

AO MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO E DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL

- 15ª SR/SL

Rafael Ferreira Pereira, Advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba, nº 31.759, especialista em Licitações & Contratos Públicos, vem, perante este Órgão, informar a ILEGALIDADE constante no edital de licitação através do pregão eletrônico de nº 31/2023, oportunidade em que este órgão, pelo princípio da Autotutela, deverá suspender a licitação para confecção de novo edital, desta vez, sem ilegalidade.

I – TRECHO DO EDITAL QUE ESTÁ DE FORMA CONTRÁRIA À LEI BRASILEIRA:

O edital de licitação de nº 38/2023, cujo objeto é o “Fornecimento e/ou instalação dos materiais necessários para execução completa de Kit’s Geradores de energia Solar de 10 kW e 20 kW para doação em unidades produtivas rurais e urbanas, bem como acionamento de estruturas de bombeamento rural nos municípios inseridos na área de atuação da 15ª Superintendência Regional da CODEVASF, Estado de Pernambuco, através de Sistema de Registro de Preços – SRP”, **possui a seguinte ilegalidade:**

Quanto aos critérios de Habilitação Técnica (presente no item 9 do Termo de Referência, Anexo I ao edital), existe a previsão deste órgão para apresentação dos seguintes documentos:

(...)

“9.4. A Licitante **deverá** apresentar os seguintes documentos:

b) O licitante deverá apresentar **fichas técnicas, catálogos, desenhos e dados, ou descrição detalhada, sobre forma de literatura, demonstrando as principais características construtivas e operacionais dos**

equipamentos ofertados ante ao objeto desta licitação, e compreenderá no mínimo o seguinte:

i. Uma descrição detalhada das principais **características técnicas e do desempenho dos bens, inclusive lista básica dos componentes com os respectivos fabricantes;**

ii. No caso da apresentação de catálogos de toda a linha de produtos do licitante, deve ser indicado claramente, quais os bens que constituem o objeto da proposta;

c) A CONTRATADA deverá comprovar, por meio de declaração ou apresentação da rede de assistência técnica autorizada, que a fabricante do bem fornecido, possua assistência técnica no âmbito do Estado objeto da licitação.

Todas estas solicitações **estão em desacordo com as leis de licitações**, uma vez que os documentos relativos à QUALIFICAÇÃO TÉCNICA estão em ROL TAXATIVO nas respectivas leis.

Vejamos o que diz a Lei 8.666/1993:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica **LIMITAR-SE-Á A:**

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.

§1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por **atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado**, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - **capacitação técnico-profissional**: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

§2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as

penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-operacional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.”

O primeiro destaque é que **a lei geral de licitações prevê que os requisitos de habilitação técnica são LIMITADOS (caput do art. 30)**. Ou seja, é um rol taxativo, onde estão elencados os casos onde podem ser solicitados os requisitos de qualificação técnica.

Vejamos que em nenhum dos incisos ou parágrafos do mencionado artigo existe previsão de solicitação de fichas técnicas, catálogos, desenhos e dados, ou descrição detalhada, sobre forma de literatura, demonstrando as principais características construtivas e operacionais dos equipamentos ofertados ante ao objeto desta licitação (conforme solicita o item 9.5 do TR).

Assim, tal solicitação já se mostra ILEGAL, pois insere no edital e no TR solicitações não previstas em lei, o que torna o instrumento convocatório e seus anexos eivados de nulidade.

Pra piorar, ainda é inserida um “subqualificação”, dentro de uma que já é ilegal. Quando o órgão também requer que o item 9.4, “b” (que já é ilegal) deve “compreender no mínimo o seguinte”, adiciona também outras solicitações que não são previstas em lei. Vejamos o “mínimo” que deve ser compreendido:

“i. Uma descrição detalhada das principais **características técnicas e do desempenho dos bens, inclusive lista básica dos componentes com os respectivos fabricantes;**

ii. No caso da apresentação de catálogos de toda a linha de produtos do licitante, deve ser indicado claramente, quais os bens que constituem o objeto da proposta;

c) A licitante deverá comprovar, por meio de declaração ou apresentação da rede de assistência técnica autorizada, que o fabricante do bem fornecido, possua assistência técnica para os bens ofertados em território nacional.”

Onde a lei (qualquer uma das leis de licitações: Lei 8.666/93; Lei 10.520/02; Decreto 10.024/19; Lei 14.133/2021) **permite a solicitação de tais exigências para fins de qualificação técnica?**

Tal solicitação se mostra ilegal também pelo fato de que **restringe o caráter competitivo do certame.** Tal prática é VEDADA aos agentes de contratações:

Vejamos o que dizem as leis:

Art. 3º Lei 8.666/93: 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;

Art. 9º, Lei 14.133/2021: É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) comprometam, **restringam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório**, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;

A nova lei de licitações se preocupa tanto com o caráter competitivo dos certames que inclusive prevê como crime a sua frustração:

Frustração do caráter competitivo de licitação

[Art. 337-E](#). Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Nosso Tribunal de Contas da União tem jurisprudência firme, pacífica e específica a respeito de tais situações:

No Acórdão recentíssimo de nº 2061/2023, o TCU sedimentou o entendimento de que:

“a exigência de declaração emitida pelo fabricante do software/hardware ofertado como requisito de habilitação técnica **vai de encontro ao entendimento sedimentado em precedentes desta Corte de Contas**, tendo em vista a sua aptidão, em

tese, de **restringir indevidamente o caráter competitivo do certame.**”

REPRESENTAÇÃO. DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. PREGÃO ELETRÔNICO. AQUISIÇÃO DE SOLUÇÃO DE REDE. EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO EMITIDA PELO FABRICANTE COMO CRITÉRIO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. APTIDÃO, EM TESE, PARA RESTRINGIR A COMPETITIVIDADE DO CERTAME. PRECEDENTES DO TCU. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE NO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. PERIGO DA DEMORA REVERSO. INDEFERIMENTO DA CAUTELAR. CIÊNCIA DA IRREGULARIDADE. ARQUIVAMENTO. - A exigência, como critério de qualificação técnica, de declaração emitida pelo fabricante do software e hardware ofertado comprovando estar o licitante devidamente apto a comercializar, instalar, configurar e dar suporte técnico a seus produtos, contraria o princípio da competitividade, o art. 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 e a jurisprudência deste Tribunal.

Deste modo, **não pode o órgão** solicitar para fins de qualificação técnica que a empresa comprove por meio de declaração ou apresentação da rede de assistência técnica autorizada, que a fabricante do bem fornecido, **possua assistência técnica no âmbito do Estado objeto da licitação.**

(ISTO É TOTALMENTE ILEGAL!!)

Vejamos o que diz o recentíssimo Acórdão 1414/2023 do TCU:

“REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS. SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO PARA EMPREGO EM MISSÕES DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE INDÍGENA. **INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES COM POTENCIAL DE RESTRINGIR A COMPETITIVIDADE E A OBTENÇÃO DAS MELHORES PROPOSTAS. OITIVA DA UNIDADE JURISDICIONADA.** SUFICIÊNCIA DOS ELEMENTOS CONSTANTES DO PROCESSO PARA **CONFIRMAR A EXISTÊNCIA DE ILEGALIDADES.**

**CONHECIMENTO E PROCEDÊNCIA PARCIAL.
DETERMINAÇÃO PARA ANULAR O CERTAME.**

CIÊNCIAS. 1. A deficiência ou o erro na publicidade das licitações somente podem ser considerados falhas formais quando não comprometem o caráter competitivo do certame. **2. Quando houver impugnação ao edital apontando a existência de cláusulas restritivas à competitividade do certame, é dever do responsável por conduzir a licitação realizar a revisão criteriosa dessas cláusulas, ainda que a impugnação não seja conhecida.** 3. O juízo de admissibilidade das intenções de recurso na licitação deve avaliar tão somente a presença dos pressupostos recursais (sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação), sem adentrar, antecipadamente, o mérito da questão, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. 4. Somente é necessário realizar o contraditório das empresas vencedoras da licitação no caso de terem sido apontadas, de modo direto ou indireto, como causadoras do desfazimento da licitação.”

Se assim o fez, fez em desacordo com a Lei, tornando o Edital e o Termo de Referência ILEGAIS, devendo ser extirpados do mundo jurídico, suspendendo-se a licitação e retificando-se os instrumentos convocatórios.

Resta evidente a frustração do caráter competitivo da licitação, uma vez que tais solicitações, além de não serem previstas em nenhuma legislação brasileira, ainda tendem a DIRECIONAR o objeto do certame para restritas empresas (quicá, uma só).

Assim, não pode a Administração Pública solicitar exigências que não estejam previstas em lei, sob pena de ilegalidade e responsabilização dos agentes responsáveis pela respectiva contratação.

Portanto, por ferir os princípios básicos do direito administrativo e os princípios que regem as contratações públicas, além de estar de forma contrária à lei, deve o edital ser retificado, sob pena de ilegalidade, o que pode acarretar em representação perante o Tribunal de Contas respectivo.

No mesmo sentido, caso entenda o órgão por manter tais solicitações, que sejam inseridas as JUSTIFICATIVAS JURÍDICAS, respaldadas na lei e na jurisprudência, que justifiquem tais solicitações.

II – DOS PEDIDOS:

Diante de todos os argumentos aqui expostos, evidenciada a ILEGALIDADE DO EDITAL E DO TERMO DE REFERÊNCIA, deve tal ilegalidade ser suprida, cabendo ao órgão retificar o edital e o TR, anulando-os, suspendendo a licitação e determinando uma nova data para o certame, desta vem com editais e anexos de acordo com a legislação brasileira.

Então, requer-se:

a. Anulação do certame, devendo o edital ser retificado, oportunidade em que o órgão deverá:

a.1: Retirar as exigências ilegais contidas no item 9.4, “b” do Termo de Referência, por serem ilegais;

a.2: Retirar a exigência contida na alínea “c” do item 9.4. por ser ilegal e por frustrar o caráter competitivo da licitação, com evidente DIRECIONAMENTO.

Nestes termos,

Requer a anulação do certame, devendo o edital ser retificado nos termos descritos nesta solicitação.

Rafael Ferreira Pereira
Advogado – OAB/PB 31.759