



Parecer nº: 123/2023
Data: 09/08/2023
Origem: 3ª/CIB
Referência: Processo nº 59530.000596/2023-05-e
Assunto: Análise de recurso contra a habilitação de licitante em pregão eletrônico

EMENTA: Direito Administrativo.
Licitação. Pregão Eletrônico.
Habilitação. Recurso. Provimento.
Possibilidade.

I. RELATÓRIO

Trata-se de manifestação jurídica acerca do recurso apresentado pela licitante ANDRASCHKO & ANDRASCHKO LTDA, em que pugna pela inabilitação da licitante EFICIENCIA AGRICOLA E VETERINARIA LTDA, no Pregão Eletrônico nº 02/2023, que tem por objeto o fornecimento, carga, transporte e descarga, através da constituição de Sistema de Registro de Preços, de ração para peixes destinados às ações de fomento da aquicultura na área de atuação da 3ª Superintendência Regional da Codevasf e no Centro Integrado de Recursos Pesqueiros e Aquicultura de Bebedouro - 3ª CIB, no estado de Pernambuco.

A Recorrente, em 31/07/2023, requereu a desclassificação da Recorrida no Grupo 1, pelo fato de essa não atender às exigências, tais como a divergência entre o produto ofertado e o produto solicitado, bem como a ausência de atestados de capacidade técnica que comprovem a *expertise* da empresa recorrida em fornecer o objeto solicitado.

A Recorrida, em Contrarrazões ao Recurso, declarou que toda documentação exigida foi devidamente juntada no sistema, conforme solicitada, analisada e aprovada pela equipe técnica do órgão, os quais são os responsáveis diretos por toda a análise e com vasta experiência no tema. Ademais, todos os atestados se referem a alimentação para animais (conforme cnae: 46.23.1-09: comércio atacadista de alimentos para animais). Além do que, não há menção alguma quanto a quantidades mínimas de fornecimento a serem aceitos para fins de comprovação de qualificação técnica.

A unidade 3ª/CIB, por meio do Parecer Técnico nº 01/2023, declarou que em relação ao quantitativo de ACTs, não cabe a desclassificação da Recorrida, visto que o TR não especifica quantitativos mínimos. Relativamente ao não atendimento das especificações do TR pelo produto da Recorrida; fez-se necessário realizar a análise dos níveis de garantia do produto, de sorte que *foi elaborada uma tabela comparativa para uma melhor análise dos itens especificados. De um total de 30 itens solicitados na ração, a empresa recorrida não atendeu aos seguintes: I) Vitamina C mín. (mg/kg): no TR consta a necessidade mínima de 200 mg/kg enquanto a ração proposta oferece mínimo 150 mg/kg; II) Sódio mín. (mg/kg): consta a necessidade mínima de 3.000 mg/kg enquanto a ração proposta oferece mínimo 2.000 mg/kg. Apesar da maioria dos itens serem correspondidos, a importância dos demais, que não foram atendidos, juntamente como direcionamento da ração proposta pela recorrida para o cultivo*



em viveiros escavados, citados nos documentos encaminhados, e que o cultivo em tais unidades normalmente são desenvolvidos em sistemas semi-intensivos como também em extensivos, constituem-se em pontos importantes para a consideração do deferimento do recurso proposto.

É o relatório.

II. ANÁLISE JURÍDICA

Inicialmente, convém registrar que a habilitação consiste na verificação do atendimento dos requisitos qualificatórios das licitantes para a execução do objeto. Para Marçal Justen Filho¹, esse vocábulo indica tanto a fase procedimental como a decisão proferida pela Administração Pública:

Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de um sujeito para contratar com a Administração Pública. Na acepção de decisão, indica o ato administrativo pelo qual a Administração finaliza essa fase procedimental, decidindo que o sujeito é dotado da idoneidade necessária para ser contratado.

Dessarte, cabe destacar que em obediência à legislação que rege o certame em análise, qual seja, Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Codevasf, Lei nº 13.303/2016 e Decreto nº 10.024/2019; a qual dispõe que a habilitação dá-se, entre outros, com a qualificação técnica, o Termo de Referência, Anexo I do Edital Pregão Eletrônico nº 02/2023, estabeleceu:

9. DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO

Deverá ser apresentada em conformidade com as prescrições das leis que regem a matéria, de acordo com a previsão estabelecida no instrumento convocatório.

9.1. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

9.1.1. A Licitante deverá apresentar os seguintes documentos:

a) Atestado(s) em nome da concorrente, fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, descrevendo os serviços de forma a permitir a constatação da experiência da licitante na execução de serviços de fornecimento de insumos, observando:

[...]

b) A licitante deverá apresentar catálogos e dados, ou descrição detalhada, sobre forma de literatura, demonstrando as principais características das razões objeto desta licitação, e compreenderá no mínimo o seguinte:

[...]

9.1.1.1. Caso a licitante venha a fazer observações quanto aos requisitos técnicos exigidos nas especificações, a mesma deverá explicitar, em sua proposta, uma lista de desvios em relação ao exigido, informando razões que a levaram a apresentar tais observações, fato este sujeito à aprovação pela Codevasf.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 557.

Observa-se, portanto, que o instrumento convocatório não estabeleceu quantitativo mínimo de atestados; desse modo, tem-se por inviável e incabível a inserção de novos requisitos na atual fase da licitação; cabendo, por outro lado, a republicação do edital em caso de inserção de quantitativo mínimo de atestados. Nesse sentido, para Marçal Justen Filho², *a habilitação sujeita-se ao disposto na lei e no ato convocatório, não sendo atribuída autonomia para a autoridade administrativa criar padrões inovadores para avaliar a idoneidade do interessado.*

Outrossim, o Edital Pregão Eletrônico nº 02/2023 estabelece a possibilidade de realização de diligências, de modo a possibilitar o saneamento de erros ou falhas, a fim de que seja verificado o atendimento às condições de habilitação:

11.7. No julgamento dos documentos de habilitação o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação. (art. 47 do Decreto nº 10.024, de 20/09/2019);

11.8. Se a proposta ou o lance de menor valor não for aceitável ou se a licitante desatender às exigências de habilitação, o Pregoeiro examinará a proposta ou o lance subsequente, verificando a sua aceitabilidade e procedendo à sua habilitação, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma proposta ou lance que atenda ao Edital.

Oportuno ressaltar que o Edital Pregão Eletrônico nº 02/2023 traz a caracterização do objeto de forma precisa e suficiente, de sorte que nenhum dos licitantes apresentou impugnação ao edital. Tal condição está em conformidade com a legislação e com a jurisprudência do TCU, o qual entendeu, na Súmula 177, que *a definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.*

No caso em apreço, quando do aferimento dos requisitos mínimos de qualidade do produto apresentado pela Recorrida, a área técnica verificou o não atendimento de 2 (dois) itens, de um total de 30 (trinta) itens, que compõem o Item II do Grupo 1. Assim, inobstante esses configurem cerca de 6% (seis pontos percentuais) do total de itens, a área técnica apresentou quadro comparativo que demonstra a considerável diferença nos níveis de garantia, entre o mínimo exigido e o que fora apresentado pela Recorrida. Assim, cita-se o exemplo do item “Sódio mín. (mg/kg)”, que consta a necessidade mínima de 3.000 mg/kg, enquanto a ração proposta pela Recorrida oferece mínimo 2.000 mg/kg, o que fazer totalizar o diferença percentual a menor de cerca de 30% (trinta pontos percentuais), sendo, portanto, inviável utilizar-se de razoabilidade para a aceitação dessa.

² Idem

Nessa quadra, faz-se mister registrar que um dos princípios positivados no art. 31 da Lei nº 13.303/2016 é a vinculação ao instrumento convocatório, o qual *restringe o próprio ato administrativo às regras editalícias, impondo a inabilitação da empresa que descumpriu as exigências estabelecidas no ato convocatório* (STJ, 2.ª Turma, REsp. n.º 595.079/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 22.09.2009). Ademais, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro³, *o princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório; se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados*.

Entretanto, destaca-se que hodiernamente o TCU prima pelo formalismo moderado, pela razoabilidade e pela selação da proposta mais vantajosa, de modo que possui entendimentos de que “*o edital não constitui um fim em si mesmo, trata-se de instrumento para a consecução das finalidades do certame licitatório*” (Acórdão 1758/2003-TCU-Plenário), bem como que, “*o disposto no caput do art. 41 da Lei nº 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*” (Acórdão 3381/2013-TCU-Plenário).

Ocorre que, no presente processo licitatório, o item 9.1.1 do Termo de Referência, Anexo I do Edital Pregão Eletrônico nº 02/2023, estabeleceu a possibilidade de a licitante fazer observações quanto aos requisitos técnicos exigidos nas especificações, podendo assim explicitar, em sua proposta, uma lista de desvios em relação ao exigido, todavia, a Recorrida não o fez. Dessarte, conforme apontado pela área técnica, **a diferença identificada nos níveis de garantia do produto apresentado pela Recorrida é de ordem significativa**, além do que esse não atendimento faz caracterizar que **o produto não é do tipo superintensivo**, conforme precisamente descrito no objeto do certame.

Destarte, ressalta-se ainda que a jurisprudência do TCU pugna pela observância ao instrumento convocatório, de maneira que, para a Corte de Contas, a aceitação de produto com características técnicas inferiores às especificações definidas no termo de referência afronta o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e o princípio da isonomia, conforme a seguir

Insere-se na esfera de discricionariedade da Administração a eleição das exigências editalícias consideradas necessárias e adequadas em relação ao objeto licitado, com a devida fundamentação técnica. Entretanto, em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, é inadmissível que a Administração deixe de aplicar exigências previstas no próprio edital que tenha formulado. (Acórdão 2730/2015-TCU-Plenário, Relator: Bruno Dantas)

A aceitação de equipamento diferente daquele constante da proposta do licitante e com características técnicas inferiores às especificações definidas no termo de referência afronta o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (arts. 3º e 41 da Lei 8.666/1993) e o princípio da isonomia, diante da possibilidade de as diferenças técnicas

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 860.

entre os bens influenciar não só no valor das propostas, como também na intenção de potenciais licitantes em participar do certame. (Acórdão 1033/2019-TCU-Plenário, Relator: Aroldo Cedraz)

Além do mais, importa ainda apresentar jurisprudência de Tribunal que representa o entendimento dominante no Judiciário acerca da vinculação ao instrumento convocatório, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. PROPOSTA EM DESACORDO COM O EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. IMPOSITIVO. A observância dos princípios que norteiam as licitações em geral, especificamente os da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, é essencial para o resguardo do interesse público, o qual compreende não só os interesses específicos da Administração Pública como também os de toda coletividade. Em outros termos, a adstrição às normas editalícias restringe a atuação da Administração, impondo-lhe a desclassificação de licitante que descumpre as exigências previamente estabelecidas no ato normativo. Não há irregularidade na inabilitação de participante que não atendeu integralmente às exigências editalícias, previamente estabelecidas. Decisão mantida. agravo de instrumento improvido.

(TRF-4 - AG: 50035356220214040000 5003535-62.2021.4.04.0000, Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, Data de Julgamento: 14/07/2021, QUARTA TURMA)

Cumpra registrar que a fase atual indica que o produto da Recorrida fora inicialmente aprovado pela área técnica, e, em razão disso, a Recorrida fora habilitada. Sendo que em Contrarrazões ao Recurso, a Recorrida declarou que toda documentação exigida foi devidamente juntada no sistema, conforme solicitado, de modo que fora analisada e aprovada pela equipe técnica do órgão. Todavia, conforme análise apresentada no Parecer Técnico nº 01/2023, tal habilitação inicial do produto da Recorrida trata-se de erro da Administração.

Vale ressaltar que a possibilidade de correção de erro cometido pela Administração decorre, principalmente, do princípio da autotutela a essa inerente, o qual constitui poder-dever de anular, reformar, corrigir ou revogar seus atos. Em decorrência disso, no caso em apreço, o erro supracitado que culminou na habilitação inicial da Recorrida deve ser retificado, conforme realizado no Parecer Técnico nº 01/2023. Nesse sentido, veja-se o entendimento de Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁴:

O princípio da autotutela administrativa significa que a Administração Pública possui o poder-dever de rever os seus próprios atos, seja para anulá-los por vício de legalidade, seja para revogá-los por questões de conveniência e de oportunidade, conforme previsão contida nas Súmulas 346 e 473 do STF, bem como no art. 53 da Lei 9.784/1999.51 [...] A

⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense. MÉTODO, 2021. p. 118.

autotutela designa o poder-dever de corrigir ilegalidades e de garantir o interesse público dos atos editados pela própria Administração [...].

Outrossim, para José dos Santos Carvalho Filho⁵, a Administração não precisa ser provocada para o fim de rever seus atos:

A Administração Pública comete equívocos no exercício de sua atividade, o que não é nem um pouco estranhável em vista das múltiplas tarefas a seu cargo. Defrontando-se com esses erros, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade. Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários. Não precisa, portanto, a Administração ser provocada para o fim de rever seus atos. Pode fazê-lo de ofício. Aliás, não lhe compete apenas sanar as irregularidades; é necessário que também as previna, evitando-se reflexos prejudiciais aos administrados ou ao próprio Estado.

Por fim, entende-se que a manifestação apresentada no Parecer Técnico nº 01/2023 está em conformidade com os preceitos jurídicos, em especial os licitatórios, de maneira a confirmar que o presente procedimento licitatório está íntegro e regular, destacando-se que a presente análise está adstrita aos aspectos jurídicos da licitação, tendo em vista a absoluta incompetência técnica para analisar questões situadas para além de tal esfera.

III. CONCLUSÃO

Ante o exposto, **conclui-se pela possibilidade jurídica de ser deferido o recurso da Recorrente que pugna pela inabilitação da Recorrida**, na forma do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Codevasf, da Lei nº 13.303/2016, do Decreto nº 10.024/2019, e do Edital Pregão Eletrônico nº 02/2023.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Ao 3ª/CIB, conforme solicitado, para conhecimento e providências pertinentes.

MILRION GOMES MARTINS
Chefe da 3ª Assessoria Jurídica Regional
Decisão nº 741/2022

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 113-114.