



Prefeitura Municipal de Catiguá

CNPJ: 45.124.344/0001-40



RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO APRESENTADA EM FACE DE EDITAL DE LICITAÇÃO.

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 006/2022.

PREGÃO PRESENCIAL Nº 002/2022.

OBJETO: Aquisição de equipamento e material permanente para Centro de Fisioterapia Elzio Valejo, nos termos da Proposta nº 12402.430000/1210-17, assinada entre o município de Catiguá e o Governo Federal, por intermédio do Ministério da Saúde, através do Fundo Nacional de Saúde – FNS.

IMPUGNANTE: C E CARVALHO COMERCIAL - EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 24.864.422/0001-73, localizada na Avenida Duque de Caxias, nº 185, na cidade de Lunardelli, Estado do Paraná.

1 – HISTÓRICO:

A Administração Municipal de Catiguá/SP deu início a processo licitatório destinado à contratação descrita no objeto acima cujas especificações constam do respectivo Edital de licitação.

A empresa acima qualificada, apresentou impugnação ao Edital, alegando em síntese, que a Administração Municipal deveria ter exigido das empresas licitantes a apresentação de “Autorização de Funcionamento perante a ANVISA”.

Alega a impugnante:

“O edital não solicita junto aos documentos dos fornecedores a “Autorização de Funcionamento junto a ANVISA” o que perante a Lei e para comercialização de produtos hospitalares é obrigatório, portanto solicitamos que seja inserido na relação de documentos de habilitação a devida autorização.”

2 – DA TEMPESTIVIDADE:

O início da sessão pública de abertura do Pregão Presencial em epígrafe está previsto para ocorrer no dia 22 de fevereiro de 2022. A impugnante fez o protocolo de sua peça de impugnação através de e-mail no dia 18 de fevereiro de 2022, tendo a apresentado, portanto, dentro do prazo legal.

3 – DECISÃO:

Não assiste razão à impugnante.

O Edital da licitação em questão expressa em seu conteúdo a necessidade identificada pelo município de Catiguá que levou à opção pela contratação do objeto pretendido. Nem o objeto e nem as cláusulas do respectivo edital foram inseridos no processo de contratação de forma aleatória.

A Administração Municipal fez um planejamento prévio, como de costume, para determinar o objeto a ser licitado de modo a atender às suas necessidades, bem como, para definir a modalidade de licitação que melhor se adequava às suas necessidades, respeitadas, evidentemente, as disposições contidas no ordenamento jurídico.



Prefeitura Municipal de Catiguá

CNPJ: 45.124.344/0001-40



A discricionariedade da Administração Pública nas licitações verifica-se essencialmente na fase interna da licitação, quando da elaboração do edital, pois, após a publicação deste, a conduta da Administração fica limitada pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ou seja, está vinculada às normas e às condições do edital. Um dos primeiros momentos em que se observa a discricionariedade administrativa na fase interna da licitação se dá quando a Administração define o objeto a ser contratado, a modalidade e o tipo de licitação, bem como as cláusulas que deverão constar do edital.

Quando da elaboração do edital, a Administração Municipal cuidou para que as cláusulas editalícias não restringissem a participação de quaisquer empresas interessadas, nos termos do princípio da ampla participação.

A Administração Pública, nos termos da Lei nº 10.520/2002 pode adotar a licitação na modalidade pregão sempre que os objetos a serem contratados sejam enquadrados como bens ou serviços “comuns. Vejamos:

“Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Há que se destacar que, no caso dos autos, estamos diante da contratação de bens considerados “comuns”, assim considerados aqueles de menor complexidade. Bem comum é aquele que pode ser definido no edital por meio de especificações objetivas, que se prestam a estabelecer o padrão de qualidade desejado pela Administração Pública, de acordo com características usuais no mercado, sem que variações de ordem técnica eventualmente existentes entre os bens e serviços ofertados por diversos fornecedores que atendam a tais especificações objetivas sejam importantes ou decisivas para a determinação de qual proposta melhor satisfaz o interesse público e desde que a estrutura procedimental da modalidade pregão, menos formalista e mais célere, não afete a análise da qualidade do objeto licitado ou importe prejuízos ao interesse público.

Em resumo, bens e serviços comuns são aqueles definidos como de padrão e característica de desempenho e qualidade, que possam ser estabelecidos de forma objetiva, ou seja, sem alternativas técnicas de desempenho dependentes de tecnologia sofisticada. Vejamos o que diz a nossa melhor doutrina:

“Bens e serviços de uso comum são os caracterizados e padronizados, ou seja, a possibilidade de substituição de uns pelos outros, com o mesmo padrão de qualidade e eficiência. Afastando destes os serviços de engenharia e aqueles em que a modalidade de licitação é a da melhor técnica, ou, os de melhor técnica e preço”. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 324).

Ora, não há espaço no edital de pregão, modalidade destinada à contratação de bens e serviços comuns, para a inclusão de cláusulas que exijam a apresentação de documentos além daqueles previstos no inciso XIII do artigo 4º da Lei nº 10.520/2002 sob pena de restrição à participação.



Prefeitura Municipal de Catiguá

CNPJ: 45.124.344/0001-40



Na contratação de bens comuns, através da modalidade pregão, as exigências contidas no edital devem ser as mínimas necessárias ao cumprimento da legislação em vigor.

Este é o entendimento da melhor Doutrina. Vejamos:

“Não se olvide que adotar requisitos complexos para habilitação importaria, na sistemática do pregão, dar oportunidade a uma litigiosidade indesejável. A inversão de fases de habilitação e julgamento destina-se a agilizar o certame. Tendo obtido oferta satisfatória, seria extremamente problemático remeter a Administração a uma desgastante disputa acerca da idoneidade do licitante. Lembre-se que restringir o cabimento do pregão ao fornecimento de bens e serviços comuns significa, em última análise, reconhecer a desnecessidade de requisitos de habilitação mais severos. Ou seja, não foi casual a reserva do pregão apenas para bens e serviços comuns. Como esses bens estão disponíveis no mercado, segundo tendências padronizadas, presume-se não apenas a desnecessidade de maior investigação acerca do objeto. Também se pode presumir que serviços comuns não demandam maior especialidade do fornecedor. Logo, os requisitos de habilitação podem ser os mínimos possíveis”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico) – 6ª ed. – São Paulo: Dialética, 2013.)

Neste ponto a Administração faz uso do seu poder discricionário quanto à escolha da modalidade licitatória, descrição do objeto e adequação das cláusulas editalícias às suas necessidades, sempre com a observância dos princípios correlatos, dos quais destacamos o da ampla participação.

Segundo o Mestre Marçal Justem Filho, os requisitos de habilitação devem estar restritos ao mínimo necessário. Vejamos:

“Ora, a Administração necessita tanto de segurança quanto de vantagem em suas contratações. A finalidade da licitação é selecionar a proposta com a qualidade adequada, pelo menor preço possível. A conjugação de ambos os valores conduz à necessidade de ponderação nas exigências de habilitação. Não é correto, por isso, estabelecer soluções extremadas. É indispensável estabelecer requisitos de participação, cuja eliminação seria desastrosa. Mas tais requisitos devem ser restritos ao mínimo necessário para assegurar a obtenção de uma prestação adequadamente executada. Essa solução foi explicitamente consagrada no art. 37, XXI, da CF/1988, que determina que somente podem ser admitidos requisitos de habilitação que se configurem como os mínimos possíveis, mas sempre preservando-se a obtenção de uma contratação adequada e satisfatória. (...)

Existe, portanto, uma margem de discricionariedade para a Administração configurar, em cada caso, as exigências e requisitos de participação. Ao elaborar o ato convocatório, a Administração deverá avaliar a complexidade da futura contratação e estabelecer, como derivação, os requisitos de habilitação e as condições de participação. Essa margem de discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A escolha administrativa está delimitada não apenas pela Lei como também pela própria Constituição. Existe um mandamento



Prefeitura Municipal de Catiguá

CNPJ: 45.124.344/0001-40



constitucional, no já referido art. 37, inc. XXI, da CF/88. A Constituição não admite exigências que superem ao mínimo necessário para assegurar a obtenção pela Administração de uma prestação de qualidade adequada” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 542-543).

A Administração Pública deve fazer uso do Poder Discricionário para eleger as cláusulas do edital de licitação de modo a enquadrá-las ao mínimo necessário para se proceder à contratação.

No que pese a Administração estar vinculada ao princípio da legalidade, esta possui poder de escolha dentre mais de uma hipótese possível quando da tomada de decisão. A atuação dos agentes públicos está vinculada à lei. No entanto, existe um espaço de deliberação e atuação permitido pela própria lei.

Sempre que, diante de um caso concreto, a lei oferece opções à Administração Pública que, para realizar sua escolha, deve levar em conta critérios de oportunidade e conveniência e visar o atendimento do interesse público e a obtenção de determinado fim, estaremos diante do poder discricionário. Assim nos ensina Couto e Silva:

“Ao fixarem as leis as diferentes competências dos órgãos do Estado, se muitas vezes indicam com exatidão milimétrica qual deverá ser a conduta do agente público, em numerosíssimas outras lhes outorgam considerável faixa de liberdade, a qual pode consistir não só na faculdade de praticar ou de deixar de praticar certo ato, como também no poder, dentro dos limites legais, de escolher no rol das providências possíveis aquela que lhe parecer mais adequada à situação concreta.”
COUTO E SILVA, Almiro do. PODER DISCRICIONÁRIO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 179/180, p. 51-67, jan./jun. 1990.

No mesmo sentido temos o entendimento do mestre Hely Lopes Meirelles. Vejamos:

“Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.
MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

Ao contrário do que quer fazer crer a impugnante, o município não é obrigado a exigir a apresentação de documentos de habilitação incompatíveis com a contratação que se pretende. A exigência de tais documentos, em que pese favorecer a impugnante, restringiria a participação de um maior número de licitantes impedindo a competitividade e a ampla participação.

De forma objetiva, o Edital de licitação deve estabelecer o essencial, necessário ou suficiente para a habilitação e execução contratual. Caso contrário, genericamente ou de forma isolada, as cláusulas deverão ser corrigidas sob pena de nulidade do processo licitatório. Não podemos esquecer que as licitantes têm em si a essência da competitividade quando ofertam no mercado a sua atividade empresarial. A consequência da busca pela melhor proposta é a disputa, a competição.



Prefeitura Municipal de Catiguá

CNPJ: 45.124.344/0001-40



É sempre importante ressaltar que demasiada intromissão estatal quanto às regras de competição torna a licitação restritiva, podendo acarretar favorecimentos ou mesmo a quebra do princípio da ampla participação ou competitividade.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União há tempos já se firmou no sentido de que somente devem ser exigidos, na fase de habilitação, os documentos necessários e compatíveis com a complexidade do objeto licitado, cujo entendimento pode ser sintetizado através de fragmento do Acórdão 410/2006 – Plenário, a seguir destacado:

“(...) 5. É entendimento pacífico desta Corte de Contas que as exigências da fase de habilitação técnica devem guardar proporcionalidade com o objeto licitado, não podendo exceder os limites necessários à comprovação da capacidade do licitante a prestar ou fornecer, de forma efetiva, o serviço ou bem desejado.

6. Ao apreciar questão semelhante por ocasião da elaboração do voto condutor do Acórdão 1.025/2003 – Plenário, fiz as seguintes considerações sobre a matéria:

‘A matéria envolve o cotejo de dois preceitos inerentes às licitações públicas, ambos com sede constitucional: a comprovação da habilitação para contratar com a Administração e o princípio da competitividade.

7. A Administração tem o dever de se proteger de interessados não capacitados a prestar o serviço ou realizar a obra objeto da licitação. Por isso, a Lei de Licitações e Contratos prevê a fase de habilitação, na qual os interessados devem comprovar os requisitos exigidos no edital. Nela, a Administração deve impedir a participação daqueles sem condições de cumprir o objeto.

8. Por outro lado, a igualdade de condições nas licitações é princípio de estatura constitucional (art. 37, XXI, da CF/1988). Deste princípio geral decorre o da competitividade, previsto no mesmo dispositivo constitucional (somente serão permitidas ‘as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’) e no § 1.º, I, art. 3.º da Lei 8.666/1993. Por isso, a competição não poderá ser restringida, sob pena de nulidade de todo o procedimento licitatório.

9. Portanto, as exigências previstas na fase de habilitação não podem ser tais a ponto de impedir a participação daqueles que teoricamente estariam aptos a prestar o serviço ou executar a obra”.

Nos pregões, em razão dos objetos serem comuns, a comprovação de aptidão para a prestação dos serviços ou fornecimento de bens, caso seja exigida, deve ser demonstrada apenas através da apresentação de atestados de capacidade técnica, nos termos da Súmula 24 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sob pena de restrição à participação de empresas interessadas. Qualquer outra exigência configura indevida restrição ao universo de possíveis competidores no torneio.

Ao exigir a comprovação de que a licitante já realizou, ao menos, serviços similares aos que se pretende contratar a Administração busca comprovar a capacidade operacional da licitante e para tanto exige a apresentação de atestados de capacidade técnica que devem preencher os requisitos da Súmula 24 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Para aclarar a argumentação, vale citar a Súmula 24 TCE/SP, que diz:



Prefeitura Municipal de Catiguá

CNPJ: 45.124.344/0001-40



“Súmula nº 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”.

O atendimento às pretensões da impugnante serviria apenas e tão somente para restringir a participação de licitantes interessadas, maculando sobremaneira o processo licitatório e ferindo de morte princípios basilares do Direito Público dentre os quais destacamos o da ampla participação, do julgamento objetivo, do procedimento formal e o da vantajosidade.

A vantajosidade está determinada no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/1993 que, em síntese, orienta a Administração Pública a buscar pelas contratações mais vantajosas do ponto de vista econômico e qualitativo. Vejamos:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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”.

Nos termos da lei, a Administração tem a obrigação de contratar produtos e serviços de qualidade pelo menor valor.

A busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública deve ser regra em todo processo licitatório e o acolhimento da pretensão da impugnante nos termos requeridos iria de encontro ao caráter competitivo da licitação, o que causaria óbices ao alcance da melhor proposta para o município em razão da restrição imposta à participação de empresas interessadas.

As exigências constantes do instrumento convocatório devem objetivar apenas garantir que as licitantes realmente possuam personalidade e capacidade jurídica suficiente para serem titulares de direitos e obrigações perante a Administração Pública.

No Pregão as condições de habilitação estão disciplinadas no inciso XIII do art. 4º da Lei nº 10.520/2002. Vejamos:

“XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira”;



Prefeitura Municipal de Catiguá

CNPJ: 45.124.344/0001-40



Podemos observar que, no Pregão, a fase de habilitação é ainda menos formalista do que a constante na Lei Federal nº 8.666/93. A Lei nº 10.520/2002, não estabelece de antemão, por exemplo, quais os documentos a serem exigidos relativamente à habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira, prescrevendo que o instrumento convocatório deve dispor a respeito deles. Isto significa dizer que a Lei 10.520/02 leva a definição de quais documentos servirão à comprovação da habilitação à discricionariedade da Administração. Sendo assim, a Administração não está obrigada a exigir, no instrumento convocatório do Pregão, todos os documentos listados nos artigos 28, 30 e 31 da Lei Federal nº 8.666/1993.

Esta atuação menos formalista prevista na modalidade Pregão ocorre em razão dos bens a serem adquiridos e dos serviços a serem contratados. Assim como já afirmamos em parágrafos anteriores, esta modalidade licitatória só pode ser utilizada para a contratação de bens e serviços considerados comuns. Sendo assim, na modalidade pregão, a exigência de requisitos de habilitação deve ser restrita ao indispensável.

Diante de tudo, resta evidente que a Administração não pode exigir das licitantes a apresentação de documentos para fins de habilitação além daqueles previstos em lei e, ao mesmo tempo, tem discricionariedade para escolher diante de cada objeto, os documentos a serem exigidos.

Há que se destacar ainda que não há no instrumento convocatório qualquer cláusula que indique ilegalidade, direcionamento ou restrição, fato este confirmado pela própria peça de impugnação apresentada que não traz evidência alguma a esse respeito.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO** apresentada, mantendo todos os termos do edital do Pregão Presencial nº 002/2022, uma vez que não há qualquer evidência de ilegalidade.

Catiguá - SP, 21 de fevereiro de 2022.



JOÃO OTÁVIO BORGES DE AZEVEDO
Pregoeiro