Art. 7º, II e III, da Lei Estadual nº 14.167/02:

Art. 7º - Na fase preparatória do pregão, será observado o seguinte:

II - a definição do objeto será precisa, suficiente e clara, **vedadas as especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem a competição;**

III - **nos autos do procedimento, constarão a justificativa das definições a que se refere o inciso I deste artigo e os elementos técnicos que as fundamentam**, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados.

Art. 3º, X, “a”, 1, e “d”, do Decreto Estadual nº 48.012/20:

Art. 3º – Para fins do disposto neste decreto, considera-se:

(...)

X – termo de referência: o documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:

a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela Administração Pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:

1 – **a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame;**

(...)

d) a relação dos **documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico-financeira, se necessária;**

É de se notar que, consoante acórdão do TCU[1], até mesmo requisitos legais previstos em lei especial se submetem à vedação contida no §5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93:

12.22. Em paralelo, o recorrente argumenta que a exigência de visto do Crea local estaria também autorizada pelo que define o inciso IV do art. 30 da Lei de Licitações, que permite exigir-se documentação relativa à prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, no âmbito da qualificação técnica. Contudo, no parágrafo 5º deste artigo, a lei expressamente proíbe a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos. Portanto, verifica-se que, apesar de a legislação geral permitir critério de qualificação técnica definida em lei especial, ela claramente veda a exigência de comprovação de aptidão em local específico, como a que se verifica na situação em análise, que trata de visto local no Conselho. Posto isso, conclui-se que a aplicação do requisito listado no art. 69 da Lei 5.194/1966 também é expressamente vedado pela Lei de Licitações.

Entende-se que a legitimidade de excepcional mitigação aos princípios da isonomia e da ampla competitividade, caso efetivamente reclamada pela necessidade concreta de preponderância de princípios como o do atendimento ao interesse público e o da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, em hipóteses particulares e conforme a complexidade do objeto, estaria condicionada à satisfação de determinadas condições:

Existência de justificativa tecnicamente razoável, suficiente e adequada à complexidade do objeto a amparar a restrição. Isso é, registro satisfatório dos fundamentos que conduziram à adoção da cláusula limitativa;

Tal motivação deve ser pública e prévia à disputa, constante na fase interna da Licitação. Deve, pois, estar retratada no instrumento convocatório ou, ao menos, em peça integrante da fase preparatória do Pregão.

O que se verifica, contudo, na hipótese sob exame, é a inexistência de qualquer justificativa formal para a exigência de comprovação de fornecimento a locais específicos. O Edital em questão se limitou a prever a exigência restritiva, sem explicitar a fundamentação que lhe embasaria. Embora seja do conhecimento informal desta Pregoeira a conveniência prática de se exigir comprovação mais robusta de aptidão técnica para o atendimento de determinados objetos licitados, em razão de dificuldades já experienciadas pelo Órgão durante a fase de execução contratual, bem como não fuja à consideração desta Pregoeira que motivações concretas tenham sido sopesadas pelo setor requisitante a propósito da inserção da exigência ao TR, tem-se que tal conveniência não é suficiente para legitimar a relativização de vedação legal expressa, bem como de princípios licitatórios primordiais. Cabe à Administração avaliar se, além de conveniente, qualquer requisito limitador da participação é, de fato, necessário. E, concluindo positivamente, motivar suficientemente tal entendimento, sob o viés técnico, no bojo do processo. Compulsando-se os autos, constata-se que, de fato, não consta, no processo licitatório, registro da motivação subjacente à exigência ora contestada. É de se ponderar que ao rigor das exigências feitas por parte da Administração devem corresponder, proporcionalmente, as motivações que lhe dão sustentação.

Ademais, não se vislumbra complexidade significativa no objeto em tela (fornecimento de galões de álcool em gel para comarcas basicamente de Minas Gerais), hábil a justificar, proporcionalmente, o grau de restrição que a exigência do atestado em questão encerra. A respectiva cláusula editalícia visava a assegurar uma logística de entrega do produto, a qual, salvo melhor juízo, se poderia tentar garantir mediante condições outras que restringissem, apenas até o grau estritamente necessário, a competitividade da disputa. Entende-se cabível um paralelo com a linha interpretativa da Súmula nº 263 do TCU, segundo a qual a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em serviços com características semelhantes, para fins de demonstração de capacidade técnico-operacional pelos licitantes, desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, deve guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado (vale registrar que estes constituem os dispositivos apontados como fundamento legal da súmula por tal órgão de controle: Constituição Federal, art. 37, inciso XXI; e Lei nº 8.666/1993, art. 30). Da linha de entendimento que lhe serve de premissa, conclui-se que eventuais exigências que restringem a competitividade devem estar adstritas aos limites do efetivamente necessário e se operar em conformidade com a complexidade do objeto da licitação. Trata-se o atestado em questão, portanto, de exigência excessiva e carente de justificativa formal.

Os seguintes excertos, extraídos do Acórdão nº 855/2009 do Tribunal de Contas da União – TCU[2] [no qual se analisou a legalidade da exigência de atestado técnico que comprovasse execução de obras e serviços em áreas de assentamento subnormais (“favelas”) e dentro de edificações] –, sinalizam para o entendimento de que não seria absoluta a vedação à exigência de comprovação de prestação de serviço em locais específicos, contudo condicionam tal excepcional flexibilização à ocorrência de situações concretas justificadoras, bem como à devida fundamentação da exigência:

5. Com efeito, não foi apresentada justificativa técnica razoável quanto à exigência de comprovação de experiência em favelas, muito menos quanto à comprovação de experiência na execução de serviços e obras dentro de uma edificação, redundando em violação ao disposto no § 5º

do art. 30 Lei n.º 8.666, de 1993 (...).

6. A bem da verdade, é de se esclarecer que a Lei de Licitações só vedou a exigência de atestado para comprovação de atividade ou de aptidão referente a locais específicos nas situações que importarem na inibição de participação da licitação, admitindo-se, porém, em situações particulares, a exigência da referida comprovação, desde que devidamente justificada no procedimento ou no edital da licitação, o que não é o caso dos autos.

(...)

9. Não obstante isso, entendo não restar comprovada nos autos a má-fé dos responsáveis, no intuito de restringir o caráter competitivo da licitação, até porque, acaso devidamente fundamentada, a exigência então apresentada pela municipalidade não seria de todo desarrazoada, pois, efetivamente, podem existir situações que justifiquem, como é o caso de favelas em áreas alagadiças, a experiência no mesmo tipo de terreno ou solo.

É cabível, por fim, um paralelo com acórdão do TCU[3] cujo raciocínio nuclear se calca na necessidade de que, diante de cláusula restritiva à competitividade recomendada pela especificidade do objeto, a motivação de fato e de direito esteja adequadamente exposta no processo (grifos particulares):

Sumário

REPRESENTAÇÃO. EMPRESA LICITANTE. **CLÁUSULA RESTRITIVA À COMPETITIVIDADE DA LICITAÇÃO**. EXIGÊNCIAS NA FASE DE HABILITAÇÃO QUE EXTRAPOLAM OS REQUISITOS ESTABELECIDOS NO EDITAL. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A ANULAÇÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES. Consoante a jurisprudência assente deste Tribunal, é indevido o estabelecimento de

número mínimo de atestados de capacidade técnica, bem como a fixação de quantitativo mínimo nesses atestados superior a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos bens e serviços que se pretende contratar, **a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo administrativo da licitação.**

III.3. DA SUGESTÃO DE ANULAÇÃO DO CERTAME PELA PREGOEIRA EM SEDE DE AUTOTUTELA

Pugna a recorrente pelo exercício do dever de autotutela administrativa por parte deste Órgão, com vistas à revisão, a qualquer tempo, de atos ilegais praticados. Entretanto, a ocorrência de contradição entre trechos da argumentação expendida não deixa claro se o alvo da invalidação pretendida seria a decisão de inabilitação [*“Requer (...) seja DECLARADA HABILITADA A EMPRESA (...)”*] ou o certame como um todo (*“É imperiosa a necessidade de adoção de medidas para o exato cumprimento da lei, e no sentido de anular os procedimentos relativos à licitação pública em referência.”*).

De todo modo, importa salientar que o uso do poder de autotutela pela Administração independe de provocação de terceiros ou de deliberação judicial e não se vincula aos contornos de eventual vindicação pelo seu exercício. Corolário do princípio da legalidade, diretriz elementar da conduta de todo agente público, trata a autotutela de poder decorrente do sistema de controle interno da Administração sobre seus próprios atos (art. 70 da Constituição Federal), cabendo-lhe fiscalizá-los permanentemente e revê-los a qualquer tempo (salvo eventual decadência[4]), mediante provocação ou de ofício, diante de interesse público ou ilegalidade que o enseje.

Em breve conceituação ofertada por Di Pietro[5]:

Enquanto pela tutela a Administração exerce controle sobre outra pessoa jurídica por ela mesma instituída, pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

É uma decorrência do princípio da legalidade; se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade.

Tal poder-dever de revisão dos próprios atos pela Administração, além de emanar da principiologia subjacente à gestão pública, acha-se contemplado nos diplomas normativos adiante mencionados:

Art. 49 da Lei nº 8666/93:

A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

(...);

Arts. 53 a 55 da Lei nº 9.784/99:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

(...)

Arts. 64 a 66 da Lei Estadual nº 14.184/02:

Art. 64 – A Administração deve anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

(...)

A autotutela administrativa encontra-se consagrada, ainda, em duas súmulas do Supremo Tribunal Federal (STF):

SÚMULA Nº 346: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”;

SÚMULA Nº 473: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Por fim, nos subitens “17.8” e “17.8.1”, o respectivo Edital também contempla a possibilidade de exercício da autotutela administrativa:

17.8. A presente licitação somente poderá ser revogada por motivo de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar a revogação, ou anulada, no todo ou em parte, por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, por meio de ato escrito e fundamentado.

17.8.1. Os licitantes não terão direito à indenização em decorrência da anulação desta licitação, ressalvado o direito do contratado de boa-fé ao ressarcimento dos encargos que tiver suportado no cumprimento do contrato, nos termos do art. 50 do Decreto Estadual nº 48.012/20.

Consideradas as múltiplas atribuições a cargo da Administração Pública, bem como eventuais distinções interpretativas pelos agentes públicos envolvidos na prática de um ato ou no desenvolvimento de um processo administrativo, tem-se que o exercício da atividade administrativa não está imune à possível ocorrência de lapsos, omissões, excessos, vícios, diante de cuja ciência deve o Poder Público proceder à

revisão do ato inquinado e adotar a providência cabível à hipótese, seja convalidação de defeito sanável, seja revogação por oportunidade ou conveniência, seja anulação em decorrência de ilegalidade.

Cabe a este Órgão, portanto, zelar pela lisura dos certames licitatórios que promove, no decorrer de toda fase processual deles integrante. Independentemente de a convicção acerca da ilegalidade da exigência editalícia expressa no subitem “4.2” da RDE haver advindo apenas no curso da fase recursal, é dever da Administração, uma vez constatado o vício, adotar a providência adequada à irregularidade perpetrada. Na presente hipótese, haja vista que não se logrou o saneamento do vício e, portanto, o aperfeiçoamento do instrumento convocatório ainda durante a fase interna da Licitação, nenhuma outra medida se afigura mais razoável que a **anulação integral do certame**, face à constatação de ilegalidade a macular o Edital e a irradiar, pois, seus nocivos efeitos sobre todo o processo licitatório, consoante exposição que se segue:

A exigência do atestado em questão foi inserida ao Edital desacompanhada de qualquer ressalva quanto aos lotes sobre os quais incidiria. Presumiu-se, portanto, que se trataria de condição aplicável, indistintamente, a todos os lotes integrantes do processo (1 a 9). No decorrer das análises habilitatórias relativas aos lotes 8 e 9 (o Lote 7 foi revogado por decisão superior), diferenciação interpretativa constatada em meio às comunicações entre esta Pregoeira e o Setor Solicitante já havia redundado na identificação de lapso no Edital. Embora, em tese, a exigência do atestado em exame devesse incidir tão somente sobre os “Lotes 1 a 6” [note-se que as abas do Apenso II do TR (doc. SEI nº 0541300), mencionado no subitem “4.2” da RDE como documento discriminador das comarcas destinatárias do fornecimento, contemplam apenas os Lotes 1 a 6, referentes a galões de álcool em gel, delimitados por regiões], não houve clareza do Edital em se limitar a pertinência do requisito a tais lotes. Efetivamente, não houve a devida clareza sequer quanto à circunstância de que, para cada lote, a exigência do atestado em tela se associaria estritamente às comarcas descritas na aba específica do respectivo lote, e não à totalidade das comarcas descritas nas diversas planilhas do Apenso II.

Ocorre que cabe ao Edital definir critérios objetivos e inequívocos aptos a embasarem, com precisão, a formulação das propostas. Devem o Termo de referência e o Edital conter os elementos necessários e suficientes para propiciar julgamentos objetivos (art. 3º, Lei 8.666/93), isso é, a segura verificação, por parte da Pregoeira, da aceitabilidade das propostas para fins de sua classificação, bem como do cumprimento das condições habilitatórias pelo licitante, de modo a se elidir qualquer subjetivismo face aos critérios estipulados no Instrumento Convocatório (conforme arts. 3º, X, e 14, III, ambos do Decreto Estadual nº 48.012/2020).

A respeito dos termos do objeto licitado, oportuna a esclarecedora lição de Marçal Justen Filho^[6]:

Há omissão de elementos necessários indispensáveis quando o edital deixa de cumprir as funções a que se destina. Isso se verifica quando o edital:

(...)

b) não fornecer as informações necessárias a que os interessados formulem adequadamente suas propostas. O edital descumpra tanto sua função divulgatória quanto sua função normativa. A omissão impede que os interessados formulem de modo adequado suas propostas: desconhecem o objeto da licitação; ou não podem avaliar os critérios de julgamento; ou ignoram os deveres que assumirão e os direitos de que serão titulares etc;

(...).

No mesmo sentido, manifesta-se o entendimento sumulado pelo TCU (Súmula nº 177):

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação (...).

Em variados julgados, o TCU^[7] reforça tal concepção:

(...), em se tratando de licitações, é essencial evitar entendimentos inadequados e diversos quanto aos termos do edital e seus anexos, que possam resultar em propostas desconformes, que causem danos à Administração desnivelando a disputa em prejuízo à saudável competição e as condições de isonomia entre os diversos participantes, com a finalidade de se obter a oferta mais vantajosa” “Neste contexto, falhas, omissões ou lacunas detectadas em propostas devem ser tratadas como irregularidades, devendo a Administração decidir pela desclassificação da proposta caso os vícios apresentados afetarem o perfeito entendimento quanto ao objeto ofertado e as condições essenciais exigidas na licitação, principalmente quando representarem possibilidade de redução de custos da proposta, acarretando desequilíbrio na comparação das propostas, considerando que este procedimento ou conduta desnivela a disputa em relação aos demais participantes que apresentam propostas em estrita observância às exigências do edital.

Assim, num primeiro momento, dada a impossibilidade de se dimensionar em que medida tal exigência genérica que, em tese, não se deveria ter aplicado aos lotes 8 e 9, teria impactado o resultado da disputa desses lotes, entenderam o Setor Demandante e esta Pregoeira por emprestar observância ao Edital tal como havia sido publicado e considerar o requisito habilitatório, previsto de modo indistinto, como aplicável à totalidade dos lotes integrantes do processo. Em consequência desse entendimento, a DIMAT acabou por sugerir a revogação dos “Lotes 8 e 9”, conforme se abordará mais adiante.

Resta irrealizável a mensuração precisa de eventual impacto que a exigência do atestado em apreço tenha provocado sobre o universo de concorrentes (mediante inibição da participação de potenciais licitantes ou favorecimento de determinadas empresas), sobre o patamar de orçamentos fornecidos na fase de pesquisa de mercado e sobre o nível de preços constantes nas propostas ofertadas. Em última análise, sobre a real vantajosidade de eventual proposta selecionada pela Administração.

Forçoso reconhecer que pertence à seara hipotética a aferição da ocorrência de efetiva interferência do requisito restritivo sobre o processo, em termos financeiros e competitivos, bem como do grau em que tal repercussão se haveria operado. A despeito dessa imprecisão, a mera possibilidade de que a condição exigida tenha limitado indevidamente a competitividade da disputa, a isonomia entre os interessados, a fidedignidade do valor de referência estimado e a compatibilidade dos preços propostos com o objeto efetivamente licitado já justificaria a revisão do ato pela Administração. Entretanto, tal teorização assume caráter secundário quando se constata que a condição disposta no Edital não careceu apenas da clareza ideal, mas propriamente de licitude.

Em decorrência do princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, as diversas atuações funcionais prestadas pelos agentes públicos no decorrer do processo (tais como, na fase interna, a coleta de orçamentos embaixadores dos valores referenciais; e, na fase externa, as diversas análises e decisões inerentes à condução da licitação pela Pregoeira, bem como o exame acerca da aceitabilidade das propostas e da

satisfatoriedade da documentação habilitatória pelos setores técnicos competentes) se desenvolveram a partir das regras previstas no Edital. Não é dado à Administração simplesmente descumprir ou flexibilizar normas e condições previamente estabelecidas no Edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Contudo, tão grave quanto prescindir de regra editalícia no decorrer da fase externa seria cancelar regra editalícia eivada de ilegalidade.

Cláusulas dessa natureza, para além da ilicitude que as macula em face de vedação legal expressa, ferem os princípios da isonomia e da igualdade, por possivelmente promoverem favorecimento a empresas que se sediarem em determinadas localidades ou lhes forneçam produtos habitualmente. A inviabilidade de se afirmar seguramente, no caso específico, a ocorrência de prejuízo dessa ordem não elide a necessidade de que não se endossem as eventuais distorções geradas pela exigência, em termos financeiros e sob o viés da competitividade, bem como de que este Órgão não se mostre indiferente ao vício de legalidade identificado e, portanto, não valide qualquer ato processual subsequente que o desconsidere, eis que impassível de convalidação, por tratar de defeito insanável no estágio em que o processo se encontra.

Conclui-se, portanto, que a exigência editalícia inquinada comprometeu o certame como um todo. Uma vez que o TR continha vício de legalidade e que o Edital publicado o reproduziu, tem-se que a fase interna se desenvolveu a partir de disposição viciada e que toda a fase externa foi executada como corolário de instrumento detentor do mesmo vício. Todo o processo resta, portanto, eivado de nulidade. Reforce-se o entendimento desta Pregoeira no sentido de que a nulidade deva abranger a integralidade dos Lotes, “1 a 9”, dado que, consoante todo o exposto, cuidou o requisito ilegal de condição genérica, aplicável a todos os lotes indistintamente.

Convém ressaltar que a anulação do certame não gerará prejuízo em termos de aproveitamento processual, eis que a totalidade dos lotes, por variados motivos, já se encontrava, em termos práticos, frustrada a propósito da inauguração da fase recursal.

Expõe-se, a seguir, o panorama atual de cada lote do processo em tela:

- Lote 1: provisoriamente fracassado (pendente de decisão quanto ao Recurso ora apreciado).

O 1º colocado, “ECO PLAST”, foi desclassificado após o reconhecimento, pelo licitante, de descumprimento de requisitos de aceitabilidade da proposta (laudos de atividade antimicrobiana exigidos) e também de cunho habilitatório (atestados de capacidade técnica exigidos), conforme doc. SEI nº 0716919; O 2º colocado, “G VENDAS”, ora recorrente, foi inabilitado após confissão de descumprimento de condição habilitatória (atestados de capacidade técnica), conforme docs. SEI nºs 0737840 e 0738524 e 0810790; O 3º colocado, “CHRISPIM”, também foi inabilitado pelo desatendimento a exigência habilitatória (atestados de capacidade técnica, conforme doc. SEI nº 0770380)];

- Lotes 2 a 5: fracassados.

Não houve recurso quanto a tais Lotes. E, como já exposto: o 1º colocado, “ECO PLAST”, foi desclassificado após confissão de descumprimento a requisitos classificatórios e habilitatórios, conforme docs. SEI nºs 0716950, 0716975, 0717146, 0717155; E o 3º colocado, “CHRISPIM”, foi inabilitado pela não-satisfação de condição habilitatória, conforme doc. SEI nº 0770380;

- **Lote 6: deserto**, conforme doc. SEI nº 0692534;

- **Lote 7: revogado por decisão do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo**, nos termos do doc. nº 0727660;

- **Lotes 8 e 9: sugestão de revogação de tais lotes achava-se em elaboração pela Pregoeira, em acato ao parecer da DIMAT em tal sentido, decisão que restou sobrestada em razão da interposição do Recurso ora analisado**, consoante docs. SEI nºs 0741713 e 0778768.

O atual posicionamento desta Pregoeira orienta-se no sentido de que a anulação de todo o processo licitatório absorva o parecer anterior pela revogação dos Lotes 8 e 9, medida que acabou por não se concretizar em razão de suspensão promovida pela Pregoeira por força do advento de Recurso, cuja decisão poderia modificar o anterior entendimento pela revogação.

Em face do exposto, entende esta Pregoeira que se impõe a adoção da autotutela administrativa para fins ANULAÇÃO DO PRESENTE PROCESSO LICITATÓRIO, eis que eivado de ilegalidade. Acresça-se que tal oportunidade de revisão naturalmente se prestará ao aprimoramento de editais futuros e à coibição de vício similar e de seus potenciais e efetivos prejuízos sobre processos licitatórios vindouros.

III.4. DA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE REVISÃO DA DECISÃO DE INABILITAÇÃO

Consoante já detalhado no item “III.3” da presente decisão, saliente-se que a admissão da ilegalidade da exigência desatendida não implica reversão da decisão de inabilitação da empresa. De todo modo, deixou a recorrente de satisfazer um requisito habilitatório insculpido no Edital publicado, condição que, independentemente da ilicitude ora reconhecida, não foi objeto de questionamento ou de impugnação tempestivos, a cujos efeitos, portanto, subordinaram-se todos os envolvidos, direta e indireta, potencial e efetivamente, no presente processo licitatório.

Despropositada a pretensão de habilitação de um fornecedor que desatendeu a exigência fixada no Edital, sabedor de que se vinculava aos seus termos. Mais que isso, tem-se que a recorrente participou do Pregão previamente ciente de que descumpriria a regra editalícia em comento, embora haja declarado, sob penas da lei, como condição para tal participação, o pleno atendimento aos requisitos de habilitação exigidos no Edital.

A fundamentação da decisão de inabilitação refutada (retratada nos docs. SEI nºs 0731057, 0732756, 0737840 e 0738524 e 0810790), ancorou-se em parâmetros objetivos e previamente estipulados, igualmente extensivos aos demais licitantes. O retrocesso da inabilitação, conforme já se demonstrou alhures, violaria, dentre outros, os princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório e da Legalidade, dado que inexistem, no Edital ou na legislação, fundamento para a adoção de uma tal medida.

Registre-se que todo licitante, assim como o agente administrativo, deve se comportar, no certame, em conformidade com as regras vinculatórias previstas na lei, bem como com aquelas previamente definidas no instrumento convocatório. Qualquer ato praticado pela Pregoeira alheio a tais contornos normativos seria passível de anulação. Em razão disso, todas as decisões proferidas pela Pregoeira no decorrer do processo decorreram de estrito cumprimento das normas regentes da Licitação em questão. A admissão de interpretação subjetiva ou discricionária sobre as exigências subjacentes ao certame importaria em afronta à Legalidade estrita, da qual a atuação do agente público revela-se inafastável, bem como a princípios que lhe são corolários, dentre os quais o Julgamento Objetivo e a Isonomia entre os concorrentes.

Não é dado à Administração Pública, no curso da fase externa do processo licitatório, alterar os critérios de julgamento pré-definidos, afastar-se das regras por ela mesma estabelecidas no instrumento convocatório. Condicionam-se à estrita observância das disposições constantes do edital a garantia de segurança e estabilidade às expectativas e relações jurídicas decorrentes do certame, bem como a assecuração de tratamento isonômico aos licitantes e de um julgamento objetivo acerca da conformidade com o Edital, vocacionado à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Por força da Vinculação ao Instrumento Convocatório, descabe pretender-se que a Administração simplesmente descumpra ou flexibilize normas e condições previamente estabelecidas no Edital, ao qual se acha estritamente vinculada (art. 41, Lei 8666/93).

Conclui-se, portanto, que a anulação do processo, de modo algum, enseja a reversão da inabilitação da recorrente, pretensão que se rejeita em absoluto, seja pela ausência de respaldo normativo, seja pela perda de objeto em face da anulação do certame.

III.5. DA ALEGAÇÃO DE SATISFATORIEDADE DOS RELATÓRIOS DE ENSAIO (“LAUDOS DE ATIVIDADE ANTIMICROBIANA”) E DE DESATENDIMENTO A PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS

Alega a recorrente que os Relatórios de Ensaio por ela apresentados (doc. SEI nº 0731043) atenderam plenamente às exigências contidas no subitem “9.4.3.1” do Edital (nele inseridas a título de critério de aceitabilidade das propostas, em consonância com o previsto no item “8” do TR):

9.4. São critérios de aceitabilidade das propostas:

(...)

9.4.3. Apresentação dos seguintes documentos/certificações técnicas:

9.4.3.1. Para os Lotes 1 a 6: Laudo de Atividade Antimicrobiana: bactericida contra staphylococcus aureus, salmonella choleraesuis e pseudomonas aeruginosa. Envelopados e vírus não envelopados (rotavírus) e fungicida.

A convicção da empresa quanto à aceitabilidade dos laudos por ela apresentados se deve ao fato de que, inconformada com o posicionamento deste Órgão, “solicitou ao fabricante uma declaração para demonstrar que a decisão foi incoerente com o produto e o laudo fornecido”, “para comprovar que o seu Laudo está de acordo com as exigências da Lei e do Edital”. A declaração emitida pelo fabricante encontra-se acostada à fl. 17 do Recurso interposto, com base na qual sustenta a recorrente:

“O Laudo do produto, deixa claro que o laudo bactericida do álcool gel 70 ofertado, automaticamente anula termos que ter o fungicida e o virucida pois a bactéria é superior, ou seja mais difícil de eliminar do que vírus e fungo. Não há razões para que a empresa recorrente seja inabilitada por esse motivo, haja vista que a mesma demonstrou através do laudo que o álcool oferecido pela empresa cumpre as exigências do Edital”, “está de acordo com o Edital e com a Legislação vigente”.

A empresa sugere que princípios jurídicos aplicáveis à licitação e vinculadores da Administração Pública, tais como “Legalidade”, “Isonomia”, “Seleção da proposta mais vantajosa para a administração” e “Vinculação ao Instrumento Convocatório”, não teriam sido observados por esta Pregoeira e se opõe à sua “inabilitação”, entendida supostamente pela empresa como decisão fundamentada na insuficiência dos laudos apresentados.

Inicialmente, cumpre a esta Pregoeira esclarecer que **a análise dos Relatórios de Ensaio ("Laudos de Atividade Antimicrobiana", consoante terminologia utilizada pelo Edital) enviados pela recorrente não integrou a fundamentação subjacente à decisão de inabilitação.** Não se confundem as fases de “classificação da proposta” (cujos critérios de aceitabilidade, no caso em tela, abrangem os laudos antimicrobianos) e de “habilitação do licitante”, cada qual constituída por análise e julgamento de documentação própria. Por ocasião da inabilitação, concretizada por antecipação para fins de economia processual diante de confissão de descumprimento de requisito habilitatório pela empresa, o exame dos laudos apresentados sequer havia sido ultimado.

Isso é, a Pregoeira procedeu à inabilitação da empresa previamente à conclusão acerca da aceitabilidade da proposta apresentada, uma vez que a completude da fase analítica sobre a aceitação ou rejeição da proposta demandaria uma delonga processual infrutífera (e, portanto, evitável, já que a empresa seria, fatalmente, inabilitada, diante do já reconhecido desatendimento a requisito habilitatório), representada pelo lapso temporal que se faria necessário caso se optasse pela ultimação dos seguintes atos ainda pendentes:

a) O aguardo pela conclusão do exame dos laudos de atividade antimicrobiana pela Central de Apoio Técnico (CEAT) e pelo Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional (DPMSO), setores aos quais a DIMAT havia solicitado auxílio (para fins de análise dos laudos e de inferência acerca da necessidade ou não de requisição de amostra ao licitante), uma vez que teoricamente detentores de expertise para tanto, competência técnica essa não detida por esta Pregoeira e tampouco pela DIMAT (conforme Despachos SEI nºs 0731057 e 0732756 e e-mail nº 0732834);

- b) A eventual requisição de amostra ao licitante, conforme parecer técnico, e o aguardo da sua apresentação no prazo previsto pelo Edital;
- c) O aguardo pela conclusão da análise técnica sobre a amostra porventura apresentada.

Adiante, transcreve-se o teor do Despacho explicativo DGCL SEI nº 0737840, no qual esta Pregoeira reportou à DIMAT as ocorrências correlatas, devidamente pormenorizadas no Chat do Pregão Eletrônico e em campos próprios do Portal de Compras – MG (destinados a “aceitação/rejeição” da proposta e a “habilitação/inabilitação” de fornecedor), para fiel registro e transparência da motivação de cada decisão por ela tomada no curso da sessão (conforme histórico do Chat ou Ata de Pregão provisória acessíveis no Portal de Compras-MG):

PARA: DIVISÃO DE MATERIAIS (DIMAT)

A/C: LARISSA AZEVEDO

Prezada Senhora,

Em atenção ao Despacho 0732756, informo-lhe que, em sessão de Pregão Eletrônico havida na presente data, solicitei ao licitante F000155, atual arrematante do Lote 1 (2º colocado), a complementação do Atestado de Capacidade Técnica enviado, de modo a demonstrar o cumprimento do percentual exigido no subitem “4.2” da Relação de Documentos Exigidos (conforme item “9.2” do TR), ao que o fornecedor respondeu: "Boa tarde senhora pregoeira, não temos mais atestado para apresentar no que está sendo exigido".

Mediante contato telefônico (2533.31.00), representante da empresa identificada como "Ivone" alegou que a exigência trataria de um direcionamento ilegal e pontuou sua intenção de "recorrer/denunciar" oportunamente.

Haja vista que:

As aquisições objeto do presente Pregão gozam de caráter prioritário (equipamentos de proteção individual e produtos associados à vigente Pandemia);

Não disponho de posicionamento conclusivo acerca de se a proposta seria ou não classificada, vez que ainda se encontra em transcurso a análise, por parte dos setores técnicos competentes (conforme noticiado, a DIMAT solicitou auxílio à CEAT e ao DPMSO), sobre se os Relatórios de Ensaio enviados pelo respectivo fornecedor atenderiam plenamente ou não ao Edital, bem como sobre a necessidade de requisição da correspondente amostra e, conseqüentemente, restaria pendente o parecer de aprovação ou rejeição de eventual amostra solicitada;

De todo modo, pelo confesso desatendimento de requisito habilitatório por parte da empresa, a inabilitação do 2º colocado seria inevitável;

O colocado subsequente (F000141 - 3º e último colocado do Lote 1) não forneceu sua identificação no Chat;

Cabe-me buscar soluções que imprimam eficiência e celeridade ao processo licitatório (art. 5º da Lei estadual nº 14.167/02):

Para fins de adiantamento do progresso processual viável, procedi à ACEITAÇÃO MERAMENTE PRO FORMA da proposta apresentada pelo licitante F000155 (2º colocado), tão somente porquanto a função de inabilitação do licitante apenas é disponibilizada pelo Sistema após a aceitação da respectiva proposta. Reitero que NÃO se tratou de efetiva classificação da proposta, mas tão somente de ACEITAÇÃO FICTA, que viabilizou a antecipação da respectiva INABILITAÇÃO, bem como o conhecimento da identidade da empresa a ser convocada na condição de 3ª colocada do lote.

De todo modo, considero prudente que o exame dos laudos enviados pelo respectivo licitante não seja interrompido. Considerando a declaração de intenção recursal futura pelo licitante, convém que (salvo quanto à amostra, que, a princípio, não será requisitada do licitante, dada a sua inabilitação e a convocação do próximo colocado) os possíveis fundamentos para a rejeição da proposta estejam formalizados no processo previamente à fase recursal.

Atenciosamente,

Belo Horizonte - MG, 07 de janeiro de 2021.

Esclareça-se que a comunicação via Chat do Pregão Eletrônico em 19/01/21, reproduzida na pág. “16” do Recurso ora analisado, foi registrada por esta Pregoeira no intuito de reportar aos licitantes o teor do Despacho formalizado pela DIMAT no SEI (doc. nº 0765113) após emissão de resposta pelo Dr. José Pereira Cardoso (DPMSO), até então pendente, a respeito dos Relatórios de Ensaio apresentados pela recorrente (doc. SEI nº 0765063). Embora esta Pregoeira já houvesse inabilitado a empresa, a ocorrência posterior desses atos lhe impôs a prudência de lhes dar transparência via sessão eletrônica, a fim de imprimir publicidade, também por este canal, ao complemento da já registrada motivação para a “aceitação meramente *pro forma*” da proposta da licitante. Tal aceitação havia sido formalizada tão somente a título de artifício viabilizador da inabilitação do fornecedor, a qual, conforme configuração do Sistema, depende de prévia aceitação da respectiva proposta. O propósito da mensagem enviada pela Pregoeira consistia, portanto, na ampliação da publicidade de atos formalizados via SEI e na corroboração do caráter simulatório da “aceitação” havida previamente à inabilitação, já que: quando da inabilitação, a análise dos laudos ainda pendia de conclusão; e, na atual oportunidade, o parecer técnico (elaborado por “profissionais médicos em conjunto com o técnico em segurança do trabalho” do Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional – DPMSO – e subscrito pelo Dr. José Pereira Cardoso) acabava de ser emitido e apontava para o fato de que a documentação não atendia plenamente ao Edital (bem como para a necessidade de requisição de amostra caso o licitante apresentasse os laudos faltantes e caso se entendesse que os documentos apresentados equivaliam aos laudos de atividade antimicrobiana exigidos).

Isso é, caso se houvesse aguardado pelo andamento-padrão de cada fase (conclusão da análise sobre a “aceitação” da proposta – incluindo exame dos laudos e de eventual amostra –, para, só então, se proceder à conclusão sobre a “habilitação” do fornecedor), o julgamento teria sido pela “rejeição” da proposta, o que corrobora o fato de sua “aceitação” não ter sido efetiva. Eis o teor da comunicação enviada por esta Pregoeira via Chat:

Para fins de registro de complementação à fundamentação exposta para a já concretizada inabilitação do licitante F000155 (2º colocado do Lote 1), reproduzo manifestação atual do setor técnico competente (Despacho 0765113): "No documento 0765063, juntou-se ao presente procedimento a resposta do Dr. José Pereira Cardoso (Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional - DPMSO), a respeito dos relatórios de ensaio

apresentados pelo licitante do Lote 1 (álcool em gel) (0731043). Em seus esclarecimentos, o Dr. José Pereira Cardoso consignou não ser possível informar com precisão se os Relatórios de Ensaio apresentados pelo Licitante equivalem a Laudos de Atividade Antimicrobiana. Além disso, mencionou a falta de apresentação de laudos que abrangessem VIRUS NÃO ENVELOPADOS (ROTAVIRUS) E FUNGICIDA. Como se constata, os documentos apresentados pelo licitante, na forma que o foram, não atendem ao edital. Ademais, o licitante já foi inabilitado pela pregoeira, conforme decisão contida no DESPACHO DGCL 0737840. Ante o contexto, a DIMAT entende ser dispensável a solicitação da complementação sugerida pelo DMPSO, bem como a apresentação de amostra”.

A título complementar, saliente-se que, quando do registro da inabilitação da recorrente, tampouco se havia operado a análise integral da documentação propriamente habilitatória, eis que o exame do balanço patrimonial apresentado pela empresa ainda não havia sido efetuado pela assessoria contábil (Despacho SEI nº 0731059 pendia de resposta, a qual, posteriormente, em 20/01/21, diante do fracasso do “Lote 1” devido à inabilitação do 3º e último colocado – conforme doc SEI nº 0770380 –, foi provisoriamente dispensada pela Pregoeira junto ao assessor contábil via e-mail). Assim, tem-se que as pretensas “classificação” e “habilitação” da recorrente dependeriam de uma conjunção de julgamentos favoráveis, que, conforme já extensivamente detalhado, de todo modo, não se concretizaria, quais sejam:

Dentre os critérios de aceitabilidade da proposta: reanálise, em sede recursal, dos Relatórios de Ensaio apresentados, associados à Declaração do Fabricante ora colacionada, e sua aprovação (já que, quando da ultimação do exame já realizado, concluiu-se por sua desconformidade em relação ao Edital); dispensa de amostra pelo setor demandante ou requisição de amostra, apresentação tempestiva pelo fornecedor e sua aprovação após análise técnica;

Dentre os requisitos habilitatórios: apreciação do Balanço Patrimonial apresentado e sua aprovação pela Assessoria Contábil. Contudo, já se demonstrou, inequivocamente, que as exigências de habilitação não foram integralmente cumpridas pela empresa, bem como que o reconhecimento de ilegalidade da condição desatendida não conduz à sua habilitação.

Registre-se que qualquer argumentação alusiva aos “Laudos de Atividade Antimicrobiana” (ou “Relatórios de Ensaio”) refere-se à aceitabilidade da proposta e, portanto, revela-se alheia à decisão recorrida (de “inabilitação”) e não interfere na análise do mérito recursal. A título meramente complementar, pondere-se que não se justificaria o custo administrativo (procedimental, laboral, temporal e, eventualmente, financeiro) de mobilização de uma pluralidade de unidades técnicas (DIMAT, DPMSO, CEAT e, quiçá, laboratórios credenciados ao CEAT) com a finalidade de se concluir pela conformidade ou não dos laudos apresentados pela recorrente com as exigências do Edital, já que, independentemente do seu sentido, tal conclusão não impactaria minimamente a decisão pela inabilitação da empresa (objetivamente calcada no desatendimento de um dos atestados exigidos pelo instrumento convocatório) e, ademais, se tornaria inócua frente à integral anulação do processo, ora sugerida por esta Pregoeira.

Diante do posicionamento desta Pregoeira pela completa anulação do certame em virtude de constatação de ilegalidade no Edital, entende-se que restam prejudicadas as razões recursais atinentes aos Relatórios de Ensaio apresentados.

Por fim, resta patente que os princípios jurídicos cuja inobservância é imputada a esta Pregoeira pela recorrente constituem justamente o arcabouço normativo que a impede de retroceder quanto à inabilitação da empresa (art. 37 da Constituição Federal, art. 3º da Lei 8.666/93, art. 2º do Decreto Estadual nº 48.012/20, dentre outros diplomas aplicáveis).

Diversamente de como o princípio da Legalidade opera no âmbito privado (na administração particular, é lícito tudo aquilo que a lei não proíbe), tem-se que, na seara pública, diante da indisponibilidade do interesse envolvido, apenas é permitido aquilo que a lei autoriza. Assim, toda a atuação funcional desta Pregoeira, na condição de agente público, subordina-se aos comandos legais incidentes, dos quais não lhe cabe desviar, os quais não lhe toca flexibilizar a seu alvedrio.

Pelo princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório (arts. 3º e 41, Lei 8.666/93), “*a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada*”. Correspondente à lei interna da Licitação, o Edital vincula, aos seus exatos termos, tanto o órgão promotor quanto os fornecedores participantes do processo.

Assim, precisamente o cumprimento dos princípios da Legalidade e da Vinculação ao Instrumento Convocatório impuseram a esta Pregoeira a inabilitação do licitante recorrente, uma vez que deixou de satisfazer requisito habilitatório previsto no Edital. Qualquer relativização dessa única conduta legitimamente esperável da Pregoeira importaria em violação a ambos os princípios em comento, já que inexistente fundamento, na lei ou no Edital, para que a Pregoeira proceda de modo diverso. É dever da Pregoeira conduzir o certame em estrito cumprimento das regras que deram ensejo ao processo licitatório e que lhe disciplinam, sejam legais, sejam editalícias.

Não cabe, portanto, cogitar a flexibilização de exigência do Edital ou pretender tratamento diferenciado por parte desta Pregoeira, à qual incumbe zelar por Segurança Jurídica quanto às expectativas geradas a partir do processo, pela Isonomia entre os licitantes, pela Impessoalidade de sua atuação e pelo Julgamento Objetivo das propostas e documentos habilitatórios apresentados, em cotejo com as exigências estipuladas no Edital. Não há falar em alteração de critérios de julgamento no decorrer do certame. Todos os licitantes (bem como potenciais licitantes que se podem ter desinteressado da participação após ciência do requisito em questão) submeteram-se, igualmente, à exigência cujo desatendimento resultou na inabilitação da recorrente. Inclusive, os demais participantes do Lote em cena (Lote 1) sofreram, do mesmo modo, as consequências do descumprimento de exigências do Edital: o 1º colocado tampouco detinha o atestado em comento. Apenas não foi inabilitado por tal fundamento porquanto foi desclassificado antes de se chegar à fase habilitatória, ao reconhecer não dispor de documento integrante da aceitabilidade da proposta (laudos de atividade antimicrobiana); o 3º e último colocado foi inabilitado pelo desatendimento de atestados técnicos, tal qual a recorrente.

Acresça-se que o conceito de maior vantajosidade de uma proposta para a Administração é integrado pela constatação de cabal cumprimento dos requisitos editalícios. A seleção da proposta mais vantajosa trata, pois, de propósito indissociável do princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, condição inequivocamente exposta no subitem “10.8” do Edital: “*O licitante que atender plenamente às exigências editalícias será declarado vencedor do certame*”.

III.6. DA IMPERTINÊNCIA DE EXCERTOS RECURSAIS

Por fim, esta Pregoeira registra que foram identificados, ao longo da peça recursal, fragmentos, adiante reproduzidos, que não guardam qualquer relação com o processo licitatório em questão, em razão do que as declarações e os pleitos neles contidos serão desconsiderados pela Pregoeira:

- (Pág. 02) *“Após o Credenciamentos dos Representantes das empresas presentes, a Pregoeira iniciou a abertura dos envelopes de proposta, que repassou os documentos aos representantes credenciados para a conferência e assinatura.”;*

- (Pág. 20) *“Nesse contexto, entende-se que as empresas recorridas descumpriram várias exigências estabelecidas no Edital, não apresentando documentos solicitados no instrumento convocatório, que comprovem suas regularidades técnicas e de credenciamento, conforme exigências constantes nos itens 3.10 e 6.4.2 do Edital, devendo portanto, serem INABILITADAS, na forma prevista no edital com fulcro na lei.”;*

- (Pág. 25) *“Após todas as considerações feitas acima, além de todas as comprovações que a empresa realizou, solicitamos a imediata INABILITAÇÃO da empresa RENATO MELO ARQUITETURA LTDA, visto que a mesma não cumpriu com as exigências editalícias e não comprovou sua qualificação técnica conforme exigido. E, a persistência na manutenção da empresa recorrida como habilitada, será um desrespeito à Lei, ao Edital, e aos Princípios básicos das Licitações Públicas”.*

IV – DA CONCLUSÃO

Frente ao exposto, esta Pregoeira posiciona-se pelo conhecimento do Recurso e, no mérito, não havendo embasamento legal para reconsideração da decisão recorrida, entende pelo seu provimento parcial, mantendo-se irretocável a inabilitação da recorrida e acolhendo-se, tão somente, o pleito de reconhecimento da ilicitude da exigência editalícia contida no subitem “4.2” da Relação de Documentos Exigidos. Alinhada aos pareceres da AJAD e da DIMAT e ancorada no poder-dever de autotutela administrativa, esta Pregoeira sugere a Vossa Excelência a **anulação integral do Processo Licitatório nº 318/2020**, eivado de vício de legalidade.

Para tanto, faz subir a peça formal, devidamente instruída, juntamente com os autos completos, nos termos do art. 109, §4º, da Lei nº 8.666/93 e do art. 17, VIII, do Decreto Estadual nº 48.012/2020.

Belo Horizonte/MG, 29 de março de 2021.

Lilian de Campos Mendes

Pregoeira

[1] TCU, Acórdão nº 5781/202, Primeira Câmara, TC 008.979/2019-7, Min. Rell. Vital do Rêgo, Data da sessão 19.05.2020.

[2] TCU, Acórdão nº 855/2009 - Plenário (Sumário), TC 026.419/2008-4, Min. Rel. José Jorge, 29.4.2009.

[3] TCU, Acórdão n.º 1.052/2012 – Plenário (Sumário), TC 004.871/2012-0, Min. Rel. Marcos Bemquerer Costa, 2.5.2012.

[4] *Vide* arts. 54 da Lei nº 9.784/99 e 65 da Lei Estadual nº 14.184/02.

[5] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 25ª ed., 2012, p.70.

[6] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13ª Ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 654.

[7] TCU, Acórdão nº 855/2009 - Plenário (Sumário), TC 026.419/2008-4, Min. Rel. José Jorge, 29.4.2009.



Documento assinado eletronicamente por **LILIAN DE CAMPOS MENDES, ASSESSOR I**, em 29/03/2021, às 14:27, conforme art. 22, da Resolução PGJ n. 27, de 17 de dezembro de 2018.



Documento assinado eletronicamente por **MARCIO GOMES DE SOUZA, PROCURADOR-GERAL DE JUSTICA ADJUNTO ADMINISTRATIVO**, em 29/03/2021, às 15:33, conforme art. 22, da Resolução PGJ n. 27, de 17 de dezembro de 2018.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://www.mpmg.mp.br/sei/processos/verifica>, informando o código verificador **0987820** e o código CRC **E309CB20**.