

Laguna, 20 de setembro de 2022.

RECORRENTE: Celso Ortega Paineis ME

PROCESSO Nº.: 0125.0000502/2022.

ASSUNTO: Edital de Licitação – Pregão 44/2022 PML

OBJETO: REGISTRO DE PREÇOS PARA A EVENTUAL AQUISIÇÃO DE KIT ESCOLAR para as Unidades de Ensino da rede pública municipal vinculadas à Secretaria de Educação e Esportes de Laguna/SC conforme as normas do fabricante, bem como as normas pertinentes à Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e ao Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO), conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no processo administrativo nº 0125.0000502/2022.

RESPOSTA AO RECURSO DA EMPRESA CELSO ORTEGA DIAS PAINEIS ME

Trata-se de processo licitatório na modalidade Pregão para Registro de Preços para a eventual aquisição de Kit Escolar para as Unidades de Ensino da rede pública municipal vinculadas à Secretaria de Educação e Esportes de Laguna/SC conforme as normas do fabricante, bem como as normas pertinentes à Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e ao Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO), conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no processo administrativo nº 0125.0000502/2022.

Em breve síntese, após a publicação do Edital, a empresa Celso Ortega Paineis ME apresentou Impugnação de forma tempestiva.

O Impugnante sustenta suas argumentações, *in verbis*:

DAS RAZÕES PARA IMPUGNAR

7. Ilmo. Sr. Prefeito, analisando o supracitado ANEXO I, TERMO DE REFERÊNCIA, verifica-se que o LOTE ÚNICO: KIT ESCOLAR é composto 09 (nove) itens, de modo que 07 (sete) itens são compostos por, entre outros, “GARRAFA TIPO SQUEEZE”.

8. Trata-se, portanto, no caso dos ITENS 2 AO 8, da AQUISIÇÃO DE EMBALAGENS PLÁSTICAS DESTINADAS A ENTRAR EM CONTATO COM ALIMENTOS.

9. Entretanto, não há previsão em edital, tampouco na minuta da ata de registro de preços, de que a futura contratada deverá apresentar na entrega das amostras das mesmas, laudo comprovando a realização de ensaios demonstrando que a garrafa tipo squeeze que

será fornecida atende, entre outras, à RESOLUÇÃO DE DIRETORIA COLEGIADA – RDC Nº 51, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2010, que assim estabelece:

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV do art. 11 do Regulamento aprovado pelo Decreto n. 3.029, de 16 de abril de 1999, e tendo em vista o disposto no inciso II e nos §§ 1º e 3º do art. 54 do Regimento Interno aprovado nos termos do Anexo I da Portaria n. 354 da Anvisa, de 11 de agosto de 2006, republicada no DOU de 21 de agosto de 2006, em reunião realizada em 23 de novembro de 2010, adota a seguinte Resolução da Diretoria Colegiada e eu, Diretor-Presidente, determino a sua publicação:

Art. 1º. FICA APROVADO O REGULAMENTO TÉCNICO QUE ESTABELECE OS CRITÉRIOS DE MIGRAÇÃO PARA MATERIAIS, EMBALAGENS E EQUIPAMENTOS PLÁSTICOS DESTINADOS A ENTRAR EM CONTATO COM ALIMENTOS, nos termos do Anexo desta Resolução.

Art. 2º. Este Regulamento incorpora ao ordenamento jurídico nacional a Resolução GMC MERCOSUL n. 32/10

(...)

Art. 4º. O DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NESTA RESOLUÇÃO E NO REGULAMENTO POR ELA APROVADO CONSTITUI INFRAÇÃO SANITÁRIA, nos termos da Lei n. 6.437, de 20 de agosto de 1977, sem prejuízo das responsabilidades civil, administrativa e penal cabíveis.

(...) REGULAMENTO TÉCNICO MERCOSUL SOBRE MIGRAÇÃO EM MATERIAIS, EMBALAGENS E EQUIPAMENTOS PLÁSTICOS DESTINADOS A ENTRAR EM CONTATO COM ALIMENTOS

1. Alcance.

O PRESENTE REGULAMENTO TÉCNICO ESTABELECE OS CRITÉRIOS GERAIS PARA A DETERMINAÇÃO DE MIGRAÇÕES TOTAL E ESPECÍFICAS, E SE APLICA AOS SEGUINTE MATERIAIS, EMBALAGENS E EQUIPAMENTOS PLÁSTICOS DESTINADOS A ENTRAR EM CONTATO COM ALIMENTOS:

- a) compostos exclusivamente de plástico;
- b) compostos de duas ou mais camadas de materiais, cada uma delas constituídas exclusivamente de plástico;
- c) compostos de duas ou mais camadas de materiais, uma ou mais das quais podem não ser exclusivamente de plástico, sempre que a camada que entre em contato com o alimento seja de plástico ou revestimento polimérico. Nesse caso, todas as camadas de plástico ou revestimento polimérico deverão cumprir com as Resoluções do Grupo Mercado Comum referentes aos materiais, embalagens e equipamentos plásticos, no que se refere à migrações e inclusão de componentes em listas positivas.

2. Critérios básicos para a realização de ensaios de migração

2.1. Introdução.

2.1.1. A VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS LIMITES DE MIGRAÇÃO TOTAL E ESPECÍFICA SE REALIZARÁ MEDIANTE ENSAIOS DE MIGRAÇÃO OU CESSÃO, cujos critérios básicos se detalham nesta seção.

2.1.2. NOS ENSAIOS DE MIGRAÇÃO SE REALIZARÁ O CONTATO COM OS MATERIAIS PLÁSTICOS E OS SIMULANTES, NAS CONDIÇÕES DE TEMPO E TEMPERATURA QUE CORRESPONDAM, DE MODO A REPRODUZIR AS CONDIÇÕES NORMAIS OU PREVISÍVEIS DE ELABORAÇÃO, FRACIONAMENTO, ARMAZENAMENTO, DISTRIBUIÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E CONSUMO DO ALIMENTO, SENDO:

A. ELABORAÇÃO: CONDIÇÕES QUE SE VERIFICAM POR PERÍODOS RÁPIDOS, TAIS COMO ETAPAS DE PASTEURIZAÇÃO, ESTERILIZAÇÃO, ENCHIMENTO À QUENTE ETC.

B. ARMAZENAMENTO: CONTATO PROLONGADO DURANTE TODA A VIDA ÚTIL DO PRODUTO À TEMPERATURA AMBIENTE OU EM REFRIGERAÇÃO.

c. Consumo: aquecimento do alimento dentro da própria embalagem antes de sua ingestão; uso de utensílios domésticos de plástico em contato com alimentos; preparação de alimentos dentro de utensílios domésticos, com ou sem aquecimento; uso de filmes plásticos para proteção de alimentos

2.2. Classificação de alimentos.

AOS EFAOS EFEITOS DO PRESENTE REGULAMENTO TÉCNICO, os alimentos e BEBIDAS (de aqui em diante "alimentos") SE CLASSIFICAM SEGUNDO AS SEGUINTE CATEGORIAS: EITOS DO PRESENTE REGULAMENTO TÉCNICO, os alimentos e BEBIDAS (de aqui em diante "alimentos") SE CLASSIFICAM SEGUNDO AS SEGUINTE CATEGORIAS:

- AQUOSOS NÃO ÁCIDOS (pH > 4,5)
- AQUOSOS ÁCIDOS (pH < 4,5)
- gordurosos (que contenham gordura ou óleos entre seus componentes)
- alcoólicos (conteúdo de álcool > 5% (v/v))
- secos

10. E não seria judicioso desmerecer a questão e reduzir relevância do tema, eis que a GARRAFA TIPO SQUEEZE será utilizada por alunos regularmente matriculados nas Unidades de Ensino da rede pública municipal a fim de garantir pleno acesso à educação, direito previsto na Constituição Federal, e entrarão em contato com líquidos e/ou outros alimentos.

11. Destarte, é essencial e indispensável inserir cláusula no INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO e/ou TERMO DE REFERÊNCIA e/ou na MINUTA DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS determinando que as proponentes assumirão o compromisso de fornecer a GARRAFA TIPO SQUEEZE, e deverão, obrigatoriamente, na entrega de amostras das mesmas, apresentar o laudo de ensaio das garrafas tipo squeeze, em nome do proponente e/ou da marca indicada

na proposta comercial, provando o cumprimento dos limites de migração, de limites aceitáveis de metais pesados, de limites aceitáveis de PVC, de ftalatos e de BPA.

12. Insista-se que a inclusão de mencionada cláusula é indispensável devido à natureza e finalidade do objeto, mormente porque a Constituição Federal definiu que o Direito à saúde é inalienável, devendo ser garantido. Senão, veja-se.

Art. 6º. SÃO DIREITOS SOCIAIS a educação, A SAÚDE, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

13. E percebe-se que o supracitado art. 37 da Constituição Federal também fez menção ao princípio da eficiência, sendo conveniente, portanto, transcrever o conceito dado a esse princípio pelo Exmo. Ministro do egrégio SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Dr. Alexandre de Moraes, ao tratar desse tema, qual seja:

“Princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a eviar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social”.

14. E não se olvide que de acordo com a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, no momento em que PREFEITURA DE LAGUNA distribuir a GARRAFA TIPO SQUEEZE, estará assumindo a postura de fornecedor e, como tal, toadas as obrigações legalmente definidas para esta figura, quais sejam:

Art. 3º. FORNECEDOR É TODA PESSOA física ou JURÍDICA, pública ou PRIVADA, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE DE produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, DISTRIBUIÇÃO ou comercialização DE PRODUTOS ou prestação de serviços.

§ 1º. PRODUTO É QUALQUER BEM, MÓVEL ou imóvel, MATERIAL ou imaterial.

(...)

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

Art. 6º. SÃO DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR:

I - A PROTEÇÃO DA vida, SAÚDE E SEGURANÇA CONTRA OS RISCOS PROVOCADOS POR PRÁTICAS NO FORNECIMENTO DE PRODUTOS e serviços considerados perigosos ou nocivos;

(...)

Art. 8º. OS PRODUTOS e serviços COLOCADOS NO MERCADO DE CONSUMO NÃO ACARRETARÃO RISCOS À SAÚDE OU SEGURANÇA DOS CONSUMIDORES, EXCETO OS CONSIDERADOS NORMAIS E PREVISÍVEIS EM DECORRÊNCIA DE SUA NATUREZA E FRUIÇÃO,

OBRIGANDO-SE OS FORNECEDORES, EM QUALQUER HIPÓTESE, A DAR AS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS E ADEQUADAS A SEU RESPEITO. (...)

Art. 18. OS FORNECEDORES DE PRODUTOS DE CONSUMO DURÁVEIS OU NÃO DURÁVEIS RESPONDEM SOLIDARIAMENTE PELOS VÍCIOS DE QUALIDADE ou quantidade QUE OS TORNEM IMPRÓPRIOS OU INADEQUADOS AO CONSUMO A QUE SE DESTINAM ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

(...)

Art. 39. É VEDADO AO FORNECEDOR DE PRODUTOS ou serviços, DENTRE OUTRAS PRÁTICAS ABUSIVAS:

(...)

VIII - COLOCAR, NO MERCADO DE CONSUMO, QUALQUER PRODUTO OU SERVIÇO EM DESACORDO COM AS NORMAS EXPEDIDAS PELOS ÓRGÃOS OFICIAIS COMPETENTES ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

(...)

Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

§ 1º. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias

15. Portanto, considerando que a PREFEITURA DE LAGUNA está licitando a aquisição do produto e, obviamente, pagará por ele, não faria sentido permitir a realização do gasto com GARRAFA TIPO SQUEEZE que pode causar danos à saúde dos usuários, haja vista — repita-se — a omissão do edital a respeito do laudo de ensaios cogentes à redução dos riscos à saúde causados pela migração ou cessão de substâncias indesejáveis, tóxicas ou contaminantes aos alimentos, em quantidades superiores aos limites de migração total e específica autorizados pela norma técnica.

16. A propósito, o Código Civil aduz que:

Art. 186. AQUELE QUE, por ação ou OMISSÃO VOLUNTÁRIA, NEGLIGÊNCIA OU IMPRUDÊNCIA, VIOLAR DIREITO E CAUSAR DANO A OUTREM, ainda que exclusivamente moral, COMETE ATO ILÍCITO.

Art. 927. AQUELE QUE, POR ATO ILÍCITO (arts. 186 e 187), CAUSAR DANO A OUTREM, FICA OBRIGADO A REPARÁ-LO.

17. Por analogia a outra questão envolvendo a obrigatoriedade de fiscalização por parte do ente contratante, o egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheceu que a responsabilidade seria da Administração somente em caso de omissão, como alertou Marçal Justen Filho. Veja-se.

O tema foi levado ao conhecimento do STF, que adotou orientação favorável à Administração Pública. No julgamento da ADC 16, o STF reputou constitucional o art. 71 da Lei 8.666/1993 e assim estabeleceu que, nas hipóteses em que a empresa terceirizada não satisfizer todas as verbas trabalhistas devidas, **PODERÁ HAVER A ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOMENTE MEDIANTE A COMPROVAÇÃO DE OMISSÃO NA FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PELO CONTRATADO** (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1066).

18. Portanto, para reduzir riscos à saúde daqueles que receberão a GARRAFA TIPO SQUEEZE, o edital deve descrever melhor o objeto, incluindo a obrigatoriedade de apresentação do laudo de ensaios quando da apresentação da proposta comercial e/ou da apresentação das amostras, uma vez que a ausência de laudo poderá conduzir ao entendimento de que houve omissão e negligência da PREFEITURA DE LAGUNA.

19. Aliás, o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles já preconizava que:

A finalidade precípua da licitação será sempre a obtenção de seu objeto — uma obra, um serviço, uma compra, uma alienação, uma locação, uma concessão ou uma permissão — nas melhores condições para o Poder Público. Assim, O OBJETO DA LICITAÇÃO É A PRÓPRIA RAZÃO DE SER DO PROCEDIMENTO SELETIVO DESTINADO À ESCOLHA DE QUEM IRÁ FIRMAR O CONTRATO COM A ADMINISTRAÇÃO; SE FICAR INDEFINIDO OU MAL-CARACTERIZADO, PASSARÁ PARA O CONTRATO COM O MESMO VICIO, DIFICULTANDO OU, ATÉ MESMO, IMPEDINDO SUA EXECUÇÃO. PARA QUE TAL NÃO OCORRA, PARA QUE OS LICITANTES POSSAM ATENDER FIELMENTE AO DESEJO DO PODER PÚBLICO E PARA QUE AS PROPOSTAS SEJAM OBJETIVAMENTE JULGADAS, O OBJETO DA LICITAÇÃO DEVE SER CONVENIENTEMENTE DEFINIDO NO EDITAL ou convite.

A esse propósito, muito embora exigindo figure no respectivo instrumento convocatório apenas a “descrição sucinta e clara” do objeto da licitação (art. 40, I), a Lei 8.666, de 1993, dispõe que as obras e serviços só podem ser licitados quando houver “projeto básico aprovado pela autoridade competente” (art. 79, § 2º, I) e que nenhuma compra será feita “sem a adequada caracterização de seu objeto” (art. 14).

(...)

A DEFINIÇÃO DO OBJETO É, POIS, CONDIÇÃO DE LEGITIMIDADE DA LICITAÇÃO. SEM A QUAL NÃO PODE PROSPERAR O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, QUALQUER QUE SEJA A MODALIDADE DE LICITAÇÃO. É ASSIM PORQUE SEM ELA TORNA-SE INVIÁVEL A FORMULAÇÃO DAS OFERTAS, BEM COMO SEU JULGAMENTO, E IRREALIZÁVEL O CONTRATO SUBSEQÜENTE (Licitação e contrato administrativo. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 64/65).

20. Em outras palavras: a licitação pública não é outra coisa senão um conjunto de formalidades impostas à Administração como condição para a celebração de contrato. A licitação pública é, em si, uma formalidade. A propósito, o parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 8.666/93 prescreve: “O procedimento licitatório previsto nesta Lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública”. Então,

importa refutar, com tenacidade, qualquer forma de argumento prestante a recusar ou minimizar a importância da formalidade em licitação pública (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. Curitiba: Zênite Editora, 2008, p. 153).

21. O mestre Marçal Justen Filho foi ainda mais incisivo e aduziu que:

Proíbe-se a aplicação de recursos públicos em empreendimentos com dimensões não estimadas ou estimadas em perspectivas irreais, inexequíveis, onerosas ou não isonômicas. Não poderá ser desencadeado um empreendimento sem serem cumpridas todas as exigências prévias. Nem sequer poderá iniciar-se a licitação sem o cumprimento de tais requisitos, que se inserem na fase interna da atividade administrativa.

Esse é um ponto sensível e essencial para o sucesso das contratações administrativas. A ausência de planejamento adequado é a principal causa de problemas no relacionamento contratual. Mais grave ainda é o risco de planejamento intencionalmente equivocado, visando promover benefícios indevidos em prol de apaniguados.

Não seria exagerado afirmar que qualquer reforma da legislação licitatória tem de passar por uma ampliação da severidade na estruturação das licitações, especificamente no tocante à fase interna. O cenário atual de problemas decorre, na sua esmagadora maioria, de planejamento inexistente ou inadequado da futura contratação.

Ressalte-se, no entanto, que a correção desses problemas nem sequer depende da reforma da Lei. A questão relaciona-se com o exercício de competências discricionárias, que nunca poderão ser exaustivamente disciplinadas por normas legislativas. O nó da questão está no mau exercício de competências discricionárias. Essa situação é agravada pela recusa de órgãos de controle (especialmente o Judiciário) em exercer controle mais efetivo das escolhas concretas realizadas pela Administração (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 178).

22. Destaque-se que a escolha por objeto que priorize a saúde dos destinatários é defendida pelo egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO que já pacificou o entendimento de que:

6. No caso sob exame, a Secretaria de Recursos Hídricos do Estado do Ceará, investida de seu poder discricionário, considerou a adoção de tubos em aço-carbono como a solução técnica mais conveniente para a Administração, reconhecendo ser este um requisito técnico essencial para a referida obra. A ESCOLHA DO MATERIAL das tubulações FOI PAUTADA PELA EFICIÊNCIA E SEGURANÇA do aço-carbono, DEMONSTRADA EM DIVERSAS OUTRAS OBRAS SEMELHANTES. DESTACO QUE O OBJETIVO DO EMPREENDIMENTO É GARANTIR O ABASTECIMENTO HUMANO de significativa parcela da população da região metropolitana de Fortaleza e suprir as demandas de água bruta de equipamentos industriais de grande porte que se instalarão no Complexo Portuário de Pecém. Em outras palavras, a garantia de fornecimento contínuo de água foi o principal critério para a escolha do material a ser adquirido. RELEVA MENCIONAR QUE EXISTEM DIVERSOS FORNECEDORES DO REFERIDO PRODUTO NO MERCADO, PORTANTO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE OU DIRECIONAMENTO A DETERMINADA EMPRESA.

7. Mesmo ante a existência de outros materiais similares no mercado, A ADMINISTRAÇÃO TEM A FACULDADE DE OPTAR POR UMA SOLUÇÃO TÉCNICA QUE CONSIDERA

MAIS ADEQUADA AO OBJETIVO QUE SE PROPÕE, DESDE QUE RAZOÁVEL, COMPATÍVEL COM O OBJETO A SER ALCANÇADO E ADEQUADAMENTE JUSTIFICADA, COMO É O CASO. Assim, em que pesem todos os argumentos do recorrente no sentido de demonstrar a qualidade e a eficiência dos tubos que fabrica, não há nos autos qualquer elemento que permita afirmar que uma tubulação em aço carbono não seria adequada para compor sistemas adutores. Portanto, não vislumbro ilegalidade no procedimento adotado pela Secretaria de Recursos Hídricos do Estado do Ceará e entendo que o presente processo está em condições de ser apreciado no mérito” (Acórdão 1.923/2012, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreira).

23. Eis que como decidiu o egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

“Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito no seu todo – marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas” (Min. Eros Grau, voto na ADPF 101).

24. E a Lei, neste caso, ordena que o edital exija a comprovação de qualificação técnica adequada para demonstrar a aptidão da licitante na execução do objeto licitado, mormente a de que o objeto ofertado preenche requisitos mínimos de qualidade e segurança que, no Brasil, são aferidos e certificados pela ANVISA.

24. Em síntese, de acordo com a supracitada legislação, doutrina e jurisprudência, para atingir a finalidade da licitação, o ente licitante deverá observar a regra do mínimo necessário. No geral, deve-se observar o entendimento trazido pelo egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO no sentido de que:

A EXIGÊNCIA DE DOCUMENTOS QUE COMPROVEM A QUALIFICAÇÃO TÉCNICA e a capacidade econômico-financeira das licitantes, DESDE QUE COMPATÍVEIS COM O OBJETO A SER LICITADO, NÃO É APENAS UMA FACULDADE, MAS UM DEVER DA ADMINISTRAÇÃO, DEVENDO SER ESSA EXIGÊNCIA A MÍNIMA CAPAZ DE ASSEGURAR QUE A EMPRESA CONTRATADA ESTARÁ APTA A FORNECER BENS OU SERVIÇOS PACTUADOS.

Representação formulada ao TCU apontou possível irregularidade no edital do Pregão Eletrônico 7/2018, promovido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES), cujo objeto era o “fornecimento de cartões combustível pós-pagos para veículos a serem utilizados por aquela unidade nas eleições de 2018”. A suposta irregularidade consistia na falta de exigência de comprovação de qualificação técnica pelas empresas interessadas, o que, conforme a representante, poderia resultar em prejuízo à Administração, por possibilitar a contratação de empresa que não reunisse as condições técnicas necessárias à correta prestação dos serviços pretendidos. Ao examinar a matéria, a unidade técnica constatou que o edital também não estabelecia nenhuma exigência quanto à qualificação econômico-financeira das licitantes. Em seu voto, o relator destacou, preliminarmente, que, pelo fato de os requisitos relativos à comprovação das qualificações técnica e econômico-financeira serem “condições para a habilitação das interessadas, conforme previsto no art. 27 da Lei de Licitações”, restaria perquirir “o grau de obrigatoriedade dessas exigências nas licitações públicas e quais efeitos sua eventual ausência teriam sobre a validade do certame”. O relator salientou que a jurisprudência e a doutrina são “razoavelmente consensuais no entendimento de que a exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade

econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração”. ESSA OBRIGAÇÃO, ENTRETANTO, SEGUNDO ELE, “NÃO É MERA FORMALIDADE E ESTÁ SEMPRE SUBORDINADA A UMA UTILIDADE REAL, OU SEJA, DEVE SER A MÍNIMA EXIGÊNCIA CAPAZ DE ASSEGURAR, COM ALGUM GRAU DE CONFIANÇA, QUE A EMPRESA CONTRATADA SERÁ CAPAZ DE FORNECER OS BENS OU SERVIÇOS ADQUIRIDOS”. Em consequência, “a documentação a ser fornecida deve guardar relação com o objeto pretendido no sentido de que aquisições mais simples demandarão menos comprovações e, contrário sensu, as mais complexas exigirão mais salvaguardas”. E arrematou: “a própria Lei de Licitações, em seu art. 32, § 1º, modula as exigências relativas à habilitação das licitantes, permitindo a dispensa dos documentos, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão”. Caberia então identificar, no caso concreto, “se o objeto do Pregão Eletrônico 7/2018, por sua singeleza, reúne características que, por exceção, possibilitem a dispensa da comprovação das qualificações técnica e econômico-financeira das empresas interessadas”. Para o relator, por um lado, o objeto do pregão em apreço demandaria que a contratada tivesse uma rede de postos credenciados e fosse capaz de confeccionar os cartões magnéticos e gerenciar eletronicamente as transações realizadas, não se tratando, à primeira vista, de um serviço que pudesse ser fornecido por qualquer empresa. Por outro lado, ponderou que “o valor máximo estimado para a contratação em tela, de R\$ 87.908,21, aproxima-se muito do limite admitido para o convite (R\$ 80.000,00), modalidade que a Lei 8.666/1993 desobriga a Administração das exigências de habilitação das licitantes”. Além disso, asseverou que “existe um perigo na demora reverso, uma vez que os serviços licitados são instrumentais à realização das eleições de 2018, podendo o atraso no seu fornecimento impactar as atribuições do TRE/ES durante o pleito”. Considerando que a situação examinada impunha baixo risco à Administração, já tendo o órgão, inclusive, promovido outros certames nas mesmas condições sem maiores percalços, o relator concluiu ser possível aceitar, excepcionalmente, a não exigência da documentação relativa à habilitação técnica e econômico-financeira no respectivo edital, sem prejuízo, contudo, de cientificar o órgão acerca da necessidade de sua inclusão em futuras licitações de mesmo objeto. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu considerar a representação parcialmente procedente e dar ciência ao TRE/ES de que “a não exigência de comprovação de qualificação técnica e econômico-financeira identificada no edital do Pregão Eletrônico 7/2018 (Processo 26.659/2017) afronta o disposto no art. 27, c/c os arts. 30, 31 e 32 da Lei 8.666/1993”. (Acórdão 891/2018 – Plenário - Representação, Relator Ministro José Múcio Monteiro).

25. Ressalte-se, aliás, que a presente impugnação não persegue a inclusão de exigência de apresentação de laudo como requisito de habilitação, haja vista que tal exigência não está prevista pela legislação e feriria o entendimento do Plenário do egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, conforme Acórdão 1624/2018, pacificado no sentido de que:

33. Em paralelo, a jurisprudência do Tribunal, consubstanciada na Súmula TCU 272 e nos Acórdãos 481/2004, 1878/2005, 1910/2007, 669/2008, 2008/2008, todos do Plenário, não permite a inclusão de exigências de habilitação para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato. É exatamente o caso em apreço, pois a apresentação de laudos técnicos por parte de todos os licitantes gera despesas desnecessárias, inibe a participação de interessados e, por isso,

contraria o interesse público.

26. Na realidade, a presente impugnação requer a adoção da solução apontada pelo e. TCU no parágrafo seguinte do acórdão ao afirmar que:

34. PARA ESSES CASOS, EM QUE SE DESEJA SABER SE O INSUMO DA FUTURA CONTRATADA ATENDE AS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS, O EXÉRCITO PODERIA TER INCLUÍDO NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO A POSSIBILIDADE DE SE EXIGIR DO LICITANTE PROVISORIAMENTE CLASSIFICADO EM PRIMEIRO LUGAR, EM PRAZO RAZOÁVEL E SUFICIENTE PARA TAL, A APRESENTAÇÃO DE AMOSTRA DO INSUMO, ACOMPANHADA DOS LAUDOS TÉCNICOS NECESSÁRIOS A COMPROVAR A QUALIDADE DO BEM A SER FORNECIDO.

27. Afinal, mais uma vez citando a obra de Marçal Justen Filho:

“Pode afirmar-se que, em face da Constituição, o mínimo necessário à presunção de idoneidade é o máximo juridicamente admissível para exigir-se no ato convocatório. Logo, toda vez que for questionada acerca da inadequação ou excessividade das exigências, A ADMINISTRAÇÃO TERÁ DE COMPROVAR QUE ADOTOU O MÍNIMO POSSÍVEL. SE NÃO FOR POSSÍVEL COMPROVAR QUE A DIMENSÃO ADOTADA ENVOLVIA ESSE MÍNIMO, A CONSTITUIÇÃO TERÁ SIDO INFRINGIDA. SE A ADMINISTRAÇÃO NÃO DISPUSER DE DADOS TÉCNICOS QUE JUSTIFIQUEM A CARACTERIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA COMO INDISPENSÁVEL (MÍNIMA), SEU ATO SERÁ INVÁLIDO. Não caberá invocar competência discricionária e tentar respaldar o ato sob argumento de liberdade na apuração do mínimo. É claro que a referência constitucional se mínimo em avaliação meramente subjetiva de um agente” (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 1999, p. 294).

28. E, no caso em tela, por todo o exposto, O MÍNIMO NECESSÁRIO DEVE SER DEFINIDO EM EDITAL, COM CLAREZA E OBJETIVIDADE, PARA QUE A FUTURA CONTRATADA NÃO ALEGUE SURPRESA AO RECEBER DA PREFEITURA DE LAGUNA A DETERMINAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DO LAUDO COMPROVANDO A REALIZAÇÃO DOS ENSAIOS exigíveis para o fornecimento da GARRAFA TIPO SQUEEZE.

29. Analisando o que estabeleceu o Instrumento Convocatório, bem como os Anexos do mesmo, percebe-se que a PREFEITURA DE LAGUNA não observou a regra do mínimo necessário; em primeiro ponto porque não exige a apresentação de laudos junto à proposta comercial, bem como na apresentação da amostra; em outro ponto também não está disposta a arcar, ela mesma, com as despesas para submeter, com seus próprios recursos, a GARRAFA TIPO SQUEEZE apresentada por todas as proponentes à análise.

30. Una-se à Jurisprudência e Doutrina indicadas, o fato de que a exigência de comprovação de qualificação técnica para execução do objeto licitado está prevista pela legislação e, conforme bem ensinou o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles:

Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim” (Direito

administrativo brasileiro. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 83).

31. Lembrando, por fim, que não é possível justificar a ausência de exigências indispensáveis em edital sob o argumento de ampliação da competição, eis que o objetivo de obter a proposta mais vantajosa não se sobrepõe, mas, antes, se amolda aos demais objetivos e princípios inerentes à licitação, pois conforme arrazouo Marçal Justen Filho:

“A vantagem não se relaciona apenas e exclusivamente com a questão financeira. O Estado necessita receber prestações satisfatórias, de qualidade adequada. De nada serviria ao Estado pagar valor irrisório para receber objeto imprestável” (Comentários à lei de licitações e contratos ad ministrativo. 11ª edição, São Paulo: Dialética, p. 46).

32. Nessa senda, o mestre José Cretella Júnior afirmou que:

“Mas vantajosa não é a proposta de menor preço, mas a que se apresente mais adequada, mais favorável, mas con sentânea com o interesse da Administração, observadas, sem dúvida, outras condições como o prazo, o pagamento do preço, a qualidade, o rendimento” (Das licitações públis cas. 18ª edição, São Paulo: Editora Forense, p. 120).

33. Poderia o nobre julgador proceder da mesma forma humilde como a Prefeitura Municipal de Pinhais/PR, que consultou a secretaria local de saúde, bem como a autoridade sanitária local para, no mérito, acolher o pedido dessa impugnante em licitação do mesmo objeto, como escreveu:

1) Diante do exposto, entramos em contato com a equipe de Gerência de Vigilância Sanitária da Secretaria Municipal de Saúde de Pinhais, a fim de obter um retorno técnico sobre a presente questão. Obtivemos retorno que seria adequada a inclusão da cláusula, conforme solicitado pela impugnante.

IV. DA DECISÃO

Desta forma, recebemos a presente impugnação dada a sua tempestividade e analisando as suas razões, acolhemos as razões dispostas na impugnação apresentada pela interessada, conforme as razões supra. Desta forma o edital será republicado para alteração dos referidos itens.

34. Assim como também acolheu e julgou PROCEDENTE o pedido dessa impugnante a SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE MOSSORÓ/RN, conforme abaixo:

[...]

35. Eis a síntese do necessário.

DOS PEDIDOS

36. Diante do exposto, o impugnante requer a Vossa Senhoria pelo conhecimento da

presente impugnação ao edital, pois tempestiva, a fim de que seu julgamento seja realizado, na forma definida pela Cláusula 7 do edital, sobretudo para:

37. Determinando cautelarmente a suspensão da realização da licitação até o julgamento de mérito;

38. Requerendo, outrossim, no mérito, o integral provimento do pedido de:

39. OU INCLUSÃO DE CLÁUSULA exigindo que a TODAS AS PROPONENTES, no momento DE APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA COMERCIAL ANEXEM À MESMA, LAUDO DE ENSAIOS RELACIONADOS DIRETAMENTE À GARRAFA TIPO SQUEEZE, EM NOME DO PROPONENTE E/OU DA MARCA INDICADA NA PROPOSTA COMERCIAL conforme resoluções da ANVISA, quanto à RDC 51, e outras, ATESTANDO NÍVEIS ACEITÁVEIS DE PVC, DE FTALATOS, DE METAIS PESADOS E DE BISFENOLA (BPA); OU APRESENTAÇÃO DE AMOSTRA DA GARRAFA TIPO SQUEEZE POR PARTE DA LICITANTE PROVISORIAMENTE DEFINIDA COMO ARREMATANTE DO LOTE ÚNICO, ACOMPANHADA DOS LAUDOS TÉCNICOS NECESSÁRIOS, EM NOME DO PROPONENTE E/OU DA MARCA INDICADA NA PROPOSTA COMERCIAL, A COMPROVAR A QUALIDADE E SEGURANÇA DO PRODUTO A SER FORNECIDO, conforme resoluções da ANVISA, quanto à RDC 51, e outros, ATESTANDO NÍVEIS ACEITÁVEIS DE PVC, DE FTALATOS, DE METAIS PESADOS E DE BISFENOL-A (BPA); OU REFORMULE O EDITAL, BEM COMO O ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA A FIM DE FICAR BEM CLARO QUE A PREFEITURA DE LAGUNA SUBMETERÁ A GARRAFA TIPO SQUEEZE RECEBIDA, POR SUA ORDEM, DESPESA E CUSTOS, A ENSAIOS EM LABORATÓRIOS PRÓPRIOS OU TERCEIRIZADOS, A FIM DE COMPROVAR A QUALIDADE E SEGURANÇA DO PRODUTO A SER FORNECIDO e que ele não representa risco à saúde causado pela migração ou cessão de substâncias indesejáveis, tóxicas ou contaminantes aos alimentos, em quantidades superiores aos limites de migração total e específica, na forma definida pela RESOLUÇÃO DE DIRETORIA COLEGIADA – RDC Nº 51, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2010, conforme determina a ANVISA

40. Com a procedencia da presente impugnação, após as alterações editalícias, o impugnante requer a REPUBLICAÇÃO DO AVISO DE LICITAÇÃO e a recontagem do prazo, na forma definida pelo § 4º do art. 21 da Lei 8.666/1993.

Assim, a Impugnação foi encaminhada à Secretaria de Educação e Esportes, por se tratar de matéria específica, a qual deve ser analisada pelos técnicos responsáveis.

A resposta da Secretária da pasta foi formulada por meio do Memorando nº 11.430/2022, via sistema 1doc, a qual segue também na íntegra:

“Prezada Elaine,

Em resposta ao protocolo de impugnação nº 7.057/2022, cabe-nos afirmar que:

1 - O Termo de Referência que objetiva regular o REGISTRO DE PREÇOS PARA A EVENTUAL AQUISIÇÃO DE KIT ESCOLAR para as Unidades de Ensino da rede pública municipal vinculadas à Secretaria de Educação e Esportes de Laguna/SC conforme as normas do fabricante, bem como as normas pertinentes à Associação Brasileira de

Normas Técnicas (ABNT) e ao Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) será republicado com o acréscimo do pedido de laudo de ensaios relacionados diretamente à garrafa tipo squeeze, em nome do proponente e/ou da marca indicada na proposta comercial conforme resoluções da ANVISA, quanto à RDC 51, e outras, atestando níveis aceitáveis de PVC, de ftalatos, de metais pesados e de bisfenol-a (BPA).

2 - Sendo assim, concluímos que temos total cuidado com o recurso público e reiteramos nosso compromisso com a Administração Pública e com a qualidade da educação pública municipal.

—

Juliana Fagundes de Carvalho Luz

Secretária de Educação e Esportes”

Desta forma, tendo em vista o parecer técnico, fundamentado nas alegações acima expostas e do que consta dos autos, o recurso apresentado pela empresa Celso Ortega Paineis ME deve ser **jugado procedente** e em observância ao disposto no §4º do artigo 109 da Lei nº. 8.666/93, submetemos este relatório à consideração da autoridade superior, sugerindo o julgamento procedente do recurso administrativo interposto.

Elaine da Silva de Jesus Delfino
Pregoeira

Samir Ahmad
Prefeito Municipal