



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

Administração - Aquisição - Bens de Consumo - 0007273-63.2021.6.21.8000

Despacho SA - doc. SEI n. 0794541.

**APRECIÇÃO DO RECURSO INTERPOSTO PELA EMPRESA ADAN COMÉRCIO DE
PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. - PREGÃO N. 37/2021 - PROCESSO SEI N. 0007273-63.2021.6.21.8000**

O pregoeiro designado pela Portaria DG n. 93/2019 de 04-12-2019, servidor Adriano Machado da Costa, procedeu à apreciação do recurso interposto pelo licitante **ADAN COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, doravante denominado recorrente, contra o resultado proferido na sessão pública do Pregão n. 37/2021 (Eventual fornecimento de água mineral sem gás em garrações de 20 litros, com comodato dos garrações), que declarou vencedora a proposta do licitante **BIDDING HOUSE COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. EIRELI**, doravante denominado recorrido.

RAZÕES E CONTRARRAZÕES RECURSAIS

A íntegra das razões (doc. 0794626) e contrarrazões recursais (doc. 0794632) encontra-se nos documentos que fazem parte do processo SEI n. 0007273-63.2021.6.21.8000 bem como no campo próprio do Sistema.

APRECIÇÃO E DECISÃO DO PREGOEIRO

Antes da apreciação propriamente dita, cabe esclarecer que este Tribunal, por meio de seus pregoeiros e equipe de apoio, sempre busca o fim público, respeitando os princípios basilares da licitação, em especial, os da legalidade, impessoalidade, igualdade, razoabilidade, proporcionalidade, publicidade, moralidade, vinculação ao edital e transparência. A condução do certame tem como objetivo a preservação do caráter competitivo para alcançar a solução mais benéfica para a Administração Pública.

Modo sucinto a irresignação do recorrente versa sobre falta de dados nos atestados de capacidade técnica apresentados, bem como ausência de documentos que, a seu ver, deveriam acompanhar referidos atestados, tais como contratos e notas fiscais.

Deste modo, vamos dividir a apreciação em dois tópicos:

a) ausência de dados nos atestados de capacidade técnica;

Vejamos o que dispõe o edital:

9. DA HABILITAÇÃO

9.1. Na fase de habilitação, após a verificação constante no item 3.5 deste edital, o licitante deverá comprovar/apresentar o que segue:

(...)

f) Atestado de capacidade técnica emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove, na sua totalidade, o fornecimento de água mineral, em garrafas de 20 litros, na quantidade mínima de 1.000 garrafas, sem ressalvas desabonatórias.

f.1) Será aceito o somatório de atestados em relação à quantidade de garrafas.

18. DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

18.1. Caso existam dúvidas quanto a quaisquer das características do objeto ofertado, ou sobre quaisquer outros documentos ou dados apresentados, reserva-se o TRE-RS o direito de solicitar esclarecimentos e as comprovações necessárias.

Houve necessidade de diligências pela área técnica para comprovação do quantitativo exigido em edital. Da análise restou a seguinte manifestação:

"Foram apresentados 3 documentos comprobatórios de capacidade técnica. O primeiro faz menção à quantidade de 400 bombonas.

Os demais não contemplavam a quantidade. Em diligência com a empresa Nunes Prestação de Serviços, telefone 51 99674-8004, o Sr. Gerson informou que foram entregues 100 bombonas no total.

Já o TRF4, telefone 51 3213-3754, o Sr. Júlio César informou que foram entregues 150 bombonas por mês, entre junho, julho, agosto e setembro, contemplando o total de 600 bombonas.

Na soma dos atestados, portanto, são 1.100 bombonas, quantidade superior à exigida.

Assim sendo, a documentação pode ser aprovada."

Importante enfatizar que o instituto da diligência é obrigatório no desiderato de buscar a ampla competitividade e a melhor proposta, e, sempre que se torna necessário para esclarecimento de alguma situação, este Tribunal lança mão do instituto.

Somente para esclarecer, a diligência não é um poder, como indica o recorrente, mas verdadeiro dever da Administração.

O TCU já assentou, inclusive, que é indevida a desclassificação de licitantes em razão da ausência de informações na proposta que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações.

Acórdão TCU n. 616/2010 – 2ª Câmara

Observe o dever de diligência contido no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, de forma a flexibilizar formalismos que podem redundar na frustração ao caráter competitivo que deve reger as licitações na administração pública.

Acórdão TCU n. 1899/2008 – Plenário

VOTO

(...)

20. Nesse particular, é importante mencionar que a faculdade para realização da diligência preconizada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, assiste à autoridade julgadora em momentos de dúvidas. Ou seja, caso haja dúvida a autoridade competente pode diligenciar. **Entretanto, na dúvida não é lícito ao agente público decidir em prejuízo do interesse coletivo, ainda mais nesse caso que inabilitou a proposta mais vantajosa para a Administração.**

21. Salta aos olhos o caso vertente, pois, mesmo após ter ratificado a comprovação da capacidade técnica da representante, o Dnit manteve sua inabilitação.

(...)

23. Assim sendo, se o escopo maior é atendido, não há razão para desclassificar licitante que deixe de contemplar em seu atestado algum vocábulo técnico insculpido no edital, no termo de referência ou no projeto básico. **O que enseja a desclassificação é o não atendimento de fato aos requisitos editalícios.**

Acórdão 1170/2013 - Plenário

No mérito, a representação não merece prosperar.

(...)

A jurisprudência deste Tribunal é clara em condenar a inabilitação de licitantes em virtude da ausência de informações que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações (acórdãos do Plenário 1.924/2011, 747/2011, 1.899/2008 e 2.521/2003, dentre outros).

A atitude da pregoeira atendeu à Lei 8.666/1993 e aos princípios da economicidade, razoabilidade e busca da proposta mais vantajosa.

Acórdão TCU n. 918/2014 - Plenário

Análise

(...)

23. Não assiste razão ao recorrente. Dispõe o §3º do art. 43 da Lei 8.666/1993:

"§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."

24. **Não obstante a faculdade prevista no dispositivo, é de fácil interpretação que a diligência se tornará obrigatória, caso a situação em análise ou a ausência de determinada informação implique em inabilitação desarrazoada de determinado licitante, com prejuízos à proposta mais vantajosa para a Administração. No presente caso, a eliminação da denunciante apenas por erros na indicação da marca ou modelo dos produtos não se mostra razoável.**

25. **A jurisprudência desta Casa é farta em condenar a inabilitação de licitantes em virtude da ausência de informações que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações (Acórdãos 1.924/2011, 747/2011, todos do Plenário; e 1.899/2008 e 2.521/2003 da Primeira Câmara), sem que essa pesquisa se constitua inserção de documento novo ou afronta à isonomia.**

26. Ao contrário, o próprio edital, em seu item 11.5, previa a possibilidade de o pregoeiro solicitar informações acerca das características do material ofertado, tais como marca, modelo, tipo e fabricante (peça 2, p. 8):

"11. DO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

(...)

11.5.O Pregoeiro poderá solicitar ao licitante, que envie imediatamente documentos contendo as características do material ofertado, tais como marca, modelo, tipo, fabricante e procedência, além de outras informações pertinentes, a exemplo de catálogos, folhetos ou propostas, por meio eletrônico, ou, se for o caso, por outro meio e prazo indicados pelo Pregoeiro, sem prejuízo do seu ulterior envio pelo sistema eletrônico, sob pena de não aceitação da proposta."

(...)

28. Então, diante da dúvida meramente formal e da autorização prevista no §3º do art. 43 do Estatuto e no próprio edital, em seu item 11.5, **era conduta esperada do gestor médio esclarecer os dados junto à denunciante. A situação concreta demonstra que o esclarecimento das informações junto à licitante Brasil Casa e Construção era vinculada, não discricionária.**

Voto

(...)

5. **Em sua análise, a Serur considerou improcedentes todos os argumentos trazidos pelo recorrente, cujos fundamentos acolho como minhas próprias razões de decidir, sem prejuízo dos destaques que passo a registrar.**

6. A ausência de dano decorreu de ação alheia à vontade do recorrente, cujos atos praticados foram irregulares e com risco potencial de dano ao erário. Como demonstrou a Serur, não havia qualquer impedimento estatutário à participação da empresa Brasil Casa e Construção Ltda., **que foi desclassificada por motivo injustificado, uma vez que uma simples diligência poderia ter esclarecido as dúvidas quanto ao atendimento do subitem 7.2.2 do edital do certame. Apesar do recorrente entender que tal diligência não seria devida, em face do §3º**

do art. 43 da Lei 8.666/1993, a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de condenar a inabilitação de licitantes em virtude da ausência de informações que possam ser supridas por diligência, sem que essa pesquisa se constitua inserção de documento novo ou afronta à isonomia.

Ademais, o próprio edital do certame em questão, em seu item 11.5, previa a possibilidade de o pregoeiro solicitar informações acerca das características do material ofertado, tais como marca, modelo, tipo e fabricante (peça 2, p. 8).

A diligência, assim expressada, apresenta-se como meio legal de pesquisa. Trata-se, na verdade, de um procedimento investigatório de natureza administrativa de que se vale a Administração Pública, cuja instauração acarretará a produção probatória necessária. É instrumento de que lança mão a Administração Pública para supedanejar as decisões proferidas em sede de licitação, prestigiando, com isso, a ampla legalidade das suas ações e providências.

Desta norma, depreende-se que se determinada situação, surgida em qualquer fase do procedimento licitatório, apresentar-se obscura, suscitar dúvidas, exigir esclarecimentos, o órgão julgador, deverá elucidá-la, promovendo, para tanto, as diligências que se fizerem necessárias ao caso concreto.

Não é legítimo que o interesse econômico do particular seja tido em primazia absoluta, em detrimento do interesse público de busca pela contratação mais vantajosa, contrariando princípios comezinhos como a competitividade, razoabilidade e eficiência.

Ao revés, a busca pela melhor proposta e o atendimento aos princípios que conformam a atividade administrativa exercida pelo pregoeiro, como a competitividade, razoabilidade e eficiência, exigem que, respeitando-se a isonomia e a impessoalidade, sejam tomadas medidas cabíveis para sanar erros, omissões ou defeitos, com o intuito de garantir a seleção da melhor proposta possível.

Segundo as lições de Lucas Rocha Furtado, representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União:

A desconformidade ensejadora da desclassificação de uma proposta deve ser substancial e lesiva à Administração ou aos outros licitantes. É preferível admitir proposta com vícios formais de apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por rigorismo formal e incompatível com o caráter competitivo da licitação.(FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e contratos administrativos. São Paulo: Fórum. 2007. p. 255).

Com efeito, o TCU tem se posicionado em sentido contrário à desclassificação de propostas com base em questões formais, na medida em que o excesso de formalismo se revelar prejudicial à busca da proposta mais vantajosa para a Administração, em detrimento do interesse público. Isso já foi mencionado quando se fez referência ao Acórdão TCU 1211/2021-Plenário.

b) ausência de notas fiscais e contatos acompanhando os atestados

Relativamente ao julgamento realizado, cabe lembrar que o pregoeiro que conduz a licitação está legalmente obrigado a selecionar a proposta mais vantajosa para Administração, em compatibilidade com os critérios de aceitabilidade e demais disposições consignadas no edital.

Não é demais enfatizar que, no procedimento licitatório, o edital é o ato pelo qual se realiza a publicidade e se fixam as condições em que se efetivará o certame. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Somente pode ser exigido dos licitantes aquilo que tenha sido expressamente consignado em edital. O edital licitatório não pode dar margem a dúvidas, omissões ou regras implícitas.

O edital é a lei interna da licitação. Não faz sentido que a Administração fixe um determinado

procedimento e forma no edital e que, na hora da análise, quer da documentação, quer da proposta venha a criar regras que não estavam originalmente escritas no instrumento de convocação.

Salienta-se, por oportuno, que em licitação todo e qualquer julgamento deve ser objetivo. Conforme consta no art. 44, § 1º da Lei n. 8.666/1993, *é vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.*

Vale dizer que os critérios que ensejam a desclassificação/ inabilitação de licitante devem sempre ter suas razões fundadas em critérios objetivos do instrumento convocatório, nunca na obscuridade ou em inferências.

Não há, portanto, espaço para discricionariedade durante a condução do procedimento licitatório. O pregoeiro tem dever de ater-se ao disposto no edital de licitação, ao qual está vinculado até o final do certame, garantindo a imparcialidade da Administração e a isonomia entre os licitantes, descartando, assim, subjetivismos em todas as suas fases.

Marçal Justen Filho, assim se posicionou acerca do tema:

Essa competência discricionária exercita-se no momento preparatório e inicial da licitação. Uma vez realizadas essas escolhas, exaure-se a discricionariedade e não mais pode ser invocada – ou, mais corretamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita a refazer toda a licitação.

Assim, a **Administração tem liberdade para escolher as condições sobre o contrato futuro. Porém, deverá valer-se dessa liberdade com antecedência, indicando exaustivamente suas escolhas.** Tais escolhas serão consignadas no ato convocatório da licitação, que passará a reger a conduta futura do administrador. Além da lei, o instrumento convocatório da licitação determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 70)

Hely Lopes Meirelles assim se manifestou sobre o princípio da vinculação:

A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam **sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato.** (Licitação e Contrato Administrativo, Ed. Revista dos Tribunais, 10ª edição, 1991, São Paulo, p. 29).

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 propostas em desacordo com o solicitado.** O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tantos os licitantes como a Administração que o expediu. (Direito Administrativo Brasileiro, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000)

Em obra de Jessé Torres consta a seguinte passagem:

(d) o [princípio] da vinculação ao instrumento convocatório faz do edital ou do convite a lei interna de cada licitação, impondo-se a observância de suas regras à Administração Pública e aos licitantes, estes em face dela e em face uns dos outros, **nada podendo ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém de suas cláusulas e condições;** o art. 41 da Lei nº 8.666/93 ilustra a extensão do princípio ao declarar que ‘A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada’ (...);

(e) o [princípio] do julgamento objetivo atrela a Administração, na apreciação das propostas, aos critérios de aferição previamente definidos no edital ou carta-convite, **com o fim de evitar que o julgamento se faça segundo critérios desconhecidos dos licitantes, ao alvedrio da subjetividade pessoal do julgador;** (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 5ª ed., Renovar, 2002, pag. 55).

Decisão judicial no mesmo sentido:

O princípio da vinculação ao edital presente no procedimento licitatório obriga os licitantes, como também a administração, ao julgamento das propostas pautadas **exclusivamente nos critérios objetivos definidos no edital, com a devida observância ao tratamento isonômico entre os licitantes** (TJSC - ACMS n. , de Blumenau, Rel. Des. Luiz César Medeiros, julgada em 24/04/2007)

No Boletim de Jurisprudência do Tribunal da Constas da União de setembro constou:

Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Nota fiscal. Rol taxativo.

É indevida a exigência de que atestados de qualificação técnica sejam acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, visto não estarem estes últimos documentos entre os relacionados no rol exaustivo do art. 30 da Lei n. 8.666/1993 (Acórdão n. 15239/2021 - Segunda Câmara).

Pelo cotejo das disposições editalícias com as ações que pautaram a condução do certame, não se vislumbram ilicitudes pugnadas pelo recorrente.

Salienta-se que a boa-fé se presume, **ao passo que a má-fé** deve ser efetivamente comprovada.

Segundo menções esclarecedoras constante no artigo jurídico de *Márcio Luís Dutra De Souza: O Princípio da Boa-Fé na Administração Pública e sua repercussão na invalidação administrativa:*

Pode-se afirmar que o princípio da boa-fé e o da segurança jurídica não são excludentes pois, na realidade, se conectam intimamente, e ambos têm relevância na consolidação das situações jurídicas. (...) A proteção da confiança constitui-se, hoje, um lugar comum de reflexão da jurisprudência nacional.

Com efeito, a boa fé incorpora o valor ético da confiança. Confiança na forma de atuação que cabe esperar das pessoas com que nos relacionamos. É no âmbito das relações jurídico-administrativas que esse modo de atuar é esperado pela Administração Pública, em respeito ao administrado, e do administrado em relação à Administração Pública.

(...)

Com efeito, a proteção da boa-fé dos administrados passou a ter vital importância imperativa num Estado Intervencionista como o nosso, constituindo, juntamente com a segurança jurídica, instrumento indispensável à distribuição da justiça material. É preciso considerá-lo diante das situações geradas por atos inválidos ampliativos de direitos. Assim, o princípio da boa-fé e seu subprincípio da confiança, aliado à segurança jurídica, são princípios vocacionados a impedir que os administrados sejam surpreendidos por conduta do Estado apta a ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes expectativas, mesmo que tais interesses e expectativas advenham de atos em desacordo com as prescrições legais.

É certo que o recurso é um direito que assiste aos licitantes. No entanto, não basta a mera irrisignação. O interessado não apresentou, em suas razões recursais, qualquer dado contundente, fato, prova, quando lhe caberia o ônus de tal comprovação. Não logrou encaminhar subsídios que pudessem justificar a reforma da decisão atacada neste particular.

Por fim, cabe destacar que não se configura, na espécie, qualquer afronta ao interesse público, à finalidade do procedimento licitatório nem à segurança da contratação, uma vez que venceu o certame licitante que, concorrendo em igualdade de condições, ofereceu proposta mais vantajosa em procedimento no qual se impõe o julgamento pelo menor preço e que logrou comprovar o atendimento às exigências constantes em edital.

CONCLUSÕES

Diante dos subsídios trazidos pela unidade técnica, o pregoeiro **mantém** a decisão que declarou vencedor do certame o licitante **BIDDING HOUSE COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. EIRELI**, na sessão pública do Pregão n. 37/2021, submetendo o recurso à decisão superior.

Porto Alegre, 21 de outubro de 2021.

Adriano Machado da Costa,
Pregoeiro.



Documento assinado eletronicamente por **Adriano Machado da Costa, Técnico Judiciário**, em 22/10/2021, às 16:27, conforme art. 1º, § 2º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sei.tre-rs.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **0794541** e o código CRC **2D8F4221**.

Rua Padre Cacique, 96 - Bairro Menino Deus - Porto Alegre/RS - CEP 90810-240
www.tre-rs.jus.br - Fone: (51) 3294 8308