

PARECER JURÍDICO N.º. 003/2023.

De: Marques Advogados Associados

Para: Comissão Permanente de Licitação do SENAC/RO

Ref. Concorrência Pública n. 001/2023 – Registro de Preços/SENAC-AR/RO

Trata-se de consulta pelo SENAC/RO referente ao recurso administrativo interposto pelo recorrente INDUSTRIA E COMERCIO DE CONFECÇÕES BIGMAR LTDA - BIGMAR UNIFORMES.

Para análise vieram os autos do processo administrativo em sua integralidade.

A recorrente alega em síntese que: embora esteja em pleno conhecimento de todos os aspectos da licitação e preencher todos os requisitos, a Comissão de Licitação desclassificou-a no processo licitatório, sob a alegação de que as amostras apresentadas relativas aos lotes 01, 04 e 05 não atendiam a plena descrição do objeto licitado e, diante do parecer da área técnica a amostra foi rejeitada, acarretando na sua respectiva desclassificação dos lotes mencionados. Afirmou que no ato da apresentação da amostra relativa aos lotes 01, 04 e 05 do certame, equivocou-se encaminhando amostra diversa da que tinha cotado. Sob alegação de mero erro de formalidade, podendo ser suprida, de tal modo que no ato do recurso afirmou ter apresentado a amostra correta e a que se refere-se a proposta apresentada.

A empresa BRITO COMERCIO DE CONFECÇÕES E UNIFORMES LTDA, apresentou contrarrazões ao Recurso, se limitando a afirmar que a recorrente não atendeu ao edital, tendo enviado amostras incorretas e em desacordo com os itens cotados, pugnando pela manutenção da decisão anteriormente aplicada.

Notadamente, a avaliação de amostras é uma das alternativas de que dispõe o gestor para assegurar a eficácia da contratação. Na prática, o procedimento propicia ao gestor um contato inicial com o produto a ser adquirido, ou, na maioria dos casos, com uma unidade idêntica, em princípio, àquelas que serão entregues após a celebração do contrato.

Nessa oportunidade, o gestor poderá proceder a uma avaliação do produto ou a uma gama de testes previamente definidos, com objetivo de verificar a aderência do produto ofertado aos requisitos de qualidade e desempenho estabelecidos no instrumento convocatório.

No presente caso, a apresentação da amostra do produto licitado, encontra-se previsto no item 12.9 e, como tal, é uma faculdade da instituição em solicitar, não havendo esta obrigatoriedade no ato da apresentação da proposta.

Apresentadas as amostras pelas empresas interessadas, encaminhado pelo setor competente para avaliação, o parecer restou concluído por existência de vícios nas amostras relativas aos lotes 01, 04, 05 do certamente no tocante à recorrente, quando confrontadas com descrito no Termo de Referência constante do edital, não coincidindo, de igual modo, com a descrição do produto constante da proposta da interessada.

Daí por que, para analisar a viabilidade ou não do saneamento, é preciso identificar se as falhas encontradas podem ser consideradas meramente formais ou se são materiais.

Sobre o tema, comenta Renato Geraldo Mendes:

“Exigências materiais são justamente as que têm a finalidade de garantir o cumprimento das condições pessoais e das condições relativas à proposta consideradas indispensáveis para a satisfação da necessidade da Administração ou da ordem jurídica.

Exigências meramente formais estão relacionadas à demonstração das exigências materiais e de outras condições que possam ser contornadas. O desatendimento de uma exigência formal pode ser relevado se a condição material for preservada ou se restar demonstrada de forma diversa daquela exigida.

Na legislação vigente, não há norma que autorize o afastamento de um licitante por descumprimento de exigência meramente formal. Muito pelo contrário, o afastamento em tal situação constitui flagrante violação da ordem jurídica, especialmente dos princípios que informam o regime da licitação, tais como da competitividade e da economicidade. Afastar licitante com fundamento em exigência formal é praticar ato contrário à essência da ordem jurídica.

*Dessa forma, **a eliminação de um competidor somente é correta, sob o ponto de vista jurídico, quando determinada pelo descumprimento de uma exigência considerada essencial ou material.** Se não for esse o caso, a eliminação deve ser reputada ilegal por violação da ordem jurídica, especialmente por atentar contra os princípios da competitividade, da obtenção da proposta mais vantajosa e da economicidade. (MENDES, 2012, p. 78.) (Grifos do original).”*

Resumidamente, este jurídico destaca que a jurisprudência consoante ao feito destaca, que as falhas formais são aquelas que, embora representem erros ou omissões quanto ao cumprimento de exigências do edital, não prejudicam seu conteúdo. E, por não prejudicarem o conteúdo/a essência do documento de habilitação ou da proposta, podem ser saneados ou esclarecidos pela Administração.

A exemplo disto, temos o Acórdão nº 1.170/2013 do Plenário, divulgado no Informativo de Jurisprudência daquela Corte:

“4. 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.

Representação contra o Pregão Eletrônico 4/2012 realizado pela Diretoria do Pessoal Civil da Marinha (DPCvM) para registro de preços de equipamentos de microfilmagem apontou, entre outras irregularidades, a “ausência de apresentação, pela vencedora do certame, da descrição completa do objeto ofertado, ante a omissão do modelo do equipamento”. Segundo a representante, “com a omissão do modelo ..., a equipe técnica da DPCvM não teria condições de saber se o equipamento ofertado preenchia os requisitos e exigências mínimas do termo de referência do Pregão 4/2012”. Argumentou ainda que a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 não se mostra cabível em algumas situações, “... ante o elevado número de informações faltantes nas propostas ..., comprometendo a análise acerca do produto ofertado e do atendimento às condições exigidas no edital”. A relatora, ao endossar as conclusões da unidade técnica, destacou que os documentos acostados aos autos “comprovaram que o equipamento entregue pela empresa Scansystem Ltda. atendeu as especificações técnicas previstas no termo de referência ...”. Acrescentou que “não há qualquer ilegalidade na diligência realizada pela pregoeira para esclarecer o modelo de equipamento ofertado pela Scansystem Ltda. Por um lado, porque a licitante apresentou sua proposta com as informações requeridas no edital ..., e, por outro, porque o ato da pregoeira objetivou complementar a instrução do processo, e **não coletar informação que ali deveria constar originalmente**”.

Mencionou que a jurisprudência deste Tribunal é clara em condenar a desclassificação de licitantes em virtude da ausência de informações que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações. Concluiu, por fim, que não houve prejuízo à competitividade decorrente da ausência de registro do modelo cotado pela vencedora do certame. “Cada licitante concorre com seu próprio equipamento e fornece os lances que considera justos para a venda de seu produto. O conhecimento do produto do concorrente possibilita o controle da verificação do atendimento das condições editalícias, fato que se tornou possível com a diligência realizada pela pregoeira”. Acompanhando o voto da relatora, o Plenário julgou a representação improcedente. (TCU, Acórdão nº 1.170/2013, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, 15.05.2013.) (Grifamos.)

Falhas meramente formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação de licitante. (Acórdão 2872/2010-Plenário)

Sendo que eventuais erros formais não devem implicar na exclusão automática do licitante do certame. Devendo a instituição licitante, após verificado o equívoco ocorrido, dispor de todas as formas de esclarecer tais erros, possibilitando, assim, o ajuste das amostras apresentadas, para adequá-la à proposta apresentada, eis que todos os produtos ofertados na proposta de preço estava em consonância a exigência no edital.

Isto porque, a exigência de amostra, não constitui requisito de habilitação, mas, sim, etapa do procedimento licitatório necessária à aceitação da proposta vencedora.

O TCU já se manifestou diversas vezes a respeito, trago o Acórdão 1487/2019 Plenário que por analogia coaduna ao presente feito: “A mera existência de erro material ou de omissão na planilha de custos e de formação de preços da licitante não enseja, necessariamente, a desclassificação antecipada da sua proposta, devendo a Administração promover diligência junto ao interessado para a correção das falhas, sem permitir, contudo, a alteração do valor global originalmente proposto.”

Outros julgados nesse mesmo sentido: ACÓRDÃO 2564/2009 Plenário; ACÓRDÃO 1734/2009 PLENÁRIO; ACÓRDÃO 1924/2011 Plenário; ACÓRDÃO 1811/2014 PLENÁRIO; ACÓRDÃO 2546/2015 PLENÁRIO; ACÓRDÃO 2742/2017 PLENÁRIO; ACÓRDÃO 2290/2019 Plenário.

A exigência de amostras pela instituição licitante, visa assegurar o pleno atendimento da necessidade do objeto licitado, conforme a descrição no edital, permitindo que a Administração aferira a compatibilidade material licitado ao que resta ofertado pela licitante, a fim de evitar frustrações na hora da entrega do produto.

Porém, a nosso ver, as amostras ou protótipos, quando exigida, não pode constituir condição de habilitação dos licitantes. Deve limitar-se ao licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar.

Inclusive, porque o edital no item 12.9, previu a faculdade da instituição em solicitar a amostra do produto, para fins de confronta-los com as propostas apresentadas, não sendo um critério de habilitação no edital.

A finalidade da amostra, neste sentido, será uma exigência meramente formal, a fim de averiguar as condições da empresa em fornecer o objeto compatível com sua proposta e, em atendimento ao edital, o que permite a abertura de prazo para regularização quando encontrado falha formal em sua apresentação.

Deste modo, a administração ao receber a proposta compatível com edital, quando solicitada a amostra respectiva, esta apresenta incompatibilidade com a proposta, poderá entender que se trata de defeito meramente formal e, sanados estes erros, sua habilitação deve ser mantida.

A finalidade desta atitude é a preservação das propostas e ampliação da competição, isto porque tal erro é considerado sanável sem maiores prejuízos à administração pública e aos demais concorrentes.

Neste sentido, o Superior Tribunal Federal emitiu a seguinte jurisprudência:

*"Licitação: **irregularidade formal na proposta vencedora que, por sua irrelevância não gera nulidade.** Verifica-se pois, que o vício reconhecidamente praticado pela ora recorrida, embora reflita desobediência ao edital, **consubstancia tão somente irregularidade formal, incapaz de conduzir à desclassificação de sua proposta.** Se de fato o edital é a lei interna da licitação, deve-se abordá-lo frente ao caso concreto tal qual toda a norma emanada do Poder Legislativo, interpretando-o à luz do bom senso e da razoabilidade(...)"*

Indubitavelmente não se pode admitir a possível desclassificação de uma licitante por mero erro formal, capaz de ser sanado, a fim de se evitar o chamado **formalismo exacerbado.**

A desclassificação de qualquer interessada deve ocorrer somente quando forem infringidos valores jurídicos relevantes, de modo a comprometer os fins almejados e jamais quando houver a possibilidade de ser supridos de forma imediata, ou através de medidas saneadoras, e sem qualquer prejuízo aos demais participantes e à Administração Pública.

Portanto, salvo melhor juízo, a apresentação de amostras é um ato meramente formal, uma vez que a proposta foi adequada ao que previu o edital. De tal modo que a proposta é que vincula a licitante e não a amostra apresentada, a qual serve apenas para diligenciar sobre a capacidade da empresa interessada em fornecer a qualidade do produto a ser contratado.

Neste sentido, o SENAC poderá valer-se do item 17.4 do edital, no qual reserva o direito a “solicitar aos licitantes esclarecimentos complementares necessários para uma perfeita apreciação e julgamento das propostas”.

Mormente, sendo possível diligenciar ou relevar omissões e falhas meramente formais, desde que isso não venha desde que isso não venha comprometer a lisura do certame e possam ser sanadas em prazo fixado pelo mesmo, nos termos do item 17.12.

Além disto, verifica-se que a recorrente apresentou a amostra que julga adequada, na primeira oportunidade em que teve a se manifestar no feito, alegando falha meramente formal.

Concluimos, então, que a apresentação equivocada de um material não compatível com a proposta, na condição de amostra, trata-se de falha de natureza formal, podendo ser saneada, não servindo de motivo para a desclassificação automática das propostas apresentadas, sem as devidas diligências para supri-las.

Neste sentido, já tendo a recorrente suprido a falha meramente formal no momento da interposição do Recurso, sugiro a suspensão do certame para encaminhamento do amostra apresentada, para que o setor técnico competente analise as amostras e emita parecer se o material apresentado é compatível ou não com a proposta apresentada, suprimindo mera falha formal.

E como tal, caso o parecer julgue que a amostra é compatível, reconsidere a decisão da Comissão, para fins de classificar a recorrente, tendo suprido mero erro formal, em consonância ao entendimento esposado pelo TCU.

Prestigiando a seleção da melhor proposta em ambiente de maior competitividade, sem prejudicar os princípios que regem o processo de contratação, sobretudo o da isonomia, pois tal oportunidade deve ser concedida a todos os licitantes que se encontrem em situação semelhante.

Neste sentido, não houve alteração documental, muito menos na proposta anteriormente classificada como vencedora para os lotes em questão. Houve, em verdade, uma apresentação de amostra divergente ao que consta da

Marques

ADVOGADOS ASSOCIADOS

proposta, o que de fato pelos itens 17.4 e 17.12 do edital é permitido que sejam sanadas, a fim de garantir a administração a maior competitividade e economicidade à instituição.

Destaca que o parecer desta assessoria jurídica, em atendimento ao interesse e conveniência desta instituição e à estrita legalidade, é meramente opinativo, não vinculando a decisão da Administração, a qual tem liberdade de deliberar sobre a melhor posição e interesses da instituição.

É o parecer.

Porto Velho, 09 de maio de 2023.

ROSILENE DE OLIVEIRA
ZANINI:83412344249

Assinado de forma digital por ROSILENE DE OLIVEIRA
ZANINI:83412344249
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=AC SOLUT1 Multipla vs,
ou=Renovacao Electronica, ou=Certificado Digital,
ou=Certificado PF A3, cn=ROSILENE DE OLIVEIRA
ZANINI:83412344249
Dados: 2023.05.09 15:55:58 -04'00'

ROSILENE O. ZANINI

OAB/RO 4542

Ciente. Encaminho a CPLP para providências cabíveis, conforme orientação jurídica.



Nina Cátia Alexandre Cavalcante
Diretora Regional

10.05.23