

**Excelentíssimo Senhor
Conselheiro Relator**

Ref.: Relatório Conclusivo 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 Conclusivo 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).

A sessão pública estava prevista para o dia 21.02.22, às 9h (DOC de 05.02.22, pg. 92), no entanto, o certame foi suspenso pela Origem “para análise da Representação movida por FELIPE MARQUEZELLI CHAGAS, junto ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo”, conforme publicação no DOC de 18.03.22, pg. 99 (Peça 15, fl. 14).

Em 21.02.22, foi apresentada a 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).

O relatório preliminar foi elaborado e juntado aos autos à Peça 9.

No DOC de 01.04.22, p.91, foi publicado comunicado informando às empresas interessadas que, diante da representação interposta ao TCM, dos pedidos de esclarecimento e da publicação da ATA DE REGISTRO DE PREÇO nº 174/2022, o Edital do Pregão Eletrônico

nº 191/2022-SMS.G foi alterado, e foi designada nova data para a abertura da sessão pública no dia 14.04.22 às 09h.

A Origem apresentou manifestação prévia à Peça 15, que não altera as conclusões em relação ao edital inicialmente divulgado, mas soluciona o item **2.2**, considerado procedente na análise preliminar, e atende ao questionamento formulado em relação ao item **2.4**.

Em atendimento ao determinado à peça 17, passamos à análise da representação interposta, **em sede de Relatório Conclusivo, previsto no §2º do art. 3º da Resolução nº 18/19 deste E. Tribunal**, considerando a manifestação da SMS e o novo edital publicado.

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)

Manifestação da Origem (Peça 13, fls. 06/07)

A Área Técnica se manifestou sobre o tema no SEI nº 060440081:

- Da possibilidade de análise de amostra, em caso de suspeita de desvio de qualidade, aos custos da empresa contratada

Serão alterados tanto o Anexo I, condições gerais, item 2, quanto o Anexo V, item 3.6 para: "a fim de comprovar a identidade e segurança do produto contratado, estes devem estar devidamente regularizados junto à ANVISA. Nos casos onde forem identificados desvios de qualidade ou suspeita de irregularidade encaminhados a essa SMS através de comunicados e notificações, os quais apresentem um percentual igual ou superior a $\sqrt{n+1}$, a DETENTORA deverá arcar com os custos da análise, em laboratório da REBLAS (Rede Brasileira de Laboratórios Analíticos em Saúde). Os laudos emitidos serão considerados suficientes para exigir a substituição do produto, quando o resultado da análise for desfavorável. Todos os produtos com parecer de análise desfavorável deverão ser comunicados à Vigilância Sanitária".

A pregoeira se manifestou nos autos pela alteração do edital com a redação do item elaborada pela área técnica da COVISA (Peça 15, fl.06).

Ainda, trouxe aos autos esclarecimentos prestados pela Área Técnica em processo similar:

"Esclarecemos que esta cláusula não tem como objetivo onerar ao produto ou a empresa vencedora do certame, está sim associada à forma de se comprovar

o desvio de qualidade durante o fornecimento dos insumos pertencentes a ATA de Registro de Preço, sendo que os mesmos estariam em uso pela Rede de Assistência, caso a empresa descumpra a legislação vigente quanto as Normas e Resoluções estabelecidas por ANVISA, portanto está claro em Edital que seriam em laboratórios da Rede REBLAS que estão credenciados e em conformidade com a ANVISA. Espera-se que a empresa licitante vencedora do certame cumpra todos os requisitos técnicos quanto às Boas Práticas de Fabricação e de Controle de Qualidade para que o uso desta cláusula ocorra na forma de excepcionalidade. A administração pública através de cláusulas de controle de qualidade procura resguardar a segurança do profissional de saúde e dos recursos públicos aplicados na aquisição do produto."

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 exigidas 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.

Ademais, os ensaios serão realizados para verificar a aderência as exigências do edital, sob as normas da ANVISA, conforme nova disposição editalícia. Destaque-se que a nova redação apresentada pela pregoeira pode ser observada nos itens 2 das condições gerais do Anexo I – Termo de Referência, e 4.4 do Anexo V – Minuta de Termo de Contrato (fls. 39 e 49 da Peça 19), anexo este que não constava do Edital de Pregão Eletrônico inicialmente publicado.

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.

A mudança na redação do item, apresentada em sede de manifestação prévia, estabeleceu um critério objetivo para a imputação do custo da análise à empresa contratada, qual seja, nos casos em que os desvios de qualidade ou suspeita de irregularidade identificados representem percentual igual ou superior a $\sqrt{n+1}$.

No entanto, não foram especificados os possíveis testes a serem realizados para verificar a aderência da amostra as especificações do 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.

Analizando 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 papéis 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.

Manifestação da Origem (Peça 13, fl. 08)

Quanto ao item 2.2: Da exigência de autenticação de documentos de habilitação, destacou-se o Parecer do Procurador do Município, Dr. Carlos Figueiredo Mourão, no Processo nº. 6018.2020/0026246-7, em SEI nº. 060487886, em outro caso de Representação junto do TCM, referente ao mesmo assunto:

“A exigência de cópia autenticada, apesar de não causar nulidade no curso do pregão, não caracterizando qualquer impedimento ou exigência que prejudique a competitividade, a partir da edição da Lei 13.376/2018 passou a não ser mais obrigatória a comprovação da autenticação de documento em processo administrativo.

Cabe ressaltar que quem juntar documento falso ou inverídico acaba por responder criminalmente, tornando-se responsável pela veracidade do que anexar nos procedimentos.

Em face da indicação no SEI 6018.2019/0029237-2 de uma minuta padrão a ser seguida, proponho que seja encaminhada consulta para que seja realizada a alteração afastando essa exigência, bem como a inclusão de cláusula a respeito da responsabilidade pessoal em face da previsão expressa da conduta no artigo 304 do Código Penal.

Por outro lado, entendo que é possível retirar a exigência de autenticação, com base na aplicação do artigo 22 do Decreto Lei 4.657/42, tendo em vista a urgência na realização desse pregão, posto que o seu sobrestamento tem causado sérios problemas para a administração e seus administrados.”

Diante do referido parecer será suprimida a exigência de autenticação, no novo Edital.

Nesse sentido, a pregoeira informou que o edital será alterado para constar:

- A impugnação deverá, obrigatoriamente, estar acompanhada de CPF ou RG, em se tratando de pessoa física, e de CNPJ, em se tratando de pessoa jurídica, bem como do respectivo ato constitutivo e procuração, na hipótese de procurador, que comprove que o signatário, efetivamente, representa e possui poderes de representação da impugnante.

- Estando o registro vencido, o Licitante deverá apresentar cópia legível da solicitação de sua revalidação acompanhada de cópia do registro vencido.
- Caso a revalidação da licença de funcionamento dos subitens 10.2.3.2 e 10.2.3.3 para o presente exercício não tenha sido concedida, a proponente deverá apresentar a licença de funcionamento do exercício anterior acompanhada do protocolo de revalidação, nos termos da legislação sanitária local, devidamente comprovada através do Diário Oficial.

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 nº 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.

Em sede de manifestação prévia, a Origem apresentou parecer da Procuradoria que entende pela aplicabilidade da Lei federal aos certames municipais, razão pela qual a pregoeira se comprometeu a excluir as exigências do Edital, não constando as exigências de apresentação de documentos de habilitação autenticados do novo edital publicado (fls. 03, 09 e 19 da Peça 19).

Dessa forma, embora procedente em relação ao edital inicialmente publicado, consideramos **solucionado** o presente ponto da Representação, em face da republicação do edital com as alterações informadas pela Origem.

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.

Manifestação da Origem (Peça 13, fls. 07/08)

- Da exigência de capacidade técnica genérica

Inclusão dos subitens:

10.2.3.5.2 Entende-se por pertinente(s) e compatível(eis) o(s) atestado(s) que comprove(m) o fornecimento, em quantidade (Anexo I) correspondente a no mínimo 50% do total estimado do objeto do item.

10.2.3.5.3 Será admitido o somatório de atestados para compor o quantitativo acima.

Ressaltamos que foram feitos também apontamentos relativos à exigência de autenticação de documentos de habilitação e da não exigência de garantia, que devem ser respondidos pelo setor competente.

Oportunamente, informamos também que os prazos de entrega (item 11.1.2.3, Anexo I, condições gerais, item 6, Anexo II e Anexo) serão alterados, conforme segue: o prazo máximo para entrega do produto será de 25% (vinte e cinco por cento) do quantitativo total em até 10 (dez) dias após a retirada da Nota de Empenho, 25% em até 30 (trinta) dias após a retirada da Nota de Empenho, 25% em até 60 (sessenta) dias após a retirada da Nota de Empenho e 25% em até 90 (noventa) dias após a retirada da após a retirada da Nota de Empenho.

Assim, solicitamos que o presente seja encaminhado à 10ª CPL para as demais providências cabíveis.

Posteriormente, a Pregoeira se manifestou pela exigência de comprovação de capacidade técnica de, no mínimo, 30% do total estimado do objeto, e não mais 50%, como inicialmente apresentado pela área técnica, que aceitou o proposto pela Pregoeira (Peça 13, fls. 07/08):

Exigências do Edital:

"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."

Considerando o inciso II do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, de que a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação e Súmula 24 do TCU, que impõe quantitativo mínimo de prova de capacidade técnica, em quantidades razoáveis, considerando os percentuais de 50 à 60% de serviço similar, **ou outro percentual devidamente justificado.(grifo nosso)**, desta feita, é facultado a Administração a percentagem a ser utilizada para conferir a aptidão no fornecimento de objeto compatível, desta forma, sugiro solicitar atestados de capacidade técnica que comprovem, por volta de, **03 (três) CMM**(Consumo Médio Mensal) (Requisição de Material, constante ao Processo nº. 6018.2021/0087760-9, em SEI nº. 055110750), visto que este quantitativo resguardará a Administração e não restringirá a participação de empresas interessadas em participar do certame, diante do exposto, é possível alterar a quantidade de 50% do total, indicado em SEI nº. 060440081, para:

10.2.3.5.2 Entende-se por pertinente(s) e compatível(eis) o(s) atestado(s) que comprove(m) o fornecimento, em quantidade (Anexo I) correspondente a no mínimo 30% (trinta por cento) do total estimado do objeto do item.

SEI nº. 060607249 (Área Técnica):

Em atenção ao solicitado em SEI 060606391, esta área técnica está ciente e de acordo aos apontamentos em SEI 060576986 e devolvemos para prosseguimento.

Nesse sentido, a pregoeira informou à fl. 09 que o item será alterado para constar:

- Entende-se por pertinente(s) e compatível(eis) o(s) atestado(s) que comprove(m) o fornecimento, em quantidade (Anexo I) correspondente a no mínimo 30 % (trinta por cento) do total estimado do objeto do item.
- Será admitido o somatório de atestados para compor o quantitativo acima.

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.

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).

Corroborando o posicionamento, a Súmula 24 do TCESP admite 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”.

Em manifestação prévia, a Origem informou que irá alterar o Edital para exigir a comprovação de capacidade técnica de, no mínimo, 30% do objeto do item.

Como justificativa, informa que 30% do total estimado do item corresponde a 03 meses do consumo, considerando o CMM (consumo médio mensal), de forma que resguardaria a administração e não restringiria a participação de empresas interessadas.

Analisando os dados do SEI nº. 055378881, Processo nº. 6018.2021/0087760-9, verificamos que 30% do total estimado por item pode representar de 65% a 131% do valor de 3 meses de CMM, conforme abaixo demonstrado:

Quadro 01 – Consumo médio mensal x quantidade requisitada

	Item corresponde no Edital	Estoque atual	Consumo médio mensal	3 x CMM (a)	Quantidade requisitada	30% da quantidade estimada (b)	b/a
Item 1	Itens 1 e 2	zero	1.600.000	4.800.000	21.000.000	6.300.000	131%
Item 2	Itens 3 e 4	zero	600.000	1.800.000	7.500.000	2.250.000	125%
Item 3	Itens 5 e 6	zero	700.000	2.100.000	9.000.000	2.700.000	129%
Item 4	Itens 7 e 8	36.000	26.000	78.000	169.230	50.769	65%
Item 5	Itens 9 e 10	4.520.000	1.000.000	3.000.000	12.000.000	3.600.000	120%
Item 6	Itens 11 e 12	8.403.000	1.600.000	4.800.000	12.000.000	3.600.000	75%
Item 7	Itens 13 e 14	30.000	4.500	13.500	30.000	9.000	67%
Item 8	-	94.000	20.000	60.000	155.000	46.500	78%

Fonte: Requisição de Material SEI nº 055378881 do processo SEI nº. 6018.2021/0087760-9

Nesse sentido, não restou demonstrada a relação entre os 30% do total estimado para contratação com o quantitativo referente a 03 meses de CMM, razão pela qual concluímos pela fragilidade da justificativa apresentada pela Origem para definir como 30% o percentual exigido para comprovação de capacidade técnica do licitante.

Registre-se que, embora o art. 30, II, da LF 8.666/93 não estipule percentual mínimo para a comprovação de aptidão para desempenho da atividade em questão, cabe à Administração definir parâmetros objetivos para avaliação de capacidade técnica, compatíveis com o objeto licitado, justificando suas escolhas, o que não foi adequadamente feito no caso em tela por não ser possível identificar a validade do critério mencionado pela Origem.

Diante do exposto, 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

Manifestação da Origem (Peça 13, fl. 09)

Comunicamos que será inserido no novo Edital, uma Minuta de Contrato, estabelecendo obrigações futuras aos licitantes vencedores, sendo desnecessária a exigência de garantia, pois julgamos suficientes as garantias estabelecidas na Minuta de Contrato, para assegurar o cumprimento contratual.

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, sugerimos a oitiva da Origem sobre o ponto. Em manifestação prévia, a Origem informou que irá adicionar ao Edital uma Minuta de Contrato, prevendo obrigações e garantias, o que seria suficiente para assegurar o cumprimento contratual.

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

3. CONCLUSÃO

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

- **Procedente** o item **2.3**, pela fragilidade da justificativa apresentada pela Origem para estabelecer como exigência de capacidade técnica a apresentação de atestados que comprovem o fornecimento de, no mínimo, **30%** do total estimado do objeto do item;
- **Parcialmente procedente** o item **2.1**, 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;
- **Solucionado** o item **2.2**, considerado procedente no relatório preliminar, em face da republicação do edital com as alterações informadas em manifestação prévia;
- **Improcedente** o item **2.4**.

À consideração e deliberação de Vossa Excelência.

Em 12.04.22

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