



**PREFEITURA MUNICIPAL DE BARREIRAS
ESTADO DA BAHIA**

**JULGAMENTO DE RECURSO REFERENTE AO PREGÃO ELETRÔNICO N. 006/2021
PROCESSO ADMINISTRATIVO N. 3379/2020**

DECISÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

REFERÊNCIA: EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 006/2021

RECORRENTE: ECOS&M COMÉRCIO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS EIRELI – EPP

O processo licitatório intenciona o **REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE LIXEIRAS, BALDES, DISPENSERS E KIT DE LIMPEZA, TUDO CONFORME AS ESPECIFICAÇÕES CONSTANTES DO ANEXO I, PARA ATENDER AS NECESSIDADES DAS SECRETARIAS QUE COMPÕEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE BARREIRAS – BA.**

O Pregoeiro Oficial responsável pela condução do Pregão eletrônico, André Avelino de Oliveira Neto, durante a sessão pública realizada no dia 27/02/2021, inabilitou a empresa recorrida, a **ECOS&M COMÉRCIO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS EIRELI – EPP** pela ausência de apresentação de documentação exigida em sede de qualificação técnica com base nos fatos narrados a seguir, o que ensejou o presente recurso, que visa a reforma da decisão do pregoeiro e o retorno do processo para a fase correspondente.

Da apreciação das razões de impugnação.

I. DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE

A Inconformada com a decisão, a empresa recorrente apresentou recurso e suas razões, alegando, em resumo, que a sua inabilitação foi indevida, pois fora exigido documento sobre o qual o Edital não versava como de apresentação imediata, mas de mera “disponibilização” para futura e eventual necessidade.

Alega ainda que a empresa AQUALIMP PRODUTOS DE HIGIENE E LIMPEZA LTDA – EPP teve tratamento inadequado, se beneficiando da interpretação do Pregoeiro, uma vez que foi declarada habilitada mesmo sem apresentar o instrumento de contrato com a nota fiscal correspondente especificamente quanto ao item licitado.



PREFEITURA MUNICIPAL DE BARREIRAS
ESTADO DA BAHIA

Dentro das circunstâncias, portanto, a recorrente alega que houve prejuízo, para si e para a própria Administração, uma vez que não houve a possibilidade de seleção da melhor proposta.

É simples o relatório, passa-se a decisão.

II. DO MÉRITO

Como é evidente pela lei e pelos costumes do Direito, aquele que participa da licitação tem o dever jurídico de atentar para todas as suas exigências, sobre o tema, assevera JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2012, p. 244):

“A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administração ou judicial.

O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.”

Nesse sentido, os licitantes que se propõem a participar de um determinado certame devem se atentar para os regramentos previstos no Edital, tanto no sentido de exigências técnicas, quanto às demais especificações sobre questões financeiras, de qualificação e adequação do objeto, sejam questões relacionadas diretamente ao licitante ou quanto ao produto ou serviço ofertado.

Tal exigência de análise e obediências aos preceitos postos no Edital, torna-se, por via transversa, também um direito: o direito de que nada além do constante no Edital surpreenda o licitante. O princípio da vinculação ao Edital, portanto, tem via dupla - como obrigação e direito - dando a devida segurança jurídica ao processo que regulamenta.

A recorrente alega que os respectivos documentos de habilitação deveriam ser apenas “disponibilizados”, no sentido de pôr em disposição mediante necessidade e requerimento, e não prontamente entregues junto aos documentos de habilitação. Logo,

Barbosa



PREFEITURA MUNICIPAL DE BARREIRAS ESTADO DA BAHIA

não haveria razão para inabilitação, mas para mera realização de diligência ou solicitação de juntada de documentos complementares.

Ocorre que a interpretação dada pela recorrente claramente não é a intencionada pelo Edital. Não há, na praxe e na legislação, a figura de pôr em disponibilidade documentos para eventual consulta, uma vez que a intenção do legislador sempre foi a realização de atos céleres e completos, fazendo com que o procedimento caminhe em compasso de etapas claras e definitivas.

O exercício hermenêutico elaborado pela recorrente, embora coerente, se descola da realidade prática e adentra por divagações interpretativas que apenas trazem insegurança jurídica e contribuem para um ambiente de instabilidade dos procedimentos. Embora a recorrente foque na expressão que beneficie sua linha de raciocínio, esquece que o item traz muito mais informações e que, no contexto, fica muito claro que a documentação deve ser apresentada, não apenas colocada à disposição.

A recorrente ainda alega que a recorrida apresentou atestado de capacidade técnica que comprova a entrega e execução de contrato com objeto diverso do licitado.

Tal análise é objetiva, e, de fato, tem razão a recorrente. Nesse contexto, a empresa Aqualimp deverá ser inabilitada por ausência de comprovação de qualificação técnica.

Do poder de autotutela da Administração

A celeuma trazida pelo recurso colocou luz sobre um outro aspecto da licitação: a legalidade do requerimento de apresentação obrigatória do contrato e das notas fiscais para comprovar a veracidade dos atestados de capacitação técnica.

Hely Lopes Meirelles, pai do Direito Administrativo Brasileiro leciona que " Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto, na Administração pessoal é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe. Na Administração Pública só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza." (grifo nosso).

Vejamos a seguinte decisão:

**CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE
SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. ATESTADO DE
CAPACIDADE TÉCNICA. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE NOTAS**

Barreiras



PREFEITURA MUNICIPAL DE BARREIRAS
ESTADO DA BAHIA

FISCAIS. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR AS SANÇÕES IMPOSTAS E IMPEDIR A SUSPENSÃO DO CREDENCIAMENTO DA IMPETRANTE DO SISTEMA DE CADASTRAMENTO DE FORNECEDORES. Não é lícito à Administração Pública fazer exigência que a lei não faz (artigo 30, II, da lei nº. 8.666/93). Sendo assim, a vinculação de comprovação da capacidade técnica por meio de apresentação das respectivas notas fiscais traduz-se ilegal e desarrazoada, violando direito líquido e certo do impetrante. (TJAC Tribunal Pleno, MS nº 5011276320108010000/AC, rel. Juiz Arquilau de Castro Melo, de 13/04/2011)

Por um outro lado, o § 3º do artigo 43 da Lei 8666/93 disciplina sobre a realização de diligência sempre que necessário, a saber:

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

A promoção de diligência é realizada sempre que a comissão julgadora se esbarrar com alguma dúvida.

Logo, havendo dúvida sobre a veracidade do atestado de capacidade técnica, por exemplo, entendemos admissível a exigência da nota fiscal para a devida salvaguarda. Contudo, no exemplo apresentado, como o objetivo é a veracidade do atestado entendemos que poderá ser suprida também através do contrato do serviço e/ou fornecimento que emanou o atestado, visita in loco, entre outros.

Em recente decisão a Corte de Contas da União manifestou-se:

É indevida a exigência de que atestados de qualificação técnica sejam acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, visto não estarem estes últimos documentos entre os relacionados no rol exaustivo do art. 30 da Lei 8.666/1993. Representação de empresa acusou possíveis irregularidades na condução do Pregão Eletrônico 280/2012, promovido pelo Instituto Nacional de Câncer (Inca), destinado à contratação de solução de storage. Três empresas participaram do certame, sendo que a classificada em primeiro lugar veio a ser inabilitada. Entre os motivos que justificaram essa decisão,



PREFEITURA MUNICIPAL DE BARREIRAS
ESTADO DA BAHIA

destaque-se a apresentação por essa empresa de atestados técnicos desacompanhados das notas fiscais, exigência essa que constara do respectivo edital. A respeito de tal questão, o relator anotou que “a jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o art. 30 da Lei 8.666/1993, ao utilizar a expressão ‘limitar-se-á’, elenca de forma exhaustiva todos os documentos que podem ser exigidos para habilitar tecnicamente um licitante (v.g. Decisão 739/2001 – Plenário; Acórdão 597/2007 – Plenário)”. Ressaltou, ainda, que “nenhuma dúvida ou ressalva foi suscitada, pela equipe que conduziu o certame, quanto à idoneidade ou à fidedignidade dos atestados apresentados pela empresa”. E, mesmo que houvesse dúvidas a esse respeito, “de pouca ou nenhuma utilidade teriam as respectivas notas fiscais”. Em tal hipótese, seria cabível a realização de diligências para esclarecer ou complementar a instrução, consoante autoriza do § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator e por considerar insubsistente esse e o outro motivo invocados para justificar a mencionada inabilitação, decidiu: a) determinar ao Inca que torne sem efeito a inabilitação da detentora da melhor oferta na fase de lances, “anulando todos os atos subsequentes e retomando, a partir desse ponto, o andamento regular do certame”; b) dar ciência ao Inca de que a exigência de apresentação de atestados de comprovação de capacidade técnica “acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, afronta o disposto no art. 30 da Lei 8.666/1993”. **Acórdão 944/2013-Plenário, TC 003.795/2013-6, relator Ministro Benjamin Zymler, 17.4.2013.**

Deve-se frisar que não há discricionariedade da Administração optar ou não na realização de diligência, sempre que houver dúvidas sobre alguma informação a diligência torna-se obrigatória.

Acerca do assunto, observe o que leciona o jurista Marçal Justen Filho:

“Suponha-se que o particular apresentou um certo atestado para comprovar o preenchimento de experiência anterior. Há dúvidas, no entanto, sobre a compatibilidade da contratação referida no atestado e o objeto licitado. Será obrigatório que a Comissão convoque o interessado a esclarecer a natureza de sua experiência anterior. Para tanto, será muita mais relevante a exibição de documentação do que as meras palavras do licitante.

Barreiras



PREFEITURA MUNICIPAL DE BARREIRAS
ESTADO DA BAHIA

Logo, será facultado ao interessado apresentar a documentação atinente à contratação de que resultou o atestado." (cf. in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª ed., Dialética, São Paulo, 2010, p. 599).

Ao cabo, é oportuno apresentar jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal da Justiça de São Paulo quanto ao assunto, respectivamente:

"1. A faculdade conferida pelo artigo 43, § 3º, da Lei 8.666/93 à comissão de licitação para averiguar a veracidade de documento apresentado por participante do certame não retira a potencialidade lesiva da conduta enquadrada no artigo 304 do Código Penal. 2. A consumação do delito de uso de documento falso independentemente da obtenção de proveito ou da ocorrência de dano." (HC nº 84.776/RS, 1ª T., rel. Min. Eros Grau, J. em 05.10.2004, DJ de 28.10.2004)

"Licitação. Habilitação dos proponentes. A conversão do julgamento em diligência para colher parecer técnico ou promover diligência para verificar, em concreto, realização de serviços pela proponente, não desatende, pelo contrário, cumpre a finalidade normativa do art. 43 da Lei 8.666/93" (TJSP, ApCv 82.422-5, DJ de 9/08/1999)

Nesse contexto, o recurso apresentado oportunizou que a Administração percebesse o equívoco cometido com a exigência editalícia, motivo pelo qual se faz necessário rever e corrigir o ato administrativo.

A indevida exigência de apresentação de contrato e nota fiscal junto ao atestado de capacidade técnica fere a ampla competição e a seleção da proposta mais vantajosa à Administração.

Portanto, no exercício de autotutela administrativa, a cláusula, objeto do recurso, deve ser eliminada do Edital, o que, pela impossibilidade de alteração superveniente do instrumento, macula o certame com nulidade insanável, devendo o certame ser cancelado e seus atos declarados nulos e sem efeitos.

O poder de autotutela Administrativa possui previsão em duas súmulas do STF, a 346, que estabelece que "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos", e 473, que dispõe o seguinte:



PREFEITURA MUNICIPAL DE BARREIRAS
ESTADO DA BAHIA

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 revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

a Administração deve anular seus próprios atos, quando possuírem alguma ilegalidade. Trata-se, portanto, de um poder-dever, ou seja, uma obrigação. Dessa forma, o controle de legalidade, em decorrência da autotutela, pode ser realizado independentemente de provocação, pois se trata de um poder-dever de ofício da Administração.

A Administração não se limita ao controle de atos ilegais, pois poderá retirar do mundo jurídico atos válidos, porém que se mostraram inconvenientes ou inoportunos. Nesse caso, não estamos mais falando de controle de legalidade, mas de controle de mérito. Dessa forma, após o juízo de valor sobre a conveniência e oportunidade, a Administração poderá revogar o ato. Aqui reside a diferença da autotutela para o controle judicial, pois somente a própria Administração que editou o ato poderá revogá-lo, não podendo o Poder Judiciário anular um ato válido, porém inconveniente de outro Poder.

Portanto, mesmo os atos válidos, diante do contexto do presente procedimento, deverão ser anulados, pois o processo sofreu mácula inicial, uma vez que possíveis licitantes podem ter deixado de participar do certame em decorrência da cláusula debatida, ferindo-se a ampla competição. Ademais, como se pode perceber pelos documentos presentes nos autos, várias foram as empresas inabilitadas com base na exigência indevida de apresentação de contrato e notas fiscais, gerando um acréscimo indevido no preço de aquisição total dos itens pela Administração, desfazendo a vantajosidade administrativa e impossibilitando totalmente a busca pela proposta mais vantajosa.

Portanto, diante de todas as circunstâncias, o procedimento deverá ser revogado.

III. CONCLUSÃO

Diante do exposto, em consonância com os princípios que regem o processo licitatório, principalmente os do Julgamento objetivo, a Vinculação ao instrumento



PREFEITURA MUNICIPAL DE BARREIRAS
ESTADO DA BAHIA

Convocatório, a Isonomia e a Moralidade, decido por CONHECER DO RECURSO e no mérito julgá-lo **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, todavia, restando prejudicado seus efeitos, tendo em vista a nulidade processual observada quanto à exigência presente no Edital, em seu item 4.1.4.1.4, motivo pelo qual, no exercício do poder de autotutela administrativa, declaro nulo todo o procedimento e determino a revogação da licitação, com base nos argumentos expostos e com fulcro no art.49 *caput* e §1º, devendo-se observar também seu §3º, oportunizando aos licitantes o contraditório e a ampla defesa.

Barreiras-BA, 22 de março de 2021.

Gislaine Cesar de ^{Barbosa} Carvalho Souza Barbosa
Secretária Municipal de Administração e Planejamento