

## RESPOSTA IMPUGNAÇÃO

### PREGÃO PRESENCIAL Nº 037/2016

**INTERESSADO:** AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.  
**PROCESSO:** 736/2016  
**ASSUNTO:** Impugnação Edital Pregão Presencial nº 037/2016  
**DATA:** 04/05/2016

Trata-se de impugnação, interposta pela empresa **AIR LIQUIDE BRASIL LTDA**, devidamente qualificada, através de seu representante legal, contra edital de licitação, na modalidade Pregão Presencial nº 037/2016, destinado ao **REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO DE GASES MEDICINAIS PARA SUPRIR NECESSIDADES DE TODAS AS UNIDADES DE SAÚDE, PRONTO ATENDIMENTO MUNICIPAL, SAMU, CEMOC, AMBULÂNCIAS E A PACIENTES QUE FAZEM USO CONTÍNUO DOS PRODUTOS.**

I. A Impugnante esclarece que o objetivo da impugnação ao edital da licitação em referência não é o de procrastinar o bom e regular andamento do processo, mas sim evidenciar a Comissão os pontos de necessitam ser revistos, pois se mantidos provocarão a violação dos princípios e regras que regulam o processo licitatório.

II. Alega a empresa impugnante que de acordo com o item 3.2 do edital alguns itens foram destinados para participação exclusiva de Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte conforme instituído pela Lei Complementar nº 123/06 alterada pela 147/14, salientando que a própria Lei em seu Art. 49, no seu inciso III diz:

**Art. 49.** Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

III – o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

Alega ainda que “Muito embora a exclusividade esteja sendo aplicada de acordo com o tratamento diferenciado instituído pela Lei Complementar Federal nº

123/2006, alterada pela também Lei Complementar Federal nº 147/2014, é evidente que à Administração não será favorável, pois provocará uma redução do rol de participantes para os referidos itens e, quanto menor o número de participantes, menor a possibilidade da Administração receber propostas com condições mais vantajosas para a aquisição pretendida”.

Solicita a empresa impugnante a exclusão da exclusividade de participação a fim de possibilitar a ampla participação de empresas no processo.

III. Ainda em impugnação, a empresa impugnante alega que o edital faz exigências excessivas em relação aos Atestados de Capacidade Técnica, pois a alínea “a)” do item 11.7 estabelece:

**a) Atestado de Capacidade Técnica**, expedido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que comprovem ter o licitante fornecido satisfatoriamente os materiais ou serviços pertinentes e compatíveis com o objeto desta licitação. Podendo ser exigido da proposta melhor classificada, que apresente cópia autenticada do contrato da prestação do serviço ou da nota fiscal, que deram origem ao Atestado. Se o atestado for emitido por pessoa jurídica de direito privado, este deverá ser emitido preferencialmente em papel timbrado do emitente e deverá constar o reconhecimento de firma passada em cartório do titular da empresa que firmou a declaração;

1) Alega que a exigência de firma reconhecida para os atestados restringe a competitividade do certame, “pois o reconhecimento de firma dificulta o alcance do documento”.

2) Alega, também, que “é vedado estipular no edital que o atestado tenha sido expedido num certo período, contenha prazo de execução ou que ele seja acompanhado por notas fiscais/ contrato que comprovem o fornecimento, pois tais exigências também não encontram amparo legal”.

Sendo assim, a Impugnante pede a exclusão da possibilidade de apresentação de cópia autenticada do contrato de prestação do serviço ou da nota fiscal, que deram origem ao Atestado e da exigência de reconhecimento de firma para atestados de capacidade técnica emitido por pessoa jurídica de direito privado.

IV. Informa a Impugnante que o edital apresenta dois prazos distintos para validade da Certidão de Falência e Recuperação Judicial, quais sejam, 120 (cento e vinte) e 90 (noventa) dias.

**V.** Informa também, que no item 22.1.2 do Edital se refere ao Termo de Referência com o nº 028/2016, quando na realidade seria o nº 032/2016.

**VI.** Ainda em alegação, a empresa Impugnante diz que “do Termo de Referência do edital apresenta tabela contendo a descrição dos itens, onde se verifica que a unidade prevista de fornecimento para os gases na referida tabela varia em “TB” e “L”, o que inviabiliza o entendimento por parte das licitantes se a referida unidade considera o volume em m<sup>3</sup> do produto, a quantidade de cilindros ou a quantidade de cargas que deverão ser realizadas”.

**VII.** E continua: “A despeito dos prazos previstos para entrega dos gases, o edital prevê prazo máximo de 12 (doze) horas para entregas dos gases e de no máximo 02 (duas) horas para abastecimento emergencial”. Sugere que: “Neste sentido, os prazos razoáveis e exequíveis para atendimento pelas empresas para não podem ser inferiores a: - prazo de entrega dos gases: até 02 (dois) dias a contar da solicitação; - prazo de abastecimento emergencial: em até 08 (oito) horas a contar da solicitação”.

**VIII.** Aduz a Impugnante que “o Termo de Referência estabelece que a Contratada deverá fornecer os cilindros em comodato e que o dimensionamento do quantitativo de cilindros deverá ser realizado pela Contratada através de levantamento da probabilidade de existência de unidades defeituosas”. “Ocorre que não compete à Contratada a realização de levantamento para percepção do número de cilindros a serem comodatados”.

**IX.** E por fim, alega a Impugnante que “o anexo VIII contempla a minuta de Ata de Registro de Preços, a qual apresenta prazo de validade de 06 (seis) meses e prevê várias cláusulas que deveriam ser contempladas apenas na minuta do contrato e não são compatíveis com as previsões da ata de registro de preços”.

Ao final requer o recebimento, análise e admissão da impugnação, para que o ato convocatório seja retificado nos assuntos impugnados.

É o relatório.

Assim, passa a Comissão de Licitação a esclarecer:

I. Não é o objetivo da administração acomodar nas licitações públicas toda e qualquer solução excêntrica em torno do objeto pretendido, mas garantir a ampla concorrência em torno do atendimento de suas necessidades, o que foi alcançado no edital ora impugnado.

II. Em relação a empresa impugnante mostrar sua preocupação com *“considerando que a adoção da ampla participação favorecerá o aumento do número de empresas participantes na licitação e, conseqüentemente o aumento do número de propostas mais vantajosas para a administração, em prol da Competitividade e Economicidade, respectivamente”* vale salientar que esta Comissão não entende que estejamos infringindo a lei, pois a Lei complementar nº 123/2006 alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, diz nos Artigos 47 e 48:

**Art. 47 e 48º da Lei Complementar n.º 123/2006:**

**Art. 47.** Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, **poderá** ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

**Art. 48.** Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública **poderá** realizar processo licitatório:

I – destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte **nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);**”

**Já nos Art. 47 e 48 da Lei Complementar nº 147/2014, que altera a 123/2006:**

**Art. 47.** Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, **deverá** ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

**Parágrafo único.** No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.” (NR)

**Art. 48.** Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - **deverá** realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte **nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);**

Vejam os o que diz o dicionário:

**po-der** |ê| - **Conjugar**

(latim vulgar \**potere*, de *possum*, *posse*, ser capaz de, poder)

*verbo transitivo*

1. Ter a faculdade de.
2. Ter ocasião ou possibilidade de.
3. Estar sujeito a.
4. Ter força física para.
5. Ter razões para.

*verbo intransitivo*

"**poderá**", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/poder%C3%A1> [consultado em 07-08-2015].

*substantivo masculino*

8. Possibilidade, faculdade.

"**poderá**", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/poder%C3%A1> [consultado em 07-08-2015].

**de-ver** |ê| - **Conjugar**

(latim *debeo*, *-ere*)

*verbo transitivo*

1. Estar obrigado a.
2. Ser necessário.
3. Ter de suceder.
4. Ter dívidas.
5. Ser provável que.
6. Ter a dívida de.
7. Estar reconhecido (a alguém) por.

*substantivo masculino*

8. Ato que tem de se executar em virtude de ordem, preceito ou conveniência.
9. Obrigação.

"**deverá**", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/dever%C3%A1> [consultado em 07-08-2015].

Portanto, pela alteração introduzida na Lei 123/2006 pela Lei 147/2014 a administração pública **não poderá** e **sim deverá** dar tratamento diferenciado as ME e

EPP, adquirindo dessas todos os **itens** cujo valor de mercado for abaixo de R\$ 80.000,00.

Entendemos que abrir o procedimento para ampla participação não é prerrogativa da Administração, e neste sentido não vemos prejuízo para Prefeitura de Primavera do Leste, pois o Edital é dividido em itens facultando-se ao licitante a participação em quantos itens for de seu interesse, o que abrange maior competitividade.

A previsão legal de exclusividade de participação de ME e EPP em licitações de até R\$ 80.000,00 estimula um setor de suma importância para a economia do Brasil que, segundo o Caderno de Logística nº 4 – Comprando das Micro e Pequenas Empresas (2013, p. 7), do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, “representam 99% das empresas formalmente estabelecidas, gerando mais de 52% dos empregos formais e cerca de 25% do PIB.”

Vejamos o disposto nos artigos 170, inciso IX e 179 da Constituição Federal:

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

(...)

*IX - **tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte** constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.*

*Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte**, assim definidas em lei, **tratamento jurídico diferenciado**, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.*

Sendo que tais dispositivos foram regulamentados pela Lei Complementar 123/06 que ainda em seu art. 44 expressa a **CLARA PREFERÊNCIA de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte**, dentro da margem denominada empate ficto, que também abrange o empate real (proposta do mesmo valor).

Desta forma, quando da elaboração do edital esta comissão de licitação procedeu com análise teológica, isto é, método de interpretação legal que tem por critério a finalidade da norma prevista para manter o edital em todos os seus termos dando preferência de contratação de ME's e MPE's, conforme determina os arts 170, IX e 179 da Constituição Federal, art. 44 da Lei Complementar 123/06 e Lei complementar 147/14.

Estabelece a legislação complementar que, na inexistência de pelo menos 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas nas licitações, não se aplicará o tratamento diferenciado.

*“A redação legal certamente produzirá sérios problemas, eis que não se faz alusão à efetiva participação de um número mínimo de licitantes. O que se estabelece é a existência de pelo menos três empresas em condições de competir”, enfatiza Marçal JUSTEN FILHO.*

Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães demonstram receio a esta restrição, posicionando-se da seguinte maneira: “... Já nos antecipamos em revelar preocupação em relação ao como comprovar se há ou não três pequenas empresas capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.” (destaque dos autores).

O entendimento de Marçal Justen Filho é de que essa norma deve ser interpretada de forma ampliativa, de acordo com o exposto a seguir:

*“A natureza peculiar da disposição conduz à necessidade de tratamento hermenêutico ampliativo da disposição. A vontade legislativa não é a restrição absoluta da disputa, mas a competição entre pequenas empresas. Sob esse prisma, a vedação à participação de empresas de maior porte apenas poderá ser justificada se houver uma efetiva e concreta competição entre pequenas empresas. Daí a proposta de interpretação, no sentido de que será necessária a existência de três fornecedores em condições de participar do certame. Esse será um requisito de adoção da licitação diferenciada, restrita à participação de pequenas empresas. No entanto, a validade da licitação dependerá da efetiva participação de pelo menos três licitantes em condições de efetiva competição”.*

Esse dispositivo apresentará especial relevância quando a licitação diferenciada envolver a restrição geográfica à participação de licitantes. Nos casos em que o certame for reservado para ME ou EPP sediadas em determinada Região ou Município, a verificação do requisito será essencial, para assegurar o atingimento da finalidade da sistemática instituída.

Afirmam Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães que: “o inciso III cuida de tema que soa óbvio porque não havendo vantajosidade para a Administração Pública certamente não haverá de se aplicar não apenas a solução da LC nº 123/06, mas qualquer outra que seja porque o interesse público deve mesmo ser sobreposto aos das ME/EPP”.

Convém reproduzir as lições de Marçal Justen Filho sobre o tema:

*Deve-se entender que não se admitirá que a Administração Pública desembolse valores incompatíveis com os preços disponíveis no mercado. Se o resultado da licitação diferenciada conduzir a preços superiores aos usuais de mercado, caberá à Administração Pública promover a revogação da licitação. (...)*

Indo avante, deve-se reconhecer que a regra do art. 49, inc. III, envolve duas ordens de avaliação por parte da Administração Pública. A identificação dos efeitos negativos de uma licitação diferenciada tanto deve fazer-se de modo antecipado como ser promovida por ocasião da homologação de seu resultado.

Isso significa que, por ocasião da cogitação da adoção da licitação diferenciada, caberá à Administração Pública exercitar um juízo similar ao previsto no art. 23, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666. Tratar-se-á de formular uma previsão sobre os efeitos de escala econômica, para apurar se a licitação diferenciada redundará em elevação de custos.

Caberá a Administração Pública examinar se existem 03 fornecedores - competitivos enquadrados como MPEs, sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório - na fase interna da licitação. Este requisito deve ser avaliado não só na fase interna, mas, também, no decorrer da disputa propriamente dita, como requisito de participação mínima no certame.

Entende-se que o requisito poderá ser demonstrado através das pesquisas de preços realizadas na fase interna do certame, as quais deverão incluir, no mínimo, 03 (três) MPEs sediadas local ou regionalmente e que sejam capazes de cumprir as exigências do edital, as quais deverão compor o processo administrativo. Neste caso os órgãos poderão, por exemplo, manter cadastro de fornecedores atualizado para conferência no momento que antecede ao certame.

Esta comprovação poderá ser realizada também no decorrer da disputa, examinando-se a efetiva participação de MPEs no certame, e não somente na fase interna da licitação, o que entende-se ser a melhor linha de raciocínio, pois garante uma mínima participação no certame, em prol da competitividade, princípio essencial que rege a licitação. Seguindo este pensamento, só será possível conferir os benefícios às MPEs se no momento da disputa estiverem presentes 03 (três) licitantes MPEs sediadas localmente e capazes de cumprir as exigências do edital.



Deste modo, da leitura do inciso III do artigo 49 é possível inferir que a Administração Pública poderá recusar a aplicação do tratamento diferenciado a MPEs quando não vislumbrar tal equação, de tal modo que se mostre inconveniente e não eficiente a aplicação da política na aquisição de determinado bem ou contratação de serviço. Todavia, é imperioso, e de forma muito bem fundamentada, levar a questão a termo nos autos do processo administrativo, sob pena de os órgãos de controle lançar críticas a respeito da licitação e respectivo contrato se configurada fuga às prerrogativas previstas na lei.

Sendo assim, no caso de nenhuma empresa ME ou EPP apresentar propostas para os itens exclusivos, ou não ficar comprovada a vantajosidade e economicidade para a administração, os itens serão declarados desertos e o certame será reaberto com a marcação de uma nova data para ampla participação.

**III. 1)** A Comissão não conseguiu vislumbrar a restrição alegada pela Impugnante quando fala dos Atestados de Capacidade Técnica “pois o reconhecimento de firma dificulta o alcance do documento”. A administração precisa se cercar, em suas contratações, de um mínimo de garantias, e para isso solicita que os Atestados de Capacidade Técnica emitidos por Pessoas Jurídicas de Direito Privado sejam apresentados com o reconhecimento de firma do seu emitente.

O reconhecimento de firma no Atestado de Capacidade Técnica emitido por Pessoa Jurídica de Direito Privado atribui maior legitimidade ao documento e seriedade ao processo.

É transcrito, a seguir posição da área técnica do MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, SECRETARIA EXECUTIVA, SUBSECRETARIA DE ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS, referente a Impugnação ao Edital – Pregão Eletrônico nº 08/2013, que corrobora com a opinião dessa Comissão:

[...]

*IV. DA NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DE FIRMA DOS ATESTADOS – POSSIBILIDADE DE COMPROVAR A AUTENTICIDADE POR OUTRAS VIAS – DESVIO DE FINALIDADE*

A presente licitação não está restringindo o caráter competitivo e está seguindo os princípios e à legislação pertinente à licitação.

Para abater os termos da impugnação, faz-se necessário, contra argumentar-se cada ponto atacado.

Em princípio, faz confusão o impugnante, entre autenticidade de documentos e eficácia de atos jurídicos.

A expressão eficácia do ato jurídicos é usada tanto pelo direito civil como pelo direito administrativo, mas em sentidos diferentes, e daí, talvez, a causa da confusão interpretativa. Segundo o direito administrativo, o ato será eficaz ou ineficaz, conforme seja apto a produzir ou não produzir todos os seus efeitos esperados, não significando ineficácia a invalidade do ato, que existe de fato, mas subordinado a uma condição suspensiva ou a um termo.

Certo é que, o art. 32 da Lei Geral de Licitações, regula a forma de apresentação de documentos: ***em original, em cópia autenticada em cartório competente, por servidor da Administração ou em publicação por órgão da Imprensa Oficial***. Tal como afirmado, o art. 32, regula tão somente a FORMA de apresentação de documentos, presumindo-se como verdadeiras as declarações em relação ao signatário não tendo relação direta com a legitimidade da parte.

Para tanto, traz-se a baila, o artigo 368 e 369 do Código de Processo Civil Pátrio,

*Art. 368. As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.*

*Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato.*

*Art. 369. Reputa-se autêntico o documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença.*

O art. 369 do CPC confere presunção de autenticidade ao documento quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença. Nesse caso, considera-se que o apresentante, ao exibir o documento cuja assinatura contém presunção de autenticidade, cumpre o seu ônus, de modo que volta a prevalecer a regra geral de ônus da prova. O art. 369 do CPC, ao conferir presunção de autenticidade ao documento, quando o tabelião reconhece a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença, não exclui a possibilidade de considerar cumprido o ônus do apresentante pela exibição de documento cuja firma tenha sido reconhecida por semelhança. O reconhecimento por semelhança possui aptidão para atestar a similitude da assinatura apresentada no documento com relação àquelas apostas na ficha de serviço do cartório, bem como o reconhecimento de firma por autenticidade tem a finalidade de atestar, com fé pública, que determinada assinatura é de certa pessoa, ainda que com menor grau de segurança.

Para o exame da matéria, que se refere a uma antinomia aparente de normas, há que se considerar que um dos critérios de interpretação jurídica é o da especialidade. Segundo tal critério, a norma específica prevalece sobre a de natureza geral, considerando-se aquela como “a que acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta.” (cf. MARIA HELENA DINIZ, in Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, p. 74).

A esse respeito, a mesma autora comenta que “a norma geral só não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial, que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma geral...”. Além disso, a norma geral nova não revoga a norma específica, a menos que disponha expressamente sobre a mesma ou promova revogação explícita.

Ao comentar os pontos atacados no art. 30 da Lei nº 8.666/93 pela impugnante, quais sejam:

**§ 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: (grifo da impugnante)**

**§ 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. (grifo da impugnante)**

Cumpri ressaltar que, o Edital de Pregão Eletrônico nº 08/2013 e seus Encartes, nos itens que abarcam a qualificação técnica, restringe a comprovação de atendimento segundo os termos contidos no artigo supra mencionado, restringindo a comprovação da capacidade técnica a apresentação de Atestado de Capacidade Técnica. Não sendo exigido a comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas, conforme enunciado contido no § 5º, do artigo 30 da Lei nº 8.666/93.

Faz-se necessário, comentar as decisões colacionadas. Assim, passa-se a esclarecer o conteúdo do REsp 542333 / RS Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, STJ, cuja matéria sustenta-se a violação aos artigos 3º e 41 da Lei nº 8.066/93, na medida em que os agravantes não tomaram os cuidados necessários à apresentação de instrumento procuratório hábil no momento da entrega das propostas, e entre os princípios que regem o procedimento licitatório encontra-se o do vinculação ao instrumento convocatório.

Como bem elucidado no voto no nobre julgador, "*Ora, a ausência de reconhecimento de firma pode ser facilmente suprida pelos demais documentos apresentados e ao longo do procedimento licitatório. Deste modo, ela se constitui em mera irregularidade, perfeitamente sanável, pois não causa qualquer prejuízo ao interesse público*". No caso defeso no STJ é perfeitamente sanável a ausência de reconhecimento de firma uma vez que existem outros documentos que compõe a documentação do licitante que possuem a capacidade de demonstrar a autenticidade e veracidade do documento procuratório.

Portanto, o risco de prejuízo ao interesse público é ausente, contudo, a eventual supressão da exigência contida no instrumento convocatório do MEC, deixará a deriva o Princípio do Interesse Público.

É possível entender interesse público como proteção da coletividade, prevalecendo sempre o interesse privado das pessoas, não sendo, portanto, o destinatário do ato da administração apenas uma pessoa, e sim, toda a sociedade. Ainda, na concepção de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "é o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerado em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.". E segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, "a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes na sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é em decorrência de sua supremacia". Ou seja, sempre que houver conflito entre um interesse individual e um interesse coletivo deve prevalecer o interesse público.

Já o manifesto contido no RMS 18254 / RS, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, STJ, versa sobre, *Na espécie, restou sobejamente evidenciado que a aposição de rubrica e não de assinatura do perito, no trabalho técnico produzido, não resultou em qualquer irregularidade no certame licitatório, posto que ausente qualquer mácula nos procedimentos substanciais praticado pela Administração Pública.*

O acerto, parcialmente colacionado, e julgado pela nobre corte, versa sobre particularidade de trabalho técnico cuja formalidade não implica em prejuízo a interesse público.

Vale lembrar que, o procedimento licitatório é um conjunto de atos sucessivos, realizados na **forma** e nos prazos **preconizados na lei**.

A jurisprudência a respeito da exigência do Atestado de Capacidade já vem sendo discutida pelo TCU. Na 4ª edição do Livro “Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU”, que contempla orientações sobre licitações e contratos administrativos, em sua página 407 trata dos atestados de capacidade técnica:

*Atestados de capacidade técnica são documentos fornecidos por pessoa jurídica, de direito público ou privado, para quem as atividades foram desempenhadas com pontualidade e qualidade. E nesse documento que o contratante deve certificar detalhadamente que o contratado forneceu determinado bem, executou determinada obra ou prestou determinado serviço satisfatoriamente.*

Ainda utilizando do Livro “Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU”, que contempla orientações sobre licitações e contratos administrativos, em sua página 409, vê-se que:

Devem os atestados de capacidade técnica ser/estar:

- relacionados ao objeto da licitação;
- exigidos proporcionalmente ao item, etapa ou parcela ou conforme se dispuser a divisão do objeto;
- fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, com identificação do emissor;
- emitidos sem rasuras, acréscimos ou entrelinhas;
- **assinados por quem tenha competência para expedir-los;**
- registrados na entidade profissional competente, quando for o caso;

Ainda com relação a exigências de atestados, deve ser observado que:

- seja pertinente e compatível em características, quantidades e prazos exigidos na licitação;
- sempre que possível, seja permitido somatório de quantitativos, de forma a ampliar a competição;
- não seja limitado a tempo (validade), época ou locais específicos;
- possa ser demonstrada a comprovação de aptidão até a data de entrega da proposta, não restrita à de divulgação do edital.

Verifica-se que, com relação à exigência do Atestado de Capacidade Técnica a Administração está exigindo o que a lei de licitações preceitua e o que a jurisprudência orienta.

À exigência prevista, ou seja, quando o Atestado de Capacidade Técnica for emitido(s) por pessoa jurídica de direito privado, o(s) atestado(s) mencionado(s) deverá(ão) apresentar firma reconhecida, a presente licitação não está limitando a concorrência e está de acordo com a jurisprudência já publicada pelo TCU.

Destacamos a seguir o ACÓRDÃO Nº 616/2010 – TCU - 2ª Câmara:

#### **ACÓRDÃO Nº 616/2010 – TCU – 2ª Câmara**

Vistos, relatados e discutidos estes autos que versam sobre representação formulada por esta Unidade Técnica com o objetivo de averiguar a regularidade na execução dos contratos de fornecimento de mão de obra terceirizada para a Companhia de Eletricidade do Acre – Eletroacre.

[...]

9.4.1 na realização de futuros procedimentos licitatórios:

[...]

9.4.1.2 **discrimine de forma inequívoca todos os documentos a terem suas assinaturas com firma reconhecida**, evitando, desta forma, inabilitações pelo descumprimento de formalidades editalícias, ocasionadas pela interpretação equivocada de suas disposições, bem como em busca da proposta mais vantajosa para administração, em conformidade com o art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93; (grifo nosso)

[...]

10. Ata nº 4/2010 – 2ª Câmara.

11. Data da Sessão: 23/2/2010 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0616-04/10-2.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (na Presidência), Benjamin Zymler (Relator), Raimundo Carreiro e José Jorge.

Vale ressaltar ainda que, o § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, versa sobre a promoção de diligência destinada a **esclarecer ou a complementar a instrução do processo**, ou seja, esclarecer ou complementar informações quanto aos serviços a serem comprovados por meio de Atestado(s) de Capacidade Técnica.

Desta forma tal exigência é totalmente impertinente, motivo pelo qual não assiste razão a impugnante no seu pleito.

**III. 2) Em relação ao questionamento da empresa impugnante sobre os atestados de capacidade técnica, que solicita: 11.7. Relativos à Qualificação Técnica**

**a) Atestado de Capacidade Técnica**, expedido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que comprovem ter o licitante fornecido satisfatoriamente os serviços pertinentes e compatíveis com o objeto desta licitação. **“Podendo ser exigido da proposta melhor classificada, que apresente cópia autenticada do contrato da prestação do serviço ou da nota fiscal, que deram origem ao Atestado”** esta Comissão não entende a necessidade de excluir essa exigência que é grafada em todos nossos Editais de Licitações. Exigimos a apresentação do atestado de capacidade técnica, a fim de resguardar a Administração Pública na sua contratação. Não exigimos que a empresa apresente para sua habilitação o Contrato ou Nota Fiscal que deram origem ao Atestado de Capacidade Técnica e sim alertamos que poderá ser exigido da empresa vencedora, através de diligência, a apresentação da comprovação da execução dos serviços, no caso de haver dúvidas quanto a veracidade de tal. O TCU no seu Informativo de Licitações e Contratos nº 148, sessões: 16 e 17 de abril de 2013, diz:

“No que se refere às notas fiscais, a jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o art. 30 da Lei 8.666/1993, ao utilizar a expressão “limitar-se-á”, elenca de for-

ma exaustiva todos os documentos que podem ser exigidos para habilitar tecnicamente um licitante (v.g. Decisão 739/2001 – Plenário; Acórdão 597/2007 – Plenário). A par disso, há que se destacar o fato de que nenhuma dúvida ou ressalva foi suscitada, pela equipe que conduziu o certame, quanto à idoneidade ou à fidedignidade dos atestados apresentados pela empresa. Mas mesmo que dúvidas houvesse nesse sentido, dada a natureza da prova que se procura obter com a exigência de atestados de capacitação técnica, o certo é que pouca ou nenhuma utilidade teriam as respectivas notas fiscais. **Numa tal hipótese, incidiria, isto sim, a disciplina do § 3º do art. 43 do Estatuto de Licitações, que faculta à Administração a realização de diligências para esclarecer ou complementar a instrução do processo.**

**IV.** Informa a Impugnante que o edital apresenta dois prazos distintos para validade da Certidão de Falência e Recuperação Judicial, quais sejam, 120 (cento e vinte) e 90 (noventa dias), no que já foi corrigido no edital. O prazo correto da Certidão de Falência e Recuperação Judicial é no máximo 120 (cento e vinte) dias de sua emissão.

**V.** Informa também, que no item 22.1.2 do Edital se refere ao Termo de Referência com o nº 028/2016, quando na realidade seria o nº 032/2016, o que também já foi corrigido no edital, o correto é Termo de Referência nº 032/2016.

**VI.** Ainda em alegação, a empresa Impugnante diz que “do Termo de Referência do edital apresenta tabela contendo a descrição dos itens, onde se verifica que a unidade de fornecimento para os gases prevista na referida tabela varia em “TB” e “L”, o que inviabiliza o entendimento por parte das licitantes se a referida unidade considera o volume em m<sup>3</sup> do produto, a quantidade de cilindros ou a quantidade de cargas que deverão ser realizadas”. A área técnica da Secretaria Municipal de Saúde enviou nova Tabela para que fosse alterada no Termo de Referência.

#### **VII. Do prazo de entrega do objeto:**

Sugere a impugnante que os prazos razoáveis e exequíveis para atendimento pelas empresas não podem ser inferiores a: - prazo de entrega dos gases: até 02 (dois) dias a contar da solicitação; - prazo de abastecimento emergencial: em até 08 (oito) horas a contar da solicitação.

Sendo o Pronto Atendimento Municipal e o SAMU unidades que prestam atendimento 24 horas em regime de urgência e emergência, as mesmas devem ter

seus estoques supridos tão logo seja necessário sua reposição, devido a essencialidade das mercadorias para atendimento aos usuários do sistema de saúde.

A Secretaria Municipal de Saúde não dispõe de espaço para depósito e guarda dos cilindros reserva, sendo assim, o abastecimento dos Gases Medicinais deverá ocorrer no prazo **máximo de 12 (doze) horas**, após a solicitação feita pelas unidades da Secretaria Municipal de Saúde, **exceto em casos emergenciais** quando o suprimento deverá ser realizado em no **máximo 02 (duas) horas**, a partir da solicitação.

Outro fato preponderante que interfere diretamente no prazo de suprimento dos gases medicinais são os usuários do Sistema Único de Saúde que fazem uso dos cilindros em suas residências, sendo que os cilindros utilizados pelos mesmos devem ser reabastecidos logo após o seu término.

Portanto, opinamos pela manutenção dos prazos de entrega constantes no Termo de Referência.

**VIII.** Aduz a Impugnante que “o Termo de Referência estabelece que a Contratada deverá fornecer os cilindros em comodato e que o dimensionamento do quantitativo de cilindros deverá ser realizado pela Contratada através de levantamento da probabilidade de existência de unidades defeituosas”. “Ocorre que não compete à Contratada a realização de levantamento para percepção do número de cilindros a serem comodatados”. A informação foi complementada no Termo de Referência.

**IX.** Quanto a alegação da Impugnante que “o anexo VIII contempla a minuta de Ata de Registro de Preços, a qual apresenta prazo de validade de 06 (seis) meses e prevê várias cláusulas que deveriam ser contempladas apenas na minuta do contrato e não são compatíveis com as previsões da ata de registro de preços”, temos a informar que o Anexo VIII já foi reformulado e se encontra a disposição dos licitantes no nosso site [www.primaveradoleste.mt.gov.br](http://www.primaveradoleste.mt.gov.br) ícone Publicações – Editais e Licitações, junto ao Edital corrigido.

Desse modo, recebemos a impugnação apresentada, em face de sua tempestividade e no mérito, **julgar IMPROCEDENTE** e informar que o certame licitatório em referência atende aos ditames das Leis Federais 10.520/2002 e 8.666/93 e suas alterações posteriores. Não obstante, informamos que o edital em comento, além das reformas acima mencionadas, permanecerá da forma em que se encontra por não negar vigência aos preceitos legais, bem como pelo procedimento de aquisição dos materiais, objeto deste pregão, atender a todos os requisitos das leis mencionadas, sem qualquer prejuízo ao erário entendendo pela legalidade do instrumento convocatório, mantendo inalteradas as exigências do edital do Pregão Presencial de nº 037/2016. Em face das alterações referidas, fica redesignado o dia 23/05/2016 às 07:30 horas, no mesmo local mencionado nos avisos, para o recebimento e abertura dos envelopes.

É como decido.

Dê ciência à Impugnante, após providencie a divulgação desta decisão para conhecimento geral dos interessados junto ao site [www.primaveradoleste.mt.gov.br](http://www.primaveradoleste.mt.gov.br) – Publicações - Editais e Licitações, bem como se procedam às demais formalidades de publicidade determinadas em lei.

Primavera do Leste, 10 de maio de 2016.



**Mirna Heckler Braff**  
**Presidente da CPL**

\*Original assinado nos autos do processo





## JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

### PREGÃO PRESENCIAL Nº 037/2016

Em apreciação a Impugnação da empresa **AIR LIQUIDE BRASIL LTDA**, contra normas do Edital, e tendo em vista as razões elencadas pela Comissão, decido **não dar provimento** à impugnação impetrada.

Informe-se na forma da Lei.

Primavera do Leste, 10 de maio de 2016.

Fábio Henrique do Lago  
Secretário Municipal de Saúde

\*Original assinado nos autos do processo

