



PREFEITURA MUNICIPAL DE VIANA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Procuradoria Jurídica

Processo n.º 7111/2016

Interessado: Secretaria Municipal de Educação

Assunto: Pregão Presencial nº 030/2016 – Impugnação ao Edital – Revisão de Termo de Referência – Autotutela.

À Secretaria Secretaria Municipal de Administração, encaminhado o Parecer nº. 516

I. RELATÓRIO

Vieram os presentes autos para emissão de parecer a respeito da impugnação do Edital do Pregão Presencial n.º 030/2016 realizada pela empresa Reta Comercial e Armarinho EIRELI - EPP, bem como análise de minuta de novo Termo de Referência elaborado pela Secretaria Municipal de Educação.

Trata-se de procedimento licitatório na modalidade pregão presencial realizado para registro de preços para aquisição de uniformes escolares para todos os alunos da Rede Municipal de Ensino do Município de Viana-ES.

O Edital do Pregão Presencial n.º 030/16 teve seu aviso publicado em 30 de Junho de 2016 no Diário Oficial da União (fl. 190), do Estado do Espírito Santo (fl. 191), do Município de Viana (fl. 192) e em jornal de ampla circulação no Estado (fl. 193).

A empresa Reta Comercial Armarinho EIRELI - EPP protocolou impugnação ao Edital alegando que o instrumento convocatório restringia a competitividade nos seguintes itens: item 9.2.4 do Edital, que exige licença ambiental para qualificação técnica; item 14.1 do Termo de Referência, que exige a entrega de laudo no prazo de 05 dias; item 7.1 do Termo de Referência, que exige atestado de capacidade técnica. Além disso, alegou divergência entre o item 10.1.3 do Edital e as especificações do objeto no Termo de Referência (processo n.º 11276/16, anexo).



Procuradoria Municipal de Viana
Fls. nº 242

PREFEITURA MUNICIPAL DE VIANA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Procuradoria Jurídica

Prefeitura Municipal de Viana
Fls. nº 24 Processo nº 14361/19

A pregoeira suspendeu realização da sessão de julgamento e classificação das propostas até posterior deliberação (fl. 218).

Diante das alegações, a Secretaria Municipal de Educação elaborou novo Termo de Referência (fls. 227 a 240), encaminhando-o juntamente com a impugnação do Edital para análise e parecer desta Procuradoria.

Este é o relatório.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

II. 1. Exigências editalícias e a restrição de competitividade

É de sabença geral que todo Edital de licitação deve definir o seu objeto (art. 40, I da Lei n.º 8.666/93). Ocorre que toda definição enseja redução, pois definir é limitar. Conseqüentemente, ao definir o objeto de uma licitação, impreterivelmente se limita o universo de possíveis participantes àqueles que prestam o serviço ou fornecem o bem da vida desejado pela Administração.

Além disso, são comuns e necessárias a todos os editais, exigências qualificadoras que deem à Administração a segurança de que o contrato será cumprido, os serviços serão prestados ou os bens fornecidos, de acordo com o que demanda o interesse público.

Por essa razão, o processo licitatório exige qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira, fiscal e trabalhista para que se possa contratar com a Administração (art. 27 da Lei n.º 8.666/93).



Procuradoria Municipal de Viana
157-243-117116

PREFEITURA MUNICIPAL DE VIANA ²⁸ ⁰⁶ 14351119
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Procuradoria Jurídica

Prefeitura Municipal de Viana
Fis nº 28 Processo nº 112761

Logo, a existência de cláusulas que exigem qualificações e consequentemente restringem o universo de possíveis licitantes é comum e regular. Entretanto, o que não se admite são exigências que ensejam restrições indevidas, posto que limitam a competitividade.

Tendo em conta que é muito tênue a linha que separa as necessárias exigências de qualificação das exigências indevidas, o legislador constitucional e infraconstitucional buscou estabelecer balizas para a atuação do Administrador Público.

Neste sentido, o art. 37, XXI da Constituição Federal prescreve que:

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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (grifo nosso)

Na mesma toada o art. 3º, § 1º da Lei n.º 8.666/93 dispõe que é vedado aos agentes públicos:

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.

Sendo assim, a principal baliza norteadora das exigências da Administração Pública no procedimento licitatório é o próprio objeto do certame. Noutras palavras, o Poder Público deve se abster de fazer exigência que não seja necessária, pertinente e relevante ao cumprimento do contrato.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VIANA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Procuradoria Jurídica

Procuradoria Municipal de Viana
Fis nº 224 - Pº 7111/16

36 090 3436119

Prefeitura Municipal de Viana
Fis nº 29 - Processo nº 36276/16

Destarte, caso as exigências saiam das raias do necessário, pertinente e relevante ao cumprimento do contrato, estará configurada a restrição de competitividade, que é inconstitucional e ilegal.

Por certo, o agente público pode e deve formular exigências no Edital de convocação, mas ao fazê-las deve ter como balizado o indispensável ao cumprimento do contrato, sob pena de incorrer na ilegal restrição de competitividade.

II. 2. Autotutela

Conforme esposado acima, a linha que separa as exigências editalícias legais da restrição de competitividade é muito tênue, de modo que o administrador pode facilmente cruzá-la sem intenção, de maneira culposa.

A fim de evitar que equívocos se perpetuem, é dado à Administração Pública o poder de rever e anular os seus próprios atos quando eivados de vícios de legalidade. Essa possibilidade se assenta no princípio da autotutela.

Neste sentido, as Súmulas 473 e 346 do Supremo Tribunal Federal prescreve que:

Súmula 473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Súmula 346 - A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos

Portanto, o Poder Público tem o direito de anular ou retificar um Edital de licitação caso perceba que nele contém vícios de ilegalidade. A esse respeito, dispõe o art. 21, § 4º, da Lei n.º 8.666/93, que qualquer alteração no Edital capaz de influenciar na





PREFEITURA MUNICIPAL DE VIANA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Procuradoria Jurídica

Procuradoria Municipal de Viana
245 27/11/16
27/11/16 1436119
Prefeitura Municipal de Viana
Fls nº 30 Processo nº 11276

formulação das propostas exige nova divulgação na mesma forma em que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido.

Ou seja, por exemplo, se houver, no edital de um pregão presencial, mudança capaz de afetar a formulação das propostas, deve-se reabrir o prazo de, no mínimo, 8 dias para a apresentação das propostas, por força do art. 4º, V, da Lei n.º 10.520/2002

II. 3. Análise da impugnação

A impugnação feita pela empresa Reta Comercial e Armarinho EIRELI – EPP se fundamenta em quatro fatos que, segundo a autora, autorizam a conclusão de que o Edital do Pregão Presencial 030/2016 faz exigências indevidas.

Primeiro, aduz a impugnante que o item 9.2.4 alínea “d”, que trata da exigência de licença ambiental, combinado com o item 22.2.18 do Edital, que proíbe a subcontratação total ou parcial do objeto do contrato, restringe a competitividade. Entendeu-se que o Edital deveria especificar qual tipo de licença ambiental se estava exigindo, isto é, se licença ambiental para tingimento, silk ou comum. Isto porque essa especificação “determina[ria] qual empresa da cadeia produtiva dos uniformes escolares poder[ia] participar do certame, ou seja, as que realizam o tingimento do tecido, a estamparia ou silkscren”.(fl. 01 do processo 11276/16, anexo) Essa especificação teria esse poder determinativo exatamente porque o Edital proíbe a subcontratação.

Segundo, impugnou-se o item 10.1 do Edital, que exige que a arrematante apresente amostra dos produtos e Laudo Técnico de Gramatura e Composição dos tecidos principais, emitidos por laboratório credenciado pelo INMETRO, no prazo máximo de 5 dias úteis. Alegou-se que os laboratórios levam no mínimo 15 dias para entregar o laudo.



Procuradoria Municipal de Viana
157-246 21-711/16

28 14361119

PREFEITURA MUNICIPAL DE VIANA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Procuradoria Jurídica

Prefeitura Municipal de Viana
Fis nº 31 Processo nº 14276

Terceiro, a empresa impugnou o item 9.2.4, alínea "a", do Edital, que exige a apresentação de atestado de aptidão que comprove realização do objeto da licitação, sendo que o atestado deve ser compatível em quantidade mínima de 50% do objeto. Aduziu-se que essa disposição impede pequenas empresas de participar do certame.

Quarto, alegou-se que o item 10.1.13 do Edital diverge do disposto no quadro descritivo do Termo de Referência (item 1.1). Isto porque aquele exige que a parte inferior da camisa seja em tecido ribana, este exige que o tecido seja em malha PV (de 67% poliéster e 33% de viscose). A impugnante salientou que a definição do tecido influencia no valor proposta.

Expostos os fatos e fundamentos da impugnação, passa-se à sua análise.

Cumprir destacar que não há qualquer ilegalidade na exigência do item 9.2.4, alínea "d", do Edital. A necessidade de licença ambiental para atividade têxtil é obrigação imposta pelo CONAMA no art. 2º, §1º c/c Anexo 1 da Resolução 237/1997.

O que se vislumbra é uma possível irregularidade na vedação de subcontratação (item 22.2.18 do Edital). É bem verdade que, em regra, a vedação de subcontratação é legal e bem quista pelo Direito e isso se deve ao fato de que os contratos administrativos são fortemente marcados pelo princípio da pessoalidade, que reivindica que a prestação do serviço ou produto seja feita diretamente pelo contratado.

Entretanto, atualmente há uma crescente especialização dos serviços, isto é, a cadeia produtiva é cada vez mais fragmentada e individualizada e as empresas tendem a fornecer serviços cada vez mais específicos, de modo que pouquíssimas são as empresas que se dedicam a prestação cumulativa de mais de um serviço especializado. Diante disso, a vedação de subcontratação face às características do objeto licitado pode representar um empecilho à ampla competitividade da licitação.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VIANA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Procuradoria Jurídica

29 09/16 14361109

O objeto licitado do presente procedimento passa por diversas fases de produção e exige diversas especialidades como o tingimento e estamparia (silk). Por isso, em prol da ampliação da competitividade figura-se aconselhável permitir a subcontratação dessas fases.

Quanto à exigência de apresentação de Laudo Técnico no prazo máximo de 05 dias (item 10.1 do Edital), entende-se que é desarrazoável. O prazo para apresentação de amostra, bem como laudo técnico deve ser em tempo razoável.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas que União no Acórdão 538/2015 entendeu que:

Na fase de habilitação, é ilegal a exigência de apresentação de laudos de ensaios técnicos para comprovação de qualidade de insumo ou produto. Desde que previsto no instrumento convocatório, na fase de propostas a Administração pode exigir, do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, em prazo razoável e suficiente para tal, a apresentação de amostra do produto ou insumo, acompanhada dos laudos técnicos necessários a comprovar a qualidade do bem a ser fornecido. (grifo nosso)

Por certo, não é razoável exigir que o arrematante apresente laudo em tempo inferior ao que os laboratórios normalmente levam para concluí-los. As exigências editalícias devem ser somente aquelas necessárias e indispensáveis ao cumprimento do contrato, o que não é o caso no prazo estabelecido no item 10.1 do Edital. Logo, deve-se aumentar o prazo para um tempo razoável e suficiente à produção do laudo e apresentação das amostras.

No que diz respeito à exigência de apresentação de atestado de realização do objeto do contrato em quantidade mínima de 50% do licitado, entende-se ser totalmente regular.

O Administrador tem o poder-dever que exigir o cumprimento de requisitos habilitatórios que possam trazer ao Poder Público a segurança de que o contrato será



Procuradoria Municipal de Viana
C.P. 248 de 7/11/16

PREFEITURA MUNICIPAL DE VIANA 30 143611R
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Procuradoria Jurídica Prefeitura Municipal de Viana
Fis nº 33 Processo nº 11276

cumprido conforme o ajustado. O que não pode, por exemplo, é exigir atestado de realização do objeto qualitativa ou quantitativamente superior ao que se busca contratar.

No presente caso, o item 9.2.4, alínea "a", do Edital faz exigência aquém do total que irá ser contrato. Sendo assim, não há falar em restrição de competitividade, pois a exigência é na exata medida do indispensável à garantia do cumprimento do ajuste.

Por fim, consta-se que há divergência entre o item 10.1.13 do Edital e o quadro descritivo do Termo de Referência. De fato, tal divergência influencia diretamente no valor da oferta, pois a depender do tipo e qualidade do tecido, os custos podem variar.

II. 4. Análise das alterações realizadas no Termo de Referência

A fim de atender o que entendeu procedente na impugnação, a Administração realizou alteração nos itens 7.2.18, 7.2.18.1, 8.1, 8.2 e 8.2.1 do Termo de Referência.

Nesse sentido, nos itens 7.2.18 e 7.2.18.1, se permitiu-se a subcontratação das etapas de tingimento e estamparia. Portanto, a Administração fez aquilo que é recomendável, tendo em vista a promoção da maior competitividade possível.

No item 8.1, explicou de forma pedagógica que a exigência de atestado de realização do objeto no percentual de 50% se deve à necessidade de verificar se a empresa tem condições de cumprir os ajustes.

No item 8.2, manteve a exigência de "Licença Ambiental expedida pelo órgão competente". Por fim, no item 8.2.1, especificou que caso a empresa ganhadora subcontrate as etapas de tingimento e estamparia, deve acrescentar aos documentos habilitatórios, a anuência da subcontratada e a licença ambiental no nome dela.

[Handwritten mark]

[Handwritten mark]



Procuradoria Municipal de Viana
229 7111/16

PREFEITURA MUNICIPAL DE VIANA 31
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Procuradoria Jurídica

Prefeitura Municipal de Viana
Fls nº 34 Processo nº 11276

Sendo assim, tem-se que com as alterações no Termo de Referência, a Administração, atenta às normas ambientais, manteve a exigência de apresentação de licença ambiental e, ao mesmo tempo, para não incorrer em restrição da competitividade, autorizou a subcontratação das etapas de tingimento e estamparia. Além disso, de maneira didática explicou a necessidade da exigência de documento que ateste a realização de 50% do objeto licitado.

Portanto, a alteração do Termo de Referência resolverá quase todas as irregularidades apontadas pela impugnante e efetivamente contatadas no Edital.

Nesse sentido, ainda é necessário o aumento do prazo para entrega das amostras e Laudo Técnico dos tecidos. Além disso, é necessária a convergência entre o estabelecido 10.1.13 e o disposto no quadro descritivo do Termo de Referência, isto é, é necessário definir de forma unívoca qual o tipo e qualidade do tecido da parte inferior da camisa, melhor dizendo, da barra da camisa.

Por fim, salienta-se que a pura alteração no Termo de Referência pode gerar mais contradições. Por isso, também é necessário alterar os itens correspondentes no corpo do Edital, a saber, diante da alteração dos itens 7.2.18, 7.2.18.1 do Termo de Referência é necessário a alteração do item 22.2.18 do Edital e diante das alterações dos itens 8.2 e 8.2.1 do Termo de Referência é aconselhável a alteração da redação do item 9.4.2, alínea "d" do corpo do Edital.

III. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se pelo acolhimento parcial da impugnação e recomenda-se:

fnj

M



Procuradoria Municipal
H.º 250 - 211/16

Prefeitura Municipal de Viana
Fis. nº 35 - Processo nº 31276/16

PREFEITURA MUNICIPAL DE VIANA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Procuradoria Jurídica

32 4436119

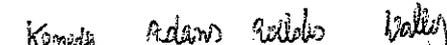
- 1) a correção da divergência entre o item 10.1.13 do Edital e o quadro descritivo do Termo de Referência, ou seja, a definição do tipo e qualidade do tecido da parte inferior da camisa, melhor dizendo, da barra da camisa;
- 2) o aumento do prazo para entrega da amostra dos produtos e do Laudo Técnico de Gramatura e Composição dos tecidos principais e; ^{57,4}
- 3) alteração do texto do corpo do Edital para não haver divergência entre o Edital e o novo Termo de Referência. Nesse sentido, diante da alteração dos itens 7.2.18, 7.2.18.1 do Termo de Referência, é necessária a alteração do item 22.2.18 do corpo do Edital e, diante das alterações dos itens 8.2 e 8.2.1 do Termo de Referência, é aconselhável a alteração da redação do item 9.4.2, alínea "d" do corpo do Edital.

Realizadas essas alterações no Edital do Pregão Presencial n.º 030/2016 é necessária a publicação pela mesma forma em que se deu o seu texto original. Nesse caso, deve-se reabrir o prazo para apresentação das propostas, respeitando o intervalo mínimo de 8 dias úteis da publicação da errata até a data marcada para abertura dos envelopes.

S.M.J. É o Parecer que submeto à apreciação Superior.

Viana- ES, 02 de Agosto de 2016.


Isac Penedo Pinto
Subprocurador-Geral - SGAA


Kenedy Adams Roeldes Dally
Assessor Técnico da Procuradoria-Geral do Município