

**Excelentíssimo Senhor
Conselheiro Relator**

Ref.: Relatório Preliminar de Representação formulada por FELIPE MARQUEZELLI CHAGAS em face do Edital do Pregão Eletrônico nº 191/2022/SMS.G

1. INTRODUÇÃO

Trata o presente de Relatório Preliminar de Representação apresentada por FELIPE MARQUEZELLI CHAGAS (Peça 1), apontando eventuais irregularidades no Edital de Pregão Eletrônico nº 191/2022/SMS.G, cujo objeto é a aquisição de agulha 25mm x 7mm com dispositivo de segurança, agulha 30mm x 7mm com dispositivo de segurança, agulha 20mm x 5,5mm com dispositivo de segurança, algodão hidrófilo em bolas, seringa descartável de 1 ml, seringa descartável de 3 ml, bandagem antisséptica e recipiente perfuro-cortante de 7 litros, conforme as especificações técnicas do Edital (SEI nº 6018.2021/0087760-9).

Conforme publicação no DOC de 05.02.22, pg. 92, a sessão pública estava marcada para ocorrer a partir das 9 horas do dia 21 de fevereiro de 2022, pelo endereço www.comprasnet.gov.br.

Em consulta ao website, o certame consta com aviso de suspensão por necessidade de administração. No entanto, não há informe sobre a suspensão, e o motivo, no processo SEI ou no DOC.

Em 21.02.22, foi apresentada à esta Corte Representação (Peça 01) em face do Edital do PE nº 191/2022/SMS.G (Peça 02). Considerando a intempestividade da ação, o Conselheiro Relator concluiu pela perda do objeto do pedido de suspensão liminar do certame, encaminhando os autos para análise dos pontos representados (Peça 07).

Em atendimento ao determinado à peça 07, passamos à análise da representação interposta, **em sede de Relatório Preliminar.**

2. ANÁLISE

2.1. Da possibilidade de análise de amostra, em caso de suspeita de desvio de qualidade, aos custos da empresa contratada (fls. 02/08, Peça 01)

Alegações do Representante (Peça 1)

Como se vê, o edital prevê a possibilidade de a SMS solicitar, a qualquer tempo, amostras para análise laboratorial de cada um dos itens, correndo os custos pela contratada.

Não desconhecemos que o artigo 75 da Lei 8.666/1993 autoriza que “os ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto do contrato correm por conta do contratado.” – o que traria aparente regularidade a essa cláusula.

No entanto, essa aparente sintonia com a legislação não subsiste diante de uma análise do caso concreto. Como se vê, a generalidade da cláusula não esclarece quais testes poderão ser requeridos, a norma segundo a qual os ensaios serão realizados e para quais produtos irá requerer. Não obstante, a ciência dessas balizas são absolutamente fundamentais para as licitantes nesta fase do certame justamente devido aos seus custos, custos esses que devem ser levados em conta para a equação econômico-financeira antes da apresentação das propostas.

Além do mais, Excelência, a falta de qualquer baliza objetiva – e prévia – quanto a essas questões (quais testes, qual norma e para qual produto) tem o potencial de colocar nas mãos da administração o arbítrio de decidir, casuisticamente, quais testes serão requeridos e segundo qual norma. Isso, sem qualquer margem para dúvida, extrapola os limites da discricionariedade e viola os princípios mais fundamentais da Administração Pública, como a impessoalidade e a isonomia.

No mesmo sentido, já decidiu aquela Corte pela procedência de representação contra situação semelhante, em que, ao mesmo tempo, não se colocavam claros os critérios de avaliação das amostras e também se conferia poder desmedido à administração mediante a possibilidade de critérios subjetivos:

3.3 Ademais, conforme bem observado pela r. sentença guerreada, o edital não apresentou critérios objetivos para avaliação dos equipamentos, previsão indispensável em caso de exigência de amostras, eis que o subitem 6.2.1 do edital dispôs de forma sucinta e vaga: “Da análise das amostras serão verificadas a qualidade das mesmas para possível aceitação ou desclassificação do item, pela equipe nomeada”.

Ou seja, cabia ao Pregoeiro e à Equipe de Apoio designada decidir pela classificação ou desclassificação das licitantes, com base em avaliação subjetiva da qualidade das amostras apresentadas. A ausência de critérios objetivos para verificação da conformidade das amostras compromete a

isonomia, o julgamento objetivo e a busca da proposta mais vantajosa para a Administração. (TC-000394/018/15 – Conselheiro SIDNEY ESTANISLAU BERALDO)

Análise da Coordenadoria

O item 3.6 do anexo V do Edital prevê que:

3.6 A SMS poderá solicitar, a qualquer momento, amostras para análise, a fim de comprovar a qualidade do produto contratado. A DETENTORA deverá arcar com os custos da análise, em laboratório da REBLAS (Rede Brasileira de Laboratórios Analíticos em Saúde) em caso de suspeita de desvio de qualidade ou suspeita de irregularidade. Os laudos emitidos serão considerados suficientes para exigir a substituição do produto quando o resultado da análise for desfavorável, ou seja, diferente das especificações prometidas pelo fabricante. Todo produto considerado impróprio ao uso será encaminhado à Vigilância Sanitária para a inutilização nos termos legais (fl. 45, peça 02).

Essa previsão é possível com base no art. 75 da LF 8666/93, que prevê “Art. 75. Salvo disposições em contrário constantes do edital, do convite ou de ato normativo, os ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto do contrato correm por conta do contratado”.

No entanto, o Representante alega que não ficou claro “quais testes poderão ser requeridos, a norma segundo a qual os ensaios serão realizados e para quais produtos irá requerer”. Também informa que não foram estabelecidos os parâmetros para as possíveis análises, com base na definição objetiva do bem a ser adquirido pela administração.

Ora, os bens licitados apresentam descrição objetiva às fls. 32/39 do Edital (Peça 02), logo, só podem ser exigidos testes capazes de verificar o atendimento a tais definições, sendo, portanto, o critério para avaliação dos itens a aderência às especificações constantes do Edital.

Nesse sentido, o TCESP já decidiu que é possível a exigência de amostras para confirmar a qualidade do produto dos licitantes vencedores, desde que o edital disponha expressamente que o exame das amostras deve verificar a congruência deles a descrição objetiva do Edital.

Não há impedimento à exigência de amostras com a finalidade exclusiva de confirmar objetivamente se os produtos ofertados pelas licitantes vencedoras

atendem às especificações exigidas no Anexo I. Essa possibilidade inclusive é **admitida pelo inciso IV do artigo 43 da Lei 8.666/93. Porém, sendo este o caso, deve o edital expressamente dispor que o exame das amostras se destinará à verificação de congruência dos itens ofertados pelas vencedoras com as características consignadas no Anexo I**, de modo a prestigiar o princípio do julgamento objetivo e evitar que a Equipe de Apoio atue com base em outros critérios e parâmetros não previstos no ato convocatório.

(TC-020424/989/21-8. - TRIBUNAL PLENO – SESSÃO: 24/11/2021 EXAME PRÉVIO DE EDITAL SEÇÃO MUNICIPAL – DIMAS RAMALHO CONSELHEIRO) (grifo nosso)

Quanto à ausência de especificação dos testes possíveis, considerando que o edital deve ser objetivo e garantir impessoalidade, publicidade e eficiência, deve a Origem informar quais os testes que poderão ser exigidos para avaliar a aderência dos bens entregues à descrição do edital.

A previsão objetiva das possíveis análises dá segurança ao licitante, que poderá provisionar o custo na sua proposta, dá segurança à administração de que o objeto entregue está em conformidade com o previsto, como também assegura que o contrato não será cancelado de forma subjetiva por item não previsto no edital.

Dessa forma, **parcialmente procedente** o ponto representado, sendo **improcedente** quanto à ausência de critérios objetivos para avaliação das amostras, e **procedente** quanto à ausência de especificação dos possíveis testes a serem realizados quando dessa verificação.

2.2. Da exigência de autenticação de documentos de habilitação (fls. 08/12, Peça 01)

Alegações do Representante

O Representante traz que o Edital exige a autenticação de documentos nos itens 2.5 (impugnação), 6.6.1.2 (regularidade perante a ANVISA) e 10.2.3.4 (licença de funcionamento), indo de encontro a legislação vigente.

Analisando as exigências comuns a diversos documentos, verificamos a exigência de que quaisquer cópias dos documentos fossem apresentadas mediante autenticação, ao arrepio da disposição do artigo 32 da Lei 8.666/1993 e também da novel disposição da Lei n. 13.726/2018, que atualizou os procedimentos relativos à aferição da autenticidade dos papeis no âmbito dos Entes Federados, aplicável, portanto, às licitações públicas.

Essas disposições ferem ao mesmo tempo dois dispositivos legais. O primeiro é o artigo 32 da Lei 8.666/1993, que dispõe o seguinte:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

Dessa forma, no mínimo, deveria ter sido ofertada às licitantes a possibilidade de apresentar documentos por autenticação no cartório ou por servidor ou, ainda publicação em órgão da imprensa oficial.

Não bastasse isso, essas exigências também transgridem as disposições da Lei 13.726/2018, que racionaliza os atos e procedimentos administrativos dos Poderes de TODOS os entes Federados, e é aplicável no âmbito das licitações públicas. Ao tratar do tema, o artigo 3º I dessa Lei traçou o seguinte comando:

Art. 3º Na relação dos órgãos e entidades dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios com o cidadão, é dispensada a exigência de:

I - reconhecimento de firma, devendo o agente administrativo, confrontando a assinatura com aquela constante do documento de identidade do signatário, ou estando este presente e assinando o documento diante do agente, lavrar sua autenticidade no próprio documento;

[...]

Nesse contexto, requer-se a adequação dos itens mencionados do Edital, contemplando a possibilidade de apresentação de cópia simples, em conformidade com a atualização legislativa abraçada por pelo TCESP trazida no artigo 3º, I, da Lei n. 13.376/2018.

Análise da Coordenadoria

A Lei Federal 13.726/18, no seu art. 3º, dispõe que será dispensada a exigência de algumas formalidades (como reconhecimento de firma e autenticação) na relação entre órgãos públicos e cidadãos. Dessa forma, parte da doutrina entende que tal dispensa se aplica apenas a pessoa física, e não a pessoa jurídica.

Outra parte entende que é possível estender a aplicação da Lei às pessoas jurídicas, buscando desburocratizar as relações com a administração, o que possibilitaria que, numa licitação, o agente público dispensasse a autenticação, desde que apresentado o documento original e cópia.

A Lei municipal 17.268/20 dispõe sobre a divulgação “do direito da não obrigatoriedade de reconhecimento de firma e autenticação de cópias em cartório, para utilização em atos e procedimentos administrativos”, sem fazer limitação a relação apenas com o cidadão.

No Edital de Concorrência nº EC/001/2022/SGM-SEDP, referente a concessão dos serviços cemiteriais, a Secretaria de Governo entendeu pela aplicação da Lei Federal ao certame, que é exclusivo para pessoas jurídicas:

11.15. Fica dispensada a obrigação de reconhecimento de firma nas declarações e de autenticação de documentos exigidos dos LICITANTES, observando-se a Lei Federal nº 13.726, de 8 de outubro de 2018.

11.16. Todas as declarações exigidas dos LICITANTES devem ser apresentadas juntamente com documentos que comprovem a identidade e os poderes dos signatários, sendo desnecessário o reconhecimento de firma.

No parecer “Informação nº 72/2019-PGM.AJC”, relativo à duas impugnações ao Edital nº PE005/PGM/2018, a Procuradoria Geral do Município entendeu que:

Em complementação, a Lei federal nº 13.726/18 possibilita a autenticação de documentos pelo próprio agente administrativo, mediante a comparação entre cópia e original. Para isso, entretanto, é necessário que o interessado apresente os originais dos documentos, o que a regra editalícia já possibilita, como alternativa à apresentação de cópia autenticada.

Mesmo em se tratando de licitação, a Procuradoria não afastou a aplicação da LF 13.726/2018.

Nesse sentido, entendemos que a LF 13.726/2018 é aplicável às relações com pessoas jurídicas e, em consequência, as licitações com o poder público.

Dessa forma, consideramos **procedente** a Representação.

2.3. Da exigência de capacidade técnica genérica (fls. 12/17, Peça 01)

Alegações do Representante (Peça 01)

Constamos também que o edital não requer comprovação de capacidade técnica suficiente para garantir a participação de empresas realmente aptas à execução. Consta do edital:

10.2.3. A documentação relativa à qualificação técnica consistirá em:

(...) 10.2.3.5. Atestado(s) de capacidade técnica, fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado que comprove(m) a aptidão para o desempenho de atividade pertinente ao objeto da licitação.

10.2.3.5.1 Para fins do disposto dos subitens 10.2.3.5, considera-se atividade pertinente ao objeto licitado o fornecimento de PRODUTOS PARA SAÚDE.

Como se vê, Excelência, para ser considerada tecnicamente qualificada para participar deste certame, basta que a licitante consiga que qualquer pessoa jurídica emita em seu favor um simples atestado aduzindo sua “aptidão” para as atividades.

[...]

Foi com esse espírito que o TCESP editou a Súmula 24:

Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

Essa Súmula, por um lado, entende possível a exigência de atestados comprovando experiência pretérita no manejo de 50% a 60% de serviços / fornecimentos correlatos ao objeto, deixando claro que outros percentuais necessitam de justificação técnica.

E percentual zero, como o caso em tela, é bastante destoante do percentual razoável.

Análise da Coordenadoria

A Cláusula 10.2.3.5 do Edital apresenta o atestado de capacidade técnica como um dos documentos necessários à comprovação da qualificação técnica do licitante.

Ocorre que o Edital apenas estabelece a apresentação do atestado de capacidade técnica que comprove a aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em característica ao objeto da licitação, sem, contudo, especificar a compatibilidade em quantidades e prazos com a descrição específica do objeto licitado.

Considerando a imprescindibilidade do objeto licitado, o quantitativo e o valor estimados para

contratação, entendemos que a Origem incorre em risco desnecessário de contratar empresa que não tenha capacidade operacional de atendimento no volume e prazos que necessita. Isto porque o Edital não especifica, para fins de comprovação da capacidade operacional, o quantitativo compatível a ser comprovado por meio de atestados de fornecimento anterior, levando-se em conta a característica do objeto licitado e os prazos de fornecimento exigidos.

Nesse sentido, já se manifestou o TCU:

1.7. Ciência:

1.7.1. à Base de Administração do Quartel General do Exército das seguintes impropriedades identificadas (...), com vistas à adoção de providências internas que previnam a ocorrência de outras semelhantes: (...)

1.7.1.3. não se observou o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993, bem como a jurisprudência desta Corte, **uma vez que o edital não fixou de modo objetivo, para o fim de qualificação técnica, os quantitativos que deveriam ser demonstrados pela licitante interessada em contratar com a Administração** (Acórdão 361/2017 – Plenário); ACÓRDÃO Nº 3545/2018 – TCU – 1ª Câmara. (grifos nossos).

Nesse mesmo sentido vai a Súmula 24 do TCU, pela imposição de quantitativo mínimo para prova de capacidade técnica, em quantidades razoáveis, considerando-se os percentuais de 50% a 60% de serviço similar, ou outro percentual devidamente justificado.

Diante do exposto, verifica-se infringência ao inciso II do artigo 30 da LF nº 8.666/93, pelo que consideramos **procedente** a Representação neste ponto.

2.4. Da não exigência de garantia (fls. 17/19, Peça 01)

Alegações do Representante

É que, apesar de o caso concreto se tratar de uma licitação com quantidades astronômicas, lidando com itens destinados ao tratamento hospitalar, não estão exigindo a prestação de garantia contratual. Como se viu, Excelência, as quantidades são realmente significativas.

Anotamos que, embora seja faculdade do Administrador, nos termos do artigo 56, “caput”, da Lei 8.666/1993, a exigência de garantia é altamente recomendável no caso de certames de alto valor.

Valemo-nos do ensinamento de Marçal Justen Filho:

Admite-se que a garantia seja exigida em montante de até dez por cento sobre o valor do contrato em situações especiais, nas quais as peculiaridades do contrato produzirem uma ampliação dos riscos de insucesso.

Não pleiteamos a fixação de garantia em 10%, como expôs o doutrinador, mas apenas trazer sua doutrina para ilustrar que se o tamanho do contrato implica diretamente no tamanho da garantia, tanto mais grave é a própria falta da garantia

Análise da Coordenadoria

Conforme dispõe o artigo 56 da LF 8666/93¹, é **facultado à administração exigir garantia nas contratações de bens, obras e serviços, para assegurar a execução do contrato.**

Conforme documento “Licitações e Contratos - Orientações e Jurisprudência do TCU”,

Antes de estabelecer no edital exigência de garantia, deve a Administração, diante da complexidade do objeto, avaliar se realmente é necessária ou se servirá apenas para encarecer o objeto.

Dessa forma, consideramos **improcedente** a Representação nesse ponto.

No entanto, considerando que em outros contratos firmados para atender às necessidades de enfrentamento a pandemia, algumas empresas não conseguiram entregar os bens contratados e causaram atraso na prestação de serviços de saúde do município, sugerimos que a Origem seja oficiada a se manifestar sobre a análise realizada pela pasta para a não exigência de garantia no contrato para aquisição de itens necessários a vacinação.

3. CONCLUSÃO

À luz das análises efetuadas, concluímos, em sede de Relatório Preliminar, pela parcial procedência da Representação, sendo:

- **Procedente** os itens **2.2** e **2.3**;
- **Parcialmente procedente** o item **2.1**, sendo **improcedente** quanto à ausência de

¹ Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras

critérios objetivos para avaliação das amostras, e **procedente** quanto à ausência de especificação dos possíveis testes a serem realizados quando dessa verificação;

- **Improcedente** o item 2.4.

Sugerimos, ainda, que a Origem seja instada a se manifestar sobre o item 2.4 deste Relatório Preliminar, referente à análise realizada pela Pasta acerca da não exigência de garantia contratual para itens necessários a vacinação, visto que em outros contratos firmados para atender às necessidades de enfrentamento a pandemia, algumas empresas não conseguiram entregar os bens contratados e causaram atraso na prestação de serviços de saúde do município.

À consideração e deliberação de Vossa Excelência.

Em 08.03.22

MARIANA MENDES CRUZ FERREIRA
Agente de Fiscalização

RAÍSSA BRANCO GRIZZE
Supervisora de Equipes de Fiscalização
e Controle 7

De acordo, em

De acordo, em

RAFAEL VALVERDE ARANTES
Coordenador Chefe de Fiscalização
e Controle IV

LUCIANA DA CUNHA DE CASTRO GUERRA
Subsecretária de Fiscalização e Controle