



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

AOS CUIDADOS DO COMISSÃO DE LICITAÇÕES/PREGOEIRO DA LICITAÇÃO DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 28/2020 DO MUNICÍPIO DE GASPAR

ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 00.802.002/0001-02, sediada na Estrada da Boa Esperança, nº 2320, Fundo Canoas, CEP 89163-554, Rio do Sul (SC), por seu sócio administrador e advogados devidamente constituídos, vem perante Vossa Senhoria, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

DOS MOTIVOS PARA ANULAÇÃO DA INABILITAÇÃO E CONSEQUENTE RECLASSIFICAÇÃO DA RECORRENTE

A recorrente participou do Pregão Eletrônico nº 28/2020 que tinha por objeto o registro de preços para aquisições de medicamentos, conforme especificações contidas no instrumento convocatório. Ocorre que a empresa recorrente deve ter sua inabilitação anulada e conseqüentemente ser reclassificada pelo cumprimento integral das cláusulas editalícias.

Houve equívoco na inabilitação da recorrente, para demonstrar isto, primeiramente cabe explicitar as exigências do edital supostamente infringidas:

6.2 O licitante deverá enviar sua proposta seguintes campos: mediante o preenchimento, no sistema eletrônico, dos seguintes campos:

[...]

c) Apresentar, na Proposta de Preços, no campo "MARCA" (juntamente com o disposto na alínea "b" acima), o NÚMERO DO REGISTRO DO PRODUTO;

Note-se que diferente do entendimento do pregoeiro, houve real cumprimento dos requisitos de habilitação, visto que a exigência da Administração de que seja apresentado o número do registro do produto na ANVISA é excessiva e afasta a competitividade do certame, conseqüentemente, infringe o art. 4º, incisos VII e XII da Lei n. 10.520/02, que instituiu o pregão e ainda, contrariando a norma do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

Não se discute a importância do registro na ANVISA dos produtos ofertados, mas o momento em que a exigência foi realizada. No intuito de dar celeridade ao procedimento, somente após encerrada a fase competitiva e ordenadas as ofertas, é que



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

o pregoeiro procederá a análise dos documentos de habilitação, nos termos do art. 4º, inciso XII, da Lei que instituiu o Pregão (Lei n. 10.520/2002).

Isso porque, frisa-se, citada exigência, na etapa em que foi estabelecida, impôs aos licitantes um ônus desnecessário, o que restringiu a competição, afrontando o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93:

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.

§ 1o **É vedado aos agentes públicos:**

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que **comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Grifos acrescidos)

Ocorre que o modo como o presente certame foi conduzido não surpreende a Recorrente, posto que já se viu compelida a apresentar representação perante o Tribunal de Consta do Estado de Santa Catarina sobre o mesmo motivo, obtendo provimento neste aspecto, veja-se:

O TRIBUNAL PLENO, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 da Constituição Estadual e 1º da Lei Complementar n. 202/2000, decide:

1. Julgar parcialmente procedente a Representação formulada pela empresa ALTERMED Material Médico Hospitalar Ltda., com fundamento no §1º do art. 113 da Lei n. 8.666/93, contra o Edital do Pregão Eletrônico n. 02/2018, promovido pelo CIS-Nordeste/SC, em face das seguintes irregularidades:

[...]

1.2. Exigência de qualificação técnica excessiva (exigência de preenchimento de registro na ANVISA) na habilitação, em prejuízo à competitividade em desrespeito ao §2º do art. 21 e art. 25 do Decreto n. 5.450/2005, que regulamento o pregão eletrônico, além do art. 4º, incisos VII e XII da Lei n. 10.520/02, que instituiu o pregão e ainda, contrariando a norma do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal;

[...]

2.2. abstenha-se de incluir exigências desnecessárias, que obstem a participação de candidatos em etapa anterior à fase de lances, alertando de que a reiteração desta irregularidade poderá acarretar em aplicação de multa à unidade gestora; (Processo REP 18/00792988). (Grifo nosso)

Desta maneira, observando o cumprimento do edital e primando pela igualdade, legalidade, impessoalidade e moralidade de condições a todos os concorrentes do certame, requer-se a anulação da inabilitação da Altermed Material Médico Hospitalar Ltda.



DO DIREITO

EXIGÊNCIA ILEGAL DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 37, XXI, dentre outras condições, que somente serão permitidas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifo nosso)

Não de outro modo, a Lei de Licitações nº 8.666/1993 que regulamenta o artigo acima citado, estabelece no artigo 30 quais as documentações que devem ser exigidas relativas à qualificação técnica, limitando-se à:

- I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
- III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
- IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

Tais exigências, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, **devendo tão-somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais.** Tais exigências (sic) ser sempre devidamente fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado. (TCU, Acórdão 1942/2009- Plenário) (Grifo nosso)

No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal estão adstritos àqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993. **O edital de licitação somente poderá exigir qualificações técnicas e econômicas que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação.** (TC 008.109/2008-3 – Plenário)

Quanto a exigência em apreço, a Lei nº 8.666/1993 é cristalina ao dispor quanto às condutas vedadas aos agentes públicos, dentre elas “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

ou frustrem o seu caráter competitivo [...] ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991” (Art. 3º, inciso I), diante disto a exigência ilegal deve ser desconsiderada.

Não se discute a importância do registro na ANVISA dos produtos ofertados, mas o momento em que a exigência foi realizada. No intuito de dar celeridade ao procedimento, somente após encerrada a fase competitiva e ordenadas as ofertas, é que o pregoeiro procederá a análise dos documentos de habilitação, nos termos do art. 4º, inciso XII, da Lei que instituiu o Pregão (Lei n. 10.520/2002).

Desta forma, evidente que a inabilitação da empresa recorrente foi completamente indevida e ilegal e deve ser imediatamente revista.

DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL E DA ISONOMIA PARA RECLASSIFICAR A RECORRENTE

Ao desclassificar a Altermed Material Médico Hospitalar Ltda, a Administração o fez atentando contra as normas editalícias, não exclusivamente, mas principalmente na previsão abaixo:

7.3 O Pregoeiro verificará as propostas apresentadas e desclassificará, motivadamente, aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos neste Edital, contenham vícios insanáveis ou não apresentem as especificações técnicas exigidas no Termo de Referência.

Vale ressaltar que a empresa está em conformidade com as exigências da Administração, sendo que os medicamentos ofertados pela Recorrente possuem registro na ANVISA, não havendo amparo legal para inabilitação da recorrente, pois, repita-se, a exigência da Administração é ilegal e completamente abusiva neste momento.

Em casos análogos a este, onde há irregularidade e principalmente o desrespeito às determinações do edital, a jurisprudência é uníssona em reconhecer a OBRIGATORIEDADE em seguir os estritos mandamentos editalícios, sob pena de incorrer em ilegalidade, veja-se:

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa", este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

qualificação técnica. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a requerida, não supre a exigência do edital. Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes.

E mais:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO.

1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apócrifa, a inexistência do documento. 2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência. 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso.

A licitação é o procedimento administrativo no qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de interesse público, desenvolvendo-se através de sucessões ordenadas de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, propiciando igualdade de tratamento e oportunidade a todos os interessados como fator de eficiência e moralidade dos negócios administrativos.

Para tanto, necessária formalização dos diversos procedimentos instituídos do processo de licitação à busca da contratação mais vantajosa aos cofres públicos, espelhados sempre no menor preço ofertado em relação direta ao objeto comum a ser licitado e, posteriormente, contratado pela Administração Pública, sempre na mais pura e irrestrita vinculação desde procedimento às normas contidas no Edital.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro salienta que “Princípio da vinculação ao instrumento convocatório é essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento”. Referido princípio, além de mencionado no art. 3º da Lei nº. 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado no art. 41, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Na mesma linha, o art. 43, V, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos exige que o julgamento e classificação das propostas sejam de acordo com os critérios de avaliação constantes no edital.

Segundo o ensinamento de Meirelles:

“Vinculação ao edital: a vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e proposta em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

como a Administração que o expediu (art. 41).” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 256-257)

O princípio da vinculação ao ato convocatório dirige-se tanto à Administração, como aos licitantes, posto que estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório. Nessa mesma toada, ainda segundo a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro “se os licitantes classificados deixarem de apresentar a documentação exigida ou apresentá-las em desacordo com exigido no edital, estas imperiosamente deverão ser inabilitadas e desclassificadas, nos termos do art. 43, inc. II c/c art. 48, inc. I, todos da Lei Federal nº. 8.666/93”.

Nesse sentido, assim prevê o caput do art. 3º, da Lei Federal nº. 8.666/93:

“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 publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos”.

A previsão legal acima é crucial para a interpretação e aplicação dos preceitos regentes da licitação. As soluções para os casos enfrentados pela Administração Pública devem ser compatíveis com os princípios jurídicos ali expressos, sendo imperiosa a invalidação das decisões que lhes contrariarem. Caso não haja a observância aos ditames desses relevantes preceitos, a validade do processo fica comprometida, tornando imperiosa sua desconstituição.

Não é outra a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao Princípio implica em ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência a todo sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”

Nessa perspectiva, José dos Santos Carvalho Filho afirma que o legislador pátrio, ao instituir o procedimento licitatório, inspirou-se, fundamentalmente, na moralidade administrativa e na igualdade de oportunidades àqueles interessados em contratar:

“Erigida atualmente à categoria de princípio constitucional pelo art. 37, caput, da CF, a moralidade administrativa deve guiar toda a conduta dos administradores. A estes incumbe agir com lealdade e boa-fé no trato com os particulares, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia. A licitação veio prevenir inúmeras condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvadas a acenos ilegítimos por parte dos particulares, outras levadas por sua própria deslealdade para com a Administração e a coletividade que representa. Daí a vedação que se lhe impõe, de optar por determinado particular. Nesse ponto a moralidade administrativa se toca com o próprio princípio da impessoalidade, também insculpido no art. 37, caput, da Constituição, porque, quando o administrador não favorece este ou aquele interessado, está, ipso facto, dispensando tratamento pessoal a todos.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

Outro fundamento da licitação foi a necessidade de proporcionar igualdade de oportunidades a todos quantos se interessam em contratar com a Administração, fornecendo seus serviços e bens (o que é mais comum), ou àqueles que desejam apresentar projetos de natureza técnica, científica ou artística. A se permitir a livre escolha de determinados fornecedores pelo administrador, estariam aliados todos os demais, o que seria de lamentar, tendo em vista que, em numerosas ocasiões, poderiam eles apresentar à Administração melhores condições de contratação. CUMPRE, ASSIM, PERMITIR A COMPETITIVIDADE ENTRE OS INTERESSADOS, ESSENCIAL AO PRÓPRIO INSTITUTO DA LICITAÇÃO”.

Não é outro o entendimento da jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. RECURSO ADMINISTRATIVO. REJEIÇÃO PELO PREGOEIRO. NÃO CONCESSÃO DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DO RECURSO. ART. 4º, XVII, DA LEI Nº 10.520/02. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. NULIDADE DO ATO. No caso dos autos, a empresa autora externou imediata e motivadamente a sua intenção de manejar o recurso no processo licitatório, afirmando que a licitante vencedora descumpriu as regras do edital. No entanto, a pregoeira rejeitou a intenção de recurso, sob o fundamento de que a licitante vencedora afirmou atender todas as exigências do edital. Evidenciada a intenção de recorrer, a ré deveria ter concedido o prazo legal de 03 (três) dias para complementação das razões do recurso, a fim de assegurar o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal administrativo à demandante. Tendo em vista que o prazo para apresentação das razões recursais de 03 (três) dias não foi concedido, violando princípios constitucionais, impõe-se o reconhecimento da nulidade do ato administrativo que rejeitou a intenção de recorrer da empresa autora. APELREEX 00002150720104058000, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 12/09/2013 - Página: 144.)

É fato que quando a Administração estabelece no edital as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, passando os interessados a apresentação de suas respectivas propostas com base nos elementos específicos do edital.

Nesse diapasão, José Afonso da Silva assevera que “se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas no edital, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos e condições do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outros que o desrespeitou”.

Ora, o texto legal não comporta interpretação extensiva. O cumprimento das cláusulas do edital obriga a Administração a reclassificar e posteriormente declarar vencedora a Altermed Material Médico Hospitalar Ltda. Desta forma, é à medida que se impõe.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

DA NECESSIDADE DE ABRIR PROCEDIMENTO DE DILIGÊNCIAS DA IRREGULAR DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA VANTAJOSA À ADMINISTRAÇÃO POR OCORRÊNCIA QUE PODERIA SER SANADA MEDIANTE DILIGÊNCIA - AFRONTA AO INTERESSE PÚBLICO

O Tribunal de Contas da União entende irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por ocorrência de baixa materialidade:

É irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência, por afrontar o interesse público. (ACÓRDÃO 2239/2018 – PLENÁRIO, Relator Ana Arraes)

É evidente que, neste caso, o pregoeiro deveria ter realizado diligência para requerer que a licitante, esclarecesse possíveis dúvidas quanto ao ocorrido.

O esclarecimento de possíveis dúvidas quanto o objeto deste recurso pode ser feito com uma simples diligência, que ajudará a Administração a decidir pela procedência ou não do presente recurso.

Há possibilidade da comissão ou autoridade competente promover diligência, para esclarecer ou complementar a instrução do processo, conforme artigo 43, §3º da Lei Federal nº 8.666 de 1.993.

A realização de diligência é realizada sempre que a comissão julgadora, ou autoridade competente em presidir o certame, esbarra em alguma dúvida, sendo mecanismo necessário para afastar imprecisões e confirmação de dados contidos nas documentações apresentadas pelos participantes do processo licitatório.

A diligência já deveria ter sido feita, pois não há discricionariedade da Administração em optar ou não pela realização de diligência, sempre que houver dúvidas sobre alguma informação, tal providência se torna obrigatória. Com brilhantismo e clareza, Marçal Justen Filho leciona:

A realização da diligência não é uma simples “faculdade” da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora. Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. Se a dúvida for sanável por meio de diligência será obrigatória a sua realização.” (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, 16ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pág. 804.)

Comumente se questiona a possibilidade de juntar documentos durante a realização de diligência, tal alteração decorre de uma interpretação equivocada do texto legislativo, isto porque o art. 43, § 3º da Lei Federal nº 8.666 de 1.993 preconiza que:

§ 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



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta

Deste modo, a correta interpretação é de que a vedação para inclusão de documentos, restringe-se somente a inclusão de documentos que deveriam ser entregues inicialmente, por conseguinte, admitindo a inclusão de qualquer outro documento que sirva como complemento necessário a elucidação de obscuridades, dúvidas ou, até mesmo, veracidade dos documentos já apresentados. Exemplo típico é o caso da inclusão de notas fiscais ou contratos que visam esclarecer a quantidade fornecida de determinado material, quando o atestado de capacidade técnica é omissivo, ou dúbio, em relação a quantidade fornecida.

Nas palavras de Ivo Ferreira de Oliveira, a diligência visa:

(...) oferecer meios para que a Comissão de Licitação ou a Autoridade Superior possa promover inquirições, vistorias, exames pertinentes a questões que eventualmente surjam e até autorizar a juntada de documentos, permitindo à Comissão ou à Autoridade julgar corretamente o certame, graças aos esclarecimentos que a diligência lhe propiciou, mas sem perder de vista os princípios constitucionais e legais que norteiam o processo licitatório. (Ivo Ferreira de Oliveira, *Diligências nas Licitações Públicas*, Curitiba, JM Editora, 2001, p. 24.)

Isto é afirmado pois a diligência não está condicionada a autorização prévia no instrumento convocatório ou ao pleito do particular, em verdade deve ser realizada de ofício visando salvaguardar a Supremacia do Interesse Público. Todavia, nada impede que na omissão da Administração, haja provocação do interessado para sua realização e quando suscitada será obrigatória, excetuada a decisão motivada e satisfatória que justifique a negativa.

Por todo exposto, resta evidente que a medida correta para a Administração é abrir processo de diligência visando comprovar que a empresa está regularizada para participação do certame, bem como, comprovar que o produto ofertado atende as necessidades da Administração.

DO FORMALISMO MODERADO

O pregoeiro ao inabilitar a empresa acabou dando mais ênfase à forma do que o conteúdo, excedendo-se no formalismo. Isso porque com uma simples consulta, a Administração poderia ter sanado suas dúvidas.

São frequentes as decisões do Tribunal de Contas da União que prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório:

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, §



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

3º, da Lei 8.666/1993, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 – Plenário Data da sessão 22/07/2015 Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO)

Falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação da licitante. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (Acórdão 357/2015 – Plenário Data da sessão 04/03/2015 Relator BRUNO DANTAS)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 3381/2013 – Plenário Data da sessão 04/12/2013 Relator VALMIR CAMPELO)

A inabilitação de licitantes por divergência entre assinaturas na proposta e no contrato social deve ser considerada formalismo exacerbado, uma vez que é facultada à comissão, em qualquer fase do certame, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo. (Acórdão 5181/2012 - Primeira Câmara Data da sessão 28/08/2012 Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES)

Resumidamente, o formalismo moderado se relaciona a ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável:

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (ACÓRDÃO Nº 357/2015 – TCU – Plenário)

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do caput do art. 41 da lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do edital. Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios:

Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios. (Acórdão 119/2016- TCU - Plenário)

Ao contrário do que ocorre com as regras/normas, os princípios não são incompatíveis entre si. Diante de um conflito de princípios (p. ex., vinculação ao instrumento convocatório x obtenção da proposta mais vantajosa), a adoção de um não provoca a aniquilação do outro. Como exemplo, esse raciocínio pode ser percebido nas seguintes decisões do Tribunal de Contas da União:

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências. (Acórdão 2302/2012-Plenário)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 8482/2013-1ª Câmara)

Nessas hipóteses, a análise deve considerar a importância de cada princípio no caso concreto, e realizar a ponderação entre eles a fim de determinar qual prevalecerá, sem perder de vista os aspectos normativos. Por esse motivo, as soluções não respeitam fórmulas prontas, podendo variar de um caso para outro.

Vale lembrar que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas. Nas palavras do professor Adilson Dallari: a “licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital”.

Desta forma, devidamente comprovado a exigência desarrazoada do pregoeiro do certame cabe a anulação deste ato.

DOS PEDIDOS

Receber o recurso administrativo e, ao final, seja dado provimento, pois a recorrente deve ser declarada vencedora pelo cumprimento integral de cláusulas editalícias e da legislação pertinente.

Nestes termos pede deferimento.

Rio do Sul (SC), 30 de julho de 2020.

Tiago Sandi
OAB/SC 35.917

Bruna Oliveira
OAB/SC 42.633



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

PROCURAÇÃO

OUTORGANTE: ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 00.802.002/0001-02, com sede na Estrada Boa Esperança, nº 2320, Fundo Canoas, Rio do Sul /SC neste ato representado pelo sócio administrador Anacleto Ferrari, brasileiro, casado, comerciante, RG nº 1.428.772 (SSP/SC), inscrito no CPF 523.140.819-00, residente e domiciliado na Estrada Boa Esperança, nº 2.545, Bairro Fundo Canoas, CEP 89.163-554, cidade de Rio do Sul - SC

OUTORGADOS: SANDI & OLIVEIRA ADVOGADOS, sociedade de advogados inscrita no CNPJ 27.772.212/0001-43 registrada da Ordem dos Advogados do Brasil, Santa Catarina, pelo nº 3.532, estabelecida na Av. Dom Pedro II, 829, 1º andar, São Cristóvão, CEP 88509-216, em Lages/SC neste ato representada pelos seus sócios administradores **TIAGO SANDI**, advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Santa Catarina, pelo nº 35.917, endereço eletrônico ts.35917@oab-sc.org.br, e **BRUNA OLIVEIRA**, advogada, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Paraná, pelo nº 101184-A, Santa Catarina, pelo nº 42.633 e Rio Grande do Sul, pelo nº 114449A, endereço eletrônico bruna42633@oab-sc.org.br, ambos com endereço profissional situado junto a Av. Dom Pedro II, 829, 1º andar, São Cristóvão, CEP 88509-216, em Lages/SC.

PODERES: pelo presente instrumento a outorgante confere aos outorgados amplos poderes para o foro em geral, com cláusula “ad-judicia et extra”, em qualquer Juízo, Instância ou Tribunal, podendo propor contra quem de direito, as ações competentes e defendê-lo nas contrárias, seguindo umas e outras, até o final da decisão, usando os recursos legais e acompanhando-os, conferindo-lhe ainda, poderes especiais para receber citação inicial, confessar e conhecer a procedência do pedido, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, transigir, firmar compromissos ou acordos, podendo agir em Juízo ou fora dele, assim como substabelecer esta a outrem, com ou sem reserva de iguais poderes, para agir em conjunto ou separadamente com o substabelecido, convalidando até 31 de Dezembro de 2020.

Lages (SC), 10 de dezembro de 2019



ALTERMED MATERIAL MEDICO HOSPITALAR LTDA

Av. Dom Pedro II, 829 - 1º andar, Sala Q1
São Cristóvão - CEP 88509-216, Lages/SC

ts.35917@oab-sc.org.br
bruna42633@oab-sc.org.br
www.sandieoliveira.adv.br

(49) 3512.0149
(49) 991442670
(49) 999373829



2º Tabelionato de Notas e Protesto de Títulos
Comarca de Rio do Sul

Alameda Aristiliano Ramos, 70
Fone: (47) 3531 6500 - Fax: (47) 3531 6508
CEP: 89.160-000 - Rio do Sul - Santa Catarina
tabelionato@zabuellegiustina.com.br

RECONHECIMENTO - 619508
Reconheço a assinatura por AUTÊNTICA de:
(1) ANACLETO FERRARI



Rio do Sul, 13 de dezembro de 2019.
Em test. da verdade.

JOSIANE PEREIRA GORAL - Esprevente Notaria
Emolumentos: R\$ 3,25 + selo, R\$ 1,96 -- Total: R\$ 5,21 Selo Digital de
Fiscalização - Selo normal! FRG64778-N5DW
Confira os dados do ato em: selo.tjsc.jus.br
impresso por: JOSIANE

- Maria Zélia Della Giustina - Tabeliã
- Jackson Della Giustina Formiga de Moura - Tabelião Substituto



CARTÓRIO AZEVEDO BASTOS 1º OFÍCIO DE REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS
E TABELIONATO DE NOTAS - Código CNJ 06.870-0
Av. Presidente Epitácio Pessoa, 1143 - Bairro Dos Estados - João Pessoa/PB - CEP 58030-000 - www.azevedobastos.net.br - Tel: (83) 3244-5404 - Fax: (83) 3244-5484

Autenticação Digital
De acordo com os artigos 1º, 3º e 7º inc. V 8º, 41 e 52 da Lei Federal 8.935/1994 e Art. 6 Inc. XII da Lei Estadual 8.721/2008 autentico a presente imagem digitalizada, reprodução fiel do documento apresentado e conferido neste ato. O referido é verdade. Dou fé

Cód. Autenticação: 27031312191559400845-2; Data: 13/12/2019 16:06:08

Selo Digital de Fiscalização Tipo Normal C: AJM67852-E9WN;
Valor Total do Ato: R\$ 4,42
Confira os dados do ato em: <https://selodigital.tjpb.jus.br>

Valber Azevedo de Miranda Cavalcanti
Títular

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
ESTADO DA PARAÍBA
CARTÓRIO AZEVEDO BASTOS
FUNDADO EM 1888
PRIMEIRO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO E ÓBITOS E PRIVATIVO DE CASAMENTOS, INTERDIÇÕES E TUTELAS DA COMARCA DE JOÃO PESSOA

Av. Eptácio Pessoa, 1145 Bairro dos Estados 58030-00, João Pessoa PB
 Tel.: (83) 3244-5404 / Fax: (83) 3244-5484
<http://www.azevedobastos.not.br>
 E-mail: cartorio@azevedobastos.not.br



DECLARAÇÃO DE SERVIÇO DE AUTENTICAÇÃO DIGITAL

O Bel. Válber Azevêdo de Miranda Cavalcanti, Oficial do Primeiro Registro Civil de Nascimentos e Óbitos e Privativo de Casamentos, Interdições e Tutelas com atribuição de autenticar e reconhecer firmas da Comarca de João Pessoa Capital do Estado da Paraíba, em virtude de Lei, etc..

DECLARA para os devidos fins de direito que, o documento em anexo identificado individualmente em cada *Código de Autenticação Digital*¹ ou na referida sequência, foi autenticados de acordo com as Legislações e normas vigentes².

DECLARO ainda que, para garantir transparência e segurança jurídica de todos os atos oriundos dos respectivos serviços de Notas e Registros do Estado da Paraíba, a Corregedoria Geral de Justiça editou o Provimento CGJPB Nº 003/2014, determinando a inserção de um código em todos os atos notoriais e registrais, assim, cada Selo Digital de Fiscalização Extrajudicial contém um código único (por exemplo: **Selo Digital: ABC12345-X1X2**) e dessa forma, cada autenticação processada pela nossa Serventia pode ser confirmada e verificada tantas vezes quanto for necessário através do site do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, endereço <http://corregedoria.tjpb.jus.br/selo-digital/>

A autenticação digital do documento faz prova de que, na data e hora em que ela foi realizada, a empresa **ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA** tinha posse de um documento com as mesmas características que foram reproduzidas na cópia autenticada, sendo da empresa **ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA** a responsabilidade, única e exclusiva, pela idoneidade do documento apresentado a este Cartório.

Esta DECLARAÇÃO foi emitida em **13/12/2019 16:30:19 (hora local)** através do sistema de autenticação digital do Cartório Azevedo Bastos, de acordo com o Art. 1º, 10º e seus §§ 1º e 2º da MP 2200/2001, como também, o documento eletrônico autenticado contendo o Certificado Digital do titular do Cartório Azevedo Bastos, poderá ser solicitado diretamente a empresa **ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA** ou ao Cartório pelo endereço de e-mail autentica@azevedobastos.not.br

Para informações mais detalhadas deste ato, acesse o site <https://autdigital.azevedobastos.not.br> e informe o *Código de Consulta desta Declaração*.

Código de Consulta desta Declaração: 1414987

A consulta desta Declaração estará disponível em nosso site até **13/12/2020 16:06:10 (hora local)**.

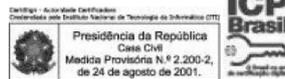
¹**Código de Autenticação Digital:** 27031312191559400845-1 a 27031312191559400845-2

²**Legislações Vigentes:** Lei Federal nº 8.935/94, Lei Federal nº 10.406/2002, Medida Provisória nº 2200/2001, Lei Federal nº 13.105/2015, Lei Estadual nº 8.721/2008, Lei Estadual nº 10.132/2013 e Provimento CGJ Nº 003/2014.

O referido é verdade, dou fé.

CHAVE DIGITAL

00005b1d734fd94f057f2d69fe6bc05b9dfd68fca284c83ae48a6c1ac0864eae9cd254482c030450411aff9eef25e9220c77af02f8ad8561b150d93000ddf64c90812b2e9f71fb504c7852027b2f1



Processo n.: @REP 18/00792988

Assunto: Representação acerca de supostas irregularidades no Pregão Eletrônico n. 002/2018 (Objeto: Registro de preços para eventual aquisição parcelada de medicamentos)

Responsável: Clézio José Fortunato

Procuradores: Tiago Sandi e Bruna Oliveira

Unidade Gestora: Consórcio Intermunicipal de Saúde do Nordeste de Santa Catarina - CIS-NORDESTE/SC

Unidade Técnica: DLC

Decisão n.: 456/2019

O TRIBUNAL PLENO, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 da Constituição Estadual e 1º da Lei Complementar n. 202/2000, decide:

1. Julgar parcialmente procedente a Representação formulada pela empresa ALTERMED Material Médico Hospitalar Ltda., com fundamento no §1º do art. 113 da Lei n. 8.666/93, contra o Edital do Pregão Eletrônico n. 02/2018, promovido pelo CIS-Nordeste/SC, em face das seguintes irregularidades:

1.1. Ausência de notificação dos licitantes a respeito do marco inicial do prazo para interposição de recursos (uma vez que não houve encerramento de fase de habilitação), além do exíguo prazo fixado em 15 minutos, em desacordo com os princípios que norteiam o pregão insertos no art. 5º do Decreto n. 5.450/2005, em especial, em prejuízo à competitividade do certame;

1.2. Exigência de qualificação técnica excessiva (exigência de preenchimento de registro na ANVISA) na habilitação, em prejuízo à competitividade em desrespeito ao §2º do art. 21 e art. 25 do Decreto n. 5.450/2005, que regulamento o pregão eletrônico, além do art. 4º, incisos VII e XII da Lei n. 10.520/02, que instituiu o pregão e ainda, contrariando a norma do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal;

1.3. Exigência constante do Anexo VII do Edital, que permite a cobrança do licitante vencedor, pela empresa provedora do sistema, dos custos de utilização dos recursos de tecnologia da informação, remetendo-se às condições previstas no Anexo IV do Regulamento n. 001/2009 do Sistema BLL, contrariando o previsto no art. 5º, III, da Lei Federal n. 10.520/02 (item 2.2 do **Relatório DLC n. 565/2018**).

2. Recomendar ao Consórcio Intermunicipal de Saúde do Nordeste de Santa Catarina - CIS-NORDESTE/SC - que:

2.1. adote procedimentos que ensejam a publicidade dos atos de suspensão e retomada do certame, de modo a lhes conferir maior transparência, em especial, quanto ao início do prazo para manifestação da intenção de recorrer;

2.2. abstenha-se de incluir exigências desnecessárias, que obstem a participação de candidatos em etapa anterior à fase de lances, alertando de que a reiteração desta irregularidade poderá acarretar em aplicação de multa à unidade gestora;

2.3. dê preferência para utilização de provedores públicos, que não onerem nem o particular tampouco a Administração com taxas de utilização, em conformidade com o previsto no art. 5º, III, da Lei Federal n. 10.520/023, deixando explicitamente justificada no edital a escolha de plataforma mais onerosa em detrimento das gratuitas.

3. Dar ciência desta Decisão, bem como do Relatório e Voto do Relator que a fundamentam, ao Consorcio Intermunicipal de Saúde do Nordeste de Santa Catarina – CIS - Nordeste/SC e ao Responsável pelo Controle Interno daquela entidade.

4. Determinar o arquivamento dos autos.

Ata n.: 38/2019

Data da sessão n.: 17/06/2019 - Ordinária

Especificação do quórum: Herneus De Nadal, Wilson Rogério Wan-Dall, Luiz Roberto Herbst, José Nei Alberton Ascari e Sabrina Nunes Iocken (art. 86, *caput*, da LC n. 202/2000)

Representante do Ministério Público de Contas: Cibelly Farias

Conselheiros-Substitutos presentes: Gerson dos Santos Sicca e Cleber Muniz Gavi

HERNEUS DE NADAL
Presidente (art. 91, I, da LC n. 202/2000)

CLEBER MUNIZ GAVI
Relator

Fui presente: CIBELLY FARIAS
Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas/SC

Parecer: **MPC/DRR/1220/2019**
Processo: @REP 18/00792988
Origem: Consórcio Intermunicipal de Saúde do Nordeste de Santa Catarina - CIS-NORDESTE/SC
Assunto: Irregularidades no Pregão Eletrônico n. 002/2018, visando o registro de preços para eventual aquisição parcelada de medicamentos.

Número Unificado: MPC-SC 2.3/2019.1249

Trata-se de representação formulada por ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA., comunicando supostas irregularidades no Edital do Pregão Eletrônico nº 002/2018, promovido pelo CIS-Nordeste/SC, o qual tinha por objeto o registro de preços de 336 (trezentos e trinta e seis) itens de medicamentos.

Em suas razões, o representante sustentou, em suma, que: i) o edital do certame previu prazo exíguo para apresentação de eventual recurso administrativo; ii) além disso, valeu-se inadequadamente do sistema BLL, como plataforma da licitação e, por fim; iii) restou desclassificado de forma indevida da disputa licitatória, ante a suposta ausência de informação acerca do registro da ANVISA, na proposta inicial eletrônica, em afronta à disposição 5.5.1 do edital.

Diante do narrado, requereu a suspensão cautelar do procedimento no estado em que se encontrava e, ao final, a determinação de anulação da desclassificação das propostas comerciais e a reabertura da fase de lances.

Após a apresentação do relatório nº DLC 565/2018, o Relator do processo, Conselheiro Substituto Cleber Muniz Gavi, por meio da decisão singular de fls. 2338-2347, conheceu da representação, indeferiu a medida cautelar e determinou a realização de audiência do responsável para apresentar justificativas em face das irregularidades noticiadas ou adotar as medidas corretivas necessárias ao exato cumprimento da lei.

No mais, fixou as seguintes irregularidades, para análise:

- Ausência de notificação dos licitantes a respeito do marco inicial do prazo para interposição de recursos (uma vez que não houve encerramento de fase de habilitação), além do exíguo prazo fixado em 15 minutos, em desacordo com os princípios que norteiam o pregão insertos no art. 5º do Decreto n. 5.450/2005, em especial, em prejuízo à competitividade do certame.

- Exigência de qualificação técnica excessiva (exigência de preenchimento de registro na ANVISA) na habilitação, em prejuízo à competitividade em desrespeito ao §2º do art. 21 e art. 25 do Decreto n. 5.450/2005, que regulamento o pregão eletrônico, além do art. 4º, incisos VII e XII da Lei n. 10.520/02, que instituiu o pregão e ainda, contrariando a norma do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

- Exigência constante do Anexo VII do Edital, que permite a cobrança do licitante vencedor, pela empresa provedora do sistema, dos custos de utilização dos recursos de tecnologia da informação, remetendo-se às condições previstas no Anexo IV do Regulamento n. 001/2009 do Sistema BLL, contrariando o previsto no art. 5º, III, da Lei Federal n. 10.520/02 (item 2.2.2 do presente Relatório).

Realizadas as notificações (fls. 2348-2350 e 2352-2355), coligiram-se ao feito as respostas da Sra. Deisi Adriane Schaefer Hilgenstieler, Pregoeira, e do Sr. Clézio José Fortunato, Presidente do CIS-NORDESTE/SC (fls. 2422-2430 e 2356-2421).

Em derradeira análise, o corpo instrutivo, por meio do relatório nº DLC 684/2018 (fls. 2432-2443), apresentou a conclusão que segue:

Considerando que as alegações de defesa e documentos apresentados são insuficientes para elidir todas as irregularidades apontadas, constante do Relatório DLC nº 565/2018

Considerando a participação de 15 (quinze) empresas; e

Diante do exposto, a Diretoria de Controle de Licitações e Contratações sugere ao Exmo. Sr. Relator:

3.1. Considerar parcialmente procedente a Representação formulada pela empresa ALTERMED Material Médico Hospitalar Ltda., com fundamento no §1º do art. 113 da Lei Federal nº 8.666/93, contra o Edital do Pregão Eletrônico nº 02/2018, promovido pelo CIS-Nordeste/SC, em face dos seguintes itens:

3.1.1. Ausência de notificação dos licitantes a respeito do marco inicial do prazo para interposição de recursos (uma vez que não houve encerramento de fase de habilitação), além do exíguo prazo fixado em 15 minutos, em desacordo com os princípios que norteiam o pregão insertos no art. 5º do Decreto n. 5.450/2005, em especial, em prejuízo à competitividade do certame (item 2.1 do presente Relatório); e

3.1.2. Exigência constante do Anexo VII do Edital, que permite a cobrança do licitante vencedor, pela empresa provedora do sistema, dos custos de utilização dos recursos de tecnologia da informação,

remetendo-se às condições previstas no Anexo IV do Regulamento n. 001/2009 do Sistema BLL, contrariando o previsto no art. 5º, III, da Lei Federal n. 10.520/02 (item 2.2 do presente Relatório).

3.2. Recomendar à Unidade que:

3.2.1. Nos pregões eletrônicos, adote procedimentos para dar publicidade dos atos de suspensão e retomada do certame no sistema eletrônico, de modo a conferir maior transparência aos atos dos pregoeiros, inclusive quanto ao início do prazo para manifestação da intenção de recorrer; e

3.2.2. Que utilize provedores públicos, tais como: Comprasnet, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, os quais não oneram nem o particular tampouco a Administração com taxas de utilização, em conformidade com o previsto no art. 5º, III, da Lei Federal n. 10.520/02.

3.3. Determinar o arquivamento dos autos.

3.4. Dar ciência do Relatório, ao Representante e ao Responsável pelo Controle Interno do CIS-Nordeste/SC.

Após, aportaram os autos ao Ministério Público de Contas, para manifestação.

É o relatório.

1. Considerações iniciais

De início, é relevante pontuar a prejudicialidade quanto à análise do pedido de anulação do certame, à luz do momento processual enfrentado.

Isso porque no item 1.2 do Edital do Pregão, consignou-se que o prazo de validade da Ata de Registro de Preços abrangeria o período entre os dias 01/09/2018 e 28/02/2019, de modo que o seu fim já atingiu termo, não se falando mais em desfazimento da disputa.

Ademais, apenas em reforço argumentativo, como bem pontou o Conselheiro Relator quando da apreciação do pedido cautelar, verificou-se a presença de risco reverso, em caso de eventual ordem de suspensão de procedimento que visava, justamente, à obtenção de medicamentos pelos Municípios consorciados, atentando-se à tutela da vida e da saúde, corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido em nossa Carta Magna.

Não obstante as alegações da empresa representante – a qual possui razão quanto à ilegalidade das cláusulas editalícias

questionadas -, o fato é que as propostas finais dos vencedores apresentaram redução considerável de preços após a etapa de lances.

Nas palavras do Relator:

Logo, a suspensão do procedimento e a consequente desconsideração dos preços registrados poderão conduzir à necessidade de aquisições emergenciais pela via direta e sem a garantia dos descontos já assegurados na ata de registro de preços. É necessário destacar que a mesma servirá de base para as aquisições pelos Municípios de Araquari, Balneário Barra do Sul, Barra Velha, Campo Alegre, Corupá, Garuva, Guaramirim, Itapoá, Jaraguá do Sul, Joinville, Massaranduba, Rio Negrinho, São Bento do Sul, São João do Itaperiú, São Francisco do Sul, Schroeder, bem pelo Hospital Municipal São José (autarquia integrante da administração indireta do Município de Joinville).

É fato que os produtos a serem adquiridos são de necessidade contínua e permanente. A contratação por dispensa, por conseguinte, constitui medida inevitável, caso sustados os atos decorrentes deste certame.

Em que pese os fatos acima externados, a presente manifestação abordará as irregularidades apuradas neste feito, todavia com o fito de averiguar a necessidade de incidência de outras consequências jurídicas (cominação de multa e formulação de determinações), que não a anulação do certame.

2. Irregularidades apuradas

2.1. Do prazo para apresentação de recurso administrativo - item 17.1 do Edital (item 2.1 do relatório nº DLC 684/2018)

A irregularidade apontada foi esta:

3.1. Ausência de notificação dos licitantes a respeito do marco inicial do prazo para interposição de recursos (uma vez que não houve encerramento de fase de habilitação), além do exíguo prazo fixado em 15 minutos, em desacordo com os princípios que norteiam o pregão insertos no art. 5º do Decreto n. 5.450/2005, em especial, em prejuízo à competitividade do certame.

Em suma, houve a estipulação do prazo de 15 minutos subsequentes ao término da fase de habilitação para a interposição do recurso administrativo previsto no item 17.1 do edital, considerado exíguo pela sociedade empresarial. A fase de habilitação começou no dia 25/07/2018, com término em 27/08/2018, um mês após, de modo que o tempo cronometrado iniciou-se em seguida.

Em verdade, não houve o encerramento formal da fase de habilitação e, por conseguinte, a notificação dos licitantes quanto ao marco inicial para o prazo de recurso.

A omissão exigiu dos participantes a situação aviltante de, ao longo do período de um mês, acessar diariamente o sistema, a cada intervalo de tempo, a fim de pesquisar se houve ou não a abertura do prazo recursal.

Tal disposição violou princípios basilares do procedimento licitatório, sobretudo o da ampla concorrência, do devido processo legal administrativo (art. 5º, LV, CRFB/88) e da publicidade.

De mais a mais, os responsáveis não apresentaram defesa hígida a refutar a ilegalidade do procedimento.

Assim, divergindo parcialmente da área técnica, que apenas sugeriu formular recomendação, este *Parquet* opina para que seja cominada multa aos responsáveis, bem como determinado à Unidade Gestora que nos próximos pregões eletrônicos adote procedimentos que ensejam a publicidade dos atos de suspensão e retomada do certame, de modo a lhes conferir maior transparência, inclusive quanto ao início do prazo para manifestação da intenção de recorrer.

2.2. Da desclassificação de empresas por ausência de informação do registro da ANVISA (item 2.2 do relatório nº DLC 684/2018).

O apontamento restritivo foi formulado nos seguintes termos:

3.2. Exigência de qualificação técnica excessiva (exigência de preenchimento de registro na ANVISA) na habilitação, em prejuízo à competitividade em desrespeito ao §2º do art. 21 e art. 25 do Decreto n. 5.450/2005, que regulamento o pregão eletrônico, além do art. 4º, incisos VII e XII da Lei n. 10.520/02, que instituiu o pregão e ainda, contrariando a norma do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

De imediato, pontuo a inadequada terminologia apontada na questão em tela, uma vez que a qualificação técnica indevidamente exigida não ocorreu na fase de habilitação do certame, mas em etapa anterior, qual seja na classificação das propostas apresentadas.

Inclusive, foi nesse sentido a defesa dos responsáveis, à luz da reprodução da disposição do Edital, conforme item 5.5.2, o qual previu a desclassificação das propostas, ainda em etapa anterior à habilitação (fl. 2303), em razão de omissão do registro da ANVISA.

De mais a mais, extraio da previsão legal estatuída na Lei nº 10.520/2002 e no Decreto Federal nº 5.450/2005, que a regulamenta, a clara distinção acerca da etapa prévia de classificação das propostas, de modo a não se confundir com a fase seguinte, representada pela habilitação:

Art. 4º VII (Lei nº 10.520/2002) - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação **e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura** e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório.

Art. 22 (Decreto nº 5.450/2005). A partir do horário previsto no edital, a sessão pública na internet será aberta por comando do pregoeiro com a utilização de sua chave de acesso e senha.

§ 1º Os licitantes poderão participar da sessão pública na internet, devendo utilizar sua chave de acesso e senha.

§ 2º O pregoeiro verificará as propostas apresentadas, desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital. [grifei]

§ 3º A desclassificação de proposta será sempre fundamentada e registrada no sistema, com acompanhamento em tempo real por todos os participantes.

§ 4º As propostas contendo a descrição do objeto, valor e eventuais anexos estarão disponíveis na internet.

No mais, esclareço que o equívoco não obsta a análise da questão, tampouco representa prejuízo à defesa trazida pelo consórcio público, porquanto configurou mero erro material, porém, de interessante menção.

Com relação à exigência de registro na ANVISA na proposta inicial eletrônica, previsto no item 5.5.1 do edital, o representante foi desclassificado, porque não cadastrou tal registro com 13 dígitos nas informações detalhadas.

Na defesa, os citados afirmaram em suma que, além de previsão similar existir em outros editais, conforme consulta feita na internet, a exigência confere segurança à escolha dos candidatos.

Nesse viés, a equipe de instrução fundamentou a regularidade da exigência, a teor da Lei nº 6.360/1976, entendendo que o pedido deveria ser julgado improcedente.

Pois bem. Diferentemente da conclusão técnica da equipe de auditores, tenho por bem divergir do relatório nº DLC 684/2018, aproximando-me das razões que fundamentaram a decisão liminar do Conselheiro Relator.

Isso porque, frisa-se, citada exigência, na etapa em que foi estabelecida, impôs aos licitantes um ônus desnecessário, o que restringiu a competição, afrontando o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93.

Não se discute a imprescindibilidade da exigência, mas apenas o momento em que foi feita, porquanto facilmente suprida com a declaração do candidato de que reuniria a condição no momento da execução do possível contrato.

Nesse sentido, lanço mão das palavras do Relator, que em decisão liminar, sedimentou (fls. 2341/2342):

A par disto, com relação à habilitação, a Lei que instituiu o Pregão (Lei n. 10.520/02) dispõe em seu art. 4º, incisos VII e XII:

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

[...]

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os **documentos de habilitação** do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

[...].

Assim, a exigência do preenchimento do número da ANVISA, desclassificando a representante [...] antes mesmo da participação dos lances, revela uma aparente desarmonia com os textos normativos.

Portanto, divergindo da área técnica, opino para que seja cominada multa aos responsáveis, bem como determinado à Unidade Gestora que nos próximos pregões eletrônicos não adote procedimentos que obstem a participação dos candidatos em etapa anterior à fase de lances.

2.3. Da utilização do sistema do BLL como plataforma de operação da licitação (item 2.3 do relatório nº DLC 684/2018)

Foi a seguinte irregularidade apontada:

3.3. Exigência constante do Anexo VII do Edital, que permite a cobrança do licitante vencedor, pela empresa provedora do sistema, dos custos de utilização dos recursos de tecnologia da informação, remetendo-se às condições previstas no Anexo IV do Regulamento n. 001/2009 do Sistema BLL, contrariando o previsto no art. 5º, III, da Lei Federal n. 10.520/02 (item 2.2.2 do presente Relatório).

Em sua defesa, os responsáveis citaram desconhecer o entendimento da Corte de Contas a respeito do assunto, de modo que em certames futuros realizarão a adequação quanto a este aspecto.

Diante disso, importa reconhecer a irregularidade do presente edital.

É fato que, adotando a plataforma BLL, a cobrança será embutida nos preços ofertados, causando prejuízo ao erário, quando dos lances. Além disso, como apontou a área técnica, há vários provedores públicos, tais como Comprasnet, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, os quais não oneram nem o particular, tampouco a Administração com taxas de utilização.

Nos termos da decisão liminar (fls. 2343):

A irregularidade não diz respeito propriamente à utilização do sistema BLL, mas à forma de cobrança da taxa utilizada pela Bolsa de Licitações e Leilões (BLL). A sistemática de cobrança tem sido considerada irregular pelo Plenário (Acórdão n. 831/2012, na REP 11/00035602, de 22.08.2012) e também em decisões monocráticas (Decisão Singular n. 07/2016, na REP 16/00342482, de minha relatoria e na REP 16/00314195, Rel. Conselheiro Herneus de Nadal). No mesmo sentido, a Decisão n. 630/2015, sessão de 08.06.2015 (CON 14/004622166,), que deu origem ao prejudgado n. 2172.

Nos termos do art. 5º, inc. III, da Lei n. 10.520/2002, embora possível exigir o pagamento de taxas para a utilização de recursos de tecnologia de informação, o valor deve estar limitado ao custo efetivo de sua utilização. Portanto, ainda que previsto um teto máximo, a cobrança em percentual sobre o valor de cada lote em disputa não se coaduna com o texto legal, tampouco com o art. 3º da Lei de Licitações, segundo o qual a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, sendo vedado admitir, prever, incluir ou tolerar cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.

Logo, manifesto-me por acompanhar a conclusão da área técnica, acrescendo que deverá ser aplicada multa aos responsáveis e determinado à Unidade que promova a adequação aos certames futuros, obstando a cobrança indevida dos licitantes pela utilização de plataformas de operação que não sejam públicas.

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas, com amparo na competência conferida pelo art. 108, incisos I e II, da Lei Complementar nº 202/2000, manifesta-se:

1) por considerar procedente a representação, mantendo os apontamentos restritivos objeto de audiência, com a consequente aplicação de **multa** aos responsáveis;

2) pela formulação de **determinação** à Unidade para que em futuros certames:

2.1) adote procedimentos que ensejam a publicidade dos atos de suspensão e retomada do certame, de modo a lhes conferir maior transparência, inclusive quanto ao início do prazo para manifestação da intenção de recorrer;

2.2) abstenha-se de incluir exigências desnecessárias, que obstem a participação de candidatos em etapa anterior à fase de lances;

2.3) utilize provedores públicos, que não oneram nem o particular tampouco a Administração com taxas de utilização, em conformidade com o previsto no art. 5º, III, da Lei Federal n. 10.520/02.

Florianópolis, 20 de março de 2019.

Diogo Roberto Ringenberg
Procurador de Contas