

EXMO.(A) SR. (A) PREGOEIRO(A) DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS – SP.

RECURSO ADMINISTRATIVO - em face do Pregão Eletrônico nº 025/2024

A empresa **CENTRAL DE CARNES - INDUSTRIA E COMERCIO DE CARNES LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 21.937.608/0001-17, com sede à Avenida Dom Pedro II, nº. 260 - Centro, CEP 14.801-040, Araraquara - SP, neste ato representada por seu Administrador o Sr. CESAR RICARDO BIAGIOLLI, Portador da Cédula de Identidade no 35.388.787 SSP/SP e CPF no 222.336.388-16, tempestivamente, vem, baseando-se nos termos da Lei 14.133/21, à presença de Vossa Senhoria, a fim de interpor recurso em face do resultado publicado referente ao **INABILITAÇÃO DA EMPRESA**.

FATOS E RAZÕES

A Administração publicou o edital do Pregão Eletrônico nº 025/2024 visando a aquisição de: “Aquisição parcelada de carne bovina, carne suína, carne de frango, peixes e embutidos para abastecer as unidades escolares e filantrópicas, restaurantes populares e o parque ecológico do município de São Carlos, pelo sistema de Registro de Preços”.

Na ocasião dos lances consagrou-se como vencedora para os lotes 07, no valor de R\$841.806,78 (Oitocentos e quarenta e um mil, oitocentos e seis reais e setenta e oito centavos), lote 08, no valor de R\$1.742.932,24 (Um milhão, setecentos e quarenta e dois mil, novecentos e trinta e dois reais e vinte e quatro centavos), lote 9, no valor de R\$596.981,59 (Quinhentos e noventa e seis mil, novecentos e oitenta e um reais e cinquenta e nove centavos) e lote 10, no valor de R\$407.354,85 (Quatrocentos e sete mil, trezentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e cinco centavos).

Entretanto, a empresa **CENTRAL DE CARNES - INDUSTRIA E COMERCIO DE CARNES LTDA**, foi desclassificada por não apresentar amostras conforme consta no item 3 do Termo de Referência.



Em consulta ao despacho mencionado, teve a seguinte justificativa a desclassificação:

"(...) declaro que os LOTES 07, 08, 09 e 10 do certame restaram FRACASSADOS, pois os licitantes não atenderam às exigências editalícias. Fica aberto o prazo recursal para manifestação de quaisquer interessados na forma legal"

Ocorre que, após verificar o resultado do **PREGÃO ELETRÔNICO**, observa-se que este se encontra em desacordo com a Constituição Federal e legislação pertinente por desclassificar a proposta da empresa arrematante sendo que a mesma está devidamente habilitada, e seu produto cumpre todos os requisitos do edital.

Ato seguinte, foi possível verificar que o item foi FRACASSADO, após a inabilitação de todas as licitantes.

DA NECESSIDADE DA REVISÃO QUE INABILITOU A LICITANTE

A decisão que acabou por INABILITAR a ora recorrente merece revisão.

A Nova Lei de Licitações inova mais uma vez ao reunir em uma única subseção determinações que estavam anteriormente espalhadas no diploma normativo licitatório anterior – Lei nº 8.666/1993 –, desenvolvendo-as nos art. 41 e 42.

O art. 41 versa a respeito de hipóteses nas quais a Administração poderá assumir determinados comportamentos administrativos, dentro dos processos licitatórios, de forma excepcional e justificada. Aborda-se, inicialmente, a indicação de uma ou mais marcas ou modelos, conforme a seguinte redação:

“Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente:

I – indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;

Piccolo



b) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração;

c) quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante;

d) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência;" (grifos nossos)

Via de regra, o administrador deve elaborar os editais dos processos licitatórios evitando a indicação de marcas ou especificações de produtos exclusivos, a fim de não restringir indevidamente a competitividade. Entretanto, o legislador autorizou a indicação de marcas ou modelos pela Administração Pública em alguns casos específicos, desde que a justificativa seja formalizada dentro do processo administrativo e conste, expressamente, do edital de convocação.

Neste sentido, um dos fundamentos essenciais das contratações públicas é a vedação à preferência irracional e imotivada por determinadas marcas ou modelos, ou seja, aquelas fundadas em raciocínios arbitrários, gerando benefício a outrem. É proibido ao Gestor Público selecionar produtos por razões subjetivas, devendo fundamentar a escolha em atributos técnicos e econômicos.

Noutra esteira, cabe ainda destacar a observação do Doutrinador Marçal Justen Filho, a respeito da inevitável redução do conjunto total de interessados, quando da indicação de marcas ou modelos específicos:

“A imposição de restrições à competição pode produzir a redução do universo de licitantes, sem chegar ao ponto de inviabilizar a disputa.

Não há impedimento a que a adoção de exigências previstas no art. 41 resulte na inviabilidade de competição, configurando hipótese de inexibibilidade de licitação (art. 74).

Essa alternativa não é antijurídica nem incompatível com o dispositivo examinado, mas deverá haver uma justificativa satisfatória para a restrição com tamanha amplitude.”

O procedimento de padronização encontra-se disciplinado no art. 43.



Outro caso para a indicação de marcas ou modelos é a dificuldade, por parte da Administração, de indicar a delimitação teórica dos atributos do produto a ser adquirido, quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir apenas como referência.

Esta possibilidade é distinta das demais, uma vez que não se trata da indicação e aceitação somente de produtos da marca ou do modelo indicados, e sim da indicação de marcas ou modelos como referência, devendo ser aceitas todas as ofertas relativas a bens similares ou equivalentes. O Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 113/20162, posicionou-se quanto à necessidade de indicar, no edital, algumas expressões a fim de autorizar a apresentação de outros produtos:

“Conforme muito bem asseverado pela unidade técnica em sua instrução, é até verossímil que tenha sido necessário mencionar tais marcas como referência, pois tratam-se de modelos consolidados no mercado. Para tanto, seria necessário acrescentar expressões do tipo ‘ou equivalente’, ‘ou similar’ e ‘ou de melhor qualidade’. Conseqüentemente, por existirem outras tecnologias que se propõem às mesmas funções, a especificação do objeto deveria ter ocorrido sem a indicação de marca específica, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, o que, repita-se, não resta demonstrado nestes autos.”

Importa ainda reproduzir apontamento relevante de Marçal Justen Filho quanto aos aspectos que devem ser considerados para comparação entre a marca de referência e os produtos ofertados, seguido de um exemplo de fácil compreensão:

“O problema dessa solução reside na identificação dos aspectos fundamentais para fins de avaliação da similaridade. É evidente que apenas algumas facetas do produto são pertinentes para esses fins. (...)

Em qualquer caso, no entanto, é indispensável determinar o aspecto relevante que conduz à escolha de um produto específico para paradigma de aceitabilidade.

Um exemplo permite compreender o problema. Imagine-se licitação para compra de canetas. Utiliza-se fórmula ‘marca X ou similar’. Suponha-se que um licitante apresenta oferta de caneta cujo desenho industrial é similar, mas que não apresenta as mesmas virtudes no tocante à tinta. É claro que o importante para a Administração não é o design da caneta, mas seus atributos quanto à escrita. Logo, não haverá similaridade entre os dois produtos e a similitude visual deve ser reputada como irrelevante.”



O art. 41, por seu turno, autoriza a exigência, por parte da Administração, de amostras ou provas de conceito dos bens a serem adquiridos:

“Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente: (...)

II – exigir amostra ou prova de conceito do bem no procedimento de pré-qualificação permanente, na fase de julgamento das propostas ou de lances, **ou no período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços**, desde que previsto no edital da licitação e justificada a necessidade de sua apresentação; (...)

Parágrafo único. A exigência prevista no inciso II do caput deste artigo restringir-se-á ao licitante provisoriamente vencedor quando realizada na fase de julgamento das propostas ou de lances.” (grifos nossos)

Inicialmente, é apropriado estabelecer o significado das expressões “amostra” e “prova de conceito”. A primeira refere-se a um objeto físico, fornecido pelo licitante e destinado a evidenciar os atributos do bem e a qualidade da proposta formulada, através de testes. Já a segunda, é a “demonstração, pela licitante, de sua capacidade técnica de desenvolver a solução requerida na licitação(...), que tenha as funcionalidades mínimas especificadas no anexo do termo de referência”⁴.

Acompanhando o entendimento já adotado pelo Tribunal de Contas da União, a nova legislação previu expressamente que a exigência de apresentação de amostras e provas de conceito “restringir-se-á ao licitante provisoriamente vencedor quando realizada na fase de julgamento das propostas ou de lances”.

Acrescenta-se que é necessária a evidenciação, na fase interna da licitação, da necessidade, pertinência e adequação da exigência de amostras, devendo os critérios objetivos de apresentação e avaliação estar disciplinados detalhadamente no edital do certame.

No que se refere ao momento de apresentação das amostras, a Lei nº 14.133/2021 ampliou as hipóteses anteriormente consideradas, reportando-se à pré-qualificação permanente – novo procedimento administrativo, prévio à licitação, disciplinado pelo art. 80 –; à fase de julgamento de propostas e lances – comumente adotado nos processos licitatórios regidos pela Lei nº 8.666/1993 –; e ao período de vigência do contrato ou da ata de registro de preço.

Dois registros devem ser feitos quanto à última hipótese.

O exame das amostras durante a vigência do contrato, consoante o entendimento de Marçal Justen Filho, combatem “uma das mais graves distorções verificadas em contratações públicas, consistente na incompatibilidade entre a prestação executada efetivamente pelo contratado e a amostra produzida durante a licitação”.

Já tais análises, realizadas durante a vigência da ata de registro de preço, possibilitam que as entidades e órgãos interessados em contratar, que não tenham conduzido a licitação, verifiquem a compatibilidade do produto com as suas necessidades, quando cogitada a contratação.

Consoante doutrina do Professor Ronny Charles, ancorada em decisões do Tribunal de Contas da União, para atendimento ao art 41, devem ser observados os seguintes aspectos:

1) a definição do procedimento deve estar detalhado no edital (Acórdão TCU 1491/2016);

2) deve ser viabilizado o acompanhamento de suas etapas para todos os licitantes interessados, em consonância com o princípio da publicidade;

3) devem estar estabelecidos critérios objetivos, detalhadamente especificados, de apresentação e avaliação, bem como de julgamento técnico e de motivação das decisões relativas às amostras apresentadas (Acórdão TCU 2077/2011);

4) a desclassificação de licitante deve estar amparada em laudo ou parecer que indique, de modo completo, as deficiências na amostra do produto a ser adquirida, quando esta é exigida (Acórdão TCU 1291/2011);

5) a apresentação das amostras não deve ser exigida de todos os licitantes, mas apenas do competidor provisoriamente classificado em primeiro lugar (Acórdão TCU 2796/2013)

Segundo o art. 41, a Administração Pública poderá ainda vedar a contratação de determinadas marcas ou produtos:

“Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente: (...)”



