

JULGAMENTO DE RECURSO

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 039/2021

MODALIDADE: Pregão Presencial Nº 008/2021

TIPO DE LICITAÇÃO/REGIME DE EXECUÇÃO: INDIRETO

CRITÉRIO DE JULGAMENTO: MENOR PREÇO GLOBAL

DATA DA REALIZAÇÃO: 17/05/2021

HORÁRIO: 08h30min h (hora local)

LOCAL: Plenário - Arnaldo Horácio Ferreira - na Câmara Municipal de Luís Eduardo Magalhães - BA, Rua Octogonal, nº. 684, Jardim Imperial, Luís Eduardo Magalhães - BA.

OBJETO: Aquisição de gêneros alimentícios e materiais de copa e cozinha, para atender as necessidades da Câmara Municipal de Luís Eduardo Magalhães/BA, conforme especificações constantes no Termo de Referência Anexo I do Edital.

RECORRENTE: CLAUDIANA MARINES COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA, inscrita com o CNPJ nº 01.063.737/0001-16.

CONTRARRAZÕES: L. GONÇALVES LOPES COSMÉTICO E PERFUMARIA, inscrita com o CNPJ nº 12.066.533/0001-55.

RECORRIDO: Pregoeira.

1. DA TEMPESTIVIDADE

A abertura da sessão pública deste Pregão Eletrônico se deu em 17/05/2021 às 08h30min. O art. 4º da LEI Nº 10.520/02 fixa em 3 (três) dias o prazo para apresentação das razões do recurso e 3 (três) dias após para apresentação das contrarrazões. Assim, é tempestivo o Recurso em análise em face do seu protocolo no dia 20/05/2021. Dessa maneira, como tempestiva as contrarrazões em análise em face do seu protocolo em 24/05/2021(segunda-feira), conforme alude o artigo 4º, inciso XVIII da LEI nº 10.520 de 17 de julho de 2002:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
(...) *omissis*

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

Consoante o disposto no Art. 110, da Lei Federal nº 8.666/1993, na contagem dos prazos estabelecidos, exclui-se o dia de início e inclui-se o dia de vencimento.

2. DOS FATOS

Trata-se de recurso administrativo interposto pela empresa CLAUDIANA MARINES COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA, contra a decisão que a declarou habilitada e vencedora do certame a empresa L. GONÇALVES LOPES COSMÉTICO E PERFUMARIA e de contrarrazões apresentadas pela empresa L. GONÇALVES LOPES COSMÉTICO E PERFUMARIA.

a) Do certame

No dia 17 de maio 2021 às 08h: 30min, no Plenário da Câmara Municipal de Luís Eduardo Magalhães, reuniram-se a Pregoeira, junto com a Equipe de Apoio, a fim de realizar os procedimentos da Sessão de Pregão, tendo como objeto: “Aquisição de gêneros alimentícios e materiais de copa e cozinha, para atender as necessidades da Câmara Municipal de Luís Eduardo Magalhães/BA, conforme especificações constantes no Termo de Referência, Anexo I do Edital”.

Foram **credenciadas** duas empresas para participar do certame (item nº 01 da ata do certame):

1ª CLAUDIANA MARINES COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA, com CNPJ nº 01.063.737/0001- 16, tendo como representante legal Claudiana

Alves da Silva, inscrita com o CPF sob o nº 292.139.508-88;

2ª L. GONCALVES LOPES COSMETICO E PERFUMARIA, com CNPJ nº 12.066.533/0001- 55, tendo como representante legal Luciana Goncalves Lopes, inscrita com o CPF sob o nº 013.704.985-43.

Entendeu-se que as duas **propostas** atenderam aos requisitos do edital (item nº 07 da ata). Após as disputas em lances, restou vencedora a empresa L. GONCALVES LOPES COSMETICO E PERFUMARIA, por apresentar o menor lance no valor de R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais). Na oportunidade, a Pregoeira tentou negociar a redução do valor, de modo que a empresa reduziu para R\$ 158.500,00 (cento e cinquenta e oito mil e quinhentos reais). O valor de referência da administração do pregão foi de R\$ 186.277,52 (cento e oitenta e seis mil, duzentos e setenta e sete reais e cinquenta e dois centavos), conforme comunicação interna do diretor e mapa comparativo de preço do setor de compras.

Na etapa de verificação dos documentos de **habilitação** da empresa vencedora da etapa de lances, L. GONCALVES LOPES COSMETICO E PERFUMARIA, a empresa CLAUDIANA MARINES COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA questionou o atestado de capacidade técnica da empresa vencedora, argumentando que o atestado e sua respectiva nota fiscal possuem data posterior ao edital. Além disso, argumenta que o atestado precisaria ser de, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor da proposta apresentada pela empresa, requerendo que a pregoeira determinasse a abertura de diligência para que a outra licitante apresentasse notas fiscais com data anterior à abertura do edital.

Quanto aos questionamentos da empresa CLAUDIANA MARINES COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA, a Pregoeira decidiu não os acatar (item 12 da ata):

Primeiro porque o artigo 30, §5º da Lei 8.666/93, veda a exigência

da comprovação da atividade ou de aptidão com limite de tempo ou de época, do atestado e nota fiscal, ainda que seja com data pretérita ao edital do certame.

Segundo, quanto ao questionamento sobre a necessidade de o atestado de capacidade técnica corresponder ao fornecimento de no mínimo 10% (dez por cento) do valor da proposta apresentada, entendeu pela desnecessidade, uma vez que não existe tal exigência no item 7.4.1 do edital.

b) Da intenção de recurso

Ao final do certame, conforme a ata no seu item nº 15, a Pregoeira perguntou para as empresas se havia a intenção em apresentar **recurso**, de modo que a CLAUDIANA MARINES COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA, disse que sim, sendo lembrada pela pregoeira que o prazo para a interposição é de 03 dias, a contar do dia subsequente à sua manifestação em apresentá-lo. A empresa assim conseguiu: *“manifesto a intenção de recorrer, pois não concordo com a decisão que habilitou a empresa L. GONCALVES LOPES COSMETICO E PERFUMARIA, vez que o atestado de capacidade técnica releva princípios insuficientes para comprovar que a empresa tem experiência na comercialização do objeto licitado (...).”*

Nos termos do artigo 4º, inciso XVIII da LEI nº 10.520/02, devidamente cumpridas as formalidades legais, registra-se que foram cientificados todos os licitantes no momento do certame sobre prazos e procedimentos do trâmite do recurso administrativo e contrarrazões, conforme consta na ata do certame, bem como desde logo foi assegurada vista de todo o processo licitatório aos licitantes.

Ademais, conforme o item 18 da ata do certame, a pregoeira reteve o envelope de habilitação da empresa CLAUDINA MARINES COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA, segunda colocada do certame, até julgamento do recurso.

3. DOS PEDIDOS DO RECURSO

1º - A suspensão imediata da decisão da Pregoeira em habilitar a Empresa L.GONÇALVES LOPES COSMÉTICO E PERFUMARIA, CNPJ/MF sob o n. 12.066.533/0001-55.

2º - Diligência no Atestado de Capacidade Técnica, através de apresentação de Notas Fiscais de Entrada da Empresa antes da licitação, do produto vendido no atestado apresentado, bem como diligenciar junto à empresa que fomeceu o atestado para verificação, (que por sua vez fica ao lado da empresa licitante) cumprindo assim ao item 7.4.2. do referido edital.

3º - Requer-se que a Pregoeira reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir, devidamente informados, à autoridade superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei nº 8666/93.

4. DOS PEDIDOS DAS CONTRARRAZÕES

1º - Requer o recebimento e processamento das presentes contrarrazões recursais.

2º - Julgado absolutamente IMPROCEDENTE o Recurso Administrativo interposto pela licitante CLAUDIANA MARINES COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.

3º - Homologando-se o resultado deste processo licitatório.

5. DO JULGAMENTO

Inicialmente, é importante ressaltar que as decisões tomadas no contexto deste processo licitatório estão em perfeita consonância com a

legislação vigente, tendo sido observada a submissão aos princípios que norteiam a Administração Pública, em especial aos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, sob os quais a Lei nº 8.666/93 dispõe:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifado)

Quanto ao mérito, em análise aos pontos discorridos na peça recursal da recorrente, com a legislação pertinente e com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais correlatos, expõem-se abaixo as medidas adotadas e as ponderações formuladas que fundamentam a decisão final.

O ponto central do recurso é a qualificação técnica da empresa habilitada. cumpre desde logo definir que a exigência da qualificação técnica tem amparo na Lei de Licitações e Contratos e deve ser aplicada quando se fizer necessário, o que não é admissível e não merece espaço é a inclusão de exigências que não pretendem garantir a qualidade da contratação, mas, sim, direcionar a contratação para determinado licitante, ou seja, a capacidade técnica exigida será de acordo com a complexidade do objeto licitado.

Passemos à análise dos os argumentos apresentados pelo recurso e contrarrazões:

RAZÃO DO RECURSO:

1º- Alega que a recorrente que “A Pregoeira ao considerar a empresa Habilitada, não fez argumento algum do questionamento usado pela recorrente e incorreu na prática de ato manifestamente ilegal. O fato constou

na ata da sessão da seguinte forma: (...) manifesto a intenção de recorrer, pois não concordo com a decisão que habilitou a empresa L. GONÇALVES LOPES COSMÉTICO E PERFUMARIA, vez que o atestado de capacidade técnica releva princípios insuficientes para comprovar que a empresa tem experiência na comercialização do objeto licitado, visto que trata-se de uma empresa de cosméticos. A administração pública ao negar a diligência do atestado age de forma negligente. (...)" (p. 03 do recurso).

DECISÃO FUNDAMENTADA:

Tal afirmação não prospera, tendo em vista, **primeiro**, o momento destacado e recortado pela recorrente foi a manifestação de intenção de recurso, ao qual cabe a pregoeira apenas o registro (item 15 da ata). **Segundo**, conforme ata no item 12, a pregoeira argumentou e registrou em ata resposta ao questionamento do item 11 da recorrente. Assim, improcedente.

RAZÃO DO RECURSO:

2º- alega a recorrente que o atestado de capacidade técnica releva princípios insuficientes para comprovar que a empresa tem experiência na comercialização do objeto licitado, visto que se trata de uma empresa de cosméticos. A administração pública ao negar a diligência do atestado age de forma negligente. (...)" (p. 03 do recurso). E que ocorreu a habilitação da empresa vencedora sem ter sido realizada diligência para se verificar a veracidade do que estava sendo apresentando, já que a empresa vencedora realizou uma alteração contratual em 03 de fevereiro de 2021.

DECISÃO FUNDAMENTADA:

Tal afirmação não prospera. Observa-se que o cerne da justificativa

tomada pelo recorrente reside na confusão entre os conceitos de capacidade técnico-operacional (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993) e qualificação econômica-financeira (art. 31). Ressalte-se, contudo, que a distinção entre esses dois conceitos apresenta-se estabelecida na Lei de Licitações.

A recorrente confunde os conceitos de qualificação técnica-operacional com o de qualificação econômica-financeira. A capacidade econômica da empresa em fornecer o objeto durante a execução do contrato, é feita na análise da qualificação econômica-financeira, que, conforme declaração da contabilidade da Câmara Municipal, a empresa habilitada atendeu, pois apresentou balanço com índices dentro dos limites previstos. Cumpre ressaltar que não houve questionamento da recorrente durante a sessão do pregão, nem nas razões do recurso, sobre a qualificação econômica-financeira.

O atestado faz parte da qualificação-técnica-operacional; **Primeiro**, o atestado de capacidade técnica é um documento, como uma declaração, que serve para comprovar que sua empresa tem experiência em executar serviços ou entregar produtos semelhantes ao objeto do edital. O atestado está previsto entre os documentos de qualificação técnica, elencados no art. 30 da Lei 8.666/93 e o item 7.4.1 do edital, os quais tem o objetivo de demonstrar ao órgão contratante que a empresa realmente tem condições técnicas de atender a necessidade estabelecida pela Administração.

Portanto, o atestado de capacidade técnica funciona como uma simples declaração, emitida por outra empresa ou por algum órgão público. Essa declaração vai atestar (comprovar) que você já realizou um serviço ou entregou produtos similares aos que estão sendo solicitados no edital.

Segundo, em relação à recente alteração na atividade econômica, a empresa vencedora e habilitada por ter recentemente alterado seu CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) nº 47.12-1-00 (Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos

alimentícios - minimercados, mercearias e armazéns) para abarcar mais atividades econômicas, não tem impedimento de participar de licitações, inclusive desta que tem como objeto a aquisição de gêneros alimentícios e materiais de copa e cozinha, para atender as necessidades da Câmara Municipal de Luís Eduardo Magalhães/BA, conforme especificações constantes no Termo de Referência, anexo I do Edital. Assim, improcedente o recurso neste ponto.

RAZÃO DO RECURSO:

3º- Alega a recorrente que “A Empresa apresenta um atestado de Capacidade Técnica que se levanta dúvida por um licitante e a Administração Pública se nega a diligenciar, já que foi colocado na ata e no momento não houve manifestação da equipe de licitação para atender ao que o Edital diz em seu item 7.4.2. (...) A nobre pregoeira acatou com falha e omissão, não atendendo ao Princípio do Vínculo ao Instrumento Convocatório, aceitando habilitar a Empresa L. GONÇALVES LOPES COSMETICO E PERFUMARIA. (p. 03 do recurso).

DECISÃO FUNDAMENTADA:

Tal afirmação não prospera, tendo em vista, **primeiro**, que a diligência pode ou não acontecer, a critério da COMISSÃO, quem decide é a comissão e não os licitantes, ou seja, é uma faculdade da Administração, conforme parágrafo 3º, art. 43 da lei nº 8.666/93:

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...) omissis

§ 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.” (grifamos).

E ao contrário do que afirma a recorrente, houve sim manifestação da comissão, conforme registrado em ata no item 12:

“12. Quanto aos questionamentos do item anterior, a Pregoeira decidiu não os acatar, explicando para a licitante que os suscitou o porquê da negativa. Primeiro porquê o artigo 30, parágrafo 5º da Lei 8.666/93 veda a exigência da comprovação da atividade ou de aptidão com limite de tempo ou de época, então não pode ser feita a exigência de que a emissão do atestado e nota fiscal seja com data pretérita ao edital do certame. E, quanto ao questionamento da licitante CLAUDIANA vislumbrar a necessidade de o atestado de capacidade técnica corresponder ao fornecimento de, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor da proposta apresentada, decido também pela desnecessidade, uma vez que não existe tal exigência no item 7.4.1 do edital e que o TCU entende que é algo que pode ser exigido e não que, necessariamente, deve ser exigido.”

Segundo, em relação à acusação de falha é omissão da pregoeira, não atendendo ao Princípio do Vínculo ao Instrumento Convocatório. Também não merece prosperar, uma vez que, nos itens 7.4.1 do edital, há exigência de 1 (um) atestado de fornecimento satisfatório de itens compatíveis com o objeto da licitação, sem mencionar percentual:

“7.4.1. Apresentação de, no mínimo, 01 (um) Atestado de Capacidade Técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, a fim de comprovar que a licitante forneceu de forma satisfatória itens compatíveis com o objeto desta licitação.”

A exigência do atestado de capacidade-técnica deve ser compatível a complexidade do objeto licitado. Exigir número mínimo de atestados ou percentual de execução do objeto no atestado é irregular, conforme aponta o TCU:

“É irregular a exigência de número mínimo de atestados de

capacidade técnica para fins de habilitação, a não ser que a especificidade do objeto a recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar explicitados no processo licitatório.” (TCU, Acórdão no. 825/2019, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman).”

A exigência de atestados de qualificação técnica em editais de licitação constitui ato discricionário do gestor, isto é, cada edital poderá ou não conter tal exigência, não sendo, portanto, de caráter obrigatório. Costuma ser exigida tal comprovação em contratações que envolvem um maior risco operacional e financeiro, de modo a minimizar eventuais falhas de execução, que, em empresas desprovidas de experiência no mercado, tendem a ser mais prováveis de ocorrer.

A exigência de atestado de capacidade técnica limitar-se-á ao indispensável para cumprimento das obrigações, conforme prevê o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal: “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

A Lei de Licitações, no art. 30, estabelece que podem ser exigidos atestados com o objetivo de comprovar a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Decorre dessa previsão o enunciado da Súmula nº. 263 do TCU, que indica ser legal o atestado, a depender da complexidade do objeto licitado:

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

O atestado não precisa ser igual ao objeto do edital, o atestado precisa ser similar ao objeto da licitação. É isso que determina o inciso II do

art. 30 da Lei 8.666/93:

“II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação [...]”.

Conforme demonstramos, caso o edital exija que o atestado seja igual, ele pode ser impugnado, porque essa exigência é ilegal. Improcedente.

Terceiro, para que houvesse a necessidade de diligências sobre o atestado, precisaria haver dúvidas sobre a veracidade do atestado. A recorrente em momento algum apresenta irregularidade no atestado.

O atestado foi apresentado pela empresa habilitada:

- 1) Em papel timbrado da empresa;
- 2) Os dados completos da empresa privada emitente (razão social, CNPJ, endereço);
- 3) Assinatura do responsável pela empresa privada;
- 4) Os dados da sua empresa Licitante (razão social, CNPJ, endereço);
- 5) Informações sobre os produtos, quantidades, valores que empresa licitante vendeu;
- 6) Declaração de que a empresa tomadora ficou satisfeita com a entrega dos produtos;
- 7) Nota fiscal.

RAZÃO DE IMPUGNAÇÃO:

4º - Alega que a empresa vencedora não cumpriu a integridade do que diz o item na questão de compatibilidade. Atendeu a gêneros alimentícios (05 itens compatíveis), mas não atendeu aos eletrodomésticos, utensílios de cozinha, pois não foi apresentado nem na nota fiscal e nem no conteúdo do Atestado de Capacidade Técnica, é uma questão de Razoabilidade. Alega ainda que o atestado não é hábil para comprovar a qualificação técnica exigida pelo edital.

DECISÃO FUNDAMENTADA:

Tal afirmação não prospera. **Primeiro**, por todo o já exposto, o atestado e a nota fiscal apresentados pela empresa habilitada, demonstrou que esta fornece produtos do gênero alimentício, sendo suficientes para a Administração os produtos ali apresentados, não havendo necessidade de apresentar atestado e nota fiscal que contemple todos os itens previstos no edital. Até porque a exigência do atestado poderia até não ter sido colocada no edital, tendo em vista a falta de complexidade do objeto da licitação.

Segundo, a comprovação de capacidade técnica específica do objeto em disputa, de acordo com o TCU, deve deixar expressas as razões que a fundamentam. A administração deve evidenciar que a exigência torna-se requisito indispensável, ou seja, a regra é que a exigência deve ser compatível com a complexidade do objeto.

“[D]eve-se ter em mente que este Tribunal tem precedentes no sentido de que a **compatibilidade entre os serviços anteriores e o serviço licitado deve ser entendida como condição de similaridade e não de igualdade.**” Acórdão 1.140/2005-Plenário. (grifamos).

Para o TCU, a exigência de atestado de capacidade-técnica deve ser feita apenas em situações excepcionalíssimas, desde que o objeto justifique tal exigência e que os motivos ensejadores estejam perfeitamente explicitados e fundamentados tecnicamente nos autos do processo.

Portanto, para o edital exigir **atestados de qualificação técnica**, deve fazê-lo com comedimento, de modo que tal exigência **não supere o indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.**

Terceiro, exigir que o licitante apresente “atestados de no mínimo 10% (dez por cento) ou com todos os itens objeto da licitação”, neste caso,

configura exigência excessiva e contrária aos ditames constitucionais, tendo em vista o objeto e inclusive atendendo à desnecessidade de exigência de atestado de capacidade.

Cumpra destacar o entendimento de Hely Lopes Meirelles:

“Nada se pode exigir ou decidir aquém ou além do edital, porque é a lei interna da concorrência e da tomada de preços e segundo as condições, estabelecidas na convocação licitatória, é que os interessados deverão apresentar suas propostas, obedecendo, tanto na forma quanto no conteúdo, as especificações do órgão que promove a licitação. Em tema de proposta nada se pode oferecer considerar, aceitar ou exigir além ou aquém do edital ou do convite.” (Hely Lopes Meirelles. Licitação e Contrato Administrativo. 11ª edição. Editora Malheiros. São Paulo. 1996, pag.102.) (grifo nosso)

Assim, se o edital não estabeleceu percentual do valor do atestado, a comissão não pode inovar no momento do certame.

Pelo exposto, nesta parte, improcedente o recurso.

Destarte, tendo em vista a análise dos documentos dos autos em estrita observância aos termos da Lei nº 8.666/93 e visando os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, **a Pregoeiroa mantém inalterada a decisão que declarou vencedora e habilitada a empresa L. GONÇALVES LOPES COSMÉTICO E PERFUMARIA.**

DECISÃO

Face ao exposto, a Pregoeiroa e a equipe de apoio, fundamentada nos termos do edital e com base no princípio da vinculação ao instrumento convocatório, na melhor doutrina, nos dispositivos da lei 8.666/93 e nos documentos acostados, resolve **NEGAR-LHE PROVIMENTO e JULGAR IMPROCEDENTE o RECURSO** interposto pela empresa CLAUDIANA MARINES COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA, inscrita com o CNPJ nº 01.063.737/0001-16.

Mantendo inalterada a decisão que declarou vencedora e habilitada a empresa L. GONÇALVES LOPES COSMÉTICO E PERFUMARIA.

Luís Eduardo Magalhães - BA, 28 de maio de 2021.

SABRINI GONÇALVES CAMPOS
Pregoeira - Portaria nº 098/2021